

**Нотариальное право и процесс в Российской Федерации:
теоретические вопросы развития**

Т. Г. Калиниченко

**Нотариальное право
и процесс
в Российской
Федерации:
теоретические
вопросы развития**

2-е издание, переработанное и дополненное



НОРМА
ИНФРА-М
Москва, 2012

УДК 347.961.(470+571)
ББК 67.76(2Рос)-0
К17

Сведения об авторе

Тарас Григорьевич Калининченко — кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права МГИМО (У), нотариус Химкинского нотариального округа Московской области.

Рецензенты:

А. Г. Лисицын-Светланов — член-корреспондент РАН, директор Института государства и права РАН;

С. В. Смирнов — государственный советник юстиции 2 класса, президент Московской областной нотариальной палаты.

Калининченко Т. Г.

К17 Нотариальное право и процесс в Российской Федерации: теоретические вопросы развития : монография / Т. Г. Калининченко. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма : ИНФРА-М, 2012. — 240 с.

ISBN 978-5- 91768- (Норма)

ISBN 978-5-16- (ИНФРА-М)

В системе права российскому нотариату отведено важное место по защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Нотариат выполняет эту функцию, прежде всего, путем проверки законности совершаемых сделок и других юридически значимых действий. Нотариус — это профессия, основанная на принципах определенности, достоверности, бесспорности и бесповоротности, добросовестности и законности. В силу этого в новых исторических условиях нотариат должен быть кардинально реформирован — ориентация именно на эту задачу стала основой настоящей работы, подготовленной с учетом последних изменений в законодательстве о нотариате.

Для практических работников, нотариусов, адвокатов, работников государственной службы и органов местного самоуправления, ученых, преподавателей, студентов, а также всех тех, кто интересуется вопросами нотариата.

УДК 347.961(470+571)
ББК 67.76(2Рос)-0

© Калининченко Т. Г., 2010
© Калининченко Т. Г., 2012,
с изменениями

ISBN 978-5-91768- (Норма)
ISBN 978-5-16- (ИНФРА-М)

Введение

Становление российского нотариата проходит в сложных условиях. Нотариат развивается непоследовательно и отстает от общего темпа реформ в правовой системе. Это обусловлено не только недостатками в организации его деятельности, несовершенным законодательством, но и отсутствием научно обоснованной концепции.

В стране накоплен достаточный исторический, теоретический и практический опыт в исследовании вопросов организации и деятельности нотариата. Теоретическую базу совершенствования деятельности нотариата составляют работы известных авторов: Н. И. Авдеенко, О. Е. Алешиной, В. Н. Аргунова, Т. Р., В. П. Вершинина, Ю. Н. Власова, Р. Ф. Галеева, И. П. Гришина, Н. Э. Денисова, Д. Ф. Жаркова, Г. И. Зайцевой, М. А. Кабановой, Н. М. Коршунова, В. В. Лазарева, Л. Ф. Лесницкой, И. В. Медведева, И. В. Москаленко, Э. М. Мурадян, Н. А. Полтавской, В. В. Ралько, В. С. Репина, С. В. Смирнова, А. А. Соловьева, Л. А. Стешенко, Е. Б., М. Е. Треушников, Г. Г. Черемных, И. Г. Черемных, Т. М. Шамбы, Н. Ф. Шарафетдинова, Э. Б. Эйминова, К. С. Юдельсона, В. В. Яркова и др.

Однако время требует новых подходов. Основной вопрос концепции развития нотариата: является нотариальная деятельность публично-правовой или она включает публично-правовые, так и частноправовые начала? В настоящее время в нотариальных отношениях существуют оба начала. Об этом свидетельствует устаревшее законодательство о нотариате, несовершенство практики нотариальной деятельности, несогласованность методической части и т. д. Все это существенно тормозит развитие нотариального права и процесса, создает неверные представления о деятельности нотариата в нашем обществе.

Разграничение на нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, и нотариусов, занимающихся частной практикой, осуществление нотариусами услуг и технической работы, за которые взыскиваются денежные средства, участие нотариусов в различной предпринимательской деятельности лично, через подставных лиц в капитале акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, занятие нотариусами иной деятельностью, помимо нотариальной, частный характер решений региональных нотариальных палат по поводу установления тарифов за техническую работу и услуги, основанный на частном интересе нотариусов, разработка методических рекомендаций по вопросам, не урегулированным российским законодательством, и т. д. — все это примеры частных начал в публичных нотариальных отношениях.

Конституция РФ определила предметы исключительно ведения Российской Федерации (ст. 71) и совместного ведения Федерации и ее субъектов (ст. 72) в области прав человека и гражданина. К ведению Федерации отнесены регулирование и защита прав человека и гражданина. Однако роль нотариата как института по защите прав гражданина в Основном законе четко не определена. Из содержания конституционных норм следует более значительная роль нотариата в развитии публично-правовых отношений. Государство, наделяя нотариуса соответствующими полномочиями, возлагает на нотариат создание определенными публично-правовых механизмов защиты прав граждан и юридических лиц. Такую функцию выполняли и выполняют нотариусы, удостоверяя гражданско-правовые акты и договоры, свидетельствуя определенные факты и документы.

Властные публичные полномочия выражаются в федеральном характере деятельности нотариуса. В связи с этим важное значение приобретает закрепление в новом законодательстве федерального публичного статуса нотариуса. Противопоставление нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, и нотариусов, занимающихся частной практикой, искусственно и способствует

огосударствлению, а не публичности их деятельности. Кроме того, в законе не закреплено, кто наделяет нотариуса полномочиями от имени государства. По нашему мнению, это прерогатива Президента РФ. В соответствии с Конституцией РФ он является главой государства и ему принадлежит право наделять определенных лиц полномочиями действовать от имени государства. Думается, что включение этих положений в новое законодательство о нотариате и нотариальной деятельности изменит подход и к кадровой политике нотариата.

Важной задачей является осуществление перехода нотариальной деятельности на федеральный уровень, к единой организационной форме федерального нотариата. Это может быть достигнуто путем распространения норм ст. 71 Конституции РФ на федеральный нотариат и нотариальный процесс. Данные нормы должны утвердить исключительные полномочия Федерации в вопросе организации деятельности нотариата и нотариального процесса, предусмотрев систему федерального нотариата, обеспечивающего специальный федеральный статус нотариуса, включающий не только уровень его федеральных нотариальных полномочий, но и ответственность нотариусов и их сообществ, судебный контроль за осуществлением нотариального процесса и т. д.

Необходимо также разграничить в законодательстве нотариусов и государственных служащих и должностных лиц иных органов, деятельность которых лишь приравнивается к нотариальной, но таковой не является. Это, к примеру, консульские учреждения Российской Федерации и их должностные лица, командиры воинских частей и капитаны судов дальнего плавания, начальники исправительных учреждений Министерства юстиции РФ, главные врачи лечебных заведений. Нотариус не является государственным служащим и должностным лицом, а нотариат — государственным учреждением. Наделение указанных должностных лиц полномочиями по совершению нотариальных действий также способствует огосударствлению нотариата.

Отличительной чертой публично-правовых начал нотариальной деятельности является то, что властное полномо-

чие нотариуса представляет собой веление, облеченное в правовую форму, — публичный нотариальный акт. Нотариус вправе и обязан совершать нотариальные действия, имеющие юридическое значение, связанные с установлением, изменением или прекращением прав и обязанностей обращающихся к нему физических и юридических лиц. Решения, принимаемые нотариусом при производстве нотариальных действий от имени Российской Федерации, оформляются как нотариальные акты, которые, по сути, выступают как особые правовые акты — удостоверительные и исполнительные надписи, свидетельства и проч. Их особенность состоит в том, что они должны быть унифицированы, действительны и обязательны на всей территории РФ, иметь законную силу. Веление может заключаться также в возможности отмены нотариального акта, который выносится именем Российской Федерации, а также в отказе от совершения нотариального действия.

Публичные начала в нотариальной деятельности строятся на началах субординации субъектов нотариально-правовых отношений. Им должен быть свойственен централизованный характер, что предполагает расширение полномочий и функций Федеральной нотариальной палаты. В современный период нотариальное самоуправление приобретает качество самоорганизованной публичной власти. Нотариальное самоуправление — новая форма публичной власти и управления. Вместе с тем органы нотариального самоуправления не наделены государством соответствующими полномочиями, пока эти полномочия предоставляются только отдельным нотариусам.

Государственная власть, осуществляемая на федеральном уровне и уровне субъектов РФ, и нотариальное самоуправление находятся не только в тесном взаимодействии, но и в органическом единстве. Этот подход к определению сущности нотариального самоуправления отражает его публично-правовую природу. Необходимо предусмотреть в законодательстве порядок наделения определенными полномочиями от имени государства Федеральной нотариальной палаты как основного органа нотариального самоуправления. Такими полномочиями могут являться госу-

дарственный контроль за деятельностью федеральных нотариусов, подготовка нотариальных кадров, полномочия по представлению кандидатов в федеральные нотариусы, законодательная инициатива и т. д.

Федеральная нотариальная палата и нотариальные палаты субъектов РФ должны строить свои отношения не по горизонтали, что наблюдается в настоящее время и что характеризует их частноправовой характер, а по вертикали — на основе публично-правового принципа субординации деятельности. В настоящее время этого нет. Практически все вопросы финансирования, методические вопросы, толкование законодательства, вопросы наделения полномочиями нотариусов решаются нотариальными палатами регионов. Нередко в некоторых палатах решения собраний нотариусов усиливают частноправовые начала в нотариальной деятельности, наблюдаются различные толкование законов, разнообразие форм нотариальных актов, порой идущих вразрез с действующим законодательством. Это является одной из проблем Федеральной нотариальной палаты, которая финансово и методически оторвана от регионов и далеко не всегда прислушивается к их гласу. Вместе с тем нередко комментарии и разъяснения Федеральной нотариальной палаты не согласуются с мнением большей части нотариусов.

По нашему мнению, нужна «сильная» Федеральная нотариальная палата, которая отражала бы интересы всех регионов, а не части их представителей.

Назрела необходимость изменения внутренней системы и структуры Федеральной нотариальной палаты и ее отношений с региональными палатами. Все это должно быть закреплено не только в новом нотариальном законодательстве, но и в новом уставе Федеральной нотариальной палаты. Необходимость усиления роли Федеральной нотариальной палаты обусловлена и небольшим численным составом нотариусов России (примерно 8 тыс. человек), воля которых должна быть реально выражена на федеральном уровне.

Еще один немаловажный вопрос — разграничение публичного и частного в соотношении понятий «нотариальная

деятельность» как публично-правовая и «предпринимательская деятельность» как частноправовая. Основы законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г.¹ отделяют нотариальную деятельность от предпринимательской. Нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли (ст. 1 Основ). На практике нотариусы разграничивают действия, не являющиеся услугами (нотариальные действия), и действия, признаваемые услугами (составление правовых проектов документов и выполнение технической работы). Вряд ли такое положение можно признать оправданным.

Публично-правовая нотариальная деятельность существенно отличается от частноправовой — предпринимательской. Исходя из этого, необходимо внести значимые коррективы в налоговое законодательство, а также определить специфику правового статуса нотариуса и его деятельности как не экономической, а публичной.

Следующая сфера действия публично-правовых начал в нотариальных отношениях — организация финансирования нотариальной деятельности.

Нотариус в отличие от предпринимателя не извлекает и не получает прибыль, поскольку занимается особым видом публичной деятельности, взимая за ее осуществление государственную пошлину (нотариальный тариф). После уплаты налогов и различного рода отчислений эти денежные средства находятся в распоряжении нотариуса и направляются на осуществление нотариальной деятельности, т. е. прибылью не являются. Согласно ст. 23 Основ законодательства РФ о нотариате, источником финансирования деятельности нотариуса, занимающегося частной практикой, служат средства, полученные им за совершение нотариальных действий и оказание услуг правового и технического характера, другие финансовые поступления, не противоречащие законодательству РФ. Иными словами, основой финансового обеспечения являются средства, взимаемые нотариусом за совершение нотариальных действий, или нотариальный тариф. В законодательстве необходимо

¹ Ведомости РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

предусмотреть экономически обоснованное увеличение тарифа не за нотариальные действия, а за осуществление нотариальной деятельности. Таким образом прекратится стимулирование предпринимательства нотариусом за счет взимания денежных средств за услуги и технические работы.

Еще одна сфера действия публичного нотариального права — это осуществление контроля правосудия за нотариальной деятельностью. Публичный характер деятельности нотариуса проявляется не в предупредительном правосудии, а в ее осуществлении в бесспорной форме. Нотариус не работает в состязательной сфере, присущей правосудию, и не занимается оценкой доказательств, его область — бесспорная юрисдикция¹. Именно бесспорность нотариальной деятельности должна быть тщательно разработана в теории нотариального права и процесса, а отсутствие дел в отношении нотариуса в судах должно быть критерием качества его деятельности.

Публично-правовая нотариальная деятельность проявляется в разнообразии нотариальных производств, опосредующих нотариальные действия. Их более 10, каждое из которых придает нотариальной деятельности публичный характер: удостоверение от имени Российской Федерации фактов, сделок, выдача различных свидетельств, заверение копии и т. д. Все виды производств создают нотариальный процесс, который по своему объему и значимости не уступает административному и судебному процессам.

Публичный характер процессуальных действий нотариуса создает и особого рода ответственность, которая должна быть сформулирована в уголовном, гражданском, административном, нотариальном законодательстве дифференцированно, в зависимости от конкретного нотариального производства. К сожалению, в проектах нового законодательства о нотариате недостаточно полно и четко отражены нотариальные производства. Поэтому требуется принятие закона не только об организации нотариальной деятельности, но и о нотариальных производствах. Или,

¹ См.: Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Екатеринбург; М., 1999. С. 1—26.

что еще более усилит публично-правовое содержание нотариальной деятельности, нотариального и нотариально-процессуального кодексов РФ.

Настоящая работа подготовлена с учетом изложенных концептуальных позиций и состоит из трех глав.

В первой главе рассматриваются механизм организации нового нотариата — федерального. Определена природа правового статуса федерального нотариата, его место в механизме правового регулирования и правоприменения.

Вторая глава посвящена исследованию фундаментальных основ нотариального процесса. В ней исследуется такая функция нотариата, как защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц, раскрывается содержание понятий «нотариальное действие» и «нотариальный акт», которые являются основой создания концепции нотариального процесса, состоящего из множества различных нотариальных производств, а также стадий нотариального процесса и понятия нотариального производства.

В третьей главе анализируются особенности нотариальных производств по отдельным нотариальным действиям, на примере обеспечения доказательств и производства по удостоверению копий показывается возможность поэтапного исследования деятельности нотариуса.

Глава 1 Организация деятельности нотариата в Российской Федерации

§ 1. Конституционные основы деятельности нотариата

Основные правовые принципы статуса нотариата определены Конституцией РФ. Именно в ней закреплены признание и защита равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности, недопустимость осуществления прав и свобод с нарушением прав и свобод других лиц, равенство всех перед законом и судом; неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны; право каждого иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами; недопустимость лишения имущества иначе как по решению суда; права наследования; свобода владения, пользования землей и другими природными ресурсами, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц и т. д.¹

При анализе Конституции РФ как источника нотариального права можно выделить две группы норм: общего характера, важных с точки зрения последовательного обеспечения деятельности нотариата, и специальные, определяющие основополагающие принципы развития нотариата².

В ч. 1 ст. 1 сформулирована следующая норма: «Российская Федерация — Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления». Характеристика Российской Федерации как правового государства означает, что в организации и деятельности государства, в том числе при подготовке и при-

¹ См.: Черемных Г. Г. Черемных И. Г. Нотариальное право Российской Федерации: учебник 2-е изд. М., 2006. С. 123.

² Там же. С. 87.

нению решений о нотариате и нотариальном процессе, должны превалировать принципы права, а не мотивы политической и иной целесообразности.

Один из наиболее существенных признаков правового государства заключается в связывании власти правом, когда оно ставится над ней. Не случайно в некоторых странах вместо категории «правовое государство» используется понятие «господство права»¹. Теория правового государства исходит из признания неотчуждаемых (природных) прав и возложения на государство обязанности соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина. Власть осуществляют только те, кто на это уполномочен конституцией и законами, причем в рамках предметов ведения и компетенции. Власть существует лишь для того, чтобы максимально эффективно обеспечивать конституционные права граждан. При этом конституция наделяет государство возможностью делегирования определенных полномочий институтам гражданского общества, в том числе таким профессиональным сообществам, каковым является нотариальное, при соответствующей ответственности сообществ и их членов и необходимом контроле со стороны государства.

Согласно этой теории государственная власть является политической властью, которая введена в правовые рамки, она в той или иной мере ограничена свободой граждан, участников гражданско-правового общения. Правовые нормы и требования обязательны для всех и потому должны быть облечены в форму законов. Права человека составляют основу права. Государство — особая организация власти в обществе, которая признает, соблюдает и защищает свободу подвластных, и она связана нормами конституции и права.

Построение правового государства послужит мощным фактором полного восстановления и укрепления правопорядка в России. Наличие системы нотариата, базирующейся на основополагающих нормах конституции и гражданского права, является одним из критериев такого государства.

С точки зрения конституционно-правового анализа в основе реформирования нотариата лежат разные подходы

¹ См.: Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2004. С. 173.

к пониманию отдельных статей Конституции РФ и природы нотариуса как профессии, а также к теоретической модели конституции, лежащей в основе конституционного устройства России.

Тезис о том, что государство должно во всей полноте контролировать деятельность нотариуса, связан с соотношением понятий «государство» и «нотариат» и основан на позитивистском понимании государства¹. Его сторонники считают, что власть государства суверенна по определению, и она может сама ограничить себя действующими законами, но может в любой момент и снять эти самоограничения. Не связанное принципами и нормами конституции государство вправе принять любой закон, в том числе и о нотариате, о структуре государственной власти, о правах человека и т. д. Такому пониманию государства соответствует и понимание права, при котором обязательными являются любые нормы, установленные государством. При этом не учитываются интересы общественного прогресса, формальное равенство прав граждан, естественные и неотчуждаемые права и институты их обеспечения.

В соответствии с ч. 1 ст. 7 Конституции РФ Россия — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Эта норма имеет непосредственное отношение к нотариату, прежде всего в части обеспечения соблюдения и защиты прав каждого. Достойная жизнь человека, которая будет обеспечиваться в социальном государстве, включает наряду с материальной обеспеченностью, благополучием также и обеспечение нотариальной защиты прав граждан. В той мере, в какой проблемы нотариата затрагивают интересы человека, эти проблемы имеют социальный характер. Соответственно их последовательное решение в интересах человека и общества с помощью нотариата является инструментом создания в России социального государства².

¹ См.: Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. С. 180.

² См.: Москаленко И. В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранный механизм реализации гражданского (частного) права. М., 2007.

Одна из наиболее существенных основ конституционного строя России связана с закреплением принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Применительно к сфере нотариата это деятельность по формированию современного законодательства о нотариате и нотариальном процессе, обеспечению его реализации. Соответствующие ветви при этом являются независимыми.

Цель разделения — создание гарантий от произвола, обеспечение законности, оспаривание действий нотариуса только на основе закона и только в суде.

С учетом федеративного устройства России Конституция РФ определила предметы исключительного ведения Российской Федерации (ст. 71) и совместного ведения Федерации и ее субъектов (ст. 72) в области прав человека и гражданина. Так, в ведении Федерации находятся регулирование и защита прав человека и гражданина. Однако роль нотариата как института по защите прав гражданина в Конституции РФ четко не определена. Исследователи считают, что ч. 1 ст. 48, где говорится о гарантиях права на получение квалифицированной юридической помощи, подразумевает деятельность адвокатов и нотариусов.

Между тем из самой Конституции РФ следует более значительная роль нотариата в развитии гражданско-правовых отношений, который способствует их стабильности и защите прав граждан и юридических лиц.

Возложив на себя конституционную обязанность по защите прав и свобод граждан, государство тем самым возлагает на себя и другую обязанность — создание соответствующих механизмов. В полном объеме функцию такой защиты выполняли и выполняют нотариусы, удостоверяя гражданско-правовые акты и договоры, свидетельствуя о определенных фактах и документах¹.

¹ См.: *Алешина Т. Я.* Нотариальные акты как форма реализации права // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1998. Вып. 1. С. 122—127; *Она же.* Нотариальный процесс как условие и форма реализации права // Вестник Саратовской государственной академии права. 1999. № 4 (19). С. 77—80; *Зацепина С. А.* Нотариат в системе гражданской юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 41; *Калиниченко Т. Г., Неволлина И. А.* Доказательства в нотариальном процессе // Российская юстиция. 2002. 4. С. 43—45.

К сожалению, ГК РФ и Основы законодательства РФ о нотариате не способствуют развитию этого института. Между тем реализация функции защиты прав и законных интересов граждан и иных участников гражданского оборота нотариусом лежит, прежде всего, в плоскости гражданско-правовых отношений.

Важно закрепить на федеральном уровне переход на единую организационную форму нотариата, исходя из того, что нотариус имеет отношение ко всему комплексу гражданско-правовых отношений, регламентированных гражданским и гражданским процессуальным законодательством.

Это может быть достигнуто путем распространения норм ст. 71 Конституции РФ на нотариат и нотариальный процесс, которые должны определить исключительные полномочия Федерации по вопросу о нотариате и нотариальном процессе, предусмотрев систему федерального нотариата, обеспечивающего специальный федеральный статус нотариуса, включающий не только полномочия, но и систему ответственности нотариусов и их сообществ, контроль государства за осуществлением нотариального процесса и т. д.

Таким образом, в Конституции РФ определены основы и закономерности развития федеративной структуры законодательства о нотариате и нотариальном процессе. При ее характеристике как источника нотариального права следует обратить особое внимание на специальные нормы о нотариате. Многие из них закрепляют принципиально новые подходы к регулированию отношений собственности.

Одной из центральных по значимости является норма о защите прав граждан и юридических лиц. В настоящее время защита прав, наряду с адвокатами и лицами, которым в установленном порядке разрешено заниматься этим видом деятельности, возложена и на нотариусов.

Выполнение нотариусом данной функции не ограничивается сообщением заинтересованным лицам информации о действующем законодательстве по конкретному вопросу, а включает обязательное проведение правового анализа всех условий сделки, выяснение обстоятельств дела, разъяснение участникам ее смысла, значения и правовых последствий, проверку соответствия содержания сделки

действительным намерениям сторон и требованиям законодательства, принадлежности прав на недвижимость, правоспособности юридического лица, полномочий сторон и их представителей, установление личности обратившихся за совершением нотариального действия, проверку дееспособности физических лиц. В процессе подготовки проектов нотариальных документов нотариус должен следить за тем, чтобы не возникло ошибок, не были ущемлены интересы участников процесса. При этом консультирование и составление нотариальных актов, а также другие услуги, оказываемые нотариусом, не имеют формализованного характера, так как в случае возникновения сомнений относительно ответственности сделки закону или истинным намерениям сторон нотариус обязан отказать в совершении нотариального действия либо отложить (приостановить) его совершение.

Таким образом, реформа нотариата должна осуществляться в русле развития конституционного процесса. В свою очередь институт нотариата дает государству возможность реализовать во всей полноте свою конституционную обязанность по обеспечению и защите прав граждан и юридических лиц.

§ 2. Публично-правовая нотариальная деятельность

Нотариальная деятельность — это деятельность нотариусов, осуществляемая от имени государства на возмездной основе в целях защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, заключающаяся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством¹.

Следует отметить, что хотя в правоведении широко употребляется термин «деятельность», практически отсутствует его исчерпывающее определение. Даже в тех случаях, когда речь идет о регулировании конкретных видов деятельности, например банковской, инвестиционной, биржевой, законодательство ограничивается лишь общим ее описанием, не

¹ См.: Романовский Г. Б., Романовская О. В. Организация нотариата в Российской Федерации. М., 2001. С. 9.

раскрывая ее понятия. Поэтому необходимо определить, что подразумевается под термином «деятельность».

Прежде всего, под деятельностью понимается целесообразное изменение в интересах людей окружающего мира¹. Деятельность рассматривается как совокупность элементов, к которым относятся: субъект, наделенный активностью и направляющий ее на объекты или на других субъектов; объект, на который направлена активность субъекта; сама активность, выражающаяся в том или ином способе овладения объектом либо в установлении коммуникативного воздействия между субъектами².

Следовательно, *нотариальную деятельность* можно представить как совокупность постоянно или систематически осуществляемых публичных действий, направленных на юридическое закрепление бесспорных гражданских прав и фактов в целях обеспечения защиты прав и законных интересов обратившихся к нотариусу лиц и организаций³.

Свойство нотариальной деятельности появляется при наличии определенных признаков, к числу которых можно отнести следующие.

Выделяют *постоянство, длительность нотариальных действий*, осуществляемых нотариусом в течение сроков, которые установлены в лицензии на право занятия нотариальной деятельностью. Общим принципом нотариальной деятельности является защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц, предотвращение правонарушений в сфере имущественных и неимущественных прав граждан и юридических лиц путем правильного и своевременного удостоверения договоров и других сделок, оформления наследственных прав, а также совершения иных нотариальных действий.

Нотариальная деятельность, являющаяся разновидностью *профессиональной юридической деятельности*, осуществляется от имени государства. В российской юридической

¹ См.: Большой энциклопедический словарь. 2-е изд. М.; СПб., 1997. С. 348.

² См.: Каган М. С. Человеческая деятельность. М., 1972. С. 45, 46.

³ См.: Власов Ю. Н. Нотариат в Российской Федерации. М., 2000. С. 21.

литературе понятие профессиональной деятельности введено в понятийный научный оборот А. Э. Жалинским применительно к профессиональной юридической деятельности или профессиональной деятельности юриста¹. «Любой вид деятельности, — пишет он, — ...должен осуществляться именно профессионально, а не дилетантски, не случайными, мало что знающими и еще меньше умеющими людьми. ...Признак профессионализма деятельности отражает осуществление деятельности по принятым методикам, соблюдение требований к ее процессу и результатам, возмездность деятельности, влияние субъекта на осуществляемую им работу»².

Опрофессионализме в нотариальной деятельности пишет В. В. Ярков. Он определяет ряд признаков профессии нотариуса. Во-первых, нотариус работает в сфере доказательственного права. Во-вторых, нотариальная деятельность осуществляется в беспорной форме. В-третьих, установлен особый доступ к нотариальной профессии, связанный с повышенными квалификационными требованиями к нотариусу и характеру его подготовки к исполнению своей профессии. В-четвертых, нотариус осуществляет публично-правовые функции от имени государства — Российской Федерации, что отражает его правовой статус. В-пятых, нотариуса характеризует работа в режиме самофинансирования и самостоятельной организации своей деятельности. В-шестых, профессия нотариуса относится к ряду тех, которые характеризуются презумпцией знания российского законодательства. В-седьмых, для работы в качестве нотариуса необходимы определенные психологические характеристики и соблюдение режима ряда личных ограничений как правового, так и этического свойства, беспристрастность³. Таким образом, профессия нотариуса в целом составляет ту специфику деятельности, которая называется нотариальной.

¹ См.: Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. М., 1997. С. 4—10.

² Там же. С. 36.

³ См.: Настольная книга нотариуса: справочно-методич. пособие в 2 т. / под ред. В. В. Яркова. М., 2000. Т. 1. С. 4.

Исходя из приведенных положений можно утверждать, что профессионализм нотариуса состоит в осуществлении нотариальной деятельности лицами, имеющими определенную квалификацию, необходимую для принятия и реализации решений. При этом в значительном числе случаев наличие профессиональной подготовки рассматривается как необходимое условие для осуществления нотариальной деятельности, подконтрольности деятельности нотариуса государственным органам, государственных гарантий самостоятельности и безвозмездного характера нотариальной деятельности.

Профессия нотариуса не считается предпринимательством, не преследует цели извлечения прибыли — в этом ее отличие от частноправовой деятельности. В соответствии со ст. 22 Основ законодательства РФ о нотариате, нотариальное действие признается совершенным после уплаты государственной пошлины или суммы согласно тарифу.

Определение нотариальной деятельности дает основания для введения требований, предъявляемых к процессу ее осуществления, а несоблюдение требований, предъявляемых именно к нотариальной деятельности, влечет ответственность.

Важным признаком нотариальной деятельности является *ответственность нотариуса*. По общему правилу нотариус несет полную имущественную ответственность. Но необходимо отличать ответственность нотариуса, осуществляющего нотариальную деятельность, и ответственность лиц, выполняющих деятельность, приравненную к нотариальной (консульские работники, командиры воинских частей, капитаны судов, главные врачи и т. д.).

Одним из важнейших признаков нотариальной деятельности является ее *публичный характер*. Сущность этого признака состоит в том, что нотариус уполномочен на осуществление нотариальной деятельности государством. Нотариальная деятельность представляется как объект правового регулирования. Традиционно для любой отрасли права в качестве предмета принято рассматривать те общественные отношения, которые регулируются нормами данной отрасли. Относительно нотариальной деятельности можно выде-

лить определенные отношения, складывающиеся в процессе ее осуществления, определить их круг и дать характеристику нотариальных правоотношений. В нотариальной деятельности и нотариальных действиях можно выделить как материальный аспект, т. е. систему правоотношений, прав и обязанностей, установленных правовыми нормами, так и процессуальный, который состоит в порядке определения нотариальных действий, которые должен совершать нотариус.

Нотариальная деятельность отлична от иных видов деятельности. Особую актуальность приобретает соотношение понятий «нотариальная деятельность» как публично-правовая и «предпринимательская деятельность» как частно-правовая, их разграничение и содержание. Согласно ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате нотариальная деятельность *не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли*.

Относительно деятельности нотариуса высказываются различные точки зрения. Одни авторы считают нотариальную деятельность предпринимательской¹, по мнению других, — нотариус обладает специальным правовым статусом, не имеющим отношения к предпринимательству². В частности, С. Э. Жилинский, относя нотариальную деятельность к предпринимательской, пишет: «Наряду с государственными нотариальными конторами нотариальные действия от имени Российской Федерации совершают нотариусы, занимающиеся частной практикой. Нотариус, занимающийся частной практикой, вправе иметь контору, открывать в любом банке расчетный и другие счета, в том числе валютный, иметь имущественные и личные неимущественные права и обязанности, нанимать и увольнять работников, распоряжаться поступившим доходом, выступать в суде, арбитражном суде от своего имени и совершать другие действия в соответствии с законодательством РФ и республик в ее составе. За совершение нотариальных действий он взимает плату по тарифам, соответствующим раз-

¹ См.: Жилинский С. Э. Предпринимательское право: учебник для вузов. М., 2001

² См.: Романовский Г. Б., Романовская О. В. Указ. соч. С. 153—155.

мерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в государственной нотариальной конторе. В других случаях тариф определяется соглашением между физическими и (или) юридическими лицами, обратившимися к нотариусу, и нотариусом. Денежные средства, полученные нотариусом, занимающимся частной практикой, после уплаты налогов, других обязательных платежей поступают в собственность нотариуса и полное его распоряжение. А средства эти огромные. Редкий нотариус зарабатывает менее 1 тыс. руб. в день»¹.

В части второй НК РФ нотариусы были отнесены к категории предпринимателей, осуществляющих деятельность без образования юридического лица. В настоящее время после внесения соответствующих изменений в налоговое законодательство нотариусы, занимающиеся частной практикой, не относятся к категории предпринимателей.

Между тем необходимо проанализировать указанную ситуацию, рассмотрев соотношение понятий «предпринимательская» и «нотариальная деятельность».

Согласно действующему законодательству предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (ст. 2 ГК РФ).

Остановимся на основных положениях, позволяющих отграничить предпринимательскую деятельность от нотариальной.

Предпринимательскую деятельность в основном рассматривают как совокупность постоянно или систематически осуществляемых действий по производству материальных и нематериальных благ, реализуемых на рынке в качестве товара, по выполнению работ или оказанию услуг.

Нотариальная деятельность имеет иной публично-правовой характер — это, как говорилось выше, деятельность нотариусов, осуществляемая в целях защиты прав и закон-

¹ Жилинский С. Э. Указ. соч. С. 45.

ных интересов граждан и юридических лиц от имени государства на возмездной основе и заключающаяся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством. Естественно, нотариус не осуществляет деятельность по производству материальных и нематериальных благ, реализуемых на рынке в качестве товара. Предмет его деятельности — умственная профессиональная деятельность. Характер работы нотариуса возмездный.

Вопрос может ставиться о выполнении определенных работ или оказании услуг. Однако деятельность нотариуса реализуется в совершении специально предусмотренных в законе нотариальных действий, которые не являются ни работой, ни услугой. Консультационная деятельность нотариуса осуществляется нотариусом бесплатно. Как предпринимательство, так и нотариальную деятельность характеризует самостоятельность их осуществления¹. Но она подлежит контролю со стороны органов юстиции прокуратуры и суда, а также нотариальных палат.

Кроме того, самостоятельность нотариуса ограничена законодательством о нотариате, поскольку нотариус может заниматься только *нотариальной, научной и преподавательской деятельностью*. Такого рода ограничения имеют для нотариуса абсолютный характер и распространяются на всех нотариусов — работающих в государственных нотариальных конторах, занимающихся частной практикой. Нередко в литературе можно встретить термин «нотариальные услуги»², что представляется неправомерным по отношению к публично-правовой нотариальной деятельности.

Важным признаком предпринимательства является его *целевое* назначение. Цель предпринимательской деятельности — систематическое извлечение прибыли. Несомненно, любой субъект, начиная указанную деятельность, надеется получить от вложений своего труда и капитала доход, позволяющий ему сформировать прибыль. Получение прибыли как цель предпринимательства предполагает исследование ее экономической природы. В экономической теории при-

¹ См.: Котенко М. А. Нотариальные услуги // Главбух. 2001. № 3.

² Там же.

нято выделять нормальную прибыль как элемент издержек или минимальную плату, необходимую для того, чтобы удержать предпринимателя в рамках данного вида деятельности, и экономическую, или чистую, прибыль, представляющую собой выручку за вычетом всех издержек (внешних и внутренних, включая нормальную прибыль предпринимателя). Но и эта чистая прибыль не идет на личное потребление, а расходуется на такие цели, как подготовка кадров, социальная помощь, защита окружающей среды и проч.

Нотариус, как говорилось выше, не извлекает и не получает прибыль, поскольку занимается особым видом деятельности, взимая за ее осуществление государственную пошлину — нотариальный тариф. Естественно, что с развитием профессиональной деятельности нотариуса и увеличением числа нотариальных действий размеры взимаемой государственной пошлины (тарифа) увеличиваются, тем самым увеличиваются и денежные средства нотариуса. Одновременно увеличивается налогооблагаемая масса этих денежных средств.

Представляется, что в действующем налоговом законодательстве не совсем верно трактуется понятие прибыли, используемой при определении объекта налогообложения нотариуса. Если в предпринимательской деятельности прибылью считается выручка предпринимателя, уменьшенная на сумму внешних и внутренних издержек, то в нотариальной деятельности — денежные средства нотариуса как физического лица, уменьшенная на сумму издержек. Например, согласно ч. 5 ст. 13 Основ законодательства РФ о нотариате государственные нотариальные конторы содержатся за счет отчислений из федерального бюджета. Нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе, являются служащими и получают заработную плату, которая состоит из оклада, устанавливаемого в зависимости от разряда Единой тарифной сетки, надбавки за классный чин и других надбавок за руководство нотариальной конторой, руководство стажерами и т. д. В соответствии со ст. 23 Основ источником финансирования деятельности нотариуса, занимающегося частной практикой, являются денежные средства, полученные им за совершение

нотариальных действий и оказание услуг правового и технического характера, другие финансовые поступления, не противоречащие законодательству РФ. Иными словами, основой *финансового* обеспечения выступают средства, взимаемые нотариусом за совершение нотариальных действий (нотариальный тариф). Нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе, взимает за совершенные нотариальные действия государственную пошлину, размер которой определен в НК РФ.

Следует отметить, что законодатель не определяет указанный тариф как нотариальный. Тариф устанавливается с учетом двух принципов, в зависимости от того, какое нотариальное действие совершает нотариус: предусмотренное законом как обязательное либо не указанное в законе. За выполнение действий, когда для них законодательными актами РФ предусмотрена обязательная нотариальная форма, нотариус, занимающийся частной практикой, взимает плату по тарифам, соответствующим размерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в государственной нотариальной конторе (ст. 22 Основ). Существует запрет на взимание тарифа за консультирование нотариусом граждан и организаций, которое является основным атрибутом адвокатской предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 333¹⁶ НК РФ, государственной пошлиной является сбор, взимаемый с лиц, указанных в ст. 333¹⁷ этого Кодекса, при их обращении в государственные органы, органы местного самоуправления, иные органы и (или) к должностным лицам, которые уполномочены в соответствии с законодательными актами РФ, законодательными актами субъектов РФ и нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, за совершение в отношении этих лиц юридически значимых действий, предусмотренных гл. 25 НК РФ, за исключением действий, совершаемых консульскими учреждениями Российской Федерации. Статья 333¹⁸ НК РФ устанавливает порядок и сроки уплаты государственной пошлины при обращении за совершением нотариальных действий.

Согласно п. 1 ст. 13 этого Кодекса государственная пошлина относится к федеральным налогам и сборам. Сбор

(ч. 2 ст. 8 НК РФ) — это обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в отношении плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий).

Подводя итог, можно сказать, что при совершении нотариусом действий, на обязательность которых указывается в законе, взимается *взнос*, служащий условием их совершения. В случае неоплаты тарифа нотариус вправе отказать в совершении действия. Изменить размер вноса нотариус не вправе, если только закон не предусматривает, например, нижнего и верхнего пределов тарифа, с учетом которых нотариус устанавливает конкретную сумму. Несоблюдение данного требования является нарушением действующего законодательства и может повлечь как административное реагирование органов контроля, так и обжалование действия нотариуса лицом, к нему обратившимся, в суде.

Таким образом, говорить о доходе от нотариальной деятельности не приходится, и считать в качестве дохода объем всего «хозяйственного оборота» нотариуса необоснованно. Доход в данном случае — это то, что облагается налогом по результатам предпринимательской деятельности, это выгода. Нотариус как физическое лицо из своей деятельности не извлекает выгоды, поскольку осуществляет уполномоченную государством публичную деятельность, получая денежные средства в виде взимания нотариального тарифа за совершение нотариальных действий.

В этом заключаются своеобразие правового статуса нотариуса и специфика его налогообложения как физического лица, имеющего специальный правовой статус. В связи с этим нельзя не согласиться с Г. Г. Черемных считающим, что взимание тарифа не следует рассматривать как доход нотариуса. «Представляется, что средства, поступающие к нотариусу, не являются его доходом и не могут облагаться налогами в таком объеме, как это происходит сейчас. В противном случае нужно исключить из законодательства

полную материальную ответственность нотариуса перед клиентом, сохранив ее лишь в объеме обязательного страхования риска профессиональной ответственности нотариуса. Правильным же, на наш взгляд, будет придание этим средствам статуса средств обеспечения нотариальной деятельности, имущественных интересов граждан и юридических лиц, обратившихся к нотариусу. Именно так решен этот вопрос в странах, где традиционно действует свободный нотариат (Франция, Италия, Германия и др.)»¹.

Предпринимательская деятельность в отличие от нотариальной, является рискованной деятельностью или, как сказано в ГК РФ, она осуществляется на свой риск. Риск в предпринимательской деятельности — это вероятность неполучения запланированного или ожидаемого положительного результата, а также возможность возникновения отрицательных последствий тех или иных действий, в чем бы они ни состояли. Предприниматель несет риск неполучения прибыли, инновационные и инвестиционные валютные и кредитные риски, технические и иные виды рисков. Можно также упомянуть о моральных рисках в сфере бизнеса.

В отличие от предпринимательской деятельности статус нотариуса предполагает ответственность последнего, которую он несет перед гражданами и организациями за нарушение законодательства. В этом случае говорить о рисковом характере нотариальной деятельности не приходится. Взаимоотношения нотариуса и лиц, обратившихся к нему за совершением нотариального действия, имеют не частно-правовую, как в предпринимательской деятельности, а публично-правовую основу². Статья 17 Основ законодательства РФ о нотариате предусматривает возмещение ущерба нотариусом. Согласно ст. 15 ГК РФ убытки включают реальный ущерб и упущенную выгоду. Однако нотариус возмещает упущенную выгоду и понесенный моральный вред, что отличает его от предпринимателя.

Нотариус страхует свою деятельность на случай возмещения вреда, причиненного нарушением законодательст-

¹ См.: Черемных Г. Г. Параллельные нотариальные конторы — вне закона // Российская юстиция. 1997. № 9.

² См.: Настольная книга нотариуса / под ред. В. В. Яркова. Т. 1. С. 45.

ва. Однако это страхование не риска нотариуса, а его профессиональной деятельности на случай возмещения вреда, причиненного нарушением законодательства.

Последним признаком предпринимательской деятельности является ее *легализованный характер*. Статья 51 ГК РФ предусматривает обязательную государственную регистрацию юридических лиц и предпринимателей без образования юридического лица. В настоящее время этим занимаются налоговые органы.

Предприниматель обязан совершить действия по регистрации, он вправе требовать, чтобы регистрация была произведена на основании установленных документов и с соблюдением установленных сроков. В отличие от предпринимателя у нотариуса существует право на осуществление нотариальной деятельностью, которое предполагает наличие определенных качеств и профессиональных навыков. Наделению полномочиями нотариуса предшествуют специальные процедуры прохождения стажировки, сдачи квалификационных экзаменов, получения лицензии на право заниматься нотариальной деятельностью и наделения нотариуса полномочиями на определенной территории. Все нотариусы регистрируются в специальном Реестре нотариусов, который ведется органами юстиции. Таким образом, легализация предпринимательской деятельности существенно отличается от процесса наделения государством полномочиями на осуществление нотариальной деятельности.

Подводя итог, следует отметить, что публично-правовая нотариальная деятельность существенным образом отличается от частноправовой — предпринимательской. С учетом этого представляется необходимым внести соответствующие коррективы в законодательство о нотариате и налоговое законодательство, а также определить специфику правового статуса нотариуса и его деятельности как не экономической, а публичной.

§ 3. Специфика правового статуса нотариуса

При создании нотариата нового типа важное значение приобретают теоретические исследования проблем правового обеспечения федерального статуса нотариуса. Однако

для этого потребуется соответствующая правовая база, обеспечивающая институционализацию федерального нотариата в качестве одного из приоритетных направлений развития правовой системы страны.

Прежде всего необходимо уяснить, что такое нотариус. В литературе были попытки определить соотношение полномочий Федерации и ее субъектов применительно к нотариальной деятельности¹.

Нотариус является основным главенствующим субъектом нотариального права — это физическое лицо, специально уполномоченное государством на осуществление нотариальной деятельности в целях защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, действующее от имени государства на возмездной основе, заключающейся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством, результатом которых является принятие и издание нотариального акта.

Определение понятия «нотариус» как главенствующего субъекта нотариального права служит основой теоретического осмысления места и сущности нотариата в правовой системе России.

В российском законодательстве отсутствует четкое определение понятий «нотариус» и «нотариат». В Основах законодательства РФ о нотариате они лишь упоминаются.

Между тем именно эти понятия формируют предметную область нотариального права, правовой статус нотариуса и нотариального сообщества в системе российского права. Вопрос определения федерального характера нотариальной деятельности назрел и требует разрешения в новом законодательстве о нотариальной деятельности.

Нотариус — это гражданин РФ определенной законом юридической профессии (существует мнение о том, что нотариус является лицом свободной профессии²). Под *нотариатом*, в свою очередь, понимается система физических лиц — нотариусов, объединенных в связи с осуществлением

¹ См.: Романовский Г. Б., Романовская О. В. Указ. соч. С. 9.

² См.: Пиену Ж. Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право. Пер. с франц. М., 2001. С. 31.

профессиональной нотариальной деятельности в саморегулируемые объединения особого типа — федеральную нотариальную палату и региональные нотариальные палаты.

Федеральный характер нотариата и нотариуса основан на конституционном принципе, сформулированном в ч. 1 ст. 1 Конституции РФ: «Российская Федерация — Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления».

Федеральный характер деятельности нотариуса имеет специфику по сравнению с правовым статусом государственных служащих и должностных лиц органов исполнительной власти и иных органов, деятельность которых лишь приравнивается к нотариальной, но таковой не является.

Тем не менее как в юридической литературе, так и в законодательстве в предмет нотариальных правоотношений включаются, помимо нотариусов, иные лица: органы исполнительной власти и их должностные лица; консульские учреждения и их должностные лица; командиры воинских частей и капитаны судов дальнего плавания; начальники исправительных учреждений Министерства юстиции РФ; главные врачи лечебных заведений.

В чем отличие федерального нотариата и федерального нотариуса от указанных учреждений и должностных лиц? Прежде всего в том, что федеральный нотариус не является государственным служащим и должностным лицом, а федеральный нотариат не является государственным учреждением.

Однако такая позиция противоречит Основам законодательства РФ о нотариате, в которых недостаточно четко определен круг лиц, осуществляющих нотариальные действия. Согласно ст. 1 Основ в этот перечень входят: нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе; нотариусы, занимающиеся частной практикой; должностные лица органов исполнительной власти, должностные лица консульских учреждений Российской Федерации, уполномоченные на совершение этих действий. Иными словами, в систему нотариата входят как нотариусы, так и должностные лица, для которых нотариальная деятельность является не основной, а только дополнительной

функцией и действия которых являются не нотариальными, а приравненными к нотариальным.

Включение в систему нотариата указанных должностных лиц предполагает определение правового статуса нотариуса как государственного служащего, должностного лица.

Согласно Федеральному закону от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹ *государственная гражданская служба Российской Федерации* — вид государственной службы, представляющей профессиональную служебную деятельность граждан РФ на должностях государственной гражданской службы Российской Федерации по обеспечению исполнения полномочий федеральных государственных органов, государственных органов субъектов РФ, лиц, замещающих государственные должности РФ, и лиц, замещающих государственные должности субъектов РФ. В ст. 13 указанного Закона дается определение *государственного служащего*, под которым понимается гражданин РФ, взявший на себя обязательства по прохождению гражданской службы. Гражданский служащий осуществляет профессиональную служебную деятельность на должностях гражданской службы в соответствии с актом о назначении на должность и со служебным контрактом и получает денежное содержание за счет средств федерального бюджета или бюджета субъекта РФ.

Понятие должностного лица достаточно «автономно» и поэтому не всегда совпадает с аналогичными понятиями других отраслей российского права. Под должностью понимается служебное положение, место или звание и связанные с ним служебные обязанности².

В науке административного права существуют различные определения понятия должностного лица. Наиболее удачным представляется определение *должностных лиц* как служащих, имеющих право совершать служебные юридические действия. Должность — первичная ячейка государственного органа, определяющая место и роль работника в

¹ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

² См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 171.

его организационной структуре. В то же время это стабильный комплекс обязанностей и прав, установленных для работника, который должен осуществлять часть работы организации. Должность предопределяет требования, предъявляемые к человеку, претендующему на ее занятие или уже занимающему ее, и предусматривает комплекс служебных и личных прав и обязанностей служащего.

Таким образом, государственные должности Российской Федерации и государственные должности субъектов РФ — это должности, устанавливаемые Конституцией РФ, федеральными законами для непосредственного исполнения полномочий федеральных государственных органов, и должности, устанавливаемые конституциями (уставами), законами субъектов РФ для непосредственного исполнения полномочий их государственных органов.

Однако нотариус, хотя и осуществляет деятельность единолично, не входит в структуру органов государственной власти или местного самоуправления как должностное лицо. Формальным признаком государственной должности является то, что она включается в специальные реестры должностей государственной гражданской службы Российской Федерации. Правовой статус государственной гражданской должности возникает не с момента ее учреждения, а с даты включения в реестр. Равным образом государственная должность сохраняет свой статус до того момента, пока она числится в реестре. Нотариат не включен в перечень государственных учреждений, а нотариусы, в том числе работающие в государственных нотариальных конторах, не включены в Реестр государственных должностей. Это предполагает, что нотариат не является системой государственных органов и должностных лиц, на которых законодательством возложена обязанность по совершению предусмотренных законом действий от имени Российской Федерации¹.

В связи с этим неправильным является разделение нотариусов на работающих в государственных нотариальных конторах и занимающихся частной практикой. Противо-

¹ См.: Власов Ю. Н. Указ. соч. С. 21.

поставление нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, и нотариусов, занимающихся частной практикой, искусственно.

В Основах законодательства РФ о нотариате акцент сделан на выборе нотариусом возможности работать в собственной конторе или конторе, предоставленной специально уполномоченным государственным органом (Министерством юстиции РФ).

Понятие «частнопрактикующий» в основном связано с осуществлением предпринимательской деятельности. Вместе с тем нотариус в соответствии с законом не занимается предпринимательской деятельностью. Таким образом, говоря о нотариусе и нотариате, необходимо понимать, что нотариус — не должностное лицо, а нотариат — не государственное учреждение.

Действуя от имени государства, нотариус выступает его представителем с приличествующими этому официальными атрибутами: публичным характером деятельности; совокупностью установленных государством прав и обязанностей по осуществлению нотариальной деятельности; особым порядком наделения нотариуса полномочиями и освобождения от этих полномочий; установленным для нотариуса вознаграждением исходя из тарифов, в основе которых лежит регулируемая государством государственная пошлина; наличием печати с изображением Государственного герба РФ, т. е. символикой государства.

Как представитель государства нотариус занимается публичной деятельностью. В правовых науках, на наш взгляд, недостаточно внимания уделяется развитию категории публичной нотариальной деятельности. В общем виде публичность деятельности нотариуса определяется через правоотношение с государством как публичным институтом официальной власти. Во-первых, государство передает нотариусу часть своей функции по обеспечению защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, поддержанию правопорядка. Во-вторых, государство учреждает формы и пределы нотариальной деятельности как таковой, а стало быть, и пределы вмешательства государства в сферу интересов граждан и юридических лиц. В-треть-

их, государство в лице органов юстиции, являющихся органами исполнительной власти, наделяет нотариуса полномочиями в нотариальных округах.

Для уяснения правового статуса нотариуса важное значение имеет анализ прав и обязанностей, а также полномочий, которыми физическое лицо наделяется государством. В литературе неоднократно отмечалось, что нотариусы в силу закона обладают определенными властными полномочиями.

Властные полномочия федерального нотариуса выражаются в наложении запрета на отчуждение имущества, совершении исполнительной надписи, обеспечении доказательств. Представляется, что к властным полномочиям могут быть отнесены полномочия по охране наследственного имущества (составление описи имущества и передача его на хранение, назначение хранителя имущества).

В то же время нельзя согласиться с некоторыми авторами, относящими к властным полномочиям требования нотариуса к лицам, заинтересованным в производстве конкретного нотариального действия, о соблюдении установленных правил его совершения: предоставлении документов, личной явке этих лиц или их представителей. Нотариус вправе и обязан совершать нотариальные действия, имеющие юридическое значение, связанные с установлением, изменением или прекращением прав и обязанностей обращающихся к нему физических и юридических лиц. Решения, принимаемые нотариусом при производстве нотариальных действий, выносятся от имени Российской Федерации, оформляются как нотариальные акты, которые, по сути, являются правовыми актами (удостоверительные надписи, исполнительные надписи, свидетельства и др.). Их особенность состоит в том, что они действительны и унифицированы на всей территории РФ, а некоторые из них имеют законную силу.

Другая особенность заключается в возможности отмены нотариального акта, в том числе и отказа в совершении нотариального действия только вынесением решения от имени Российской Федерации.

Таким образом, только нотариус и система нотариата относятся к предмету нотариального права.

Необходимо более подробно рассмотреть отличие понятия «нотариус» от понятий «консульский работник», «должностное лицо органов исполнительной власти», «командир воинской части», «командир корабля» и т. д.

Консульские служащие и должностные лица органов исполнительной власти и иные, являющиеся государственными и муниципальными служащими, на наш взгляд, не относятся к числу субъектов нотариальных правоотношений и не входят в предмет нотариального права, их деятельность регулируется специальным отраслевым законодательством (военным, консульским, о здравоохранении, об исправительной системе и др.).

Ранее в Положении о консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г.¹, определялся статус консульского учреждения, которым являлся государственный орган внешних сношений Российской Федерации, осуществлявший в пределах соответствующего консульского округа на территории государства пребывания консульские функции от имени Российской Федерации. До вступления в силу Консульского устава Российской Федерации действовал Консульский устав СССР, утвержденный Указом Президиума Верховного Совета СССР от 25 июня 1976 г., в ч. 1 ст. 45 которого был определен перечень нотариальных действий, совершаемых консулом.

Осуществление должностными лицами консульских учреждений Российской Федерации за пределами России нотариальных действий было основано также на норме п. «ф» ст. 5 Венской конвенции о консульских сношениях, заключенной 24 апреля 1963 г.² СССР присоединился к Конвенции в соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 февраля 1989 г. № 10138-XI. Согласно этой Конвенции одной из консульских функций является ис-

¹ СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5509.

² См.: Сборник международных договоров СССР. Вып. XLV. М., 1991. С. 124—147.

полнение некоторых нотариальных обязанностей. В соответствии с ч. 5 ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате нотариальные действия от имени России на территории других государств совершают должностные лица консульских учреждений Российской Федерации, уполномоченные на совершение этих действий. Определен перечень таких нотариальных действий. В соответствии со ст. 5 Консульского устава Российской Федерации, утвержденного Федеральным законом от 5 июля 2010 г.¹ под консульскими функциями понимаются полномочия консульских учреждений и консульских отделов дипломатических представительств Российской Федерации по защите прав и интересов России, граждан РФ и российских юридических лиц за пределами нашей страны. К консульским функциям относятся и совершение нотариальных действий.

Приведенное положение свидетельствует о несовершенстве консульского законодательства, которое хоть и определило в новом Уставе понятие консульского действия, но не включило в него консульские действия, приравненные к нотариальным, Консулов нельзя признать нотариусами, поскольку они осуществляют специальные консульские действия, и тем более лицами, осуществляющими нотариальные действия. В противном случае консулы должны были бы пройти стажировку, сдать квалификационные экзамены и получить специальные полномочия от государства на право заниматься нотариальной деятельностью.

Включение консула как должностного лица в систему нотариальной деятельности способствует огосударствлению нотариата.

Необходимо учитывать различия правового статуса консула и нотариуса и их специфику и исходя из этого определить профессиональные функции каждого.

Согласно ст. 13 Консульского устава Российской Федерации консульским должностным лицом является гражданин РФ, замещающий должность федеральной государственной гражданской службы в консульском учреждении или консульском отделе дипломатического представительства

¹ См.: РФ. 2010. 7 июля.

ства Российской Федерации и уполномоченный на выполнение консульских функций. Назначение на должность и освобождение от должности консульских должностных лиц осуществляются федеральным органом исполнительной власти, ведающим вопросами иностранных дел.

Это генеральный консул, консул, вице-консул, консульский агент.

Консульские должностные лица и сотрудники консульских учреждений состоят на государственной службе в Министерстве иностранных дел РФ, т. е. являются должностными лицами в отличие от нотариуса, который является специально уполномоченным государством физическим лицом, не имеющим должности.

В ст. 14 нового Устава закреплено, что консульским должностным лицом может быть только гражданин Российской Федерации. Это положение является более четким по сравнению со ст. 22 Венской конвенции, в которой говорится, что «в принципе консульские должностные лица должны быть гражданами представляемого государства» (хотя Конвенция распространяет понятие консульского должностного лица и на почетных консулов). В Уставе отражена принадлежность сотрудников консульских учреждений к российскому гражданству. Основами законодательства РФ о нотариате также предусмотрено, что нотариусом может быть только лицо, имеющее российское гражданство.

Согласно ст. 14 Консульского устава Российской Федерации глава консульского учреждения назначается на должность федеральным органом исполнительной власти, ведающим вопросами иностранных дел, и допускается к выполнению своих функций после получения согласия (экзекватуры) государства пребывания. Глава консульского учреждения при назначении на должность получает от федерального органа исполнительной власти, ведающего вопросами иностранных дел, письменное полномочие (консульский патент).

Порядок назначения главы консульских учреждений подробно регламентирован международными правовыми нормами. Международное консульское право не преду-

сматривает обязательного получения предварительного согласия принимающего государства. Однако все консульские конвенции, действующие в настоящее время между Российской Федерацией и иностранными государствами, содержат положения, в которых предусматривается испрашивание дипломатическим путем согласия государства пребывания на назначение главы консульского учреждения.

Российская Федерация (как в прошлом и СССР) последовательно придерживается этого принципа, испрашивая согласие государства пребывания на назначение главы консульского учреждения даже в тех случаях, когда между Российской Федерацией и государством пребывания не заключена консульская конвенция.

Консульские действия совершаются в консульском учреждении. В отдельных случаях эти действия могут быть совершены вне указанного учреждения.

Консул, совершающий указанные действия, обязан соблюдать их тайну. Консульские действия совершаются в день предъявления всех необходимых для этого документов, уплаты консульских сборов и возмещения фактических расходов, когда нотариус взыскивает государственную пошлину или нотариальный тариф.

Делопроизводство в консульском учреждении ведется на том же языке, что и делопроизводство консульского учреждения.

Если обратившееся за совершением нотариального действия лицо не знает языка, на котором ведется делопроизводство, тексты оформляемых документов должны быть переведены ему консулом, совершающим действие, или известным консулу переводчиком.

По просьбе лица, которому отказано в совершении нотариального действия, ему должны быть изложены причины отказа.

Консульское учреждение пользуется правами юридического лица, имеет печать с изображением Государственного герба РФ и со своим наименованием, соответствующие печати, штампы, бланки, счета в банках.

Нотариус не является юридическим лицом, хотя и имеет печать с изображением Государственного герба РФ, фамилии, имени и отчества, указания профессии.

Конкретное содержание полномочий по совершению действий консульскими учреждениями закреплено в договорах о правовой помощи и консульских конвенциях, заключаемых с каждым государством в отдельности.

Например, в соответствии со ст. 35 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Польша, заключенной 22 мая 1992 г.¹, консульское должностное лицо имеет право:

1) принимать, составлять, регистрировать и удостоверить заявления граждан представляемого государства, в том числе заявления, касающиеся семейных отношений и запросов гражданства;

2) составлять, регистрировать, удостоверить и принимать на хранение завещания граждан представляемого государства;

3) составлять, регистрировать и удостоверить сделки, заключаемые между гражданами представляемого государства, и удостоверить односторонние обязательства, если они не противоречат законодательству государства пребывания. Однако консульское должностное лицо не имеет права составлять, регистрировать и удостоверить сделки или обязательства, которые устанавливают, отчуждают или передают права на недвижимое имущество, находящееся в государстве пребывания;

4) составлять, регистрировать и удостоверить сделки между гражданами представляемого государства, с одной стороны, и гражданами государства пребывания или гражданами третьего государства — с другой, если эти сделки подлежат исполнению или влекут правовой результат исключительно в представляемом государстве и при условии, что они не противоречат законодательству государства пребывания;

5) удостоверить копии, дубликаты и выписки из документов, выданных органами представляемого государства или государства пребывания;

¹ СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1515.

б) удостоверить правильность переводов документов;

7) удостоверить подписи граждан представляемого государства.

Как видим, в приведенных положениях не говорится непосредственно о нотариальных действиях, осуществляемых консулами. Перечисляются лишь определенные виды действий.

Таким образом, для выполнения консулом своей миссии необходимо получение консульского патента и экзекватуры. Нотариус же назначается органами юстиции. Он должен предварительно прийти сдать квалификационный экзамен и получить лицензию, дающую право заниматься нотариальной деятельностью. При этом порядок наделения лица полномочиями нотариуса регламентируется исключительно российским законодательством.

Интересен вопрос о соотношении деятельности нотариуса и *должностного лица органа исполнительной власти*. Основы законодательства РФ о нотариате предусматривают возможность осуществления нотариальных действий должностными лицами органов исполнительной власти. Согласно ст. 1 Основ в случае отсутствия в населенном пункте нотариуса нотариальные действия совершают должностные лица органов исполнительной власти, уполномоченные на совершение этих действий. Данное правило фактически повторяется в ч. 1 ст. 37 Основ.

Условием совершения нотариальных действий выступает отсутствие нотариуса в населенном пункте. Перечень нотариальных действий, осуществляемых должностными лицами органов исполнительной власти, ограничен.

На практике такого рода действия осуществляют должностные лица муниципальных органов, которые не являются государственными служащими. В соответствии со ст. 12 Конституции РФ органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Вместе с тем указанные органы могут наделяться законом отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств (ч. 2 ст. 132 Конституции РФ). Федеральным законом от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах

организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ определен порядок наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями. Полномочия выборных и должностных лиц местного самоуправления определяются уставом муниципального образования.

Таким образом, необходимо уточнять, наделено ли выборное или иное должностное лицо местного самоуправления, совершающее нотариальное действие, такими полномочиями. Практически все материальные и процессуальные действия, связанные с указанными полномочиями, не отличаются от нотариальных, но назвать их нотариальными нельзя, поскольку должностные лица не имеют статуса нотариуса.

Между тем практика идет по другому пути. Так, приказом Министерства юстиции РФ от 27 декабря 2007 г. № 256 была утверждена Инструкция о порядке совершения нотариальных действий главами местных администраций поселений и специально уполномоченными должностными лицами местного самоуправления поселений и муниципальных районов². Согласно Инструкции глава местной администрации поселения, в котором отсутствует нотариус, имеет право совершать нотариальные действия по должности. Решением главы местной администрации поселения, в котором отсутствует нотариус, совершение нотариальных действий может быть возложено на одно или нескольких должностных лиц местного самоуправления.

Следует отметить, что запрет на одновременное совершение разных нотариальных действий и главой местной администрации поселения, и специально уполномоченным должностным лицом местного самоуправления поселения законодательством РФ не предусмотрен. При этом одно нотариальное действие совершается одним должностным лицом. Подпись под удостоверительной надписью представляется тем должностным лицом, которым данное нотариальное действие совершено (подпись должна быть одна).

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

² См.: РГ. 2008. 11 янв.

Порядок официального использования Государственного герба РФ установлен Федеральным конституционным законом от 25 декабря 2000 г. «О Государственном гербе Российской Федерации»¹. Возможность использования органами местного самоуправления печати с изображением Государственного герба РФ при совершении нотариальных действий данным Законом не предусмотрена. В соответствии со ст. 7 Президентом РФ могут быть установлены иные, не предусмотренные указанным Законом случаи использования Государственного герба РФ.

Нормативных правовых актов Президента РФ, предусматривающих возможность использования органами местного самоуправления печати с изображением Государственного герба РФ, также не имеется.

Заслуживает внимания вопрос о соотношении понятий «нотариус» и «командир воинской части». С принятием Федерального закона от 27 мая 1998 г. «О статусе военнослужащих»² фактически был создан принципиально новый механизм, призванный обеспечивать эффективную защиту прав и законных интересов военнослужащих путем совершения действий командирами воинских частей с участием военнослужащих. *Командиры воинских частей* как должностные лица органов исполнительной власти обязаны совершать определенные действия с участием военнослужащих, лиц, призываемых (поступающих) на военную службу, членов их семей, а в отношении рабочих и служащих воинских частей и членов семей рабочих и служащих — удостоверить доверенности и завещания. Все эти действия считаются приравненными к нотариальным.

Следует подчеркнуть, что обращение за совершением определенных действий происходит по общим правилам, установленным законодательством. Военнослужащие наравне с гражданами РФ имеют право на обращение к нотариусам за удостоверением нотариальных действий на общих основаниях. Однако в большинстве своем военнослужащие выполняют служебные обязанности в специфических условиях, и

¹ СЗ РФ. 2000. № 52. Ч. I. Ст. 5021.

² СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2331.

их обращение к командирам (начальникам) воинских частей за совершением определенных действий связано с их особым правовым статусом.

Таким образом, один из видов несудебной защиты прав и интересов граждан обусловлен особенностями военной службы и предусмотрен нормами как гражданского, так и военного (специального) законодательства. Право военнослужащих на обращение за удостоверением нотариальных действий к командиру (начальнику) воинской части регламентируется ст. 185 ГК РФ и ст. 22 Федерального закона «О статусе военнослужащих».

Порядок прохождения военной службы, а также военно-служебные отношения между начальниками и подчиненными урегулированы нормами военного законодательства. Особенности военной службы, а также специфика военно-служебных правоотношений позволяют командирам воинских частей совершать действия, приравненные к нотариальным. Однако статус командира воинской части определяется специальным военным правом и не является предметом нотариального права.

Командиры кораблей также осуществляют ряд полномочий, приравненных к нотариальным. В частности, согласно ч. 1 ст. 70 Кодекса торгового мореплавания РФ капитан судна вправе удостоверить завещание лица, находящегося во время плавания на судне. Завещание, удостоверенное капитаном судна, приравнивается к нотариально удостоверенному. На морских судах Российской Федерации действует Инструкция о порядке удостоверения завещаний капитанами морских судов или судов внутреннего плавания, плавающих под флагом Российской Федерации¹.

Процедура удостоверения завещания командиром корабля имеет специфику, отличающую капитана от нотариуса. Иногда в чрезвычайной ситуации капитан иногда может не понять точное значение конкретного волеизъявления, в котором важно буквально каждое слово. В связи с этим в зарубежной морской практике используются при-

¹ См. текст Инструкции в книге: Сидорченко В. Ф., Скворцов А. И. Капитан морского судна. СПб., 2001. С. 96.

мерные формы завещаний на английском языке, с помощью которых завещателю легче изложить суть своей воли. Такая форма завещательного распоряжения особенно полезна в случаях, когда завещатель не в состоянии написать завещание собственноручно и может лишь его продиктовать, а запись производит какое-либо лицо по указанию капитана. Удостоверение капитаном завещания непонятного для него содержания (например, из-за незнания языка) чревато неприятностями.

Чрезвычайность ситуации, когда возникает опасность для людей, судна, груза и окружающей среды, требует от капитана максимального сосредоточения всех сил, знаний и опыта, в то время как пассажиры и иные лица на борту судна просят его удостоверить их завещания и отнестись к этому также с максимальным вниманием и ответственностью. Зарубежной практике известны случаи, когда наследники обвиняли капитана судна в том, что он намеренно или по небрежности удостоверить неточно выраженную волю лица, впоследствии погибшего во время аварии.

Гражданский кодекс РФ (ст. 185) приравнивает к нотариально удостоверенным ряд доверенностей, удостоверенных должностными лицами. Это в том числе доверенности лиц, находящихся в местах лишения свободы, удостоверенные начальником соответствующего места лишения свободы. Администрация учреждений социальной защиты населения или руководитель (заместитель) соответствующего органа социальной защиты вправе удостоверить доверенности совершеннолетних дееспособных граждан, находящихся в этих учреждениях. Высказывается мнение, что руководители этих учреждений также входят в систему нотариата¹.

С этим нельзя согласиться, поскольку указанные лица не нотариусы и их действия не являются нотариальными. Отождествление понятий нотариуса и лиц, деятельность которых приравнена к нотариальной, не способствует развитию нотариата.

Нотариусы должны осуществлять особые функции в сфере гражданского оборота. Поэтому должны быть разра-

¹ См.: Власов Ю. Н. Указ. соч. С. 35.

ботаны особый статус нотариата, единые, четкие нормативные конструкции нотариальных процедур, унифицированы в соответствии с федеральными законами нотариальные процессуальные нормы.

Реализация доказательной деятельности нотариуса лежит, прежде всего, в плоскости гражданско-правовых отношений. Поэтому важно определить на федеральном уровне единую организационную форму нотариата, исходя из того, что нотариус имеет отношение ко всему комплексу гражданско-правовых отношений, регламентированных ГК РФ.

§ 4. Право на осуществление нотариальной деятельности

В Российской Федерации о права и свободы человека и гражданина признаются и гарантируются согласно общепринятым принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией РФ (ч. 1 ст. 17).

Право на осуществление нотариальной деятельности относится к категории *субъективных прав*. Это право возникает по воле определенного субъекта, который сам определяет содержание своих действий и осознает последствия их прекращения или изменения. Физические лица самостоятельно решают, вступать или не вступать им в те или иные публично-правовые отношения, связанные с занятием нотариальной деятельностью, они вольны защищать свое право либо отказаться от его защиты в конкретной ситуации; вправе предъявить требование о судебной защите своих прав (иск) или не делать этого и т. д. При этом физические лица руководствуются своими собственными частными интересами. Государство, в свою очередь, предоставляет физическому лицу возможность урегулирования этих отношений. Разумеется, государство обязано принимать и известные меры по защите прав участников от злоупотреблений недобросовестных лиц и в определенной мере защищать права лиц, претендующих на занятие нотариальной деятельностью, а в необходимых случаях принуждать к соблюдению публичных интересов. Между тем нотариальная деятельность сама по себе является публичной деятельно-

стью, поэтому государство, а также публично-правовые институты нотариального права, такие как органы юстиции и нотариальные палаты, вправе считать себя выразителями и защитниками интересов лиц, претендующих на занятие нотариальной деятельностью. Тем не менее в Конституции РФ содержится лишь статья о праве на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной, не запрещенной законом экономической деятельности. Таким образом, на наш взгляд, значительно сужена сфера применения конституционных норм по отношению к иным видам деятельности, в число которых входит нотариальная, имеющим публично-правовой, а не экономический характер.

Право на осуществление нотариальной деятельности признано государством и является *публично-правовым*, поскольку на специально уполномоченный орган (Министерство юстиции РФ) возложены функции совместно с публично-правовой организацией нотариусов — нотариальной палатой по подбору, подготовке и наделению полномочиями лиц, желающих заниматься нотариальной деятельностью.

Однако из этого не следует, что право на осуществление нотариальной деятельности ничем не ограничено. Нотариальная деятельность рассматривается как мера дозволенного поведения. Ее внешние пределы устанавливаются законодателем, который использует в этом случае метод общего дозволения, согласно которому нормативные правовые акты должны четко регламентировать сферу разрешенного. Тем не менее существуют требования, которые предшествуют возникновению права на осуществление нотариальной деятельности. Эти требования адресованы прежде всего лицам, претендующим на право осуществления нотариальной деятельности.

Право на осуществление нотариальной деятельности является составляющей нотариального права, главенствующим субъектом которого выступает нотариус. Это предполагает наличие *специального правового статуса нотариуса*, а также необходимость приобретения отдельным гражданином статуса нотариуса. Указанное право включает

выбор территории осуществления нотариальной деятельности; осуществление нотариальной деятельности в соответствии с установленными законом организационно-правовыми формами.

В соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в которой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Закон ограничивает возможность сочетания нотариальной деятельности с другими видами деятельности. В соответствии со ст. 6 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус не вправе заниматься предпринимательской и никакой иной деятельностью, кроме нотариальной, научной, преподавательской, оказывать посреднические услуги при заключении договоров.

Гарантии права на осуществление нотариальной деятельности закреплены в ст. 8, 34, 35 Конституции РФ и выражаются в праве на получение правовой помощи и на равную судебную защиту в случае нарушения законных интересов.

Если суд установит, что нотариальный акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со ст. 13 ГК РФ он может признать такой акт недействительным.

Право на осуществление нотариальной деятельности необходимо отличать от права на выбор рода деятельности и профессии, права на труд (ст. 37 Конституции РФ). Реализация права на труд предполагает заключение гражданином с работодателем трудового договора, в соответствии с которым определяются трудовые функции работника в зависимости от его квалификации и профессиональной подготовки и гарантируется выплата заработной платы. При этом гражданин не должен нести никаких рисков или ответственности за действия работодателя, выступающего в качестве предпринимателя. Нотариус же принимает на себя все неблагоприятные последствия, по какой бы причине

они ни возникали: по его собственной вине, вине его помощника, секретаря, по случайному стечению обстоятельств, которые он не сумел предусмотреть, и т. п.

Правовая форма осуществления нотариальной деятельности — это внешне выраженное, зафиксированное законом положение нотариуса, в том числе порядок прохождения стажировки, сдача квалификационных экзаменов, получение лицензии на право заниматься нотариальной деятельностью и наделение полномочиями нотариуса.

Право на осуществление нотариальной деятельности состоит из двух стадий: стадии обладания правом и стадии реализации данного права.

К *стадии обладания правом на осуществление нотариальной деятельности* следует отнести: приобретение лицом гражданства РФ; получение высшего юридического образования; прохождение стажировки; сдачу квалификационных экзаменов; апелляционные процедуры при приеме экзамена на право заниматься нотариальной деятельностью; получение лицензии.

К *стадии реализации права на осуществление нотариальной деятельности* относится наделение нотариуса соответствующими полномочиями.

В случае непрохождения одной из стадий возникают определенные юридические последствия, приводящие к нарушению процедуры получения полномочий нотариуса, а иногда и к серьезным правонарушениям, которые не позволяют лицу реализовать свое право на осуществление нотариальной деятельности. Например, прохождение стажировки и сдача квалификационного экзамена являются основаниями для получения лицензии на право заниматься нотариальной деятельностью; при осуществлении лицом деятельности без лицензии можно ставить вопрос о незаконности нотариальной деятельности в целом. В соответствии со ст. 3 Основ законодательства РФ о нотариате гражданин, получивший лицензию, но не приступивший к работе в должности нотариуса в течение трех лет, допускается к должности нотариуса только после повторной сдачи квалификационного экзамена.

Согласно ст. 2 Основ на должность нотариуса в Российской Федерации назначается в порядке, установленном данным нормативным правовым актом, гражданин РФ, имеющий высшее юридическое образование, прошедший стажировку сроком не менее одного года в государственной нотариальной конторе или у нотариуса, занимающегося частной практикой, сдавший квалификационный экзамен, имеющий лицензию на право нотариальной деятельности.

Требование гражданства РФ обусловлено особым статусом нотариуса и публично-правовым характером нотариальной деятельности. По смыслу Основ недопустимым для нотариуса является и наличие двойного гражданства. Иными словами, закон не предусматривает возможность получения полномочий нотариуса иностранным гражданином либо лицом без гражданства. Нотариус, осуществляющий действия от имени государства, должен обладать устойчивой правовой связью с государством. Публично-правовой характер работы, выраженный в нотариальной деятельности на определенной территории, нотариальная тайна, выдача печати с изображением Государственного герба РФ, взаимоотношения с органами юстиции, судами, прокуратурой создают предпосылки для ограничения по наделению полномочиями нотариуса иностранных граждан и лиц с двойным гражданством.

Наличие высшего юридического образования предполагает у соискателя определенный уровень подготовки. В практике приема квалификационных экзаменов возникали вопросы о юридической силе дипломов негосударственных высших учебных заведений. В соответствии с законодательством РФ об образовании дипломы негосударственных высших учебных заведений имеют такую же юридическую силу, однако соответствующие вузы, выдающие дипломы, должны иметь государственную аккредитацию. Данная проблема весьма актуальна, поскольку некоторые юридические вузы выдают дипломы американского и британского образца, международные сертификаты ЮНЕСКО, коммерческие дипломы и т. п.

К сожалению, Основы законодательства РФ о нотариате в отличие от законодательства об образовании не преду-

сматривают обязательного получения образования в учебном заведении, имеющем государственную аккредитацию.

Если первая стадия — прохождение стажировки, сдача квалификационного экзамена, получение лицензии на право осуществления нотариальной деятельности — довольно подробно исследована в юридической литературе, то вторая стадия требует более полного изучения.

Согласно ч. 3 ст. 12 Основ наделение нотариуса полномочиями производится на основании рекомендации нотариальной палаты Министерством юстиции РФ или по его поручению органом юстиции на конкурсной основе. Порядок проведения конкурса определяется Министерством юстиции РФ совместно с Федеральной нотариальной палатой.

В настоящее время действует Положение о порядке проведения конкурса на замещение вакантной должности нотариуса, утвержденное приказом Министерства юстиции РФ от 17 февраля 1997 г. № 19-01-19-97 по согласованию с Федеральной нотариальной палатой¹. Целью конкурса является отбор на должности нотариусов наиболее подготовленных лиц, имеющих необходимые профессиональные знания, способных обеспечить правовую защиту имущественных и иных прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

Вместе с тем ни в Основах, ни в Положении не раскрывается понятие «конкурс». По нашему мнению, в новом законодательстве о нотариате этот пробел должен быть устранен.

Проведению конкурса предшествуют: учреждение или открытие вакансии. В случае, если учреждается новая вакантная единица, решение принимается совместно органом юстиции и нотариальной палатой. Если вакантная единица возникает в случае увольнения нотариуса, его смерти, лишения лицензии на право осуществления нотариальной деятельности, то она открывается автоматически;

объявление конкурса. Конкурс объявляется распоряжением органа юстиции не позднее 10 дней со дня открытия

¹ См.: Российские вести. 1997. 27 марта.

вакантной должности нотариуса с указанием сроков проведения конкурса, места и времени заседания конкурсной комиссии, а также срока приема документов на конкурс. О принятом решении в трехдневный срок с момента издания распоряжения извещается нотариальная палата. Дата начала конкурса устанавливается не ранее чем через месяц и не позднее чем через два месяца после объявления конкурса. Для проведения конкурса приказом органа юстиции при этом органе образуется конкурсная комиссия в составе восьми человек.

Специфика правового статуса нотариуса заключается в том, что наделение полномочиями нотариуса осуществляется нотариальной палатой совместно с органом юстиции. Однако неясно, что понимается под «совместным решением». Предполагает ли это равенство участников при принятии решения?

На практике такого равенства не существует. В соответствии с ранее действовавшим Положением о порядке проведения конкурса на замещение должности нотариуса (1994 г.) выборы по конкурсу проводились Правлением нотариальной палаты, и в этой работе принимал участие руководитель органа юстиции или его заместитель с правом решающего голоса. Согласно действующему Положению конкурсная комиссия создается на паритетных началах из равного числа работников органов юстиции и частнопрактикующих нотариусов. При этом председателем комиссии является руководитель органа юстиции, с правом решающего голоса.

Представляется, что если решение принимается большинством голосов, а в результате подсчета их оказалось равное количество, правильнее объявить конкурс несостоявшимся и провести его вновь.

В соответствии с постановлением Верховного Совета РФ от 11 февраля 1993 г. «О порядке введения в действие Основ законодательства Российской Федерации о нотариате»¹ установлен особый порядок занятия должности нотариуса, занимающегося частной практикой. Нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе и желающий

¹ Ведомости РФ. 1993. № 10. Ст. 358.

заняться частной практикой, назначался на должность нотариуса в том же нотариальном округе, где находится государственная нотариальная контора, в штате которой он состоит, не позднее чем через две недели со дня подачи заявления. В этом случае рекомендации нотариальной палаты не требовались. Отказ в назначении на должность нотариуса может быть обжалован в районный суд общей юрисдикции по месту нахождения уполномоченного органа юстиции в месячный срок со дня вынесения решения об отказе. Указанный порядок распространяется лишь на нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах на момент публикации Основ в «Российской газете» (11 марта 1993 г.). По смыслу законодательства все нотариусы, в том числе работающие в государственных нотариальных конторах, обязаны пройти аналогичный конкурс. На практике это не всегда выполняется, а назначенные нотариусы занимают свои должности вопреки установленному порядку. Органы юстиции считают, что выдача рекомендации на конкурс кандидату является полномочием нотариальной палаты. Не случайно органы юстиции Московской области направляют лицу, сдавшему документы для участия в конкурсе, уведомление, в котором говорится о том, что в случае прохождения его кандидатуры по конкурсу он обязан в течение 10 дней после конкурса представить в отдел кадров управления юстиции рекомендацию нотариальной палаты, которая будет являться одним из оснований для издания приказа о назначении его на должность нотариуса.

Однако нотариальные палаты в регионах в поисках приемлемой формы совместного принятия решений по-разному подходят к реализации своего права на рекомендацию.

Например, нотариальная палата может рекомендовать лицо для участия в конкурсе. Второй вариант — Правление палаты может рекомендовать лицо для участия в конкурсе. Третий вариант — нотариальная палата ходатайствует о назначении на должность до проведения конкурса. Четвертый — в некоторых случаях органы юстиции пытаются выработать совместное решение и оформляют это в форме совместных протоколов с нотариальной палатой. Вместе с тем в протоколах, ведущихся органами юстиции, домини-

рует позиция о том, что победитель проведенного конкурса обязан в течение 10 дней представить в управление юстиции рекомендацию нотариальной палаты. Таким образом, «совместное наделение полномочиями нотариуса» осуществляется в одностороннем порядке, что противоречит смыслу ст. 12 Основ законодательства РФ о нотариате. Кроме того, в законодательстве не урегулирован вопрос о том, в какой период нотариальная палата дает рекомендацию для наделения полномочиями нотариуса. На практике имеют место случаи наделения полномочиями нотариуса органом юстиции после проведения конкурса как на основании рекомендации, так и без нее.

Не урегулирована также форма рекомендаций нотариальной палаты. Достаточно ли письма нотариальной палаты или необходимо решение ее правления? Вправе ли нотариальная палата в рамках одного конкурса выдавать рекомендации нескольким кандидатурам? Какое значение имеет рекомендация нотариальной палаты для принятия решения членами конкурсной комиссии? На практике нередки случаи наделения полномочиями нотариуса лиц, которые не обращались в нотариальную палату за рекомендацией, но сдали документы на проведение конкурса. Много вопросов возникает относительно перечня документов, необходимых для проведения конкурса, сроков и последовательности сбора и представления необходимых документов при предъявлении рекомендации. Все это позволяет органам юстиции наделять полномочиями нотариуса лиц, не имеющих рекомендаций нотариальных палат.

Количество должностей нотариусов в нотариальном округе также определяется совместным решением органа юстиции и нотариальной палаты. При этом число нотариусов определяется безотносительно к их составу: нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах, либо нотариусы, занимающиеся частной практикой. Главное, чтобы оно не превышало общую численность нотариусов, установленную в данном округе.

Данное положение и конкурсный порядок распространяются также на занятие любой вакантной должности но-

тариуса, как государственного, так и занимающегося частной практикой.

Заседание конкурсной комиссии считается правомочным, если на нем присутствуют не менее пяти членов комиссии. Кандидатуры от нотариальной палаты для включения в состав конкурсной комиссии представляются нотариальной палатой в орган юстиции в 15-дневный срок с момента извещения палаты об объявлении конкурса. Если в указанный срок в орган юстиции не поступили сведения о включении в состав комиссии членов нотариальной палаты, вправе ли руководитель органа юстиции ввести ограничения в отношении одного кандидата? Какое значение имеет рекомендация нотариальной палаты для принятия решения членами конкурсной комиссии? Если в указанный срок в орган юстиции не поступили сведения о включении в состав комиссии членов нотариальной палаты, руководитель органа юстиции вправе утвердить состав конкурсной комиссии с соблюдением условия равенства представителей от органа юстиции и нотариальной палаты. Персональный состав конкурсной комиссии утверждается приказом органа юстиции, о чем извещается нотариальная палата. При этом неясно, следует ли проводить такую процедуру по каждому конкурсу. На практике комиссия создается и действует до внесения изменений в ее состав.

Как уже говорилось, председателем конкурсной комиссии является руководитель органа юстиции или его заместитель. Для обеспечения работы комиссии (регистрация и прием заявлений, формирование дел, ведение протокола конкурсной комиссии и т. д.) руководитель органа юстиции назначает секретаря комиссии из числа членов комиссии — сотрудников органа юстиции.

Порядок работы конкурсной комиссии определяется ее председателем. Объявление о проведении конкурса на замещение вакантной должности нотариуса, о сроках, о месте приема и перечне документов, необходимых для участия в конкурсе; требованиях, предъявляемых для замещения вакантной должности нотариуса; о месте и времени заседания конкурсной комиссии должно публиковаться органом юстиции совместно с нотариальной палатой в средствах

массовой информации. На практике же они вывешиваются в общедоступных местах в зданиях органа юстиции и нотариальной палаты. Факты оглашения таких объявлений редки или совсем отсутствуют. Следует заметить, что для судебной системы процедура публикации о проведении конкурса закреплена в Законе РФ от 26 июня 1992 г. «О статусе судей в Российской Федерации»¹.

К участию в конкурсе допускаются граждане РФ, имеющие высшее юридическое образование, прошедшие стажировку в государственной нотариальной конторе или у нотариуса, занимающегося частной практикой, сдавшие квалификационный экзамен, имеющие лицензию на право нотариальной деятельности. Лица, получившие лицензию, но не приступившие к работе в должности нотариуса в течение трех лет, могут быть допущены к конкурсу только после повторной сдачи квалификационного экзамена. Помощник нотариуса не сдает повторный экзамен независимо от срока получения лицензии, поскольку считается, что он практикует у нотариуса и не оторван от дел.

Лица, желающие участвовать в конкурсе, подают заявление секретарю конкурсной комиссии. Заявление регистрируется в специальном журнале с присвоением порядкового регистрационного номера. При подаче заявления лицо, желающее принять участие в конкурсе, должно представить нотариально засвидетельствованные копии следующих документов: диплома о высшем юридическом образовании; трудовой книжки; лицензии на право заниматься нотариальной деятельностью; листка по учету кадров установленной формы с фотографической карточкой кандидата. При подаче заявления предъявляется документ, удостоверяющий личность. Конкурсант может представить другие документы или их нотариально засвидетельствованные копии, характеризующие его профессиональную юридическую подготовку. Проверка представленных документов осуществляется секретарем конкурсной комиссии. Подлинники документов возвращаются заявителю в день их представления, а копии формируются в дело.

¹ Ведомости РФ. 1992. № 30. Ст. 1792.

Прием документов производится в срок, установленный распоряжением органа юстиции. По истечении данного срока документы на конкурс не принимаются.

Возникает вопрос: вправе ли органы юстиции при такой жесткости регламентации подготовки документов отменить уже назначенный конкурс? Думается, что нет.

На основании представленных документов конкурсная комиссия принимает решение о допуске кандидатов к участию в конкурсе. Кандидат не допускается к участию в конкурсе при несвоевременном либо неполном представлении указанных выше документов. Решение о допуске кандидатов к конкурсу тоже можно отнести к спорным моментам. Это формальная стадия, поскольку секретарь комиссии принимает документы по строго определенному перечню, а все недостатки в документах могут быть уточнены при голосовании во время самого конкурса. На то он и конкурс.

Список лиц, допущенных к участию в конкурсе, вывешивается в зданиях органа юстиции и нотариальной палаты не позднее семи дней до начала его проведения. Следует иметь в виду, что возможны ситуации, когда в силу тех или иных причин на одну должность претендует только один кандидат. Например, такие ситуации возникали в Московской и Свердловской областях при проведении конкурсов на занятие должности нотариуса. Полагаем, что в подобных случаях конкурс может проводиться.

В ходе проведения конкурса конкурсная комиссия оценивает кандидатуры на основании представленных документов, в том числе документов о прохождении стажировки и результатах сдачи квалификационных экзаменов. При необходимости комиссия может проводить индивидуальные собеседования с ними по вопросам, касающимся нотариальной деятельности.

Оценка кандидатов производится по 10-балльной системе. По итогам оценки каждый член конкурсной комиссии выставляет кандидату соответствующий балл, который заносится в конкурсный бюллетень, приобщаемый затем к протоколу заседания конкурсной комиссии. В конкурсном бюллетене каждым членом комиссии должна быть кратко изложена мотивировка, послужившая основанием для при-

нения решения о соответствующей оценке качеств конкурсанта. После оценки всех участников конкурса и подсчета набранных ими баллов конкурсная комиссия определяет лиц, победивших в конкурсе. Победившим считается кандидат, получивший наибольшее количество баллов.

Результаты голосования и решение конкурсной комиссии заносятся в протокол, который подписывается председателем и членами конкурсной комиссии, и оглашаются лицам, принимавшим участие в конкурсе, на следующий день после его окончания. Выписка из протокола конкурсной комиссии выдается всем желающим лицам, участвовавшим в конкурсе. Протокол в течение 10 дней после проведения конкурса представляется конкурсной комиссией в орган юстиции. Решение конкурсной комиссии по результатам проведения конкурса является основанием для издания приказа о назначении лица (лиц), победившего (победивших) в конкурсе, на должность (должности) нотариуса (нотариусов). Копия приказа в течение трех дней с момента его издания направляется в нотариальную палату.

Попутно нельзя не обратить внимания на слишком большой разрыв в сроках хранения документов. Так, все документы, связанные с проведением конкурса, по каждому участнику конкурса, сформированные в дело, хранятся в органе юстиции в течение трех лет, в то время как протоколы заседания аттестационной комиссии по рассмотрению жалоб на решения квалификационной комиссии по приему экзаменов у лиц, желающих получить лицензию на право нотариальной деятельности (п. 22), хранятся в Министерстве юстиции РФ 75 лет.

Решение конкурсной комиссии о недопущении кандидата к участию в конкурсе и решение конкурсной комиссии по результатам конкурса могут быть обжалованы в суд в установленном порядке.

Наконец, следует коснуться вопроса о порядке перехода нотариусов, осуществляющих деятельность в государственных нотариальных конторах, в частнопрактикующие нотариусы, назначенных на должность после введения в действие Основ законодательства РФ о нотариате. Необходимы

ли в данном случае процедуры конкурсного отбора и рекомендация нотариальной палаты?

По нашему мнению, неправильно поступали те органы юстиции, которые, минуя конкурсную процедуру, наделяли полномочиями частнопрактикующего нотариуса нотариусов, работавших в государственных нотариальных конторах, приступивших к исполнению своих обязанностей после 11 марта 1993 г. Ни Основы, ни постановление о порядке введения их в действие такой вольности не допускают.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что вопрос о реализации права на осуществление нотариальной деятельности требует доработки.

Первые шаги к изменению конкурсной процедуры сделаны. Например, решением Правления Федеральной нотариальной палаты от 18—19 августа 2011 г. протокол № 05/11 утверждено Положение о порядке выдачи нотариальными палатами субъектов Российской Федерации рекомендаций лицам, желающим принять участие в конкурсе на замещение вакантной должности нотариуса. В настоящее время Федеральной нотариальной палатой и Министерством юстиции РФ ведется активная работа по созданию нового положения о порядке проведения конкурса, предлагается введение бальной системы, учета стажа работы в нотариате и т. д. Вместе с тем трудностью разработки порядка проведения конкурса продолжает оставаться отсутствие четких юридических критериев проведения таких конкурсов, введение механической бальной системы, на наш взгляд, не решит вопроса о квалифицированном кадровом составе нотариата.

Право на осуществление нотариальной деятельности возникает у гражданина с момента получения рекомендации региональной нотариальной палаты о наделении лица полномочиями нотариуса, проведения конкурса и обретения им правового статуса нотариуса на основе приказа органа юстиции о наделении лица полномочиями нотариуса, а в случае замещения временно отсутствующего нотариуса — приказа о наделении полномочиями лица, временно замещающего нотариуса.

В ст. 12 Основ законодательства РФ о нотариате не просматривается различие между терминами «учреждение

должности нотариуса» и «наделение лица полномочиями». На наш взгляд, более правильным является термин «наделение полномочиями нотариуса», поскольку нотариус не является должностным лицом. Понятие «должность» имеет административно-правовое содержание и связано с понятием «государственная служба». В связи с тем что нотариус, занимающийся частной практикой, не является должностным лицом и не включен в специальный реестр должностных лиц, он может быть наделен полномочиями, а не назначен на должность. Наделение полномочиями нотариуса, как и назначение на должность, предполагает наличие специального приказа органа юстиции.

Как уже говорилось выше, основанием возникновения права на осуществление нотариальной деятельности является, прежде всего, приказ органа юстиции о назначении на должность нотариуса, а не совместное решение органа юстиции и нотариальной палаты о наделении полномочиями на осуществление нотариальной деятельности.

Наделение полномочиями нотариуса является публично-правовым институтом в отличие от административного. Оно оформляется совместным решением органа юстиции, государственного органа и нотариальной палаты — публично-правовой некоммерческой организации. При этом орган юстиции выступает как орган исполнительной власти, наделяющий указанными полномочиями от имени государства, а нотариальные палаты, являясь публично-правовой корпорацией, формируют кадровый состав будущих нотариусов.

В соответствии со ст. 12 Основ должность нотариуса учреждается и ликвидируется органом юстиции совместно с нотариальной палатой, как и количество должностей нотариусов в нотариальном округе, а наделение нотариуса полномочиями производится на основании рекомендации нотариальной палаты органом юстиции на конкурсной основе из числа лиц, имеющих лицензии. В этом состоит основное противоречие.

Что касается рекомендации нотариальной палаты, то она, по нашему мнению, должна даваться до проведения конкурса. В противном случае теряется смысл такой реко-

мендации для лица, победившего в конкурсе. Иными словами, лицо, не имеющее такой рекомендации, не имеет права участвовать в конкурсе.

Наделение полномочиями нотариуса производится при условии замещения вакантных должностей нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах. При недостижении согласия между органом юстиции и нотариальной палатой число нотариусов в нотариальном округе должно, на наш взгляд, определяться полномочным представителем Президента РФ в федеральном округе. Такой подход наиболее оправдан, поскольку конфликт, возникший по поводу наделения нотариуса полномочиями, может парализовать взаимоотношения нотариальной палаты и органов юстиции. Суду разрешить конфликт не удастся, так как предметом спора будут вопросы целесообразности, а не законности. Поэтому полномочный представитель Президента РФ в федеральном округе в данном случае может выступать не только в качестве арбитра, но и в качестве органа, разрешающего указанный спор по существу.

§ 5. Федеральная нотариальная палата — юридическое лицо публичного права

Развитие нотариального законодательства или, точнее, публично-правового регулирования нотариальных отношений в России может рассматриваться лишь в контексте процесса кардинального реформирования нотариата¹.

Публичные начала в нотариальной деятельности должны строиться на началах субординации субъектов нотариально-правовых отношений, им должен быть свойственен централизованный характер, что предполагает усиление полномочий Федеральной нотариальной палаты, построенной на началах самоуправления, которая приобретает качество самоорганизованной публичной власти. В идеале это «органическое сочетание власти и свободы, внешнего (вертикального) управления и внутренней самоорганизации но-

¹ См.: Калинин Т. Г. Публично-правовая нотариальная деятельность // Нотариальный вестник. 2006. № 8.

тариусов»¹. Нотариальное самоуправление есть новая форма публичной власти и управления. Вместе с тем органы нотариального самоуправления еще не наделены государством соответствующими полномочиями, и пока эти полномочия предоставляются только отдельным нотариусам.

Таким образом, федеральное нотариальное самоуправление в лице Федеральной нотариальной палаты должно выполнять две функции: 1) общественную, основанную на независимости каждого нотариуса и членстве в Федеральной нотариальной палате; 2) государственную, при которой федеральное нотариальное самоуправление может рассматриваться как одна из форм организации государственного управления нотариальной деятельностью, исходящей из наделения сообщества полномочиями от имени государства.

Законодательство о нотариате направлено прежде всего на развитие нотариальных палат субъектов Федерации. Исходную позицию Основ законодательства РФ о нотариате занимает доминанта «разделительной» тенденции, основанной на российской модели федерации. Она выражается в двухзвенной системе организации нотариата — Федеральная нотариальная палата и нотариальные палаты субъектов РФ.

Указанная модель противоречит принципу разграничения государственной власти по предметам совместного ведения между Российской Федерацией и ее субъектами, закрепленному в Конституции РФ (ст. 3, 4, 12, ч. 1, 2 ст. 15, ст. 16, ч. 3 ст. 36, п. «в» ч. 1 ст. 72, ч. 1, 2 ст. 76, ч. 1 ст. 130).

Основы законодательства РФ о нотариате были приняты до вступления в силу Конституции РФ, и многие нормы данного акта не соответствуют более позднему законодательству. Согласно Конституции РФ основу законодательной компетенции государственной власти Российской Федерации составляет ее суверенитет, суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию; Конституция РФ и федеральные законы имеют верховен-

¹ См.: Яковлев В. Ф. Давайте объединим усилия... // Материалы Всероссийской научно-практической конференции («Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы» Москва 15—16 февраля 2007 г.). 2007. С. 10—11.

ство на всей территории РФ (ч. 1 и 2 ст. 4). Предписания же Основ ограничивают сферу действия федеральных правовых актов.

Следует заметить, что Конституция РФ, как и, например, Основной закон ФРГ, предусматривает двучленную структуру федерального государства. Согласно теории двучленной структуры, составляющей концептуальную основу Основного закона ФРГ, федерация функционирует на двух уровнях: 1) уровень федерации; 2) уровень каждой из федеральных земель, которые равны между собой, но не равны федерации. Аналогично Конституция РФ (ст. 3—5, 10—12, 71, 72, 76—78) устанавливает подобные уровни. Например, согласно ее ст. 12 органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Между тем усиление роли нотариальных палат субъектов РФ в отношениях с Федеральной нотариальной палатой, предоставление органам местного самоуправления компетенции в сфере правового регулирования нотариальных отношений означает, по существу, установление некоего третьего уровня государственности, что противоречит Конституции РФ.

Разделительная тенденция составляет, по существу, концептуальную основу правового урегулирования нотариальных отношений в современных условиях. Данный процесс начался в начале 1990-х гг. и был связан с предоставлением субъектам РФ беспрецедентной свободы. Именно в этот период начала формироваться тенденция усиления роли региональных нотариальных палат в противовес Федеральной, что в конечном счете привело к тем последствиям, которые были вызваны кризисом выборов президента Федеральной нотариальной палаты в 2008 г.

В соответствии с Основами законодательства РФ о нотариате была установлена двухуровневая система палат: федеральная нотариальная палата, а наряду с ней в каждом субъекте РФ — собственная нотариальная палата.

В Основах нотариальная палата субъекта РФ определена как некоммерческая организация, представляющая собой профессиональное объединение, основанное на обязательном членстве нотариусов, занимающихся частной практикой (ст. 24). Закрепление за нотариальной палатой статуса

некоммерческой организации означает, что согласно ГК РФ целью ее деятельности не может быть извлечение прибыли.

Правовой статус некоммерческих организаций закреплен в Федеральном законе от 12 января 1996 г. «О некоммерческих организациях»¹. В нем содержатся примерный перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций и их основные признаки. Некоммерческие организации могут создаваться в форме общественных или религиозных организаций (объединений), некоммерческих партнерств, учреждений, автономных некоммерческих организаций, социальных, благотворительных и иных фондов, ассоциаций и союзов, а также в других формах, предусмотренных федеральными законами (ст. 2 данного Закона).

Что касается нотариальных палат, то они под указанные признаки не подпадают. Приоритет в правовом регулировании деятельности нотариальных палат имеют нормы Основ, в соответствии с которыми создавались нотариальные палаты, органы их управления, определялись их правовой статус и их функциональные обязанности.

Таким образом, нормы Федерального закона «О некоммерческих организациях» и Основ по-разному регламентируют ряд вопросов, касающихся организаций и деятельности данных организаций. Например, ст. 5 этого Закона предусматривает, что некоммерческая организация может создавать филиалы и открывать представительства на территории РФ в соответствии с российским законодательством. Федеральная нотариальная палата вправе создать такого рода филиалы и представительства на территории субъекта РФ. Однако там уже созданы региональные нотариальные палаты, которые, в свою очередь, не имеют права создавать филиалы и структурные подразделения на территории субъекта РФ.

Членство в региональных нотариальных палатах обязательно, поскольку палаты являются профессиональными объединениями. Поэтому в силу публичного предназначения нотариальных палат для их организации неприемлем

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

принцип добровольности, характерный для членства в других объединениях (ст. 30 Конституции РФ, ст. 117 ГК РФ, ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 19 мая 1995 г. «Об общественных объединениях»¹).

Государственная власть, осуществляемая на федеральном уровне, и нотариальное самоуправление находятся в тесном взаимодействии. В силу этого неоднократно возникал вопрос о наделении определенными полномочиями от имени государства Федеральной нотариальной палаты как основного органа нотариального самоуправления. К таким полномочиями могут быть отнесены государственный контроль за деятельностью федеральных нотариусов, подготовка кадров, представление кандидатов в нотариусы, законодательная инициатива и т. д.

Федеральная нотариальная палата и нотариальные палаты субъектов РФ должны строить отношения не по горизонтали, как это имеет место в настоящее время, а по вертикали — на основе публично-правового принципа субординации деятельности. Сегодня практически по всем вопросам финансирования, методическим вопросам, по толкованию законодательства, по вопросам наделения полномочиями нотариусов решения принимаются нотариальными палатами субъектов РФ. Нередко решения собраний нотариусов нотариальных палат субъектов РФ усиливают частноправовые начала в нотариальной деятельности; наблюдается различное толкование законов, издание нотариальных актов, порой идущих вразрез с действующим законодательством, большой разброс мнений по поводу нотариального тарифа, технической работы и подготовки проектов документов; не всегда выполняются обязательства по взносам в Федеральную нотариальную палату и т. д. Федеральная нотариальная палата, оторвана финансово и методически от регионов и не всегда прислушивается к их гласу. Многие ее комментарии и разъяснения не согласуются с мнением нотариусов. Последние выборы президента Федеральной нотариальной палаты и проблемы, возникшие между региональными нотариальными палатами укре-

¹ СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

пили нашу позицию относительно того, что стране нужна «сильная» Федеральная нотариальная палата, которая отражала бы интересы нотариусов всех регионов, а не части их представителей¹. Назрела необходимость изменения внутренней системы и структуры Федеральной нотариальной палаты и ее отношений с региональными палатами. Этот вопрос должен быть решен не только в нотариальном законодательстве, но и в Положении о Федеральной нотариальной палате с учетом ее правового статуса.

Необходимо критически отнестись к статусу Федеральной нотариальной палаты как некоммерческой организации. Нотариусы не являются членами Федеральной нотариальной палаты. Обязательное членство предусмотрено только в отношении нотариальных палат субъектов РФ. Федеральная нотариальная палата, как и нотариальные палаты субъектов РФ, является юридическим лицом и подлежит государственной регистрации. Она осуществляет координацию деятельности нотариальных палат; представляет интересы нотариальных палат в органах государственной власти и управления, предприятиях, учреждениях, организациях; обеспечивает защиту социальных и профессиональных прав нотариусов, занимающихся частной практикой; участвует в проведении экспертиз проектов федеральных законов по вопросам, связанным с нотариальной деятельностью; обеспечивает повышение квалификации нотариусов, стажеров и помощников нотариусов; организует страхование нотариальной деятельности; представляет интересы нотариальных палат в международных организациях (ст. 25 Основ законодательства РФ о нотариате).

Вместе с тем публично правовой характер отношений предполагает отношения «власти и подчинения», субординацию, что не прослеживается в деятельности Федеральной нотариальной палаты. Не наделена Федеральная нотариальная палата и контрольными функциями — перечень ее полномочий, предусмотренный ст. 25 Основ, имеет ис-

¹ См.: *Калининченко Т. Г.* Развитие публично-правовых начал в нотариальной деятельности // Материалы Всероссийской научно-практической конференции «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». С. 34.

черпывающий характер. Контрольными функциями обладают, согласно Основам, только нотариальные палаты субъектов РФ, и то лишь в плане проверки профессиональной деятельности нотариусов, которые, как известно, не являются членами Федеральной нотариальной палаты. Прямого указания в Основах на публично-правовой характер нотариальной деятельности нет. Контрольная же функция, которая определяет публично-правовой характер палаты, в соответствии со ст. 34 Основ отнесена к компетенции нотариальной палаты субъекта РФ.

Оценив все эти противоречия и несогласованность приводят к выводу, что Федеральная нотариальная палата должна обладать властными полномочиями и выполнять контрольные функции относительно всех нотариусов России.

С теоретической точки зрения интересен вопрос о создании Федеральной нотариальной палаты в форме юридического лица публичного права. Пока нет работ о таком понимании правового статуса Федеральной нотариальной палаты. В основном в них анализируется правовой статус нотариальной палаты как некоммерческой организации, иногда в сравнении в адвокатскими палатами¹.

Понятие «юридическое лицо» традиционно для правовой науки. Оно используется в теории права, в работах в области частного права, а в настоящее время и в исследованиях по публичному праву². Интересную статью о нотариальных палатах и их статусе как публичной корпорации написала О. В. Романовская³.

В зарубежном законодательстве понятие «юридическое лицо» нередко имеет смысловые особенности. Например, в немецком праве употребляется термин «juristisch-he Person»,

¹ См.: *Черемных Г. Г.* Сравнительно-правовой анализ статуса адвокатских и нотариальных палат // Нотариус. 2007. № 6. С. 2.

² См.: *Бахрах Д. Н., Российский Б. В., Стариков Ю. Н.* Административное право: учебник. М., 2005; *Козлова Е. И., Кутафин О. Е.* Конституционное право: учебник. М., 2001.

³ См.: *Романовская О. В.* Нотариальная палата, публичная корпорация, саморегулируемая организация: проблемы терминологии // Нотариус. 2005. № 5. С. 13.

что соответствует русскому «юридическое лицо», а в английском праве — «legal person», что также означает «юридическое лицо». Кроме того, для обозначения юридического лица в английском праве используется термин «artificial person» — «искусственное лицо». Французское право употребляет термин «personne morale», что, с одной стороны, является противопоставлением физическому лицу как материальной субстанции, а с другой — указывает на понимание французами юридического лица как абстрактной идеальной (в смысле идеи, а не оценки) конструкции, не имеющей физической оболочки¹.

В российском гражданском праве дано одно из наиболее полных определений юридического лица. Согласно п. 1 ст. 48 ГК РФ юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. Юридические лица должны иметь самостоятельный баланс или смету.

Федеральная нотариальная палата является полноценным юридическим лицом, однако реальность заставляет искать новые формулировки и характеристики для различного рода объединений граждан и капиталов, в том числе для объединения нотариусов.

В российском и зарубежном законодательстве выделяются юридические лица, к которым классификации, основанные на частном праве, могут применяться только в части или вовсе не могут применяться². Это юридические лица так называемого публичного права. К таким юридическим лицам в конституционном, административном, гражданском праве зарубежных стран относятся государство, его административно-территориальные единицы, муниципальные образования, многочисленные органы власти. На-

¹ См.: *Тысенко Е. О.* Органы государственной и муниципальной власти как юридические лица публичного права // *Право и государство.* 2009. № 5.

² См.: *Пучинский В. К., Безбах В. В.* Гражданское и торговое право зарубежных стран. М., 2004.

пример, во Франции особыми юридическими лицами публичного права считаются департаменты, коммуны, другие региональные и муниципальные образования, различные учреждения, создаваемые государством и муниципальными образованиями¹. В немецком законодательстве юридическими лицами публичного права названы государственные учреждения². Очевидно, что статус таких объединений лиц, как государство, муниципальное образование, орган власти, государственное учреждение, центральный банк и многих других организаций регламентируется не только и не столько частным правом, сколько правом публичным.

Понятие «юридическое лицо публичного права» или «публично-правовое образование» долгое время не только не использовалось, но и не признавалось ни большинством ученых, ни тем более законодателем.

Сегодня получила дальнейшую разработку концепция юридического лица публичного права. В качестве агента публичной власти и действует нотариус, занимающийся частной практикой, поскольку «осуществление нотариальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой статус нотариусов», включая «нотариусов, занимающихся частной практикой и в качестве таковых принадлежащих к лицам свободной профессии»³.

Именно Конституционный Суд РФ впервые отнес к субъектам публичного права саморегулируемые организации. Э. В. Талапина верно отмечает, что в этом вопросе судебная практика вновь опередила законодательную власть⁴. Нельзя также не согласиться с ее выводом о том, что включение саморегулируемых организаций в число квазигосударственных субъектов повлечет необходимость их строгой

¹ См.: *Морандьер Л. Ж.* Гражданское право Франции. Пер. с фр. М., 1958.

² См.: *Топорнин Б. Н.* Государственное право Германии. М., 1994. Т. 1.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства РФ о нотариате // *СЗ РФ.* 1998. № 22. Ст. 2491.

⁴ См.: *Талапина Э. В.* Новые институты административного права // *Государство и право.* 2006. № 5. С. 18.

публично-правовой регламентации. Если саморегулируемые организации по-прежнему останутся для законодателя лишь субъектами гражданского права, расчет государства на их активную регулятивную роль может не оправдаться¹.

Как уже отмечалось, деятельность субъектов публично-го права, направленная на реализацию публичного интереса, регулируется нормами публичного права, что отнюдь не указывает на способность указанных субъектов участвовать только в публичных правоотношениях. Так, большинство органов государственной власти и местного самоуправления вправе в определенных случаях вступать в гражданско-правовые отношения. В связи с вышесказанным представляется достаточно аргументированным предложение о разработке в отечественной правовой доктрине категории юридического лица публичного права, активно продвигаемое В. Е. Чиркиным. Он отмечает, что в современном российском праве возникло новое явление, выражающееся в распространении понятия юридического лица на такие типичные для публичного права субъекты, как органы государственной власти и местного самоуправления².

В то же время ГК РФ определяет юридическое лицо исключительно в качестве частноправовой конструкции. По мнению В. Е. Чиркина, это понятие, как оно сформулировано в действующем законодательстве РФ, «неприменимо и не может применяться к органам государства», в связи с чем представляется целесообразным выделение юридических лиц публичного права в особую группу с последующей серьезной научно-правовой разработкой данной категории³.

¹ См.: *Талапина Э. В.* Новые институты административного права // Государство и право. 2006. № 5. С. 18.

² См.: *Чиркин В. Е.* Юридическое лицо публичного права // Журнал российского права. 2005. № 5. С. 16—26; *Он же.* Еще раз о юридическом лице публичного права // Журнал российского права. 2006. № 5. С. 94—104; *Он же.* Необходимо ли понятие юридического лица публичного права // Государство и право. 2006. № 5. С. 22—26; *Он же.* Юридическое лицо в частном и публичном праве // Законодательство и экономика. 2006. № 5. С. 11—17.

³ См.: *Чиркин В. Е.* Юридическое лицо в частном и публичном праве // Законодательство и экономика. 2006. № 5. С. 12.

Впрочем, у этой позиции имеются не только сторонники¹, но и оппоненты². Отсутствие единого подхода к категории «субъект публичного права» приводит подчас к довольно сомнительным выводам (например, о наличии зависимости государственных органов от наделения их правами или статусом юридического лица для получения возможности вступать в публичные правоотношения)³.

Таким образом, *субъекты публичного права* — это организации и коллективы, созданные в установленном нормами публичного права порядке для обеспечения реализации субъективных публичных прав человека и гражданина, а также индивиды и социальные общности, деятельность которых по выражению и обеспечению публичного интереса основана на нормах публичного права.

Федеральная нотариальная палата должна обладать и практически обладает рядом прав юридического лица публичного права. Это должно быть отражено в новом законодательстве об организации деятельности нотариата. Например, некоторые нормативные правовые акты содержат прямое указание на то, что тот или иной орган является юридическим лицом. Так, согласно ч. 7 ст. 1 Положения о Федеральной службе безопасности Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 11 августа 2003 г. № 960⁴, эта Служба является юридическим лицом. В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 11 января 1995 г. «О Счетной палате Российской Федерации»⁵ юридическим лицом признается Счетная палата РФ, однако ее организационно-правовая форма не указывается.

Статус Федеральной нотариальной палаты в качестве юридического лица публичного права в литературе практи-

¹ См.: *Кантор Н. О.* О государственных органах как юридических лицах публичного права // Хозяйство и право. 2005. № 5. С. 63.

² См.: *Зинченко С., Галов В.* Юридическое лицо и правовой статус органов государственного и муниципального управления: (вопросы соотношения) // Хозяйство и право. 2005. № 11. С. 115.

³ См.: *Ромашко Е. А.* Государственные органы со статусом юридического лица как особые субъекты конституционно-правовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Архангельск, 2006. С. 7.

⁴ СЗ РФ. 2003. № 33. Ст. 3254.

⁵ СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 167.

чески не исследуется. Ведется лишь дискуссия о сущности нотариальных палат как общественных и некоммерческих организациях. Между тем следует отметить, что Федеральная нотариальная палата может являться юридическим лицом публичного права, поскольку такое лицо наделяется государственно-властными полномочиями и ему присущи особенности внутренней структуры и соподчиненности, выборов руководителей и т. д.

Такие юридические лица должны выступать как носители государственной воли, публичных прав и обязанностей. Общественные отношения с участием нотариуса должны быть урегулированы не только гражданским, административным, и конституционным правом, но и нотариальным правом.

Федеральная нотариальная палата как юридическое лицо публичного права может обладать следующими *характеристиками*.

Во-первых, по своему происхождению и основным свойствам Федеральная нотариальная палата — публично-правовое образование, созданное с целью объединить нотариусов всей страны. Высшим органом Федеральной нотариальной палаты мог бы стать всероссийский съезд нотариусов, а нотариальные палаты субъектов РФ могут быть трансформированы в представительства или отделения Федеральной нотариальной палаты.

Во-вторых, Федеральная нотариальная палата имеет особое целевое назначение: способствует реализации не общих, а общественных интересов — защите прав граждан и юридических лиц¹. Юридическому лицу публичного права запрещено преследовать частные интересы своих членов путем использования принадлежащих ему полномочий или имущества. Федеральная нотариальная палата должна осуществлять контроль за деятельностью нотариусов, обладать законодательной инициативой, определять общую финансовую политику в данной сфере и т. д.

¹ См.: Калинин Т. Г. Нотариальная защита прав физических и юридических лиц // Нотариальный вестник. 2008. № 4.

В-третьих, Федеральная нотариальная палата как юридическое лицо публичного права, принадлежа к такой организационно-правовой форме, может обладать разными по своему характеру властными полномочиями. Такие полномочия могут иметь и нормотворческий, и распорядительный, и иной характер, но в самом широком понимании. Прежде всего это управленческие полномочия.

В-четвертых, Федеральная нотариальная палата должна обладать не просто правами и обязанностями юридического лица, а полномочиями, правами, которые юридическое лицо публичного права в силу закона обязано реализовывать определенным способом и в определенной форме как орган публичной власти.

В-пятых, Федеральная нотариальная палата имеет обособленное имущество, однако такое имущество редко находится на праве собственности, право владения и пользования таким имуществом также значительно ограничено. Имущество юридического лица публичного права используется не для извлечения прибыли, а для содействия осуществлению полномочий (компетенции) юридического лица. Такое имущество находится под постоянным контролем иных юридических лиц публичного права, специально созданных в целях такого контроля.

В-шестых, Федеральная нотариальная палата должна создаваться особым путем: в распорядительном порядке (издание соответствующих нормативных правовых актов публичной власти — законов, указов, распоряжений, постановлений и т. д.) и действовать только на основании закона.

В-седьмых, Федеральная нотариальная палата не нуждается в государственной регистрации в общем порядке, установленном для частных юридических лиц, а создается и действует на основе определенного нормативного правового акта публичной власти.

Ответственность Федеральной нотариальной палаты как юридического лица публичного права имеет публично-правовой характер. Частноправовая ответственность публично-правового образования всегда имеет менее важное значение, зачастую частноправовая (обязательственная и деликтная) ответственность переводится с юридического

лица публичного права на казну в целом¹. Поэтому целесообразно, на наш взгляд, продумать и разработать систему нотариального тарифа не за нотариальные действия, а за нотариальную деятельность, в которую должны быть включены совместные тарифы по нотариальному действию, подготовке проекта, технической работе, консультированию с учетом специфики стадийности и содержания нотариальных производств по отдельным нотариальным действиям. Одновременно необходимо разработать систему, заменяющую налогообложение нотариусов как физических лиц с доходов, полученных от нотариальной деятельности. Налогобложение нотариуса необходимо заменить единым гербовым сбором в пользу государства (казны) за наделение полномочиями совершать от имени государства нотариальные действия.

В отличие от юридических лиц частного права в отношениях между юридическими лицами публичного права в той или иной мере и форме обязательно присутствуют элементы взаимосвязи «власть — подчинение». Данное обстоятельство связано с властной природой юридического лица публичного права. Федеральная нотариальная палата должна иметь свою вертикаль за счет создания представительств и отделений, которые обязаны подчиняться единым указаниям и методикам и стандартам, разработанным Федеральной нотариальной палатой.

Безусловно, создание особой категории юридического лица публичного права — Федеральной нотариальной палаты и выработка для нее общего понятия и юридического определения сопряжены со множеством теоретических и практических проблем, но это не должно служить препятствием.

Интересен вопрос о создании Федеральной нотариальной палаты и региональных палат как ассоциаций и союзов на основе элементов саморегулирования. Он активно дис-

¹ См.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 июня 2006 г. № 21 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров с участием государственных и муниципальных учреждений, связанных с применением статьи 120 Гражданского кодекса Российской Федерации» // ВВАС РФ. 2006. № 8.

кутировался в научной литературе¹ и практической. Вызывались разные мнения. Так, заслуживает внимания мнение советника Президента РФ В. Ф. Яковлева о том, что нотариальное сообщество — это саморегулируемая организация, которая подпадает под действия правовых норм, касающихся саморегулируемых организаций. Однако, по его мнению, «это не значит, что все структуры, которые обладают подобным признаком (саморегулируемостью), автоматически подпадают под закон». В качестве примера он приводит систему правосудия: «Она построена так, что в ней есть элементы саморегулирования — есть квалификационные коллегии, без решения которых Президент РФ не может назначить ни одного судью. Но никому не приходит в голову распространять на судейское сообщество закон о саморегулируемых организациях, поскольку есть специальный закон, относящийся к системе правосудия»².

В. В. Яковлев, делая краткий отчет о работе над проектом закона, говорит следующее: «Мы прямо не указывали на придание нотариальным палатам статуса саморегулируемых организаций, хотя, по сути, они ими являются. Но если такого рода указание будет сформулировано в тексте закона, мы можем подпасть под регулирование, существующее специально для них»³.

И, наконец, министр юстиции РФ А. В. Коновалов на заседании расширенной Коллегии Министерства юстиции РФ по итогам работы за 2010 г. более четко высказал свое мнение о перспективах перехода адвокатуры и нотариата на принципы саморегулирования: «И адвокатская, и нотариальная корпорации должны уйти от контроля Мин-

¹ См.: Смирнов С. В., Калинин Т. Г., Бочковенко В. А. Нотариат — публично-правовая — саморегулируемая организация // Российская юстиция. № 5. 2011.

² Яковлев В. Ф. Необходимо восстановить утраченные функции нотариата: выступление на внеочередном Собрании представителей нотариальных палат субъектов Российской Федерации 24 ноября 2010 г. // Нотариальный вестник. 2011. № 1.

³ Яковлев В. В. Вопросы привлечения нотариуса к дисциплинарной ответственности остались в законодательстве: выступление на внеочередном Собрании представителей нотариальных палат субъектов Российской Федерации 24 ноября 2010 г. // Нотариальный вестник. 2011. № 11.

юста и какого-либо другого органа исполнительной власти. Нужно понимать, что должны быть гарантированы высочайшие стандарты качества услуг, которые будут обеспечиваться этими саморегулируемыми сообществами профессиональных юристов. Должны быть отработаны безупречные механизмы этики, внутрикорпоративные механизмы соблюдения этих стандартов и жесточайшей реакции при их нарушениях»¹.

Отметим, что Конституционный Суд РФ отнес саморегулируемые организации к субъектам публичного права. Э. В. Талапина верно замечает, что в этом вопросе судебная практика вновь опередила законодательную власть. Следует также согласиться с ее выводом, что включение саморегулируемых организаций в число квазигосударственных субъектов влечет необходимость их строгой публично-правовой регламентации. В случае если саморегулируемые организации по-прежнему останутся для законодателя лишь субъектами гражданского права, расчет государства на их активную регулятивную роль может не оправдаться. Вместе с тем в юридической литературе почти не исследуется вопрос о нотариальных палатах как саморегулируемых организациях, как юридических лицах публичного права, хотя вполне очевидно, что придание нотариальным палатам такого статуса будет отражать интересы общества и государства. Это подтверждает правильность позиции министра юстиции РФ о том, что саморегулируемая нотариальная корпорация должна перейти на новый уровень организации, уйти от контроля Министерства и какого-либо другого органа исполнительной власти. В проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в ст. 1174. «Основные положения об ассоциациях и союзах» под ассоциацией (союзом) признается основанное на добровольном, а в установленных законом случаях — обязательном членстве объединение юридических и (или)

¹ Цит. по: Берсенева Т. Минюст выдвигает реформу адвокатуры и нотариата на первый план // Право. 2011. 28 февр.

физических лиц, созданное ими для представления и защиты совместных общественно значимых, в том числе профессиональных интересов, достижения общественно полезных непредпринимательских и иных не противоречащих закону целей. В форме ассоциаций и союзов (п. 3 ст. 50 законопроекта) создаются, в частности, объединения юридических лиц и (или) граждан, профессиональные объединения граждан, которые не состоят в трудовых отношениях с работодателями, не имеющие целью защиту их трудовых прав и интересов (объединения лиц творческих профессий, адвокатов, нотариусов, оценщиков и др.), в том числе саморегулируемые организации и их объединения. Таким образом, ассоциациями и союзами нотариусов могут быть, на наш взгляд, саморегулируемые организации.

Статья 24 Основ законодательства РФ о нотариате определила принцип самоуправления как основополагающий принцип организации нотариальной палаты. Это означает, что полномочия нотариальной палаты реализуются ее членами (нотариусами) через высший орган — собрание — и избираемые органы управления — правление и президента. При этом многие полагают, что самоуправление и есть саморегулирование, что понятия «самоуправление» и «саморегулирование» по своему правовому содержанию равнозначны. Однако это далеко не так. Указанные понятия необходимо различать.

«Саморегулирование» как правовое понятие появилось сравнительно недавно. Советское право вообще его не знало, оно было введено Федеральным законом от 1 декабря 2007 г. «О саморегулируемых организациях»¹. Статья 2 этого Закона дает следующее определение: «под саморегулированием понимается самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности и содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил». Согласно ст. 3 Закона саморегулируемыми орга-

¹ СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

низациями признаются некоммерческие организации, объединяющие субъектов профессиональной и предпринимательской деятельности определенного вида.

Исследователи этого правового института делают следующие выводы: «содержанием саморегулируемой деятельности являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований этих стандартов и правил членами этой организации. Под стандартами и правилами саморегулируемой организации понимаются требования к осуществлению предпринимательской или профессиональной деятельности, обязательные для выполнения всеми членами саморегулируемой организации. При этом федеральными законами могут устанавливаться иные требования, стандарты и правила в саморегулируемых организациях.

По большому счету, суть саморегулирования состоит в передаче государством функций по установлению норм и правил поведения в определенной сфере профессиональной деятельности особому субъекту — саморегулируемой организации»¹.

Если проанализировать истоки саморегулирования, то можно утверждать, что появление данного института напрямую связано с проведением в стране административной реформы. Саморегулирование — часть этой реформы. Оно было предусмотрено целым рядом программных документов. В частности, в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ на 2003 год говорилось о радикальном сокращении функций государственного аппарата как о приоритетной задаче развития государственного управления.

В целях реализации положений Послания Указом Президента РФ от 23 июля 2003 г. № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003—2004 годах»² были определены приоритетные направления административной реформы, среди которых названо и развитие системы саморегулируемых организаций. Задачи перехода к саморегулированию определялись в ряде распоряжений

¹ См.: РГ. 2002. 19 апр.

² СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3046.

Правительства РФ: от 10 июля 2001 г. № 910-р «О программе социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2002—2004 годы)»¹, от 25 октября 2005 г. № 1789-р «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006—2010 годах»². Необходимо также обратить внимание, что ст. 5 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» наряду с общим подходом о добровольности членства предусматривает, что федеральными законами могут быть названы случаи обязательного членства субъектов профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях. Таким образом, уже при первом ознакомлении с приведенными нормами Закона создается впечатление, что они фактически воспроизводят ряд положений Основ законодательства РФ о нотариате, регулирующих организацию системы нотариата, а нотариальные палаты обладают всеми признаками саморегулируемой организации.

Здесь уместно обратиться к авторитетному мнению ряда известных ученых и государственных деятелей. Так, еще в 2007 г. на парламентских слушаниях на тему «Саморегулируемые организации. Проблемы развития, законодательства и правоприменительной практики» председатель Комитета Государственной Думы РФ по собственности В. С. Плещачевский высказал следующую мысль: «Понятно, что 80 лет всепроникающего государственного регулирования в России привели к тому, что чиновники присутствуют поныне во всем процессе регулирования. Сегодня любое ведомство формально может каждый понедельник принимать новые лицензионные требования. Между тем саморегулирование заложено в деятельность нотариата, профессиональных оценщиков... И все же, несмотря на то, что Конституция РФ не запрещает государству передавать отдельные полномочия исполнительных органов власти негосударственным организациям, государство в России с трудом отказывается от избыточного вмешательства в экономику. И эффективность принятых законов по дебиюкратизации низка. Для этого и нужны организации саморегулирования».

¹ СЗ РФ. 2001. № 31. Ст. 3295.

² СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

Под саморегулированием понимается создание организаций для защиты прав неограниченного круга лиц, т. е. публично-правовых организаций с функциями, свойственными органам государственной власти. Они нужны как противовес медлительности и консерватизму, свойственным государственному аппарату. Для полноценного развития рынка необходимы расширение начал саморегулирования, передача ряда функций регулятора негосударственным структурам, как считает В. С. Плескачевский. Несомненно, указанные выводы относятся и к нотариату, если рассматривать его как сообщество нотариусов (именно такое определение нотариата дается в указанном выше законе-проекте).

Конституционный Суд РФ в историческом для нотариата постановлении от 19 мая 1998 г. № 15-П сделал важные выводы: «Осуществление нотариальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой статус нотариусов и обуславливает необходимость организации государством эффективного контроля за их деятельностью, включая деятельность нотариусов, занимающихся частной практикой и в качестве таковых принадлежащих к лицам свободной профессии. В связи с этим Основами законодательства Российской Федерации о нотариате предусматривается создание во всех субъектах Российской Федерации нотариальных палат — некоммерческих организаций, представляющих собой профессиональные объединения, которые основаны на обязательном членстве нотариусов, занимающихся частной практикой, и организуют работу на принципах самоуправления (части первая, третья и четвертая статьи 24).

Публично-правовое предназначение нотариальных палат проявляется прежде всего в том, что они осуществляют контроль за исполнением нотариусами, занимающимися частной практикой, своих профессиональных обязанностей, а также обращаются в суд с ходатайствами или представлениями о лишении их права нотариальной деятельности за нарушение законодательства (пункт 3 части пятой статьи 12, часть вторая статьи 17 и часть первая статьи 34 Основ). Реализация нотариальной палатой такого рода полномочий предполагает обязательность членства в ней

нотариусов, занимающихся частной практикой (часть четвертая статьи 2 и часть первая статьи 24 Основ)».

Если сопоставить данную Конституционным Судом РФ характеристику правового статуса и предназначения нотариальных палат с названными признаками саморегулируемой организации, то обнаруживается их сходство. Это имеет определяющее значение при решении вопроса о статусе нотариальной палаты. Отсюда следует однозначный вывод: нотариальные палаты должны иметь статус саморегулируемых организаций, что и должно найти отражение в новом федеральном законе.

Для выяснения вопроса о приобретении статуса саморегулируемой организации необходимо обратиться к работе Д. Н. Парфирьева «Проблемы получения статуса саморегулируемых организаций в России».

В ней автор отмечает, что в законодательстве отсутствует единый подход к решению вопроса о приобретении статуса саморегулируемых организаций. Базовым нормативным актом по вопросу приобретения этого статуса является Федеральный закон «О саморегулируемых организациях». Кроме него указанный вопрос регулируется иными законодательными актами:

когда эти организации прямо исключены из сферы регулирования данного Закона (ч. 3 ст. 1), правовое регулирование осуществляется в специальных федеральных законах от 29 ноября 2001 г. «Об инвестиционных фондах»¹, от 22 апреля 1996 г. «О рынке ценных бумаг»² и др.;

когда отдельные аспекты правового статуса саморегулируемых организаций несколько видоизменены или дополнены (по сравнению с названным в Федеральном законе «О саморегулируемых организациях») — в законах, посвященных определенным видам предпринимательской (профессиональной) деятельности (ч. 2 ст. 1 базового Закона): от 30 декабря 2008 г. «Об аудиторской деятельности»³, от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)»⁴, от

¹ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

² СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

³ СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 15.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

29 июля 1996 г. «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»¹, Градостроительном кодексе РФ и др.

Таким образом, в любом случае приобретение нотариальной палатой статуса саморегулируемой организации возможно только путем прямого указания об этом в законе. Как же должна быть организована система нотариата, если определить нотариальные палаты как саморегулируемые организации. Применительно к нотариальным палатам сегодня налицо оба признака саморегулируемой организации — разработка и установление стандартов (правил) и контроль за соблюдением их требований. Вполне естественно, что закрепленные рассматриваемыми Основами (ст. 4, 9, 12, 18, 25, 28, 34) публично-правовые полномочия нотариальной палаты, о которых говорилось в названном постановлении Конституционного Суда РФ, должны быть расширены, в первую очередь за счет предоставления ей права устанавливать обязательные для системы (нотариусов) стандарты и правила, как это предусмотрено Федеральным законом «О саморегулируемых организациях». Они условно могут быть разделены на две группы: общероссийские и региональные (на уровне субъекта РФ).

Итак, нотариат как профессиональное сообщество нотариусов, по всей видимости, должен представлять собой следующую двухзвенную организационную систему:

1) нотариусы, объединенные в саморегулируемые некоммерческие организации — нотариальные палаты субъектов РФ;

2) Федеральная нотариальная палата — саморегулируемая некоммерческая организация (возможно, в форме ассоциации или союза), объединяющая, в свою очередь, на условиях обязательного членства нотариальные палаты субъектов РФ.

Учитывая, что нотариальные действия совершаются нотариусами от имени Российской Федерации, безусловно, на региональном уровне не могут устанавливаться стандарты и правила общероссийского масштаба, прежде всего касающиеся нормативно-правового обеспечения в сфере но-

¹ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813.

тариата, порядка совершения нотариальных действий и нотариального делопроизводства. Эти вопросы должны относиться к компетенции Федеральной нотариальной палаты как общие вопросы деятельности нотариата.

Необходимо также иметь в виду, что согласно Положению о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденному Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1313¹, Министерство является уполномоченным государственным органом, осуществляющим нормативно-правовое регулирование, контроль и надзор в сфере нотариата. Исходя из этого, порядок принятия названных решений представляется достаточно ясным: они должны приниматься Федеральной нотариальной палатой совместно с Министерством юстиции РФ (как это и практикуется сегодня) с обязательным оформлением принятых совместных решений в виде приказов Министерства, с последующими регистрацией и опубликованием в порядке, установленном для принятия ведомственных нормативных актов. Именно такая форма принятия решений и правил позволит им иметь нормативный характер, а также обеспечить реализацию полномочий Министерства, а главное — реализовать сочетание принципов саморегулирования с государственным регулированием и контролем в сфере нотариата.

При этом инициатором и разработчиком проектов этих нормативных правовых актов, несомненно, должна выступать Федеральная нотариальная палата как организация, в деятельности которой аккумулируются вопросы нотариата, т. е. злободневные организационные вопросы, правоприменительная практика, а также нерешенные проблемы и задачи на перспективу. Такая организация работы позволит ввести действенное регулирование всех аспектов нотариата, оперативно реагировать на изменения законодательства, в чем остро нуждаются нотариусы и чего сегодня, к сожалению, не происходит.

Не секрет, что для принятия тех подзаконных актов, которые были прямо предусмотрены Основами законодательства РФ о нотариате, понадобилось почти 17 лет. С другой

¹ СЗ РФ. 2004. № 42. Ст. 4108.

стороны, Инструкция о порядке совершения нотариальных действий, которая достаточно подробно регламентировала процедурные вопросы совершения нотариальных действий, была отменена в 1999 г., а взамен нее нотариусы получили Рекомендации по совершению отдельных видов нотариальных действий, утвержденные приказом Министерства юстиции РФ от 15 марта 2001 г. № 91, что не одно и то же. При этом со времени принятия Основ отменено действие более 90 нормативных актов Министерства юстиции СССР и признаны утратившими силу около 20 нормативных актов Министерства юстиции РСФСР, непосредственно касающихся нотариальной деятельности.

В итоге сегодня нормативно-правовая база, которая должна обеспечивать организационное и правовое регулирование сферы нотариата, недостаточна и крайне слаба.

Вполне очевидно, что решить все злободневные вопросы нотариата одним федеральным законом вряд ли возможно. Нотариальные палаты всех уровней при переходе на саморегулирование должны обладать полномочиями при выработке правил осуществления регулятивных и контрольных функций, которые должны реализоваться ими по принципу разделения полномочий.

На этой основе внутренняя стандартизация системы нотариата должна определить организационное взаимодействие Федеральной нотариальной палаты и нотариальных палат субъектов РФ.

При этом если говорить о нотариате как о профессиональном сообществе нотариусов, о самоуправлении и саморегулировании, то главным элементом этого сообщества должен выступать рядовой нотариус. В связи с этим высшим органом нотариата должно быть не собрание представителей нотариальных палат, а всероссийский съезд нотариусов.

Безусловно, попытка создания особой категории юридического лица публичного права — саморегулируемых нотариальных палат — сопряжена с теоретическими и практическими вопросами, но их необходимо решить, и чем скорее, тем лучше. И единственный путь — принятие нового федерального закона.

Накопившийся в нотариате комплекс проблем требует реформирования и начинаться оно должно с организационных преобразований, главное из которых — перевод нотариата на принципы саморегулирования.

У нотариата еще есть шанс создать собственную организационную систему, которая послужит примером мировому сообществу и международному нотариату в части, касающейся укрепления правового статуса нотариуса, поскольку в демократическом государстве контроль за деятельностью представителей отдельных профессий, например таких, как нотариус, будут осуществлять не государство, а профессиональные сообщества посредством внедрения соответствующих правил, вырабатываемых самой корпорацией нотариусов на основе самоуправления¹.

§ 6. Контроль в сфере нотариата

В преддверии принятия нового федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», проект которого сегодня подготовлен рабочей группой Министерства юстиции РФ, нотариусы страны ожидают ответа на вопрос: как будет организован контроль их профессиональной деятельности? Вопрос не праздный, а принципиальный. Ответ на него во многом зависит от избранной разработчиками организационной модели нотариата, от того, будет ли новый закон предусматривать переход нотариата страны на принципы саморегулирования. Как отмечалось в статье «Нотариат — публично-правовая саморегулируемая организация»², организационная реформа нотариата должна иметь целью переход нотариальных палат всех уровней на саморегулирование, что позволит им взять на себя в полном объеме осуществление делегированных государством полномочий, а значит, по-новому организовать контроль профессиональной деятельности нотариусов. Это будет соответствовать базовому Федеральному закону «О саморегулируемых организациях», ст. 9 которого

¹ См.: Яковлев В. Ф. Указ соч. С. 10, 11.

² См.: Российская юстиция. 2011. № 5.

определяет контроль со стороны саморегулируемой организации за осуществлением своими членами профессиональной деятельности как предмет саморегулирования, одну из двух составляющих деятельности, непосредственно образующей саморегулирование.

Контроль за выполнением профессиональных обязанностей нотариусов как государственное полномочие имеет ряд специфических особенностей, обусловленных публично-правовым статусом нотариусов и спецификой самой нотариальной деятельности. Контроль профессиональной деятельности нотариусов долгое время является предметом дискуссий в связи с недостаточной четкостью действующего правового регулирования. В первую очередь это касается определения предмета контроля и разграничения контрольных полномочий между контролирующими органами. Необходимо отметить, что Основы законодательства РФ о нотариате устанавливают три конкретных вида контроля в сфере нотариата и определяют соответствующие контролирующие органы: 1) контроль за исполнением нотариусами правил нотариального делопроизводства, осуществляемый совместно органами юстиции и нотариальными палатами (ст. 9); 2) контроль за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей, осуществляемый нотариальными палатами (ст. 34); 3) судебный контроль за совершением нотариальных действий, предусматривающий судебный порядок обжалования нотариального действия или отказа в его совершении (ст. 33, 48, 49).

Согласно Положению о Министерстве юстиции Российской Федерации к компетенции Министерства и его территориальных органов отнесены вопросы нормативно-правового регулирования, а также надзор и контроль в сфере нотариата. Между тем Министерством какие-либо правовые механизмы осуществления контроля в сфере нотариата не разрабатывались, нормативные правовые акты по вопросам контроля за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей в развитие ст. 34 Основ законодательства РФ о нотариате не принимались. Очевидно, это объясняется тем, что гл. VII «Контроль за деятельностью нотариусов» Основ не предусматривает принятия Мини-

стерством юстиции РФ каких-либо подзаконных актов по вопросам осуществления контроля, а ст. 34 Основ относит контроль профессиональных обязанностей нотариуса к исключительной компетенции нотариальных палат.

Здесь уместно вспомнить, что еще в 1995 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в законодательство Российской Федерации о нотариате» (проект № 95009174-1), который устанавливал совместный контроль за деятельностью нотариусов органов юстиции и нотариальных палат. Однако он не был подписан Президентом РФ Б. Н. Ельциным и был возвращен в Государственную Думу РФ на доработку (заключение Президента РФ от 18 мая 1995 г. № Пр-663). В частности, были высказаны следующие замечания: «Не совсем понятно, что собой представляет совместный контроль. Как представляется, государственный контроль должен осуществлять соответствующий государственный орган, а не некоммерческая организация, представляющая собой профессиональное объединение».

Такой подход, имеющий скорее политический, чем правовой характер, наблюдался в 90-х гг. прошлого столетия наряду с инициативами возврата старой системы государственного нотариата. Однако сегодня эта позиция утратила актуальность. Время идет, спустя десятилетие в стране началась административная реформа, в результате которой возникло саморегулирование как противодействие избыточным функциям государственного аппарата. Поэтому не вызывает сомнений, что придание нотариальным палатам статуса саморегулируемой организации — юридического лица публичного права позволит сосредоточить контрольные функции в одних руках. В этом случае контрольные полномочия будут осуществляться непосредственно нотариальными палатами субъектов РФ в полном объеме как за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей, так и соблюдением правил нотариального делопроизводства, за исключением вопросов судебного контроля.

Именно поэтому с переходом на саморегулирование все дискуссии о совместном контроле нотариальной палаты и органа юстиции должны остаться в прошлом. Такая функ-

ция Министерства юстиции РФ, как государственный надзор и контроль в сфере нотариата, должна проявляться не в проведении конкретных проверок нотариусов, а в государственном регулировании вопросов организации и осуществления профессионального контроля, проще говоря, в издании совместно с Федеральной нотариальной палатой нормативных правовых актов на основе обобщения и анализа правоприменительной и судебной практики. Такая совместная нормотворческая функция имеет место и сегодня. Подзаконные акты в сфере нотариата принимаются Министерством юстиции РФ совместно с Федеральной нотариальной палатой. Это предусмотрено Основами законодательства РФ о нотариате и обусловлено правовой природой небюджетного нотариата, сочетанием публично-правового характера деятельности нотариусов с частным началом — с принципами организационной самостоятельности и независимости нотариусов, а также с самоуправлением нотариальных палат.

В определенном Основами перечне видов контроля особое место занимает судебный контроль (ст. 33, 49). Нотариальное действие и отказ в его совершении не могут быть предметом проверок даже со стороны саморегулируемой некоммерческой организации, поскольку любой нотариально удостоверенный документ является государственным актом: он совершен от имени Российской Федерации и в этом его главная особенность. Следовательно, нотариальное действие априори не может подвергаться корпоративному контролю, правовой оценке на соответствие законодательству со стороны проверяющих (также являющихся нотариусами), даже если контролирующая организация будет иметь статус саморегулируемой. Это компетенция суда.

Представляется, что данные принципиальные положения должны быть положены в основу общей части федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации» при разработке глав, посвященных контролю. Вместе с тем сегодня направленный в нотариальные палаты проект общей части закона по существу предлагает классический вариант государственного контроля эпохи развитого социализма. Налицо полный отказ от идеи са-

морегулирования. В частности, проектом определяются контролирующие органы — федеральный орган юстиции (Министерство юстиции РФ), его территориальные органы, нотариальные палаты, а также предмет контроля — организация работы нотариуса, делопроизводство, соблюдение правил совершения нотариального действия, исчисление и взимание нотариального тарифа. Какое-либо распределение контрольных функций по предметному принципу между органами юстиции и нотариальными палатами не предлагается, а нормы о судебном контроле и вовсе отсутствуют.

Таким образом, по законопроекту любая из перечисленных контролирующих организаций вправе проверить любой аспект деятельности нотариуса: совершения нотариального действия, применения правил нотариального делопроизводства, до правильности исчисления и взимания нотариального тарифа. Фактически это означает полномасштабную проверку работы нотариуса, в том числе на соответствие законодательству совершенного нотариального действия, т. е. судебный контроль.

При осуществлении контрольных полномочий территориальный орган Министерства юстиции РФ фактически становится вышестоящим органом для нотариальной палаты. Он не будет самостоятельно проводить проверки. Его руководящая роль состоит в пересылке в нотариальную палату поступающих обращений и жалоб на действия нотариусов, постановке их на контроль с последующей оценкой результатов проверки. Территориальный орган не лишается права самостоятельно провести проверку по поступившему обращению.

Особенно удивляют положения проекта, дающие право территориальным органам и самому Министерству инициировать вопрос о переизбрании исполнительных органов нотариальной палаты в случае несогласия с принятым нотариальной палатой решением по любому вопросу, порученному органом юстиции. В советское время это называлось «снятие с должности не оправдавших доверие руководителей». Правда, непонятно, как эта норма может быть применена на практике, поскольку такое решение должно приниматься самой нотариальной палатой в лице ее выс-

шего органа — собрания. Таким образом, отношениям контролирующих органов придается вертикальный властный характер: орган юстиции поручает, а нотариальная палата выполняет и отчитывается о выполнении. Предложенная законопроектом модель напоминает государственный и партийный контроль времен советской административно-командной системы.

Анализ реализации правовых норм контроля в сфере профессиональной деятельности нотариусов позволяет сделать вывод о том, что сегодня контрольные функции осуществляются нотариальными палатами, что вполне естественно и объяснимо. Для того чтобы выполнять полноценную и качественную проверку профессиональной деятельности нотариуса, давать объективную оценку его работы, проверяющему необходимо обладать соответствующей квалификацией и необходимой профессиональной подготовкой. В полной мере подобным требованиям могут отвечать только нотариусы, но не специалисты государственной службы. Иными словами, профессионала должны проверять профессионалы, что на практике и происходит.

При отсутствии нормативных документов Министерства юстиции РФ по вопросам контроля этот вакуум давно стал заполняться нотариальными палатами. Они стали принимать регламенты проверок, создаваться соответствующие комиссии. Начавшийся еще в прошлом веке стихийный процесс организации проверок работы нотариусов приобрел упорядоченный характер после принятия Методических рекомендаций по проведению проверки исполнения нотариусом, занимающимся частной практикой, профессиональных обязанностей, утвержденных решением Правления Федеральной нотариальной палаты, протокол № 04/05 от 17 июня 2005 г.¹ Во всех нотариальных палатах сегодня действуют контрольные комиссии, приняты регламенты проверок.

Таким образом, нотариальными палатами давно выполняются контрольные функции, аналогичные предусмотренным Федеральным законом «О саморегулируемых организациях», причем задолго до принятия этого Закона. Данные

¹ См.: Нотариальный Вестник. 2005. № 9.

полномочия подтверждены Конституционным Судом РФ (постановление от 19 мая 1998 г. № 15-П) и правомочность их осуществления не вызывает сомнений в правоприменительной практике, в том числе судебной. Однако и здесь не обходится без издержек, как правовых, так и организационных. Как отмечалось выше, речь идет об определении предмета контроля и его пределов, так как содержание примененного в ст. 34 Основ законодательства РФ о нотариате термина «профессиональные обязанности нотариуса» ни в самих Основах, ни в иных документах нормативного характера не раскрывается.

Исследовавший данный вопрос Г. Г. Черемных считает, что предоставление Основами нотариальным палатам права контроля профессиональных обязанностей нотариуса без определения, что такое «профессиональные обязанности», без установления предмета и пределов такого контроля, является серьезной ошибкой законодателя. По мнению ученого, понятие «профессиональная деятельность» включает весь спектр действий нотариуса по обеспечению совершения нотариального действия, будь то приобретение или аренда помещения, оснащение его мебелью, средствами оргтехники и материалами, заключение соответствующих договоров с хозяйствующими субъектами, наем сотрудников, организация приема граждан, ведение делопроизводства, содержание архива, предоставление обязательной информации в нотариальную палату, государственные органы, уплата налогов и иных обязательных платежей, страхование риска профессиональной ответственности, повышение профессионального уровня, участие в общих собраниях и других мероприятиях палаты и многое другое, без чего невозможно совершение качественного, основанного на законе нотариального действия. Иными словами, профессиональная деятельность — это в первую очередь само нотариальное действие и вся многогранная работа нотариуса по его обеспечению. Основы, к сожалению, такого четкого, очевидного понятия не дают¹.

¹ См.: Черемных Г. Г. Организация контроля деятельности нотариуса должна быть изменена радикально // Российская юстиция. 2009. № 2.

Данный подход разделяется авторами других исследований¹ и с этой позицией нельзя не согласиться. Однако сегодня при комплексной проверке нотариуса проверяется весь такой спектр вопросов, касающихся как организации работы, постановки нотариального делопроизводства; подвергаются проверке на соответствие законодательству совершенные нотариальные действия. Причем последнее является одним из главных направлений проверки.

Таким образом, в предмет контроля исполнения профессиональных обязанностей нотариуса, занимающегося частной практикой, входит и проверка совершенных нотариальных действий на соответствие их законодательству, хотя, строго говоря, в силу закона это отнесено к предмету судебного контроля (ст. 33, 49 Основ). Отсутствие в законе критериев разграничения предмета профессионального контроля на составляющие позволяет нотариусам — членам комиссии, особенно в рамках комплексной проверки, зачастую «судить» своих коллег — других нотариусов, так как при проведении проверок одними нотариусами дается правовая оценка нотариальных действий, совершенных другими нотариусами. Нотариальная палата в лице проверяющих нотариусов по существу вторгается в сферу судебного контроля, т. е. компетенцию суда, поскольку по закону правильность совершенного нотариального действия проверяется судом (ст. 49 Основ, гл. 27 ГПК РФ). В этом плане показательна практика Московской городской нотариальной палаты. Законом г. Москвы «Об организации и деятельности нотариата в городе Москве»² (ст. 21) установлено, что проверяющие не вправе давать оценку законности и обоснованности нотариальных действий. Однако в Регламенте проведения проверок исполнения профессиональных обязанностей нотариусами города Москвы, утвержденном постановлением Правления Московской городской нотариальной палаты от 10 января 2008 г.³, приня-

¹ См.: Черкасов К. В., Расказчикова А. П. О некоторых проблемах осуществления территориальными органами юстиции контроля и надзора в сфере нотариата // Российская юстиция. 2010. № 3. С. 63—65.

² См.: Тверская, 13. 2006. 4 мая.

³ Документ опубликован не был.

том через полтора года после вступления этого Закона в силу, в качестве основной задачи проведения проверки прямо указывается «проверка соответствия совершаемых нотариусами нотариальных действий требованиям действующего законодательства и иным нормативным актам, регулирующим нотариальную деятельность».

Аналогична ситуация в других нотариальных палатах. Это не удивительно, поскольку формулировки регламентов проверки многих нотариальных палат заимствованы из Методических рекомендаций Федеральной нотариальной палаты.

Но не во всех субъектах РФ принят такой, как в Москве, закон о нотариате, которым разграничен предмет контроля и, казалось бы, внесена полная ясность в вопрос «кто и что должен проверять». Однако для правоприменителей из Московской городской нотариальной палаты утвержденный правлением нотариальной палаты Регламент, как оказалось, имеет большую юридическую силу, чем закон.

Таким образом, вопрос о том, как разграничить судебный и профессиональный контроль, а главное, как определить предмет контроля профессиональных обязанностей нотариуса, сегодня остается открытым. Эту неопределенность, безусловно, должен устранить новый федеральный закон о нотариате и нотариальной деятельности.

Преобладающим видом контроля, введенным более 10 лет назад и с тех пор практически ставшим традиционным, является контроль дисциплинарный, осуществляемый в соответствии с кодексами этики, принятыми в нотариальных палатах субъектов РФ, а также с принятым постановлением Собрании представителей нотариальных палат субъектов РФ от 18 апреля 2001 г. № 10 Профессиональным кодексом нотариусов Российской Федерации¹.

Практика применения к нотариусам мер дисциплинарного характера давно прижилась в нотариальных палатах. Однако она не имеет достаточной правовой базы, что признает и руководство Федеральной нотариальной палаты. Так, 18 октября 2010 г. на заседании Совета при Президен-

¹ Документ опубликован не был.

те РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при обсуждении вопросов стратегии развития нотариата Президент Федеральной нотариальной палаты М. И. Сазонова в своем выступлении отметила, что «какие-либо формы дисциплинарной ответственности нотариусов отсутствуют»¹.

Дисциплинарная ответственность вводится в законодательном порядке для лиц наемного труда нормами Трудового кодекса РФ. Имеются также специальные акты о дисциплинарной ответственности для лиц определенных профессий (государственных служащих, военнослужащих, работников таможенных органов и др.). Однако нотариус не является ни лицом, работающим по найму, ни государственным служащим. Поэтому Основы законодательства РФ о нотариате не установили дисциплинарную ответственность нотариуса.

Вместе с тем ст. 12 Основ говорит о неоднократном совершении *дисциплинарных проступков* как об основании прекращения полномочий нотариуса.

Интересен тот факт, что Основы, только единожды упоминая о дисциплинарных проступках нотариусов (ст. 12), определения этих проступков не дают, не предусматривают оснований, порядка наложения дисциплинарных взысканий и самого института дисциплинарной ответственности нотариуса. Более того, в законодательстве о нотариате нет и бланкетных норм, указывающих на возможность принятия подзаконных актов, которые регулировали бы вопросы дисциплинарной ответственности нотариусов и определяли органы, правомочные принимать соответствующие подзаконные акты. Конечно, это недоработка Основ.

При исследовании данного вопроса нам удалось выяснить, что в 1993 г. проект основ законодательства РФ о нотариате содержал отдельную главу о дисциплинарной ответственности нотариусов. Однако в ходе работы над проектом в Комитете по законодательству Верховного Совета РФ эта глава была исключена в силу названных выше причин. А вот в ст. 12 слова «за неоднократное совершение дисциплинар-

¹ URL: <http://www.notar:at.ru/>.

ных проступков» почему-то были сохранены. Таким образом, сегодня имеет место парадоксальная ситуация: Основы упоминают о дисциплинарных проступках при отсутствии в законе института дисциплинарной ответственности нотариусов.

На практике дисциплинарные взыскания применяются повсеместно, но за нарушение профессиональных обязанностей.

В связи с этим возникает вопрос о соотношении понятий «нарушение профессиональных обязанностей» и «дисциплинарный проступок». Как показывает наш довольно длительный опыт, особенно после принятия Профессионального кодекса нотариусов Российской Федерации, эти понятия по своему правовому содержанию стали идентичны. На протяжении многих лет высказываются критические замечания относительно Профессионального кодекса, ставятся под сомнение его юридическая сила и обязательность применения. Критики приводят достаточно серьезную и разнообразную аргументацию, которая заключается в следующем.

1. В отличие от сообщества адвокатов, где наличие Кодекса профессиональной этики адвокатов прямо установлено Федеральным законом от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹, в Основы законодательства РФ о нотариате подобной нормы нет. Профессиональный кодекс нотариусов Российской Федерации не может иметь силы нормативного правового акта, так как он не опубликован и не зарегистрирован в установленном порядке. Это и невозможно, поскольку Федеральная нотариальная палата не является федеральным органом исполнительной власти и вправе принимать совместно с Министерством юстиции РФ только нормативные правовые акты, прямо предписанные Основами.

2. Профессиональный кодекс нотариусов Российской Федерации, призванный регулировать вопросы *дисциплинарной ответственности нотариусов*, является единственным документом общероссийского уровня, на основании

¹ СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

которого сегодня реально осуществляется полномасштабный контроль всей работы нотариуса.

Так, данным Кодексом под *дисциплинарным проступком* понимается «виновное ненадлежащее выполнение или невыполнение нотариусом своих профессиональных обязанностей, а также нарушение этических норм поведения нотариуса и иных требований, установленных законодательством Российской Федерации и субъектов Российской Федерации и настоящим Кодексом». То есть область применения Кодекса не ограничивается вопросами дисциплины и выполнения нотариусами членских обязанностей. Между тем ст. 12 рассматриваемых Основ говорит о совершении дисциплинарных проступков, а не о нарушениях профессиональных обязанностей. Таким образом, происходит подмена понятий.

К числу дисциплинарных проступков Кодексом отнесены практически все возможные нарушения в деятельности нотариуса, в том числе нарушения законодательства (совершение нотариальных действий, противоречащих требованиям законодательства; занятие предпринимательской и иной деятельностью, кроме нотариальной, научной и преподавательской; осуществление нотариальной деятельности без страхования риска профессиональной ответственности; нарушение нотариусом тайны совершения нотариального действия и др.).

3. Рассматриваемый Кодекс не может регулировать вопросы ответственности нотариусов, поскольку последние не являются членами Федеральной нотариальной палаты. Непосредственное применение Профессионального кодекса нотариусов Российской Федерации невозможно при наличии аналогичных кодексов, принятых в нотариальных палатах субъектов РФ. В целом этот Кодекс может иметь статус лишь примерного для принятия соответствующих кодексов.

Можно по-разному относиться к приведенным доводам, но необходимо признать, что они достаточно убедительны, и это подтверждает необходимость серьезных проработки и переосмысления вопросов организации профессионального контроля. Также отметим, что судами не исследовался

вопрос о правомерности принятия Федеральной нотариальной палатой Кодекса, поскольку такого рода иски и жалобы отсутствуют.

Судебная практика, связанная с применением этого Кодекса, противоречива. Член комиссии Федеральной нотариальной палаты по этике О. А. Стукалова отмечает «половинчатость» данной практики, приводя в качестве примера известные решения Верховного Суда РФ: от 15 февраля 2008 г. по иску М. А. Кореновой к Кировской областной нотариальной палате и от 26 марта 2010 г. по иску Л. Г. Письменюк к Управлению Министерства юстиции РФ по Омской области¹.

Первый иск был удовлетворен. Но особый интерес вызывает последнее решение, а точнее, вывод Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ о возможности применения к нотариусу мер дисциплинарного воздействия в соответствии с Профессиональным кодексом нотариусов Российской Федерации, поскольку это «предусмотрено пунктом 7.3.19 Устава НП Омской области...».

Верховный Суд РФ делает вывод, что Профессиональный кодекс приобретает обязательный характер для нотариусов только при условии специального указания об этом в уставе нотариальной палаты.

Понятно стремление разработчиков названного выше законопроекта ввести жесткие меры, направленные на упорядочивание нотариальной сферы, снизить количество жалоб. Однако это не оправдывает реанимирования механизма контроля времен советской административно-командной системы. Данная попытка не является организационным реформированием нотариата и, скорее всего, обречена на провал.

С другой стороны, несовершенство действующего правового регулирования вопросов контроля не должно являться поводом к «латанию дыр» в законе посредством введения не основанных на законе, но обязательных для применения квазинормативных актов.

¹ См.: Нотариальный вестник. 2010. № 10.

Вполне очевидно, что говоря о реформе нотариата, необходимо иметь в виду пересмотр механизма контроля всей профессиональной деятельности нотариусов.

По нашему мнению, новый закон должен четко определить, что такое *нарушение профессиональных обязанностей нотариуса*, дать четкое перечисление данных обязанностей. Эти нарушения не могут квалифицироваться как дисциплинарные проступки. По всей видимости, к дисциплинарным проступкам должны относиться нарушения, связанные именно с дисциплиной, т. е. с режимом работы нотариальной конторы и приемом граждан, с культурой поведения и этикой общения с обратившимися к нотариусу лицами, с исполнением членских обязанностей. Но это нарушения, не касающиеся совершения нотариальных действий и правил нотариального делопроизводства.

Вполне очевидно, что между нарушителями закона и нарушителями дисциплины нельзя ставить знак равенства и применять к ним одни и те же меры ответственности. Новое правовое регулирование должно разграничить дисциплинарные проступки и нарушения профессиональных обязанностей.

Сегодня область таких делегированных нотариальным палатам государственных полномочий, как контроль профессиональных обязанностей нотариусов, нужно совершенствовать, создавая новый правовой механизм.

Все названные проблемы можно решить только через саморегулирование, тем более, что для этого есть необходимый законодательный базис — Федеральный закон «О саморегулируемых организациях». Это даст возможность нотариальным палатам получить полный объем полномочий в сфере контроля, позволит определить предмет профессионального контроля и его пределы, выработать критерии разграничения дисциплинарной ответственности от нарушений профессиональных обязанностей и законодательства. Важно переосмыслить и узаконить практику профессионального контроля и на этой основе создать новые правила, выработать стандарты контроля, причем непосредственно самому сообществу, а не по указанию сверху.

§ 7. Нотариальное право и процесс: предметы науки и преподавательской деятельности

В настоящее время обсуждается подготовленный Высшей аттестационной комиссией проект новой номенклатуры научных специальностей, по которым проводятся защиты диссертаций.

Одновременно Федеральная нотариальная палата подготовила новый проект законодательства о нотариате и закончила сбор замечаний к нему.

Отсутствие в номенклатуре научных специальностей «нотариальное право» и «нотариальный процесс» порождает множество различного рода ограничений, сужающих деятельность нотариата, в том числе в научной и педагогической сферах. Возникает вопрос о включении «нотариального права» и «нотариального процесса» в научную специальность «120011» или о введении новых научных специальностей «нотариальное право» и «нотариальный процесс».

Формирование современного нотариального права и процесса — новелла в праве и законодательстве РФ. Эти специальности развиваются. Они направлены на модернизацию нотариального производства, его специализацию. Коренным образом изменилась структура нотариата страны, в котором значительно расширился и укрепился частный нотариат, возросла роль нотариата в гражданско-правовых отношениях.

Эти качественные изменения не могли не отразиться на характере нотариальных отношений. Потребовался публично-правовой подход регулирования с учетом специфики нотариальных производств, выступающих в качестве системообразующего фактора формирования нотариального права как публично-правовой отрасли права.

По своему содержанию, источникам формирования и месту — в структуре российского права нотариальное право новая отрасль права. Термин «отрасль права» подразумевает наличие предмета правового регулирования и соответствующего каждому виду этих отношений метода правового регулирования — публично-правового метода.

Что касается научной специальности «нотариальное право», то необходимо напомнить: теоретическая разработка правовых проблем нотариата всегда была представлена в перечне дисциплин, по которым возможны защиты диссертаций.

Учебный план для юридических вузов, утвержденный Министерством высшего и среднего специального образования СССР в 1982 г., предусмотрел введение преподавания в вузах страны по специальности «нотариат». В соответствии с ним были разработаны и утверждены учебные программы в таких вузах, как МГУ, МГЮА, МГИМО и др. Однако, как правило, эти программы утверждались в рамках исследования либо административного права, либо гражданского процесса.

Хотя нотариат как федеральный компонент государственного образовательного стандарта для юридических вузов всегда оставался в рамках Номенклатуры специальностей, указанная учебная дисциплина преподается до настоящего времени лишь в некоторых вузах (по их выбору).

Все это сказывается на качестве подготовки специалистов-нотариусов, которые в своей работе иногда не учитывают специфики нотариальных отношений, складывающихся в нотариате.

Недостаточно учитывается эта специфика и в законотворческой работе, поскольку проекты законов также готовят специалисты, не изучавшие нотариального права. В конечном счете такая ситуация ведет к нарушениям прав и отсутствию у нотариуса возможности достойно защищать права граждан и юридических лиц.

Невключение нотариального права в число обязательных для изучения в юридических вузах дисциплин приводит к тому, что снижается интерес к указанной научной дисциплине. Об этом свидетельствуют следующие данные: в СССР и Российской Федерации было защищено около 90 докторских и кандидатских диссертаций, что для нашей страны совершенно недостаточно.

Необходимо включение нотариального права в Номенклатуру научных специальностей Высшей аттестационной

комиссии (из специальности «120011»), это будет означать, что он активно развивается.

Увеличение числа научных исследований по нотариальному праву (в связи с защитой диссертаций по данной специальности) будет иметь следствием развитие преподавания по этой дисциплине.

Необходимо отметить связь нотариального права с гражданским, при этом бурное развитие гражданского права все более придает нотариальному праву самостоятельное значение.

Однако авторы проекта номенклатуры не придают нотариату самостоятельного значения. Между тем наука нотариального права развивается весьма интенсивно, о чем свидетельствуют монографические исследования различных институтов российского нотариального права. Эта наука внимательно следит за ходом проводимых в стране преобразований в области нотариата, изучает опыт осуществления и состояние правового обеспечения его развития в России и зарубежных странах, вырабатывает и вносит предложения по совершенствованию законодательства о нотариате.

Несмотря на необязательность преподавания нотариального права по государственному образовательному стандарту, многие юридические вузы вводят этот предмет в качестве регионального компонента.

В целях обеспечения учебного процесса в последние годы издано несколько учебников по нотариальному праву. Так, в 2008 г. вышли учебник «Нотариальное право» В. В. Яркова, учебник «Нотариальное право» Г. Г. и В. Г. Черемных.

В связи с коренными преобразованиями и существенным обновлением законодательства о нотариате разработана концепция развития нотариата. Подготовлены монографии И. В. Москаленко и Т. Г. Калиниченко, опубликована серия теоретических работ В. В. Ралько.

Развитию науки нотариального права и процесса России призваны способствовать издающиеся научно-практические и информационно-аналитические журналы «Нотариальный вестник», «Нотариус» и т. д., получившие призна-

ние у широкой юридической общественности. Журналы включены Высшей аттестационной комиссией в перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны публиковаться основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата юридических наук.

В последние годы по нотариальному праву защищались диссертации, касающиеся правового статуса нотариуса. Совершенно очевидно, что все они соответствуют научной специальности «нотариальное право». Большинство проблем нотариата взаимосвязаны, не могут быть раскрыты только с позиций иных отраслей правовой науки: гражданского права и гражданского процесса.

Диссертации по проблемам нотариата защищаются главным образом по специальностям «административное право», «гражданский процесс», «теория государства и права». Поэтому включение нотариального права в Номенклатуру ставит задачу урегулирования правовыми нормами нотариальных отношений и связанных с ними производств. А это означает, что они должны исследоваться с позиций нотариального права.

Действующая Номенклатура специальностей научных работников утверждена приказом Министерства образования и науки РФ от 25 февраля 2009 г. № 59. В ней нет четкого указания на нотариальное право и нотариальный процесс. Специальность «120011» предусматривает организацию правоохранительной деятельности, видимо, имея в виду и нотариат. Во исполнение этого приказа деятельность ученых советов по защите докторских и кандидатских диссертаций была приведена в соответствие с этой Номенклатурой. Образовательным учреждениям и научным организациям, реализующим программы послевузовского профессионального образования, тем же приказом предписывалось осуществлять прием в аспирантуру (адъюнктуру) и докторантуру в соответствии с новой Номенклатурой с 1 января 2011 г. Не совсем понятно, почему нотариат не включен в Номенклатуру. Никаких обоснований такого невключения нигде не приводится.

Подводя итоги сказанному, считаем необходимым указать на необходимость включения нотариального права и процесса в проект новой номенклатуры специальностей научных работников, что будет способствовать интересам общества и государства и развитию нотариата в нашей стране. Свертывание исследований в этой жизненно важной отрасли правовой науки ослабит потенциал Российского государства в области экономической политики, приведет к нарушениям прав граждан и юридических лиц. Целесообразно включить нотариальное право и процесс в специальность «120011» или предусмотреть для них новую специальность.

Глава 2 Нотариальный процесс в Российской Федерации

§ 1. Развитие нотариального процесса

Развитие нотариального процесса тесно связано с развитием процессуального права. В 1970-х гг. термин «процессуальное право» получил широкое распространение. Именно тогда стала разрабатываться идея пересмотра традиционно-го понимания процессуального права. Суть ее заключалась в расширении понятия процессуального права и подведении под это понятие норм любой отрасли права, если они устанавливают порядок реализации правовых предписаний¹. Следствием этого явилось выделение новых отраслей процессуального права, обслуживающих соответствующие отрасли материального права². Н. Б. Зейдером была высказана мысль о том, что единый предмет советского гражданского процессуального права составляет деятельность не только судов, но и арбитража, товарищеских судов, профсоюзных органов, нотариата³. Такая точка зрения имела немало сто-

¹ См.: *Горшенев В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 209; Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР / под ред. *В. М. Горшенева*. Ярославль, 1976; Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. *П. Е. Недбайло, В. М. Горшенева*. М., 1976.

² См.: *Сорокин В. Д.* Административно-процессуальное право. М., 1972; *Абова Т. Е.* Хозяйственный процесс — порядок защиты хозяйственных прав // Теоретические проблемы хозяйственного права. М., 1975. С. 312—354; *Краснов Н. И., Иконицкая И. А.* Процессуальные вопросы советского земельного права. М., 1975; *Акопова Е. М.* О понятии трудового процесса // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. М., 1975. С. 159—163; *Лучинин В. О.* Процессуальные нормы в советском государственном праве. М., 1976 и др.

³ См.: *Зейдер Н. Б.* Предмет и система советского гражданского процессуального права // Правоведение. 1962. № 6. С. 69—82.

ронников¹. Отмечалось, что гражданские процессуальные отношения, возникающие при отправлении правосудия, существенно отличаются от отношений, складывающихся при разрешении споров несудебными органами². Таким образом, теоретически была определена возможность разработки и создания нотариального процесса.

Раскрывая понятие единого предмета нотариального процесса, следует говорить прежде всего о нотариальной деятельности с точки зрения цели, на достижение которой она направлена. Вместе с тем, на наш взгляд, единый предмет нотариального процесса как деятельности сливается с понятием защиты гражданских прав³. Поэтому необходимо учитывать различия в регулировании нормами права отношений в сфере нотариальной деятельности и нотариальной формы защиты права и охраняемого законом интереса. Этот вопрос требует особого теоретического изучения.

О единстве уголовного, гражданского и административного процессов писал еще в 1921 г. В. А. Рязановский⁴. По нашему мнению, в это единство следует включить и нотариальный процесс. Особенности нотариального процесса проявляются в четкой выраженности в предмете правового регулирования трех компонентов: 1) нотариально-процессуальных отношений; 2) нотариально-процессуальной деятельности; 3) нотариальной процессуальной формы. Нотариальному процессу присуща высокая степень урегулированности правовыми нормами каждого из них. Нота-

¹ См.: *Клейн Н. И.* Встречный иск в суде и арбитраже. М., 1964. С. 5; *Щеглов В. Н.* Гражданское процессуальное правоотношение. М., 1966. С. 148, 149; *Зайцев И. М.* Деятельность арбитражных органов как предмет регулирования гражданского процессуального права // 50 лет Советской власти и актуальные проблемы правовой науки. Саратов, 1967. С. 113.

² См.: *Абова Т. Е., Тадевосян В. С.* Разрешение хозяйственных споров. М., 1968. С. 15—17; *Абова Т. Е., Мельников А. А.* Предмет советского гражданского процессуального права // Правоведение. 1969. № 1. С. 73—77; *Чечина Н. А.* Принципы гражданского процессуального права // Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса / под ред. *Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота*. Л., 1979. С. 47.

³ См.: *Калиниченко Т. Г.* Нотариальная защита прав граждан и юридических лиц.

⁴ См.: *Рязановский В. А.* Единство процесса // Сборник трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. Отд. 1. Науки гуманитарные. Вып. 1. Иркутск, 1921. С. 39—44.

риальный процесс качественно отличается от своих аналогов в других отраслях права. Установление определенных процедур, которые определяют деятельность нотариуса, формирует нотариальный процесс.

В теории права недостаточно внимания уделяется процессуальным вопросам деятельности нотариата. Весьма фундаментально разработана лишь теория гражданского и уголовного процессов. Между тем каждая отрасль и институт права, включая нотариальное право, имеют свои особенности¹.

По нашему мнению, нотариальную процессуальную форму следует развивать, однако для этого необходимы теоретические обоснования. Именно поэтому целесообразно начать дискуссию о выделении нотариального процесса в отдельную отрасль права для его глубокого научного изучения и использования в нотариальной практике.

Нотариальная деятельность представляет собой определенный процесс, включающий ряд стадий и завершающий этап. Этот процесс регламентируется нормами, которые относятся к процессуальному праву. Нотариальный процесс должен быть четко урегулирован специальным законом. Процессуальный регламент объединяет всех нотариусов, независимо от форм организации нотариата. В законе следует выделить стадии нотариального процесса и определить особенности совершения некоторых видов нотариальных действий² (например, процедура установления бесспорных фактов отлична от процедуры придания документам силы охранительных нотариальных действий).

При рассмотрении нотариальной формы защиты права тем более необходимо использовать нотариальный процесс³.

Процедуры нотариальной деятельности разнообразны: это производства по оформлению наследственных прав,

¹ Нотариальному процессу посвящен ряд работ. См., например: *Богатырев В.* Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: в 2 ч. Н. Новгород. 1999. Ч. 2. С. 164—170.

² См.: *Треушников М. К.* Современные проблемы гражданского и нотариального процесса // *Нотариальный вестник.* 1998. № 9. С. 35.

³ См.: *Алешина Т. Я.* Нотариальный процесс как условие и форма реализации права. С. 77—80; *Калиниченко Т. Г.* Нотариальная защита прав граждан и юридических лиц.

удостоверению договоров, свидетельствованию копий документов и т. д.

Таким образом, совокупность нормативно закрепленных процедур нотариальной деятельности образует сам нотариальный процесс. При этом необходимо разграничивать понятия «нотариальная деятельность» и «нотариальное действие». В отношении каждого из них существуют различные производства. Понятие нотариальной деятельности значительно шире и включает большее количество различных производств, например, архивное нотариальное производство, нотариальное делопроизводство, производство по передаче документов в регистрационные органы.

Не менее важным представляется расширение понятия «нотариальная деятельность» за счет включения полномочий нотариуса по сбору всех необходимых документов для совершения нотариального действия, проверки достоверности всего фактического состава путем активных действий. Нотариус обязан собирать необходимые документы, проверять фактические обстоятельства и создавать нотариальный акт, обладающий особой доказательственной силой. Поэтому наделение в законодательстве нотариуса правом не только запроса, но и личной проверки и сбора документов для совершения нотариальных действий, проверки их достоверности, консультаций по всем аспектам возможности совершения нотариального действия, передаче документов и получению их с регистрации освобождает граждан и организации от необходимости обращения как к разным государственным органам, органам местного самоуправления, так и риэлтерам, другим посредникам.

Такая модель федерального нотариата будет способствовать снижению уровня коррупции в системе государственного управления и расширению сферы нотариального процесса.

Нотариальный процесс можно определить как комплексную систему правовых форм деятельности нотариуса, а также заинтересованных в правовом результате и наступлении правовых последствий граждан, государственных и негосударственных организаций. Нотариальный процесс

регулируется правовыми нормами, а его результаты закрепляются в соответствующих нотариальных актах¹.

Для характеристики нотариального процесса большое значение имеет форма нотариальной деятельности. Раскрывая содержание нотариальной формы, следует исходить из положения о сложной процедуре, требующей соблюдения нескольких логически последовательных действий, воспроизведение и подтверждение которых может быть доступно и доказательно для самих участников, с одной стороны, для соответствующих заинтересованных и компетентных органов — с другой.

Нотариальный процесс выступает как совокупность комплексных правовых процедур, необходимых обеспечения деятельности нотариуса. Форма — это правовая процедура нормативного упорядочивания деятельности и соответствующих документов². Она представляет собой совокупность требований к действиям участников нотариального процесса, направленных на достижение конкретного результата. Определенность данных требований обеспечивается соответствующими санкциями, среди которых наиболее типичны пресекательные, преследующие цели принудительного прекращения неправомерности нотариальной деятельности (отказ в принятии заявления, в совершении нотариального действия, прекращение нотариального производства).

В теоретическом плане возможна выработка единого понятия процессуальной формы на основе обобщения процедурных правил.

Известно, что процессуальная форма присуща всякой деятельности по применению правовой нормы³. Например, для того чтобы получить свидетельство о праве на наследство, необходимо доказать наличие определенных фактов (родственные отношения, иждивение и т. д.), дающих право

¹ См.: *Алешина Т. Я.* Нотариальные акты как форма реализации права. С. 122—127.

² См.: *Юридическая процессуальная форма. Теория и практика* / под ред. *П. Е. Недбайло, В. М. Горшенева.* С. 46.

³ См.: *Недбайло П. Е.* О юридических гарантиях правильного осуществления советских правовых норм // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 22.

на наследство. Интерес наследников в подобном случае состоит, прежде всего, в гарантированной законом возможности получения от нотариуса необходимых документов, подтверждающих факты, которые могут быть положены в основу требований о наследстве. Установление юридической формы затрагивает существенные интересы соответствующих лиц, с одной стороны, и государства — с другой, поскольку нотариальный порядок является наиболее предпочтительным. Установление юридического факта необходимо заинтересованному лицу для последующего осуществления субъективных прав, вытекающих из этого факта. Цель нотариальных производств состоит в выявлении и констатации тех или иных обстоятельств, с которыми норма права связывает возникновение, изменение или прекращение определенных прав или обязанностей. Нотариус применяет право с использованием определенных процессуальных форм. Здесь есть начальный момент и завершающий результат, а также целый ряд промежуточных этапов. Все это происходит в рамках определенных нотариальных процедур.

Действия нотариуса связаны процессуальными нормами, которые в совокупности своей определяют нотариальный процесс: возникновение, развитие и окончание нотариального дела. Одни нормы определяют полномочия, требования, возможности и права нотариуса, другие — основные принципы и характеристики нотариального процесса, такие как обоснованность, подконтрольность, добропорядочность, уважительное отношение к гражданам и т. п.

Специфика нотариального процесса проявляется в односторонности действий, неравенстве сторон. Для него характерны конкретность и индивидуальная определенность, пространственно временные параметры, отсутствие спора и др.

Нормы специальной регламентации определяют порядок работы нотариуса (прием документов, проверка их достоверности и правомерности, проведение экспертных исследований, выбор принимаемого решения, совершение нотариального действия, правовое оформление принятого решения и проч.), рассмотрения каждого конкретного дела (оформление наследственного права, совершение испол-

нительной надписи, удостоверение копии: подлинность подписи и т. д.).

Особенности нотариального процесса отличают его от других правовых форм деятельности. *Нотариальная деятельность — это рассмотрение нотариального дела*, т. е. таких обстоятельств и фактов, которые основываются на праве (законе) и влекут определенные юридические последствия. Это главное, определяющее свойство нотариального процесса как правовой формы. Данная форма выражается в совершении операций с нормами права. Они осуществляются только уполномоченными на то нотариусами, а ее результаты всегда закрепляются в нотариально-процессуальных документах, что связано с необходимостью использования различных правил и приемов юридической техники.

Юридическая природа нотариального процесса обусловлено тем, что нотариус должен непосредственно использовать нормы права для разрешения конкретных нотариальных дел, оперировать нормами, которые определяют характер разрешаемого нотариального дела и одновременно оптимальный порядок достижения нотариального результата.

Обычно в качестве начальной выделяется такая операция, как отыскание и выбор нужной нормы права, которая непосредственно рассчитана на регулирование рассматриваемого дела. К числу последующих относятся: проверка подлинности статьи и нормативного акта; всестороннее уяснение смысла применяемой нормы права, т. е. толкование нормы права, уяснение пределов ее действия в пространстве, во времени и по кругу лиц.

Более сложными являются операции, когда разрешение нотариального дела осуществляется в нетипичной ситуации, т. е. при отсутствии необходимой нормы регулирования данной ситуации. В этом случае используется аналогия права и аналогия закона. Данная ситуация характеризуется особой сложностью совершаемых операций. Оценка обстоятельств, их правовая квалификация, особенно при принятии решения, требуют дополнительных действий со стороны нотариуса¹.

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 332.

Нотариальное действие, совершенное с нарушением как материальных, так и процессуальных норм признается юридически ничтожным.

Нотариальный процесс является правовой формой деятельности нотариусов. Применение норм права осуществляет строго установленный круг органов государства и должностных лиц. Объем компетенции каждого из уполномоченных участников процесса закреплен соответствующим законодательством, в котором зафиксировано, кто может быть субъектом процесса, что он должен делать и каким образом осуществлять свои служебные функции. Нотариус занимает особое положение среди участников процесса, ему принадлежит решающая роль. Участники совершают процессуальные действия под контролем нотариуса. Он организует нормальные движение и окончание процесса.

Для нотариального процесса характерно четкое разделение функций между его участниками: нотариусами, на которых возлагается ответственность за исход процесса, и гражданами и организациями, которые обратились за защитой своих субъективных прав и законных интересов. Результаты нотариальной деятельности оформляются соответствующими процессуальными документами. Разграничение функций между участниками процесса и его официальный характер вызывают потребность в определенных способах закрепления результатов. В качестве таких способов выступают различные процессуальные нотариальные акты — документы, содержащие предписания индивидуального и персонифицированного характера, т. е. они всегда индивидуализированы по предмету: касаются данного дела и адресованы конкретному субъекту — заинтересованному участнику нотариального процесса. К числу таких процессуальных документов в нотариальном процессе относятся: свидетельство о праве на наследство по закону, постановление об отказе в совершении нотариального действия, доверенности, завещания и прочие. Официальный характер указанных документов выражается не только в том, что они оформляются нотариусами, но и в том, их структура и соответственно реквизиты закреплены в законодательных актах.

Нотариальные акты — это документы самого различного характера, которые имеют общую функцию. Они выполняют роль своеобразных юридических фактов, определяют динамику процесса, разбирательства нотариального дела с момента его поступления в производство до окончательного установления юридических последствий. Именно этим обусловлено особое значение нотариальных актов — документов в процессе, что в свою очередь составляет основу для предъявления к ним определенных требований. Эти требования закреплены в законодательстве. Они выполняют главным образом функцию юридического факта, специфического основания возникновения, развития и прекращения конкретных нотариальных процедур. В частности, каждый из нотариальных актов должен иметь государственный стандарт.

Для *регламентации* процедуры совершения нотариальных действий представляется важным определение стадий нотариального процесса с учетом особенностей совершения нотариального действия.

Особое место в нотариальном процессе должны занимать правоприменительные акты нотариуса, содержащие предписания итогового и окончательного решения по нотариальному делу. Результат нотариальной деятельности нуждается, прежде всего, в гарантиях — четком, всестороннем урегулировании его на законодательном уровне. В настоящее время деятельность нотариуса регламентируется нормами Основ законодательства РФ о нотариате, в которых предусмотрены как сами нотариальные действия, так и порядок их совершения. Однако в современных условиях этого недостаточно. Необходима разработка отдельного законодательства о нотариальном процессе, в котором были бы выделены только процессуальные формы. Учитывая значимость нотариального процесса и непосредственную связь с гражданским правом, необходимо принятие нотариально-процессуального кодекса, в котором должны быть урегулированы не только производства по отдельным нотариальным действиям, но и производства в целом входящие в нотариальную деятельность, а также все процедуры рассмотрения нотариального дела (последовательность совершения

и содержания этих действий и т. д.), производства по нотариальным формам удостоверения бесспорного права; установлена императивность нотариальной формы, при которой порядок оформления нотариального действия должен быть обязателен для всех. Нотариальный процесс должен выступать как правоприменительный процесс, процесс по защите прав и интересов граждан и организаций.

Правоприменительная деятельность нотариуса часто вызывается обстоятельствами негативного характера, выражающимися в наличии реальной опасности правонарушения. Эти обстоятельства определяют другую функцию правоприменительного нотариального процесса — *правоохранительную*¹. В ходе рассмотрения нотариального дела складываются правоотношения между нотариусом и другими участниками процесса. В них конкретизируются предусмотренные законодательством права и обязанности субъектов. Нотариальные правоотношения возникают, существуют и прекращаются в связи с определенными юридическими фактами. Реализация субъектами правоотношений предоставленных им прав и обязанностей осуществляется в процессуальной форме.

По нашему мнению, *нотариальный процесс* следует определять как урегулированную законодательством совокупность юридических действий нотариуса и других участников нотариальной деятельности, результатом которой является издание нотариального акта, направленного на защиту прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций.

В настоящее время, как говорилось выше, идет подготовка к принятию федерального закона о нотариате и нотариальной деятельности. Однако авторы его проекта не придерживались образца законов о нотариате, принимавшихся ранее. В нем изложены основные положения, касающиеся нотариата, в основном нормы материального права. Большой раздел посвящен правилам совершения нотариальных действий, в котором, по сути, определяется порядок совершения нотариальных действий, а не нотариальных произ-

¹ См.: Горшенев В. М. Указ. соч. С. 167.

водств, которые должны стать основой развития нотариального процессуального права и нотариального процесса.

Отсутствие предложений о разделении норм материального и процессуального права в нотариальных правоотношениях существенно тормозит принятие нового законодательства. В идеале с учетом специфического характера нотариальных производств должны быть разработаны два нормативных акта: нотариальный кодекс РФ и нотариально-процессуальный кодекс РФ. Однако, принимая во внимание недостаточную разработанность процессуальных вопросов и отсутствие надлежащей практики, можно пойти по другому пути.

В 1997 г. вступил в силу Федеральный закон «Об исполнительном производстве»¹, регулирующий порядок принудительного исполнения судебных актов и актов других органов. С принятием этого Закона были значительно укреплены гарантии защиты прав граждан и организаций в исполнительном производстве. Представляется, что следует принять как переходный федеральный закон о нотариальных производствах, а затем, обобщив практику его применения, перейти к разработке нотариально-процессуального кодекса РФ.

Данный закон должен быть принят одновременно с законом о нотариате и нотариальной деятельности, который должен определить правовую основу деятельности нотариусов, требования, предъявляемые к ним при наделении полномочиями от имени государства, порядок организации деятельности нотариального самоуправления, наделения нотариуса соответствующими полномочиями, полномочия государства по контролю за нотариальной деятельностью, обязанности и права нотариусов, гарантии их правовой и социальной защиты, а также порядок финансирования и материального обеспечения нотариальной деятельности. положений практике другого федерального закона об нотариальных производствах.

¹ С 1 февраля 2008 г. в России действует новый Федеральный закон от 2 октября 2007 г. «Об исполнительном производстве» (СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849).

На основе законодательства о нотариальных производствах должны быть разработаны новые положения о правовом статусе федерального нотариата, расширены полномочия нотариусов, правила, касающиеся стадий, срока, территории, процесса возбуждения и окончания нотариальных производств, а также нормы, определяющие правовые требования к нотариальным документам (актам). В законе должны быть закреплены общие правила о сроках совершения нотариальных действий, о последствиях прекращения нотариальных производств, определены лица, участвующие в нотариальном процессе, и их правовое положение, основания применения мер нотариальных производств и многие другие новые институты, значительно укрепляющие гарантии прав сторон в нотариальном процессе.

Все нормы указанных законов должны быть согласованы между собой, а также с иными правовыми актами. Это создаст реальную платформу для обеспечения новых нотариальных тарифов.

И, наконец, при разработке нового нотариального законодательства должна быть учтена, проанализирована и обобщена практика (в том числе судебная) по совершению процедур отдельных нотариальных действий

В законодательстве о нотариальных производствах, в нотариально-процессуальном кодексе должны быть также решены вопросы о том, в чьем ведении находятся нотариальная деятельность и нотариальные производства. При первом рассмотрении ст. 71, 72, 73 Конституции РФ можно прийти к выводу, что сфера деятельности отнесена к ведению субъектов РФ. Действительно, в ст. 71, 72 прямо не говорится, что нотариальная деятельность и нотариальные производства относятся к ведению Российской Федерации или к совместному ведению Федерации и ее субъектов. С нашей точки зрения, нотариальный процесс должен быть федеральным и на него должны распространяться положения только ст. 71 Конституции.

Необходимо также учитывать, что нотариальные производства не являются частью гражданского процесса, поскольку это не закреплено в ГПК РФ, и не составляют неотъемлемую часть отрасли гражданского процессуального права. В литературе нотариальную деятельность нередко

относили к гражданско-процессуальной, и она рассматривалась в рамках гражданского процесса.

Согласно ст. 71 Конституции РФ гражданское процессуальное законодательство отнесено к ведению Российской Федерации. Поэтому необходимо внести соответствующие изменения в Конституцию, включив в указанную статью нотариальное и нотариально-процессуальное законодательство.

С принятием федерального закона о нотариальных производствах или нотариально-процессуального кодекса РФ должно измениться место нотариального процесса в системе российского права. Нотариально-процессуальные нормы вряд ли могут быть включены в состав отрасли гражданского процессуального права. По нашему мнению, это должно затронуть содержание установленных Конституцией РФ полномочий Российской Федерации и ее субъектов и привести к изъятию нотариальных производств из сферы ведения субъектов РФ. Нотариальные производства должны стать сферой ведения Российской Федерации. Федеральный закон о нотариальных производствах или нотариально-процессуальный кодекс РФ должен явиться основным нормативным актом, детально регламентирующим процессуальные отношения, возникающие при осуществлении нотариальных действий. Закон должен закрепить правовой статус федерального нотариуса, требования к нотариальным актам, предусмотреть правовые последствия нарушения этих требований, порядок возбуждения, приостановления, прекращения и окончания нотариальных производств, место, время и сроки совершения нотариальных действий, сроки предъявления нотариальных документов к исполнению и порядок их восстановления и т. д.

Отношения, возникающие в нотариальных производствах, должны регулироваться не только названными нормативными актами, но и иными федеральными законами, регулирующими условия и порядок исполнения нотариальных действий. Поэтому следует внести соответствующие изменения и дополнения в АПК РФ, ГК РФ, СК РФ, НК РФ, и др.

К источникам нотариальных производств законом могут быть отнесены и нормативные акты, принимаемые Правительством РФ по вопросам нотариальных произ-

водств. Такие акты должны соответствовать законам о нотариальной деятельности и нотариальных производствах.

Как и в других отраслях российского права, в нотариальном процессе должен быть закреплён приоритет правил, установленных международным договором РФ, перед внутренним законодательством, регулирующим нотариальные производства.

§ 2. Нотариальная защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц

Под *нотариальной защитой прав и законных интересов* понимается система мер материально-правового порядка, применяемых в целях устранения препятствий на пути осуществления права, деятельность по применению этих мер, осуществляемых нотариусами в определенной процессуальной форме. В Толковом словаре русского языка понятие «защищать» определяется как «охраняя, оградить от посягательств, от враждебных действий, от опасности»¹. Обращает на себя внимание такое свойство защиты, как преодоление каких-либо препятствий на пути достижения ее целей. Поэтому защитой гражданских прав является деятельность по устранению препятствий на пути их осуществления².

«При осуществлении защиты присутствует также... момент предупреждения правонарушений в будущем»³. «Лучшая форма защиты права — предупреждение нарушений»⁴.

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Указ. соч. С. 196.

² См.: Вершинин А. П. Судебная форма защиты субъективных прав. // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. Владивосток, 1989. С. 16; Он же. Способы защиты гражданских прав в суде. СПб., 1997. С. 17; Филиппов И. М. Судебная защита и правосудие в СССР. Саратов, 1987. С. 18; Иванов О. В. Право на судебную защиту // Советское государство и право. 1970. № 7. С. 40; Бутнев В. В. К понятию механизма защиты субъективных прав // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. С. 9.

³ См. Арефьев Г. П. Некоторые вопросы понятия охраны субъективных прав. Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 69.

⁴ См.: Матерова М. Б. Дальнейшее совершенствование форм защиты брачных отношений в связи с их материально-правовым содержанием // Формы защиты права и соотношение материального и процессуального в отдельных правовых институтах. Калинин, 1977. С. 64.

Соответственно нотариальная защита права имеет предупредительный характер.

В ГК РФ (ст. 11) нотариат не упоминается в числе органов, осуществляющих защиту гражданских прав. В правовой литературе также, как правило, не предусматривается возможность нотариальной формы защиты¹. Некоторые авторы ограничивают правозащитную деятельность нотариуса совершением исполнительной надписи, нередко с определенными оговорками². Основной причиной сложившегося положения является недопонимание сущности правового статуса нотариуса³, что приводит к неиспользованию его потенциала⁴, сведению роли нотариуса к формальному «проставлению» им удостоверительной надписи на документах⁵, рассмотрению его в качестве «тормоза» гражданского оборота⁶.

Вместе с тем следует отметить определенный вклад авторов, исследовавших проблему защиты гражданских прав, формы, способы, и сущности защиты, в разработку этого вопроса⁷.

В Конституции РФ акцент сделан не на защите прав граждан и юридических лиц как на публично-правовом ин-

¹ См.: Гражданское право: в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. 2-е изд. М., 2000. Т. 1. С. 411, 412; Гражданское право: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. Т. 1. С. 337—339; Брагинский М. И. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 1995. С. 63—66.

² См.: *Побирченко И. Г.* Соотношение понятий «разрешение хозяйственных споров» и «защита хозяйственных прав» // *Формы защиты права и соотношение материального и процессуального в отдельных правовых институтах*. Калинин, 1977. С. 4; *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде. С. 52; *Базилевич А. И.* Формы защиты субъективных гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. Ульяновск, 2001. С. 164.

³ См.: *Калиниченко Т. Г.* Публично-правовая нотариальная; *Он же.* Правовой статус федерального нотариуса // *Нотариальный вестник*. 2006. № 6.

⁴ См.: *Ярков В. В.* Нотариат в правовой системе России // *Нотариус*. 1997. № 2(4). С. 4.

⁵ Подробнее см.: *Форин М.* Тезисы о защите прав и законных интересов граждан и иных участников гражданского оборота // *Нотариальный вестник*. 1998. № 9. С. 14; *Галиева Р. Ф.* Нотариальное правоохранительное право // *Нотариус*. 2002. № 3(35). С. 13—18.

⁶ См.: *Витрянский В. В.* Вторая часть Гражданского кодекса о договорных обязательствах // *ВВАС РФ*. 1996. № 6. С. 125.

⁷ См.: Гражданское право: в 2 ч. / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. М., 1997. Ч. 1. С. 222; Советское гражданское право: в 2 ч. / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1986. Ч. I. С. 264.

ституте, а на функции осуществления юридической помощи, которая в отличие от публичной нотариальной деятельности имеет частный характер и связана в основном с понятием услуги, характеризующейся частноправовым содержанием¹.

Нотариальная защита прав вытекает из сущности ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате, согласно которой главной задачей нотариата является обеспечение защиты прав и законных интересов граждан. К числу основных способов нотариальной защиты гражданских прав (охраняемых законом интересов)² относятся признание бесспорных прав и подтверждение бесспорных юридических фактов. Эти способы имеют материально-правовой характер. В ряде норм ГК РФ содержится прямое указание на возможность защиты нарушенного права посредством совершения нотариусом исполнительной надписи, которая представляет собой «распоряжение нотариуса о взыскании с должника в пользу кредитора денежных сумм или имущества...»³. Таким образом, залогодатель признает, что в отдельных случаях защита прав участников гражданского оборота может производиться нотариусом, в том числе путем исполнительной надписи.

Однако нотариальная защита права связана не только с исполнительной надписью, ее понятие намного шире. Поэтому необходимо расширить рамки юрисдикционной формы защиты гражданских прав и предусмотреть наряду с судебным и административным порядком защиты гражданских прав нотариусом. В отраслевой правовой литературе отмечается, что нотариальная защита прав и охраняемых законом интересов может осуществляться:

посредством юридического подтверждения и закрепления гражданских прав в целях предупреждения их возможного нарушения в будущем (удостоверение бесспорных

¹ См.: *Калиниченко Т. Г.* Публично-правовая нотариальная; *Он же.* Правовой статус федерального нотариуса.

² Под способами защиты гражданских прав следует понимать предусмотренные законом действия, которые непосредственно направлены на защиту прав (см.: *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде. СПб., 1997. С. 18).

³ См.: *Лесницкая Л. Ф.* Исполнительная надпись нотариуса // *Комментарий судебной практики*. М., 2000. Вып. 6. С. 138.

прав и фактов, свидетельствование документов и т. д.). Например, для того чтобы возникло ипотечное право, необходимо наличие двух правообразующих действий: нотариального удостоверения и государственной регистрации договора об ипотеке¹;

посредством защиты уже нарушенного права (например, при выдаче исполнительной надписи, при предъявлении чека к платежу и удостоверении неоплаты чеков).

Анализ нотариальной защиты права собственности свидетельствует, что конкретные нотариальные действия могут иметь юридическое значение для возникновения, изменения и прекращения субъективного права собственности. Например, нотариальное удостоверение сделок может создавать необходимые предпосылки для возникновения, изменения или прекращения прав (права и обязанности сторон, вытекающие из договора или сделки, подлежащих в силу закона нотариальному удостоверению, возникают в момент ее нотариального удостоверения).

Нотариальная защита права — процесс публичного подтверждения нотариусом существования или изменения правомочий, составляющих содержание права, в целях придания им официального характера правовой действительности. Отметим, что нотариальные действия универсального характера (свидетельствование верности копий документов и выписок из них; свидетельствование подлинности подписи на документах; свидетельствование верности перевода документов с одного языка на другой; удостоверение факта нахождения гражданина в живых или в определенном месте и прочие аналогичные) также могут рассматриваться как элемент формы нотариальной защиты права в силу наличия связи с определенными правомочиями.

Итак, нотариальная защита права осуществляется в двух основных *формах*:

1) в форме нотариального удостоверения возникновения, изменения, прекращения права;

2) форме нотариального свидетельствования наличия права собственности.

¹ См.: Гришаев С. П. Комментарий к Федеральному закону «Об ипотеке (залоге недвижимости)». М., 2003.

Например, удостоверение возникновения, изменения, прекращения правомочий собственности представляет собой публичное подтверждение изменения правоотношения собственности (по субъектному составу, содержанию и проч.) и является одним из обязательных элементов юридического состава, необходимого для возникновения (изменения, прекращения) правоотношения. Защита гражданских прав в форме удостоверения имеет место, например, при удостоверении сделок. Так, несоблюдение обязательной нотариальной формы сделки влечет ее недействительность. В отличие от удостоверения нотариальное свидетельствование наличия права не влияет на его действительность и представляет собой публичное подтверждение существования и бесспорности (в силу специфики нотариальной компетенции) права. В качестве примера нотариального свидетельствования как формы нотариальной защиты права можно назвать выдачу свидетельства о праве на наследство.

Защита гражданских прав имеет и нотариально-процессуальную форму. При этом она обладает смежным характером — осуществляется на стыке материального и процессуального права¹. Сами же нотариальные действия, например выдача нотариусом свидетельства о праве на наследство или принятие им мер к охране наследственного имущества, могут относиться как к материальным, так и процессуальным способам защиты гражданских прав².

Как уже говорилось выше, защита прав направлена на устранение препятствий на пути осуществления субъектами своих прав и пресечению правонарушений, восстановлению положения, наблюдавшегося до правонарушения». Однако обращение за защитой возможно не только в связи с нарушением либо оспариванием прав. Нотариус, как правило, осуществляет признание права (ст. 12 ГК РФ). Традиционно иски о признании являются средством защиты еще не нарушенного права. И лишь в ряде случаев они служат средством

¹ См.: Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб., 2000. С. 43.

² О разграничении понятий «материально-правовые» и «процессуальные» способы защиты гражданских прав см.: Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 71, 72.

защиты права, которое нарушено, т. е. когда необходимо не только внести определенность в спорное правоотношение, но и устранить нарушение субъективного права истца¹.

Признание права в соответствии со ст. 12 ГК РФ отнесено к одному из способов защиты гражданских прав. Суть публичной нотариальной деятельности и состоит в государственном признании прав. Однако данная позиция не основана на нормах ГК РФ, поскольку нотариусам не подведомственны «спорные» дела. Гражданин, обращающийся к нотариусу за подтверждением своих бесспорных прав, имеет целью устранение неопределенности по поводу принадлежащего ему права, получение документа, подтверждающего государственное признание за ним определенного права, возможность свободной реализации своего права. Так, переживший супруг может потребовать выдачи ему свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов, опасаясь, что наследники умершего супруга (с которыми заявитель состоит в неприязненных отношениях) будут претендовать на его долю. Для подтверждения бесспорных прав нотариус, исследуя доказательства, устанавливает необходимый набор юридических фактов (факт смерти, наличие брачных отношений между заявителем и умершим, факты приобретения имущества в браке и т. д.)².

В современной юридической литературе обращается внимание на то, что признание права как мера превентивного (предупредительного) характера в определенной степени гарантирует от его нарушения³. Поэтому потенциальный ответчик, возможный нарушитель права лица, обращающегося к нотариусу за подтверждением своих бесспорных прав, также во многом связан нотариальным актом, поскольку нужны веские доказательства для того, чтобы выданный в подтверждение существующих прав документ был отменен в судебном порядке. Нельзя не признать, что нотариус, огра-

¹ См.: Гражданское процессуальное право России / под ред. М. С. Шакарян. М., 1996. С. 122; Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. М.: 1975. С. 106.

² См.: *Энгельман И. Е.* Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912; Хрестоматия по гражданскому процессу / под ред. М. К. Треушниковой. М., 1996. С. 135, 136.

³ См.: *Треушников М.* Указ. соч. С. 36.

ничен в средствах доказывания, он исследует лишь представленные ему бесспорные доказательства. Судебная и нотариальная формы защиты права отличаются, поскольку сводить дело только к рассмотрению спорных материальных требований неправильно, так как защите подлежат требования и бесспорного характера. Поэтому спорной является теоретическая позиция о нотариальной деятельности как «превентивном правосудии»¹.

Нотариальная форма защиты прав не определяется в юридической литературе. Между тем она представляет собой комплекс особых нотариальных процедур, осуществляемых нотариусом в рамках нотариального процесса. Таким образом, нотариальной формой защиты прав можно считать «комплекс внутренних согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима»². В нашем случае нотариус имеет определенный статус и его деятельность осуществляется в рамках правового режима. Таким образом, нотариальная форма защиты гражданских прав исходит из существа юрисдикции нотариуса³. В свое время Д. М. Чечот выделял нотариальную форму защиты субъективного права и охраняемого законом интереса⁴.

Можно заключить, что нотариальная защита гражданских прав относится к юрисдикционной форме⁵. Ранее она осуществлялась прав в рамках административной формы⁶, а нотариат рассматривался в качестве органа государст-

¹ См.: *Жуйков В.* Нотариат как институт превентивного правосудия // Нотариальный вестник. 1998. № 9. С. 30.

² *Бутнев В. В.* Указ. соч. С. 337.

³ *Москаленко И. В.* Указ. соч.

⁴ См.: *Чечот Д. М.* Указ. соч. С. 71, 72.

⁵ Под гражданской юрисдикцией следует понимать деятельность всех органов, наделенных полномочиями по разрешению юридических дел спорного или бесспорного характера в сфере гражданского оборота, протекающую в рамках процедурно-процессуальных форм различной степени сложности (см.: *Ярков В. В.* Профессия нотариуса // Нотариус. 2000. № 4(24). С. 16).

⁶ См.: *Воложанин В. П.* Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 22; *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде. С. 20, 21; *Он же.* Выбор способа защиты гражданских прав. С. 87.

венного управления¹. В частности, А. П. Вершинин объяснял отнесение защиты гражданских прав нотариусом к административной форме тем, что нотариус назначается на должность органом юстиции и контроль за исполнением профессиональных обязанностей нотариусами осуществляют органы юстиции и нотариальные палаты². Однако нотариус не является должностным лицом, а наделяется государством определенными публично-правовыми полномочиями³. При этом важен сам характер публичной нотариальной деятельности. Правовая природа нотариата не управленческая, а правоприменительная⁴. Основные формы управленческой деятельности не имеют общего с осуществлением нотариальных действий⁵. Административный порядок защиты гражданских прав по своему характеру соответствует таким отношениям, которые основаны на подчинении одного субъекта другому⁶.

Специфика рассмотрения дела нотариусом заключается в том, что нотариус не находится в особых отношениях с лицами, обращающимися за совершением нотариального действия, и не имеет никакой заинтересованности в исходе дела⁷. К подведомственности нотариуса относится установление фактов, имеющих юридическое значение. Нотариус удостоверяет факт нахождения гражданина в живых, в определенном месте, факт тождественности личности гражданина с

¹ См.: *Чечот Д. М.* Указ. соч. С. 60; *Авдеенко Н. И., Кабакова М. А.* Нотариат в СССР. Л., 1984. С. 17; *Юдельсон К. С.* Советский нотариат / под ред. *В. И. Ширвинского.* М., 1959. С. 27.

² См.: *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде. С. 20, 21; *Он же.* Выбор способа защиты гражданских прав. С. 87.

³ См.: *Калиниченко Т. Г.* Публично-правовая нотариальная деятельность; *Он же.* Правовой статус федерального нотариуса. Нотариальный вестник. 2006. № 6.

⁴ См.: *Треушников М. К.* Указ. соч. С. 36.

⁵ См.: Административное право / под ред. *Л. Л. Попова.* М., 2002. С. 250.

⁶ См.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 168.

⁷ См.: *Козуб Т. Р.* Взаимодействие органов государственной власти и нотариата в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 64; *Ярков В. В.* Профессия нотариуса // Нотариус. 2000. № 4(24). С. 16, 17; *Швахтген А.* Деятельность нотариуса на благо гражданского общества // Нотариус. 2002. № 4(36). С. 24.

лицом, изображенным на фотографии, удостоверяет время предъявления документов (гл. XIV Основ законодательства РФ о нотариате). В отличие от суда нотариус устанавливает бесспорные факты, в наличии которых представляется возможным убедиться непосредственно, на основании непротиворечивых, соответствующих закону документов. Удостоверение фактов нотариусом также вызывается необходимостью защиты интереса гражданина в целях последующей реализации им своих субъективных прав. Нотариальная защита авторства осуществляется в виде удостоверения времени предъявления документов¹. Среди таких документов могут быть описания изобретений и рационализаторских предложений, сценарии кинофильмов, тексты литературных произведений: книг, а также отдельных стихов, песен и т. п.; иногда — тексты диссертаций². Свидетельствуя верность копий документов, нотариус подтверждает факт соответствия копии представленному оригиналу, а свидетельствуя подлинность подписи на документе, устанавливает факт подписания документа определенным лицом. Указанные действия способствуют возникновению и осуществлению некоторых субъективных прав как самого гражданина, так и (в некоторых случаях) прав иных граждан. Например, свидетельствование подлинности подписи гражданина на заявлении о его отказе от принадлежащего ему (в соответствии со ст. 250 ГК РФ) преимущественного права покупки доли в праве собственности на квартиру способствует, в конечном счете, реализации права другого гражданина (сособственника) на отчуждение принадлежащей ему доли недвижимости любому третьему лицу. В этом случае нотариус подтверждает факт подписи строго определенного лица на документе определенного содержания.

Таким образом, нотариат защищает интересы, связанные с установлением очевидных фактов и обстоятельств, тогда как суд устанавливает такие факты и обстоятельства, существование которых не представляется очевидным и

¹ См.: *Калиниченко Т. Г.* Нотариальные процедуры доказывания авторства // Нотариальный вестник. 2008. № 5.

² См.: Комментарий к Основам законодательства Российской Федерации о нотариате / под ред. *В. Н. Аргунова.* М., 1996. С. 132.

требует анализа доказательств¹. При этом следует учитывать, что бесспорными в широком смысле слова являются именно письменные доказательства, на основании которых нотариус выносит решение. Вместе с тем при совершении нотариальных действий нередки случаи столкновения интересов граждан, порождающие конфликтные ситуации². В правовой литературе в этой связи справедливо отмечалось: «Быть обладателем какого-либо права мало, если не иметь возможность представить доказательства существования этого права... Иными словами, не существует прав, если не существуют доказательства этих прав»³. Правовой конфликт может также возникнуть, если имеются иные реальные препятствия (либо угроза их возникновения) при осуществлении гражданских прав. На преодоление таких препятствий направлена деятельность нотариуса по установлению фактов. Нотариальные процедуры значительно упрощены по сравнению с судебными и не предусмотрены для защиты спорных материально-правовых требований, неочевидных, спорных интересов. Однако они успешно служат целям защиты прав граждан.

Деятельность нотариуса осуществляется в особой процессуальной форме, в числе основных признаков которой выделяются следующие: 1) наличие определенных предусмотренных законом гарантий, таких как беспристрастность и независимость нотариуса, национальный язык нотариального производства, тайна совершения нотариального действия, запрещение нотариусу заниматься предпринимательской деятельностью и т. д.; 2) строгая регламентированность законом основных правил совершения нотариальных действий; 3) наличие у лиц, в отношении которых совершается нотариальное действие, имеют определенные процессуальных прав (например, право требовать от нотариуса разъяснения им последствий совершаемых нотариальных действий, содействия в их осуществлении, право на предоставление им переводчика); 4) основанность

¹ См.: Чечот Д. М. Неисковые производства. М., 1973. С. 14, 15.

² См.: Швахтген А. Указ. соч. С. 21.

³ Доказательственная и исполнительная сила нотариального акта // Нотариальный вестник. 1998. № 2. С. 26—28.

нотариального решения только на фактах, установленных нотариусом на основе исследования бесспорных доказательств, и соответствие его закону; 5) оперативность совершения нотариального действия; 6) возможность обжалования в судебном порядке нотариального действия (отказа в его совершении).

В нотариальном процессе участвуют в основном те лица, в отношении которых совершается нотариальное действие (либо их представители). С одной стороны, сложившийся порядок рассмотрения нотариусом бесспорных дел в определенной степени оправдан и отвечает интересам граждан, чьи права и интересы подлежат немедленной защите. С другой стороны, требуется дальнейшее совершенствование нотариального-процессуального законодательства, Важное значение в нотариальной защите прав приобретают *стадии* нотариальных производств, однако в правовой литературе этот вопрос еще не достаточно разработан¹.

Следует также отметить, что некоторыми авторами игнорируются правозащитные функции нотариата, указывается на отсутствие возможности нотариуса «принудить лицо, нарушившее право, к восстановлению первоначально существовавшего положения»². Однако некоторые нотариальные действия обладают принудительной исполнимостью. Исполнительное производство может возбуждаться на основании таких нотариальных актов, как удостоверенное соглашение об уплате алиментов, удостоверенное соглашение залогодержателя с залогодателем, заключенное после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога, исполнительная надпись»³. Остальные акты, вынесенные нотариусом, в случае их неисполнения теми или иными лицами подлежат пересмотру в судебном порядке. Вместе с тем многими авторами отмечается «осо-

¹ См.: Алешина Т. Е. Нотариальная форма реализации права: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 101, 102; Москаленко И. В. Сущность и значение нотариата // Нотариус. 2000. № 5(37). С. 7; Аргунов В. Н. Правовые основы нотариальной деятельности / под ред. В. Н. Аргунова. М., 1994. С. 75, 76.

² Базилевич А. И. Указ. соч. С. 167.

³ См.: Жуйков В. Указ. соч. С. 30.

бая доказательственная сила» нотариальных актов¹: не имея заранее определенной силы, они вызывают больше доверия у суда, поскольку выданы независимым, беспристрастным, компетентным лицом, не заинтересованным в исходе спора². Следует также отметить, что во многих странах, входящих в Международный союз нотариата, нотариальный акт имеет силу судебного решения, не подлежащего апелляционному обжалованию, и его исполнение не требует предварительного обращения в суд. Беря на себя обязательство выполнять положения нотариального акта, стороны соглашаются исполнять взятые на себя обязательства³. Целесообразность такого подхода очевидна: суды освобождаются от рассмотрения дел бесспорного производства⁴.

Проблема нотариальной защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц лежит в плоскости публичного права. Между тем высказываются и иные точки зрения о функциях и роли нотариуса. Так некоторые авторы ассоциируют нотариальную правозащитную деятельность с оказанием правовой (юридической) помощи, которая является услугой⁵. Согласно ст. 128 ГК РФ услуги являются одним из объектов гражданских прав. Как правило, большинство из них имеет возмездный характер. Это следует из сущности правовой природы любого гражданского договора, который всегда резюмируется возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное (п. 3 ст. 423 ГК РФ). Вместе с тем данный Кодекс предусматривает услуги, которые могут оказываться безвозмездно либо в силу самого существа договора, либо в соответствии с его условиями. Однако эти услуги не связаны с нотариальной деятельностью, в процессуальных рамках которой (в определенной стадии нота-

¹ См.: *Гемес С.* Суды и нотариат // Нотариальный вестник. 1998. № 2. С. 36; *Монтеро Х.* Нотариат и судебное ведомство // Нотариальный вестник. 1998. № 4. С. 13; *Алешина Т. Е.* Нотариальная форма реализации права. С. 15.

² См.: *Жуйков В.* Указ. соч. С. 30.

³ См.: *Швахтген А.* Указ. соч. С. 22.

⁴ См.: *Жуйков В.* Указ. соч. С. 30.

⁵ См.: Оптимизация гражданского правосудия России / под ред. *В. В. Яркова.* М., 2007. С. 125, 126.

риального процесса) осуществляется бесплатное консультирование. В большей степени возмездный и безвозмездный характер правовой помощи свойственен адвокатской деятельности, которая непосредственно связана с адвокатскими услугами.

Европейский Суд по правам человека неоднократно обращался в своих решениях к теме бесплатной юридической помощи, рассматривая ее в контексте ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, заключенной 4 ноября 1950 г.¹, которая гласит: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела...» И хотя ч. 3 ст. 6 Конвенции устанавливает гарантии предоставления бесплатного защитника только обвиняемым в уголовных делах, Европейский Суд расширил толкование этой статьи, используя тест «равенства двух рук», т. е. равенства сторон в состязательном процессе.

31 мая 2002 г. Европейский комитет по правовому сотрудничеству Совета Европы разработал План действий по созданию систем юридической помощи. В данном документе отмечено, что для обеспечения эффективного доступа к правосудию можно внедрять различные модели: сокращения нагрузки на судей путем широкого использования внесудебных примирительных мер или распространения практики заключения мировых соглашений непосредственно до начала судебного разбирательства; внесения изменений в процессуальное законодательство с тем, чтобы сделать процедуру более простой и понятной для граждан; упрощения требований, предъявляемых к документам, используемым в судебном процессе; более широкого распространения правовой информации, включая судебные решения, среди юристов и общественности; улучшения системы и процедуры апелляционного пересмотра решений, особенно в гражданских и коммерческих делах, которые обычно «тянутся» гораздо дольше, чем дела уголовные. В п. 6 указанного Плана действий говорится, что «на практике надлежащие системы оказания юридической помощи являются

¹ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

существенной составляющей равного для всех доступа к правосудию и могут включать оказание юридической помощи, включая представительство юристами; предоставление информации, юридическое консультирование в часы и месте, выбранных с учетом потребности заявителей и с обеспечением гарантии того, что заявителям ясны полученные ими консультации юристов; защиту обвиняемых в уголовном процессе; подготовку дел в других процессах, кроме уголовных, и представление клиентов в суде; содействие в обращении к органам публичной власти, если оно включает правовой аспект; консультации и помощь на стадии исполнения судебных решений и приговоров, включая подачу заявлений с просьбой об освобождении».

Как видно, юридическая помощь связана с деятельностью защитника-адвоката и имеет частноправовой характер в отличие от публично-правовой нотариальной деятельности. Внесудебными примирительными процедурами в основном занимаются адвокаты, а мировые соглашения удостоверяются нотариусами, когда стороны уже пришли к примирению, и они ни в коем случае не могут воздействовать на стороны и оказывать посреднические услуги — это запрещено законом. Мировые соглашения — это сделки, и никакой посреднической деятельности при этом нотариусы не осуществляют.

Представляет интерес отношение некоторых ученых к проблеме так называемой медиации¹. «Профессия нотариуса как никакая другая пригодна для выполнения посреднических функций в рамках примирительных процедур»². Активная поддержка указанной точки зрения Федеральной нотариальной палатой вызывает недоумение. Развивается процесс навязывания медиации нотариусам. Во всех правовых системах посредническая деятельность носит частный характер, который никоим образом не соотносится с публичной деятельностью нотариуса. «Нотариусы образуют единственную профессиональную группу, традиционно выступающую в качестве беспристрастного консультанта для предотвращения и

¹ См.: Оптимизация гражданского правосудия России / под ред. В. В. Яркова. С. 125, 126.

² Там же. С. 125.

урегулирования споров»¹. Нотариус выступает в качестве консультанта в процессе осуществления нотариальной деятельности и совершения нотариального действия, консультируя лишь по существу указанного действия, что не является посреднической услугой и тем более правовой (юридической) помощью. Возможно, нотариальные действия и предотвращают возникновение споров в будущем, но это происходит не в связи с оказанием нотариусами посреднических услуг или правовой (юридической) помощи, а в контексте публично-правовой нотариальной деятельности.

В связи с изложенным в новом нотариальном законодательстве необходимо усилить публично-правовое содержание нотариальной деятельности, более полно раскрыв понятие «нотариальная защита прав граждан и юридических лиц», исключив всякие упоминания о юридической помощи, медиации и посредничестве при осуществлении нотариальной деятельности.

§ 3. Стадии в нотариальном процессе

Одной из причин неэффективности нотариальной деятельности является отсутствие стадийности нотариального процесса. Очевидно, что нотариальные производства должны развиваться по определенным стадиям. Важное значение приобретают разработка и обоснование стадий нотариального процесса. Стадийность остается одним из наименее изученных в теоретическом плане вопросов.

Стадийность нотариального процесса предполагает разработку основных категорий стадий, их классификаций и критериев деятельности, характерной для той или иной стадии.

Три стадии нотариального производства выделяются в «Настольной книге нотариуса»²: 1) возбуждение нотариального производства;

2) установление юридического состава, необходимого для совершения нотариального действия;

3) совершение нотариального действия.

¹ См.: Оптимизация гражданского правосудия России / под ред. В. В. Яркова. С. 125.

² См.: Настольная книга нотариуса / под ред. В. В. Яркова.

Интересны работы Д. Я. Малешина о развитии стадийности в гражданском процессе, в которых он обосновывает четыре стадии гражданского процесса¹.

Применение положений общей теории деятельности, касающихся стадийности, в отношении нотариальной деятельности, разработанных Д. Я. Малешиним, также предполагает выделение четырех стадий в нотариальном процессе: 1) возбуждение нотариального производства, 2) подготовка, 3) осуществление и 4) окончание.

Первая стадия предполагает постановку цели. Общая цель формулируется в нотариальном действии. Дальнейшая детализация цели, соотнесение ее с текущими условиями, т. е. определение конкретных задач, происходит при последующих действиях. Таким образом, совокупность действий, используемых при возбуждении нотариального процесса, составляет стадию возбуждения.

На второй стадии осуществляется выбор средств. По нашему мнению, в процессе нотариальной деятельности подготовка предполагает создание условий для эффективного осуществления нотариальных действий путем проведения анализа законодательства, подготовки проекта, документа, соответствующего закону, и других мероприятий.

В рамках третьей стадии осуществляется основной процесс нотариальной деятельности — нотариальное действие.

На четвертой стадии завершается нотариальная деятельность и выявляется результат предшествующих действий. В процессе исполнения такой результат оформляется в соответствующих процессуальных документах.

Возбуждение и подготовка согласно приведенной классификации являются двумя самостоятельными стадиями, поэтому в новом законодательстве о нотариате нет необходимости объединять регламентацию этих стадий. Однако с учетом того, что эти стадии не должны совпадать по време-

¹ См.: Структура гражданкой процессуальной деятельности // Вестник Моск. ун-та. Серия 11. Право. 2010. № 4. С. 36—60; Некоторые вопросы методологии исследования гражданского процессуального права // Гражданский процесс: наука и преподавание / под ред. М. К. Треушниковой, Е. А. Борисовой. М., 2005. С. 47—52; Малешин Д. Я. Методология гражданского процессуального права.

ни и содержанию, такое разграничение должно сохраниться при нормативной регламентации. В противном случае достижение целей, на которые направлены действия, осуществляемые в рамках указанных стадий, будет затруднительным. Стадия нотариальных действий состоит преимущественно из подготовительных действий, т. е. действия по подготовке фактически отнесены к двум разным стадиям. Очевидно, что такое разъединение однородных действий не может положительно отразиться на эффективности подготовки. Поэтому должны быть выделены две отдельные стадии и соответственно два отдельных подраздела: возбуждение нотариального производства и подготовка.

Таким образом, общая схема стадийности в полной мере может быть применена и в отношении нотариальной деятельности. Нотариальная деятельность развивается в рамках четырех стадий:

- 1) возбуждение нотариального производства, решение вопроса о возможности совершения нотариального действия;
- 2) установление юридического состава, необходимого для выполнения нотариального действия;
- 3) совершение нотариального действия нотариусом либо отказ в совершении такого действия в зависимости от установленного фактического состава;
- 4) издание нотариального акта.

Следует подчеркнуть, что стадии возбуждения нотариального производства, установления юридического состава, необходимого для совершения нотариального действия, и совершения нотариального действия нотариусом (либо отказ в совершении нотариального действия — в зависимости от установленного фактического состава) выделяются в сугубо аналитическом плане, поскольку в обособленном виде они существуют как нотариальные действия большой сложности и протяженности во времени, например при ведении наследственных дел. При совершении относительно несложных нотариальных действий, например свидетельствования подписи на документе, практически все стадии нотариального производства осуществляются одновременно, и их обособленное выделение вряд ли возможно.

Рассмотрим стадии нотариального производства более подробно.

1. *Возбуждение нотариального производства.* В силу принципа диспозитивности возбуждение нотариального производства происходит путем подачи обращения к нотариусу, либо путем подачи письменного заявления, как это предусмотрено, например, в ст. 70 Основ законодательства РФ о нотариате, для получения свидетельства о праве на наследство, либо путем устного обращения к нотариусу, хотя закон не запрещает обращаться и в письменной форме. Нотариус не вправе совершать нотариальное действие без обращения к нему самих заинтересованных лиц.

При возбуждении нотариального производства нотариус устанавливает фактические обстоятельства и возможность совершения нотариального действия. В частности, согласно Основам речь идет о следующих случаях:

при наличии в нотариальном округе государственных нотариусов и нотариусов, занимающихся частной практикой, выдача свидетельств о праве на наследство и принятие мер к охране наследственного имущества осуществляются государственным нотариусом (ст. 36). При наличии большого числа наследственных дел и недостатке государственных нотариусов либо при их полном отсутствии указанные нотариальные действия осуществляются нотариусами, занимающимися частной практикой. Кроме того, между отдельными нотариусами ведение наследственных дел распределяется таким образом, чтобы избежать возбуждения наследственного дела одновременно у нескольких нотариусов. Обычно это делается путем распределения наследственных дел по фамилии наследодателей;

при наличии ограничений права совершения нотариальных действий в соответствии со ст. 47 нотариус не вправе совершать нотариальные действия на свое имя и от своего имени, на имя и от имени своих супругов, их и своих родственников (родителей, детей, внуков). В случае, когда в соответствии с законодательством РФ нотариальное действие должно быть совершено в определенной нотариальной конторе, место его совершения определяется в порядке, устанавливаемом Министерством юстиции РФ. Согласно ст. 74 Основ по таким же правилам выдается свидетельство

о праве собственности на долю в общем (недвижимом) имуществе по совместному заявлению супругов;

получение заявления о принятии наследства или об отказе от него, принятие претензий от кредиторов наследодателя, принятие мер к охране наследственного имущества, оплата расходов за счет наследственного имущества, выдача свидетельства о праве на наследство осуществляются нотариусом по месту открытия наследства (ст. 62— 64, 69, 70);

в случае смерти одного из супругов свидетельство о праве собственности на долю в общем имуществе супругов выдается нотариусом по месту открытия наследства (ст. 75);

принятие в депозит денежных сумм и ценных бумаг производится нотариусом по месту исполнения обязательства (ст. 87);

нотариус по месту нахождения плательщика принимает для предъявления к платежу чек (ст. 96).

В соответствии со ст. 13 анализируемых Основ совершение нотариусом нотариального действия за пределами своего нотариального округа не влечет признания недействительности этого действия. Однако нотариус не вправе совершать нотариальное действие за пределами своего нотариального округа. Исключение составляют случаи, когда необходимо удостоверить завещание в случае тяжелой болезни завещателя при отсутствии в другом нотариальном округе в это время нотариуса.

2. *Установление юридического состава, необходимого для совершения нотариального действия.* Для запроса необходимых сведений нотариус вправе использовать полномочия, предоставленные ему ст. 15 Основ законодательства РФ о нотариате, по запросу необходимых сведений. К сожалению, данное право нотариуса не увязано с обязанностями других органов и должностных лиц по предоставлению нотариусам сведений, необходимых для совершения нотариального действия. Например, Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. «Об актах гражданского состояния»¹ исключил нотариусов из числа лиц, имеющих право делать запросы в архивы загсов. В то же время ГК РФ (ст. 1171) наделил нотариуса правом запроса для сбора информации об имуще-

¹ СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

стве, принадлежащем наследодателю, у банков, других кредитных организаций и иных юридических лиц.

Согласно ст. 45 Основ нотариусы не принимают для совершения нотариальных действий документы, имеющие подчистки либо приписки, зачеркнутые слова и иные неоговоренные исправления, а также документы, исполненные карандашом.

На данной стадии осуществляется проверка соблюдения прав других лиц, несовершеннолетних, третьих лиц, не участвующих при совершении нотариальных действий, — супруга, долевого собственника, собственника имущества при совершении сделок с имуществом юридических лиц и других лиц.

Проверка принадлежности права собственности и принадлежности иных имущественных прав осуществляется путем истребования соответствующих документов от собственников и иных лиц, обязанных предоставить их согласно закону.

На этой стадии для установления необходимого фактического состава и для иных целей нотариус вправе отложить либо приостановить нотариальное производство.

3. *Совершение нотариального действия нотариусом.* Нотариальное действие совершается по процедурам, установленным в Основах законодательства РФ о нотариате и других федеральных законах.

На данной стадии нотариус составляет проекты сделок, заявлений и других документов, делает копии документов и выписки из них, а также дает разъяснения по вопросам совершения нотариальных действий. Он вправе истребовать от физических и юридических лиц сведения и документы, необходимые для совершения нотариальных действий. Заявители могут представить нотариусу проект соответствующего нотариального акта. Однако и в этом случае нотариус обязан проверить его содержание на предмет соответствия требованиям законодательства.

При совершении нотариального действия нотариус обязан обеспечить соблюдение норм как материального, так и процедурного нотариального права. Как отмечалось выше, соблюдение формы нотариального производства имеет обязательный характер, и игнорирование этого требования

может привести к признанию верного по существу нотариального акта недействительным.

4. *Издание нотариального акта.* На данной стадии нотариусом осуществляются следующие действия: взыскание по тарифу, проставление номера в реестре, сброшюрование акта и проставление печати, выдача нотариального акта с сопутствующими документами, копиями и т. д.

§ 4. Нотариальные действия

Осуществление нотариальных действий является основным видом нотариальной деятельности. Нотариальные действия удостоверяют факт, право, придают новый характер документу или охраняют его; четко персонифицированы и, защищая права субъектов, имеют целью обеспечить правовую основу для удовлетворения их законных интересов; являются юридическим фактом для вступления субъектов в новые правоотношения по защите их интересов.

В первые послереволюционные годы «гражданский оборот был незначительным, и нотариальная деятельность существенного развития не получила, фактически она ограничивалась удовлетворением потребностей в удостоверении различного рода обстоятельств: засвидетельствованием подлинности копий с документов, удостоверении подлинности подписей и т. п.»¹.

В соответствии со ст. 5 Положения о государственном нотариате РСФСР от 4 октября 1922 г. на нотариальные конторы возлагалось:

- 1) совершение всякого рода актов, для которых действовавшими узаконениями и указанным Положением установлен нотариальный порядок совершения;
- 2) засвидетельствование всякого рода договоров, заключавшихся государственными и общественными учреждениями и предприятиями как между собой, так и с частными лицами и их объединениями, для которых действовавшими узаконениями установлен нотариальный порядок засвидетельствования;

¹ Правовые основы нотариальной деятельности: учеб. пособие. М., 1994. С. 359—444.

3) совершение и засвидетельствование, по желанию сторон, таких договоров, которые могут быть совершены и без участия нотариуса;

4) совершение протестов векселей;

5) засвидетельствование доверенностей и копий разного рода документов и выписей из торговых книг, а также подлинности подписей;

6) удостоверение по требованиям должностных лиц и учреждений, а также частных лиц бесспорных обстоятельств, таких как время предъявления документов;

7) выдача выписей и копий из нотариальных книг и реестров и т. п.;

8) принятие на хранение предоставленных разными лицами документов.

Обязательному засвидетельствованию в нотариальных конторах подлежали:

1) договоры об учреждении торговых и торгово-промышленных товариществ;

2) договоры о составлении третейских записей;

3) доверенности на управление имуществом (торговые) и на ведение судебных и административных дел.

В Положении от 24 августа 1923 г. была изменена лишь редакция статьи, предусматривавшей, какие виды нотариальных действий совершают нотариальные конторы, однако предметная компетенция их осталась без каких-либо изменений.

В дальнейшем Положением от 4 октября 1926 г. компетенция государственных нотариальных контор была расширена. В целях освобождения народных судов от дел бесспорного характера нотариальным конторам было разрешено учинять исполнительные надписи на нотариально удостоверенных сделках. Кроме того, нотариальные конторы стали совершать морские протесты, выдавать залоговые свидетельства, принимать в депозит денежные суммы и ценности, а также денежные суммы для выплаты по предъявленным к протесту вексям, совершать переводы и свидетельствовать верность переводов, осуществлять регистрацию арестов, налагаемых на строения и право застройки.

Согласно ст. 9 Положения 1926 г. к ведению нотариальных контор относились:

1) нотариальное удостоверение сделок и учинение исполнительных надписей на них;

2) совершение протестов векселей;

3) совершение протестов залоговых свидетельств, выдаваемых товарными складами (варрантов);

4) совершение морских протестов;

5) засвидетельствование верности копий документов и выписок из книг и документов;

6) засвидетельствование подлинности подписей на документах;

7) засвидетельствование времени предъявления документов;

8) засвидетельствование нахождения лица в определенном месте;

9) передача заявлений лиц и учреждений другим лицам и учреждениям и выдача удостоверений по поводу переданных заявлений;

10) регистрация арестов, налагаемых на строения и право застройки, а равно изменения и снятия арестов;

11) выдача залоговых свидетельств;

12) хранение документов;

13) принятие в депозит для передачи по принадлежности предметов обязательств (денег и ценностей);

14) принятие денежных сумм для передачи по принадлежности в оплату по предъявленным к протесту вексям;

15) хранение материалов нотариальных архивов;

16) оказание технических услуг при выполнении нотариальных действий;

17) совершение переводов с одних языков на другие и засвидетельствование верности переводов.

Однако уже через год стали в это Положение стали вноситься изменения. Многие статьи Положения была исключены, некоторые дополнены. Наиболее существенным дополнением явилось возложение на нотариальные органы в соответствии с постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 10 февраля 1930 г.¹ обязанности «по охранению наследственных имуществ».

¹ СУ РСФСР. 1930. № 38. Ст. 477.

Постановлением СНК РСФСР от 21 мая 1930 г.¹ был утвержден Перечень документов, по которым взыскание производится на основании исполнительных надписей нотариальных органов. С этого времени исполнительные надписи стали выдаваться нотариальными конторами по многим документам: устанавливающим просрочку платежей по индивидуальному товарному кредиту, полученному должником в государственном предприятии, потребительском обществе или в союзе потребительских обществ; по счетам за квартирную плату, за коммунальные услуги; по договорам аренды мест под торговлю на базарах, городских земель и водных пространств; по чекам, предъявленным к оплате; по заявлениям о выселении лиц, живущих на нетрудовые доходы, из занимаемых ими помещений за невзнос квартирной платы и т. д.

С учетом всех вышеприведенных изменений согласно ст. 1 Положения от 20 июля 1930 г. к ведению нотариальных органов относились:

- 1) нотариальное удостоверение сделок и доверенностей;
- 2) выдача исполнительных надписей на документах;
- 3) совершение протеста векселей и варрантов;
- 4) удостоверение неоплаты чеков;
- 5) совершение морских протестов;
- 6) засвидетельствование верности копий документов и выписок из книг и документов;
- 7) засвидетельствование подлинности подписей на документах;
- 8) передача заявлений лиц и учреждений другим лицам и учреждениям и выдача удостоверений по поводу переданных заявлений;
- 9) засвидетельствование времени предъявления документа;
- 10) засвидетельствование нахождения лица в определенном месте;
- 11) удостоверение личности получателей корреспонденции;

¹ СУ РСФСР. 1930. № 10. Ст. 120.

12) регистрация арестов, налагаемых на строения и право застройки;

13) выдача залоговых свидетельств на строения и право застройки;

14) принятие в депозит для передачи по принадлежности предметов обязательств (денег и ценных бумаг);

15) принятие мер охранения имущества, оставшихся после умерших, и выдача свидетельств, подтверждающих право наследования;

16) обеспечение доказательств;

17) выдача свидетельств о признании гражданина безвестно отсутствующим и безвестно отсутствующего умершим;

18) оказание технических услуг при выполнении нотариальных действий;

19) совершение переводов с одних языков на другие;

20) хранение документов.

В соответствии с постановлением ЦИК и СНК РСФСР от 10 июня 1936 г. «О реорганизации нотариальных органов»¹ к ведению нотариальных контор и нотариальных столов Народного комиссариата юстиции стало относиться свидетельствование сделок со строениями, изъятых из ведения коммунальных органов, районных исполнительных комитетов и городских Советов.

Согласно ст. 10 Положения от 31 декабря 1947 г. государственные нотариальные конторы уже не совершали протестов варрантов, не удостоверяли личности получателей корреспонденции и не выдавали залоговых свидетельств на строения и право застройки. Все же остальные нотариальные действия, предусмотренные ранее действовавшим Положением от 20 июля 1930 г., они продолжали совершать. Кроме того, на государственные нотариальные конторы было возложено засвидетельствование нахождения гражданина в живых и засвидетельствование тождественности явившегося лица с лицом, на представленной им фотографии.

После 11 марта 1958 г. государственные нотариальные конторы стали выдавать пережившим супругам свидетель-

¹ СУ РСФСР. 1936. № 15. Ст. 100.

ства о праве собственности на долю в общем имуществе, приобретенном супругами во время брака. До этого право собственности на долю общего имущества супругов признавалось за пережившим супругом только в судебном порядке¹.

После введения в действие с 1 мая 1962 г. Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик и Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик из компетенции государственных нотариальных контор было исключено совершение такого нотариального действия, как выдача свидетельства о признании гражданина безвестно отсутствующим и безвестно отсутствующего умершим. Признание гражданина безвестно отсутствующим и объявление гражданина умершим с этого времени стали возможными только в судебном порядке.

Вышеуказанные изменения в компетенции государственных нотариальных контор оказались последними за советский период. Они нашли закрепление в Положении о государственном нотариате РСФСР от 30 сентября 1965 г. Не изменился круг нотариальных действий, определенный в ст. 3 Положения 1965 г. и в ст. 14 Закона РСФСР от 2 августа 1974 г. «О государственном нотариате». Следует отметить, что нотариальные действия, предусмотренные этими Положением и Законом совершаются в России и в настоящее время.

До принятия Закона РСФСР «О государственном нотариате» нотариальные конторы выдавали два вида свидетельств о праве собственности: о праве собственности на долю в общем имуществе супругов по их совместному заявлению и о праве собственности на долю в общем имуществе супругов по заявлению пережившего супруга. Обязательным условием для выдачи второго вида свидетельств являлось получение нотариальной конторой письменного согласия всех наследников, принявших наследство. Если хотя бы один наследник согласия не давал, свидетельство о праве собственности пережившему супругу нотариальной

¹ См.: Справочник государственного нотариуса: сб. официальных материалов. М. 1972. С. 190.

конторой не выдавалось. В подобных случаях пережившие супруги для защиты своих прав вынуждены были обращаться в суд с соответствующим иском.

Закон РСФСР «О государственном нотариате» (ч. 3 ст. 71) предоставлял нотариусам право выдавать, помимо вышеуказанных, свидетельства о праве собственности умершего супруга на долю в общем имуществе, зарегистрированном за пережившим супругом. Такие свидетельства выдавались только с согласия пережившего супруга. Изменилось и одно из условий выдачи свидетельств о праве собственности пережившему супругу: нотариальные конторы были освобождены от процедуры получения письменного согласия от наследников на выдачу такого свидетельства и должны были лишь извещать наследников, принявших наследство, о праве пережившего супруга на получение свидетельства о праве собственности.

В городах и населенных пунктах, где существовали государственные нотариальные конторы, выполнение отдельных нотариальных функций было исключено из компетенции остальных государственных нотариальных контор этих городов и населенных пунктов. Так, по Положению 1926 г. регистрация арестов, налагаемых на строения и право застройки, а также хранение архивных материалов по городу и соответствующему уезду возлагались на нотариальные конторы (ст. 4).

Позднее органам юстиции, а потом и судебным органам республиканских, краевых, областных центров, городов Москвы и Ленинграда было предоставлено право возлагать обязанности по принятию мер охраны наследственного имущества, по выдаче свидетельств о наследовании, удостоверению договоров об отчуждении жилых домов исключительно на государственные нотариальные конторы. После принятия Закона РСФСР «О государственном нотариате» в нотариальных конторах свидетельствовали верность копий актов высших органов государственной власти и государственного управления Союза ССР, союзных и автономных республик, касающихся личных прав и интересов граждан, а также копий документов, изложенных на иностранном языке (ч. 1 ст. 19). Тогда же на нотариальные

конторы стали возлагать и обязанность по удостоверению договоров дарения автотранспортных средств (ч. 2 ст. 19). В то же время нотариальные конторы всегда совершали и все остальные нотариальные действия, предусмотренные законодательством.

Следует отметить, что понятие «нотариальное действие» не получило должного развития в нотариальном праве. Нет серьезных теоретических исследований о природе понятия «действие». В литературе высказываются лишь различные точки зрения относительно классификации нотариальных действий¹.

В. В. Ярков относит понятие «нотариальное действие» к предмету нотариального права², а А. Е. Алешина рассматривает нотариальные действия, как часть нотариального процесса³.

В теории права весьма редко можно встретить понятие «действие» применительно к деятельности различных органов и должностных лиц. В частности, в криминалистике употребляется понятие «следственное действие», под которым подразумевается процессуальная деятельность следователя, осуществляемая в форме допросов, осмотров, обысков, экспериментов, опознаний расследуемого события путем обнаружения, собирания и исследования доказательств⁴.

Нотариальные действия имеют ярко выраженную специфику. Они направлены прежде всего на достижение определенного результата. Например, для удостоверения сделки необходимо совершить ряд процессуальных дейст-

¹ См.: *Юдельсон К. С.* Советский нотариат. С. 28, 29; *Искандеров З. Л.* Сущность советского нотариата и классификация нотариальных действий // Вопросы охраны прав личности и укрепления социалистической законности. Саратов, 1966. С. 67, 68; Он же. Развитие института советского нотариата Саратов, 1969. С. 238—240; *Юдельсон К. С., Кац А. К.* Научно-практический комментарий к Положению о государственном нотариате. М., 1970. С. 11.

² См.: Нотариальное право России: учебник / под ред. *В. В. Яркова*. М., 2003. С. 33.

³ См.: *Алешина Т. Е.* Нотариальная форма реализации права. Саратов, 2001, С. 16.

⁴ См.: Криминалистика: учебник / под ред. *Н. П. Яблокова*. М., 2000. С. 358.

вий, в частности, проверить дееспособность и правосубъектность лиц, обратившихся к нотариусу, принадлежность имущества, наличие и условия основных обязательств, отсутствие обременения в отношении имущества и иные обстоятельства, необходимые для удостоверения сделки. Нотариальное действие — результат деятельности нотариуса, выражающийся в удостоверении определенного нотариального акта.

Каждый вид нотариальных действий имеет свои особенности. Нотариальные действия по применению права значительно отличаются от процессуальных форм, которые используют суд или иные участники гражданского и уголовного процесса. Действия нотариуса отличаются по форме, содержанию, правовому оформлению. В отношении большинства сделок не предусмотрено обязательное требование их нотариального удостоверения, однако гражданин или организация могут удостоверить любую сделку по собственному желанию. Указанные действия порождают важные правовые последствия. По нотариально удостоверенным сделкам взыскание осуществляется по исполнительной надписи. В случае, если сторона договора окажется недобросовестной и возникнет необходимость обращения в суд, другая сторона может обратиться в нотариальную контору для получения исполнительной надписи. Любая сделка может быть нотариально удостоверена, если в законе не содержится прямого запрета.

Нотариальному действию присущи определенные юридические признаки, которые определяют его качественные характеристики и своеобразие. Отсутствие хотя бы одного из признаков порождает недействительность нотариального действия.

Нотариальные действия совершаются только нотариусами. Необходимо отличать действия специально уполномоченных лиц, приравненные к нотариальным, от действий нотариуса. Как указывалось выше, к таким лицам относятся консулы, командиры воинских частей, главные врачи, начальники исправительных учреждений. Существует мнение, что нотариальные действия должны осуществлять те органы, которых государство наделяет таким полномочием

на основании закона: не только нотариусы, но и адвокаты, государственные чиновники, судьи (например, мировые)¹.

Например, ст. 37 Основ законодательства РФ о нотариате содержит перечень нотариальных действий, совершаемых должностными лицами органов исполнительной власти (при этом называется условие «в случае отсутствия в населенном пункте нотариуса»). Данный перечень включает следующие нотариальные действия:

- 1) удостоверение завещаний;
- 2) удостоверение доверенностей;
- 3) принятие мер к охране наследственного имущества;
- 4) свидетельствование верности копий документов и выписок из них;
- 5) свидетельствование подлинности подписи на документах. Законодательными актами РФ на указанных в данной статье должностных лиц может быть возложено совершение и иных нотариальных действий.

Статья 38 Основ предусматривает нотариальные действия, совершаемые должностными лицами консульских учреждений Российской Федерации.

На наш взгляд, такие действия не являются нотариальными, а считаются лишь приравненными к ним.

Законодательными актами РФ могут быть предусмотрены также иные действия, совершаемые должностными лицами консульских учреждений Российской Федерации. Однако они также не являются нотариальными, и относятся к консульским, исходя из правового статуса консула.

Таким образом, действия, осуществляемые должностными лицами органов исполнительной власти и должностных лиц консульской службы нельзя считать нотариальными — они проистекают из существа правового статуса каждого из них. В этом состоит недостаток Основ, поскольку в них смешиваются разного рода правоотношения, касающиеся деятельности различных органов.

Следует отметить, что законодатель разделяет нотариальные действия нотариусов, занимающихся частной практикой, и нотариусов, работающих в государственных но-

¹ См.: Романовский Г. Б., Романовская О. В. Указ. соч. С. 96.

тариальных конторах. Так, в ст. 35 Основ закреплен круг нотариальных действий, совершаемых нотариусами, занимающимися частной практикой. Они: удостоверяют сделки; выдают свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов; налагают и снимают запрещения отчуждения имущества; свидетельствуют верность копий документов и выписок из них; свидетельствуют подлинность подписи на документах; свидетельствуют верность перевода документов с одного языка на другой; удостоверяют факт нахождения гражданина в живых; удостоверяют факт нахождения гражданина в определенном месте; удостоверяют тождественность гражданина с лицом, изображенным на фотографии; удостоверяют время предъявления документов; передают заявления физических и юридических лиц другим физическим и юридическим лицам; принимают в депозит денежные суммы и ценные бумаги; совершают исполнительные надписи; совершают протесты векселей; предъявляют чеки к платежу и удостоверяют неоплату чеков; принимают на хранение документы; совершают морские протесты; обеспечивают доказательства.

Законодательными актами РФ могут быть предусмотрены и иные нотариальные действия.

В соответствии со ст. 36 Основ нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах, совершают нотариальные действия, предусмотренные ст. 35 Основ, а также выдают свидетельства о праве на наследство и принимают меры к охране наследственного имущества.

Вместе с тем ч. 3 ст. 2 Основ содержит общее правило: «При совершении нотариальных действий нотариусы обладают равными правами и несут одинаковые обязанности независимо от того, работают ли они в государственной нотариальной конторе или занимаются частной практикой. Оформленные нотариусами документы имеют одинаковую юридическую силу». Отметим, что равенство в правах провозглашается только в отношении совершения нотариальных действий.

Как видно из приведенных положений, имеется противоречие в реальных правах частнопрактикующего нотариу-

са и нотариуса, работающего в государственной конторе. При совершении нотариальных действий нотариусы не обладают реальным равенством в правах. В перечне нотариальных действий, совершаемых нотариусами, занимающимися частной практикой, отсутствуют выдача свидетельств о праве на наследство, а также принятие мер к охране наследственного имущества. В соответствии со ст. 36 Основ при отсутствии в нотариальном округе государственной нотариальной конторы совершение названных нотариальных действий поручается совместным решением органа юстиции и нотариальной палаты одному из нотариусов, занимающихся частной практикой.

Таким образом, нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах, обладают большими правами, чем нотариусы, занимающиеся частной практикой.

Кроме того, согласно указанной статье дополнительные полномочия, связанные с ведением наследственных дел, доверяются только одному из нотариусов, занимающихся частной практикой, что противоречит принципу равенства прав при совершении нотариальных действий. На наш взгляд, необходим единый подход к определению понятия «нотариальные действия» и осуществлению нотариальных действий. На практике уже произошла унификация правоотношений, связанных с осуществлением нотариальных действий. Существует единство даже применительно к ведению наследственных дел и выдаче свидетельств о праве на наследство. В большинстве регионов наследственные дела перераспределены между всеми нотариусами по территориальному или по алфавитному признаку.

Нотариальные действия имеют как материально-правовую, так и процессуальную сущность, они должны быть урегулированы как в нотариальном, так и в нотариально-процессуальном законодательстве РФ. Перечень нотариальных действий не является закрытым и может быть расширен в связи с расширением действия права, однако в пределах, предусмотренных законодательством РФ.

Поэтому законодательными актами РФ могут быть предусмотрены и иные нотариальные действия. Ограничением в совершении нотариального действия может быть момент,

когда заявитель просит нотариуса о совершении действия, которое не отнесено к числу нотариального. В этом случае нотариус должен отказать в его совершении.

Нотариальные действия осуществляются в рамках нотариального процесса, который подразделяется на различного вида нотариальные производства, например, нотариальное наследственное производство, нотариальные производства по удостоверению различного рода фактов и сделок, которые предусматривают поэтапный порядок осуществления нотариальных действий. Соблюдение процедур нотариального процесса при совершении нотариальных действий гарантирует защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

Нотариальное действие и процедура его совершения должны соответствовать требованиям законодательства РФ, нормам материального права и правилам нотариального процесса. Нотариально удостоверенные нотариальные акты также должны соответствовать законодательству РФ. Например, любая сделка должна содержать определенные существенные условия, которые должны быть отражены в ее тексте независимо от ее формы.

Одним из признаков нотариального действия является уплата государственной пошлины либо нотариального тарифа за совершение нотариального действия в соответствии со ставками, установленными законом. При этом с точки зрения материального права уплата государственной пошлины или нотариального тарифа не является признаком нотариального действия, а с точки зрения процессуального права и согласно ст. 22 Основ законодательства РФ о нотариате нотариальное действие признается совершенным лишь после уплаты государственной пошлины или суммы согласно тарифу. Нотариус обязан также либо произвести взимание государственной пошлины или нотариального тарифа, либо на основании имеющихся льгот для лиц, обратившихся за совершением нотариального действия, освободить их от уплаты.

Нотариальные действия являются предметом как нотариального права, так и нотариально-процессуального права (нотариального процесса), включающего совокуп-

ность взаимосвязанных нотариальных фактов, направленных на достижение единой цели процесса путем решения локальных процедурных задач.

Несмотря на разнообразие нотариальных действий, общим для них является то, что они имеют определенную цель. Поэтому все нотариальные действия можно классифицировать по их целенаправленности. Классификация нотариальных действий может быть проведена и по другим признакам, например, по содержанию нотариальных действий, их правовому результату.

По содержанию нотариальных действий К. С. Юдельсон классифицировал их следующим образом: удостоверение сделок; засвидетельствование бесспорных обстоятельств; охранительные действия; подтверждение имущественных прав; обеспечение обязательств; способствование выполнению должниками обязательств; обеспечение доказательств; принуждение к исполнению бесспорных обязательств путем выдачи исполнительных надписей¹.

З. А. Искандеров, а позднее и К. С. Юдельсон² классифицировали нотариальные действия по стадиям развития правоотношения и выделяли следующие четыре группы нотариальных действий, это действия:

1) направленные на возникновение и подтверждение правоотношений (удостоверение сделок, выдача свидетельств о праве на наследство, выдача свидетельств о праве собственности на долю в общем имуществе супругов);

2) направленные на обеспечение и осуществление гражданских правоотношений (наложение запретов отчуждения жилого дома, принятие в депозит денежных сумм и ценных бумаг, совершение исполнительных надписей, совершение протеста векселей, предъявление чека к платежу и удостоверение неоплаты чека);

3) имеющие охранительное значение (принятие мер к охране наследственного имущества);

¹ См.: Юдельсон К. С. Советский нотариат. С. 28, 29.

² См.: Искандеров З. Л. Сущность советского нотариата и классификация нотариальных действий. С. 67, 68; Юдельсон К. С. Развитие института советского нотариата. Саратов, 1969. С. 238—240; Юдельсон К. С., Кац А. К. Указ. соч. С. 11.

4) имеющие универсальный характер (все остальные нотариальные действия, в том числе обеспечение доказательств, свидетельствование верности копии документов и принятие документов на хранение).

Таким образом, данная классификация позволяет разделить все нотариальные действия на две группы по их правовому результату: одни нотариальные действия непосредственно связаны с возникновением и подтверждением правоотношения, другие направлены на достижение иного результата.

Близка к рассмотренной классификация нотариальных действий, предложенная Р. Г. Кочарьянцем. Автор строит систему нотариальных функций с учетом влияния нотариальных действий на развитие правоотношений, различая функции возникновения, подтверждения и обеспечения правоотношений, функцию принудительного исполнения обязательств и функцию вспомогательного характера¹. Положительным является выделение в самостоятельную группу нотариальных действий, обеспечивающих правоотношения.

Важное место занимает классификация нотариальных действий по их целенаправленности. Исходя из цели того или иного действия, можно подразделить нотариальные действия на пять групп: нотариальные действия, 1) направленные на удостоверение бесспорного права; 2) нотариальные действия, направленные на придание документу исполнительной силы; 3) нотариальные действия, направленные на удостоверение бесспорных фактов; 4) нотариальные действия, направленные на обеспечение правоотношений; 5) нотариальные действия вспомогательного характера.

К направленным на удостоверение бесспорного права относятся нотариальные действия, связанные с выдачей свидетельств о праве на наследство. Их совершением достигается цель придания юридической достоверности бесспорному праву наследования, ибо свидетельство о праве

¹ См.: Кочарьянц Р. Г. Возникновение, развитие и сущность советского государственного нотариата: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1973. С. 12—14.

наследования не создает новых прав, а только подтверждает уже существующее бесспорное право наследования¹. К этой же группе относится и выдача свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов. При совершении таких нотариальных действий нотариус подтверждает субъективные права граждан.

К нотариальным действиям, направленным на придание документу исполнительной силы, относится выдача исполнительных надписей. Цель исполнительной надписи заключается не только в том, чтобы удостоверить факт задолженности, но и в том, чтобы придать документу исполнительную силу в соответствии с законом. Нотариус, установив бесспорность права на взыскание, санкционирует его принудительное исполнение. При совершении данного действия нотариус не только подтверждает право требования, ко и способствует его принудительному осуществлению.

Что касается третьей группы нотариальных действий, то здесь следует различать удостоверение юридических фактов и свидетельствование доказательственных фактов.

К удостоверению доказательственных фактов относятся следующие нотариальные действия: удостоверение сделок; принятие в депозит денежных сумм и ценных бумаг; предъявление чеков к платежу и удостоверение неоплаты чеков; совершение протестов векселей; удостоверение факта нахождения гражданина в живых; удостоверение факта нахождения гражданина в определенном месте; удостоверение времени предъявления документа; удостоверение тождественности гражданина с лицом, изображенным на фотографии; передача заявлений граждан и организаций другим гражданам и организациям.

К свидетельствованию доказательственных фактов относятся: обеспечение доказательств; совершение морских протестов, свидетельствование верности переводов; свидетельствование верности копии документов и выписок из них, свидетельствование подлинности подписи на документах.

¹ См.: Герзон С., Антимонов Б., Шлифе Б. Наследование и нотариат. М., 1956. С. 58.

К четвертой группе нотариальных действий относятся: принятие мер охраны наследственного имущества. Цель этого нотариального действия — предотвратить возможность расхищения имущества, его порчи или гибели и тем самым обеспечить права наследников и государства, в собственность которых это имущество может перейти по праву наследования. Меры охраны принимаются также в интересах кредиторов наследодателя. Нотариальное действие по охране имущества, оставшегося после умершего, обеспечивает наследственное правоотношение;

наложение запрещения отчуждения жилого дома. Цель этого нотариального действия — обеспечить сохранность строения, предотвратив возможность отчуждения его. Данное нотариальное действие обеспечивает обязательство, возникающее в результате выдачи ссуды на строительство или ремонт дома.

К нотариальным действиям вспомогательного характера (пятая группа) относится принятие документов на хранение. Основы законодательства РФ о нотариате предусматривают также составление проектов сделок и заявлений, изготовление копий документов. В отличие от нотариальных действий оказание таких услуг относится к техническим, а не к правовым действиям; их следует оставить вне рамок приведенной классификации.

Таким образом, по содержанию, целям и задачам нотариальные действия подразделяются на следующие группы:

1) удостоверение бесспорных фактов: сделок, верности копий документов и выписок из них, перевода документов с одного языка на другой, нахождения лица в живых или в определенном месте, тождественности гражданина с лицом, изображенным на фотографии, времени предъявления документа, передачи заявлений и выдачи удостоверений об этом, принятия в депозит денежных сумм и ценных бумаг, совершения морских протестов, обеспечения доказательств;

2) удостоверение бесспорного права: выдача свидетельств о праве на наследство и о праве собственности на долю в общем имуществе супругов;

3) придание документам исполнительной силы: совершение исполнительных надписей на долговых и платежных документах, совершение протестов векселей, предъявление чеков к платежу и удостоверение неоплаты чеков;

4) охранительные нотариальные действия: принятие мер охраны наследственного имущества, наложение запрещения на отчуждение жилого дома, принятие документов на хранение.

Предлагаемая классификация касается удостоверения только бесспорных прав граждан. Сущность нотариальных действий заключается в придании определенности бесспорному праву, исполнительной силы документам, в подтверждении фактов, имеющих правовое значение.

Каждый вид нотариальных действий имеет свои особенности. Нотариальные действия по применению права значительно отличаются от процессуальных форм, которые используют суд или иные участники гражданского и уголовного процесса. Действия нотариуса отличаются по форме, содержанию, правовому оформлению. В отношении большинства сделок не содержится обязательного требования их нотариального удостоверения, однако гражданин или организация могут удостоверить любую сделку по собственному желанию.

Особенность нотариальных действий состоит в том, что они применяются при отсутствии каких-либо споров; удостоверяют факт, право, придают новый характер документу или охраняют его; четко персонифицированы и, защищая права субъектов, имеют целью обеспечить правовую основу для удовлетворения их законных интересов; являются юридическим фактом для вступления субъектов в новые правоотношения по защите своих интересов.

Нотариусы могут осуществлять нотариальные действия только в отношении бесспорных прав и фактов. Сущность этих действий заключается в придании определенности бесспорному праву, исполнительной силы бесспорным документам, достоверности бесспорным фактам. Если нотариус получит сообщение суда о том, что право или факт, об удостоверении которого просит заявитель, является спор-

ным, то он не вправе совершать соответствующее нотариальное действие и обязан приостановить его совершение.

Нотариусы занимаются лишь бесспорными делами. Данное положение объясняет, почему в свое время выдача судебных приказов была заменена выдачей исполнительных надписей нотариальными конторами, а судебный депозит заменен депозитом нотариальным. Бесспорная юрисдикция была передана нотариусам. Когда нотариус убеждается в спорности права заинтересованного лица, он разъясняет ему возможность обращения в суд. Если, например, нотариус из представленных документов усматривает, что должник оспаривает право кредитора или размер взыскиваемой суммы, он исполнительную надпись не выдает, а кредитору разъясняет его право обратиться в суд.

§ 5. Нотариальный акт

Понятие, виды и классификация нотариальных актов подробно и фундаментально исследованы в работах О. Е. Алешиной¹.

Нотариальный акт представляет собой публичное властное решение нотариуса по конкретному нотариальному делу, выраженное в письменной форме, основанное на законе и направленное на возникновение, изменение или прекращение субъективных прав и обязанностей граждан и юридических лиц.

Возникновение нотариальных правоотношений, их изменение и прекращение связаны с наступлением или изменением юридических фактов. Последние находят подтверждение в нотариальных актах — документах, исходящих от нотариусов, которые наделены государством полномочиями по совершению нотариальных действий. Нотариальный акт направлен на подтверждение прав и юридических фактов, на основании которых делаются выводы о тех или иных юридических последствиях, касающихся личных либо имущественных прав граждан.

¹ См.: *Алешина О. Е.* Нотариальная форма реализации права.

Юридические действия — это волевое поведение, внешнее выражение воли физических и юридических лиц, через которое юридические нормы оказывают воздействие на возникновение нотариального правоотношения.

Юридические действия весьма разнообразны и играют неодинаковую роль в процессе правового регулирования. Они подразделяются на правомерные и неправомерные. Принятое правоприменительным органом решение воплощается в правоприменительном акте — нотариальном документе¹. В нем находят отражение все предшествующие стадии нотариального процесса.

Важнейшей особенностью нотариального акта является то, что он обычно непосредственно не вызывает, не изменяет и не прекращает правового отношения. Такие акты имеют своеобразные правовые последствия — они порождают или изменяют правовые состояния, играя очень важную роль в правовой защите интересов граждан и государства. Их назначение состоит в том, чтобы изменять правовые состояния, свидетельствовать о подлинности документов или придавать им исполнительную силу, удостоверяя сделки, придавая им юридический характер, и т. п., без чего невозможны нормативно-правовые процессы. Например, нотариус, свидетельствуя о праве наследования, изменяет правовое положение гражданина. Сделки лишь после удостоверения их нотариусом приобретают юридическую силу. После совершения исполнительной надписи осуществляется реализация требования документа и т. д. Нотариальный акт подтверждает, удостоверяет конкретные правоотношения. С одной стороны, нотариус, удостоверяя подлинность документа, обеспечивает право вступления его владельца в правовые отношения. Удостоверяя сделки, нотариус обеспечивает права и обязанности сторон в отношениях, в которые вступают. Свидетельствуя о праве на наследство или о праве собственности, он обеспечивает их владельцам вступление в имущественные отношения. С другой стороны, в

¹ См.: *Реутов С. И.* Теория юридических актов по советскому праву // Теоретические вопросы государства и права развития социализма: сб. Пермь, 1980. С. 143—152.

ряде случаев нотариус вступает в конкретные отношения, являясь одной из активных сторон. Совершая протесты векселей или морские протесты, обеспечивая доказательства либо принимая на хранение имущество, он становится стороной конкретного нотариального отношения.

Нотариальный акт можно рассматривать как способ оформления процесса применения правовых норм, который устраняет препятствия и обеспечивает наиболее эффективное достижение поставленной цели, а также как средство правового регулирования, как форму осуществления функций государства, как способ деятельности нотариусов, как акт реализации юридических норм. Назначение нотариального акта как юридического факта состоит в том, что он фиксирует волю заинтересованных лиц, воплощает ее в особом юридическом документе, имеющем юридическую силу; является основанием для возникновения, изменения, прекращения различных правоотношений; воздействует на ход правового регулирования, выражает волю государства; отражает компетенцию, профессионализм лица, осуществляющего нотариальные действия; является юридическим документом, издаваемым нотариусом, средством воздействия на общественные отношения и обеспечения их.

Таким образом, нотариальный акт — это прежде всего юридический документ, который составляется в соответствии с правовыми требованиями и с целью подтверждения прав и обязанностей, а также обстоятельств, имеющих публичное значение¹. Нотариальный документ является формой выражения нотариального акта и рассматривается как средство фиксации в письменном виде сведений о юридических фактах. Нотариальный документ играет важную роль в процессе реализации права. Нотариальная форма защиты прав и обязанностей граждан не приспособлена для разрешения споров. Хорошо разработанная и закрепленная в законе процессуальная форма защиты юридических прав и обязанностей имеет большое значение в их

¹ См.: *Вершинин А. П.* Юридические документы в нотариальной и судебной практике. М., 1993. С. 5.

реализации, предупреждении их нарушений и борьбе с этими нарушениями. Предупреждение означает в том числе устранение всех причин и условий, способствующих нарушению прав и обязанностей¹. Деятельность нотариата направлена на устранение препятствий в реализации прав и обязанностей, на борьбу с неисполнением обязанностей и со злоупотреблением правами.

Право реализуется лишь тогда, когда требования правовых норм воплощаются в общественных отношениях. Одной из форм реализации права является его применение, «государственно-властная деятельность компетентных органов, состоящая из специальных организационных действий по обеспечению реализации юридических норм»². Результатом правоприменительной деятельности нотариуса является нотариальный акт, в котором оформляется воля государства.

Нотариальный акт — это также одна из специфических форм реализации права, государственно-конституционная гарантия совершенного правового акта.

Он является результатом волевого поведения, определяющего непосредственную деятельность граждан по использованию ими прав и исполнению их обязанностей. Этой деятельности предшествует осознание прав и обязанностей, их содержания, границ, пределов и порядка использования права. За осознанием следует принятие гражданином решения о претворении в жизнь. Деятельность по реализации прав и обязанностей включает собственно организацию и фактическое исполнение принятого решения. Например, гражданин, приобретая автомобиль, оформляя договор купли-продажи, становится обладателем права частной собственности. В целях наиболее полного обеспечения исполнения закона и использования субъективных прав на законодательном уровне регламентируется правоприменительная деятельность соответствующих органов.

Нотариальный акт означает, по существу, государственное признание наличия конкретного права или обязанно-

¹ См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. П. Е. Недбайло, В. М. Горшенева. С. 104.

² Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 2. Саратов, 1984. С. 202.

сти в стадии фактической реализации. Так, ст. 339 ГК РФ устанавливает, что договор залога недвижимости должен быть нотариально удостоверен. Несоблюдение этого правила влечет недействительность договора.

Итак, нотариальные акты совершаются для решения вопросов, возникающих у участников нотариального правоотношения принимаются на основе соответствующих норм права или группы норм, влекут изменение, прекращение нотариальных правоотношений, регулируют общественные отношения, т. е. являются частью механизма правового регулирования. Они принимаются нотариусом; выносятся с соблюдением правил соответствующего нотариального процесса; имеют юридическую силу; являются обязательными для субъектов, имеющих к ним отношение; могут быть отменены только судом; облечены в письменную форму — нотариальный (юридический) документ и снабжены обязательными реквизитами; являются одним из необходимых условий правового регулирования; обеспечивают возможность и право гражданина реализовать свою автономию¹; имеют государственно-властный характер.

Указанные особенности связывают нотариальный акт с другими актами применения права, исходящими от органов государства и имеющими назначением правовое регулирование общественных отношений.

Компетенция нотариуса выступает в качестве своего рода юридической формы реализации норм материального и процессуального права. Важно отметить, что норма материального права оказывает влияние на содержание правоприменительного акта, а процессуальная определяет его форму, направлена на возникновение, изменение или прекращение субъективных прав и юридических обязанностей граждан и организаций. Тем самым регламентируется поведение участников нотариального правоотношения.

Индивидуальный характер нотариального акта применения права сохраняется и тогда, когда с его изданием возникает целый комплекс правоотношений, если каждое из

¹ См.: Шарафетдинов Н. Нотариальная тайна: аспекты теоретические и практические // Нотариальный вестник. 1998. № 2. С. 142.

этих правоотношений будет индивидуальным, конкретным»¹. В нотариальном акте указываются конкретные лица, и определяются формы конкретных действий.

Некоторые акты имеют целью предотвратить нежелательные правовые последствия. Например, в предварительном договоре купли-продажи можно указать, что если продавец откажется впоследствии от его заключения, то покупатель вправе будет обратиться в суд с требованием о понуждении заключения договора на тех же условиях². В нотариальном акте могут регламентироваться сроки выполнения условий договора, место совершения определенных действий.

Юридическая сила нотариального акта находится в иерархической соподчиненности с другими правовыми актами. Нотариальный акт отражает волю сторон в соответствии с требованиями закона, который властно подтверждает их беспорные права и обязанности. Этот акт обязателен для заинтересованных лиц и подлежит неукоснительному соблюдению и исполнению (например, завешание).

Нотариальный акт как правоприменительный документ закрепляет от имени государства решение нотариуса, направленное на индивидуальное регулирование поведения участников нотариального правоотношения в конкретных ситуациях путем установления, изменения или прекращения их субъективных прав и обязанностей.

В основу классификации нотариальных актов могут быть положены самые различные критерии. Так, по характеру и предмету нотариальных действий они подразделяются на три группы. Первые придают квалифицированную юридическую форму, вторые удостоверяют отдельные элементы, третьи связаны с приемом документов на хранение или с передачей их другим лицам.

В зависимости от целей можно выделить два вида нотариальных актов: регулятивные и охранительные. Первые направлены на удостоверение беспорных прав, вторые — на защиту прав и интересов заинтересованных лиц.

¹ См.: *Шебанов А. Ф.* Форма советского права. М., 1968. С. 84.

² См.: *Дюрягин И. Я.* Указ. соч. С. 134, 135.

В зависимости от вида и совершения нотариальных действий и их результатов выделяют следующие акты:

1) удостоверяющие сделки: договоры купли-продажи, мены, дарения квартиры, жилого дома, нежилого помещения, земельного участка, автомобиля, ренты, займа, раздела имущества между супругами (бывшими супругами), брачный договор, договор о хранении вещей, о безвозмездном пользовании имуществом, соглашения о расторжении договора, поручительство, залог;

2) удостоверяющие доверенности на совершение договора купли-продажи (квартиры, жилого дома, автомобиля, нежилого помещения, ценных бумаг и иного движимого и недвижимого имущества), на управление и распоряжение автомобилем, на управление и распоряжение автомобилем в порядке передоверия, на ведение судебных дел, на управление имуществом, на получение причитающихся денег, вещей, документов, на ведение наследственного дела, завешания (завешание на все имущество, на конкретное имущество, с подназначением наследника) и др.

Нотариальные акты различаются по субъекту их издания. Такие акты совершают нотариусы, а на территории других государств — должностные лица консульских учреждений Российской Федерации.

Нотариальные акты различаются также по месту их совершения¹. Так, договор, купли-продажи жилого дома может быть удостоверен нотариусом только по месту нахождения жилого дома. Заявления о принятии наследства или об отказе от него принимаются нотариусом по месту открытия наследства. Принятие в депозит денежных сумм и ценных бумаг производится нотариусом по месту исполнения обязательства; предъявление чеков к платежу и удостоверение неоплаты чеков — по месту нахождения плательщика.

Различают распорядительные и удостоверительные нотариальные акты. Первые требуют активного поведения субъекта, вторые констатируют существующее положение, действительные факты и права (свидетельство о праве на наследство, свидетельствование подлинности подписи

¹ См.: *Алешина О. Е.* Нотариальная форма реализации права.

и проч.), требуя признания их другими лицами. Данные акты представляют собой средство оформления и закрепления нотариальных действий, а также используются в качестве доказательств юридических фактов, прав и обязанностей, что особенно важно в спорных ситуациях. При отсутствии такого акта субъекты не могут реализовать свои права.

Выполнение информационной и организационной функций нотариальным актом возможно в силу того, что он является инструментом систематизации, хранения и передачи информации. На это направлены различные действия: исследование формы и содержания документов, подача (представление, выдача, передача), их истребование, хранение и др. Характер нотариального акта зависит от общесоциальных и правовых основ, которые составляют основу правоприменительной деятельности¹. Такими основами являются *принципы нотариального акта*.

При рассмотрении вопроса о принципах нотариальных актов необходимо исходить из того, что правоприменение как юридический способ реализации правовых норм относится не к отдельным отраслям и институтам права, а к правовой системе в целом. Поэтому при характеристике принципов нотариальных актов очень важно учитывать принципы правовой системы. В литературе их называют социально-политическими началами². Под принципами права понимаются важнейшие, основополагающие, руководящие начала, идеи, определяющие направленность и наиболее существенные черты содержания права.

Принципы нотариальных актов можно подразделить на общие и специальные³. К числу *общих принципов* относятся: законность, справедливость, обоснованность, равенство перед законом, диспозитивность, строгая определенность правовой формы, обязательность, истинность. К *специальным принципам* можно отнести: достоверность свидетельствования или удостоверения; соблюдение тайны совершае-

¹ См.: Лукашева Е. А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 24.

² Там же. С. 54.

³ См.: Алешина О. Е. Нотариальная форма реализации права.

мых нотариальных актов; использование национального языка нотариального производства; защиту прав и интересов субъектов права; единство прав и обязанностей; одинаковость правового статуса и актов государственных и частных нотариусов; процессуальный характер издания актов; независимость и беспристрастность нотариуса при совершении нотариального акта; полное самофинансирование нотариальной деятельности; полная имущественная ответственность за ущерб, причиненный в результате неправильного совершения нотариального акта, и др. Общие и специальные принципы выступают в неразрывном единстве.

К каждому нотариальному акту предъявляются определенные требования, зависящие от его характера и значения в реализации нормативно-правовых предписаний, несоблюдение которых влечет его недействительность. Эти требования устанавливаются Основами законодательства РФ о нотариате, другими законодательными актами.

Нотариальный акт является законным, если составлен в точном соответствии с законом. *Законность* нотариального акта предполагает и его *обоснованность*.

Принципы законности и обоснованности нотариального акта выражаются в строгом соблюдении нотариусами правовых норм, выяснении объективной истины, установлении фактических обстоятельств и их правильной юридической квалификации. Принцип обоснованности требует, чтобы нотариальные акты базировались на действительных обстоятельствах, чтобы выводы нотариуса были обоснованными¹. Как подчеркивает Р. Г. Кочарьянц, для установления действительных обстоятельств нотариус не должен ограничиваться данными, которые представили лица, обратившиеся к нему за совершением нотариального акта, и обязан сам затребовать от соответствующих организаций нужные сведения².

Закон говорит о необходимости личной инициативы заинтересованного лица. Нотариальный акт совершается при наличии заявления такого лица. Например, нотариус обя-

¹ См.: Седугин П. И., Бельк Н. А. О государственном нотариате. М., 1974. С. 9.

² См.: Кочарьянц Р. Г. Указ. соч. С. 22.

зан без просьбы наследника проверить факт отсутствия ареста или запрещения отчуждения жилого дома по месту его нахождения и по месту совершения нотариального акта. Вместе с тем послать запрос в орган загса нотариус может лишь по заявлению и просьбе наследника. Законность нотариального акта отражает требования всего правоприменительного процесса, правовую сторону вопроса. Это означает, что нотариальный акт должен соответствовать требованиям норм материального и процессуального права, компетенции нотариуса и т. д. При этом следует помнить, что при применении права «нормы порождают юридические последствия только в сочетании с определенными фактами общественной жизни»¹.

Поэтому нотариусы применяют нормы права, которые имеют прямое или косвенное отношение к разрешаемому делу и с наступлением которых связаны юридические последствия².

Принцип *объективной истины* является общим принципом применения права. «Не только судебные органы, но и все органы, деятельность которых связана с применением права, должны руководствоваться принципом объективной истины в качестве ближайшей цели разрешения юридических дел»³. В философии под объективной истиной понимается «такое содержание человеческих знаний, которые не зависят от воли и желаний субъекта. Истина не конструируется по воле и желанию людей, а определяется содержанием отражаемого объекта, что обуславливает ее объективность»⁴. Представленные нотариусу документы оцениваются им с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности, в необходимых случаях направляются на экспертизу. Закон предусматривает, что нотариус не может быть пристрастен при совершении нотариального акта. У него не может быть интереса иного, кроме служебного. В целях обеспечения объективности закон закрепляет пра-

¹ Кочарьянц Р. Г. Указ. соч. С. 25.

² См.: Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. С. 184.

³ Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Свердловск, 1966. Вып. 4. С. 394.

⁴ Философский словарь. М., 1968. С. 256.

вило, согласно которому нотариусы не вправе совершать нотариальный акт на свое имя и от своего имени, на имя и от имени своих супругов, их и своих родственников (родителей, детей, внуков). Данное положение подчеркивает необходимость разработки проблем нотариального права, в частности вопросов гарантий объективности и законности нотариального акта¹.

Не менее важным принципом является *соблюдение тайны совершаемых нотариальных действий*. Закон распространяет это правило не только на лиц, совершающих нотариальные акты, но и на всех других граждан, которым стало известно об этом в связи с выполнением ими служебных обязанностей. Запрет касается и должностных лиц, которым при проверках становятся известны конкретные факты. В связи с этим справки и документы выдаются лишь тем лицам, от имени и по поручению которых совершены нотариальные акты. Исключение составляют запросы суда, прокуратуры, органов следствия в связи с находящимися в их производстве уголовными или гражданскими делами. Справки о завещании выдаются только после смерти завещателя. Указанный принцип укрепляет доверие граждан к нотариату и способствует охране их прав, предупреждению семейных конфликтов и иных нежелательных явлений². Только суд может освободить нотариуса от обязанности сохранения тайны, если против него возбуждено уголовное дело в связи с совершением нотариального действия. Нотариусы и другие должностные лица, виновные в нарушении тайны, несут ответственность в порядке, установленном законодательством.

В. Н. Богатырев предлагает включить в определение понятия «тайна совершение нотариального действия» сам факт обращения гражданина к нотариусу, даже вне перспективы совершения нотариального действия; информационный блок, т. е. сведения, составляющие предмет нотариального действия; время и место совершения нота-

¹ См.: Иванов О. В. Принцип объективной истины в советском гражданском процессе. М., 1964. С. 32.

² См.: Аргунов В. Н. Нотариальные услуги населению. М., 1991. С. 10, 11.

риального действия; сведения о круге лиц, участвующих в нотариальном действии; факт нотариального действия¹.

Аналогичные суждения по этому вопросу высказывает нотариус г. Херсбрука (Германия) Ю. Вольхард, который отмечает, что «обязательство сохранения тайны обширно. Оно охватывает все обстоятельства, ставшие известными нотариусу при исполнении его должности. Это обстоятельство распространяется даже на само имя участника или сам факт посещения нотариуса»².

В соответствии с принципом *национального языка производства* нотариальное делопроизводство ведется на языке, предусмотренном законодательством. Если обратившееся за совершением нотариального акта лицо не владеет языком, на котором ведется делопроизводство, текст должен быть переведен ему нотариусом или переводчиком³.

Таким образом, рассмотренные принципы обеспечивают действительность и бесспорность нотариального акта, способствуют проявлению свободного волеизъявления, укрепляют гарантии бесконфликтности и простоты доказывания. В итоге вся нотариальная деятельность способствует успешному развитию цивилизованных рыночных отношений и утверждению идеалов правовой государственности⁴.

Как говорилось выше, предметом нотариальной деятельности выступают бесспорные дела. Нотариус строит свои выводы только на основании фактов, в наличии которых можно убедиться непосредственно или на основании документов, указанных в законе. Нотариальный акт обладает особой доказательственной силой, а в отдельных случаях — силой исполнительного документа. Поэтому он

¹ См.: Богатырев В. Н. Тайна совершения нотариальных действий и права российских граждан // Права человека в России и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Саратов, 1997. С. 72—74.

² Вольхард Ю. Общее положение нотариуса // Немецкий нотариальный журнал. 1993. Май. С. 189.

³ Там же. С. 10.

⁴ См.: Богатырев В. Н. Законодательство Российской Федерации, правовые акты ее субъектов и некоторые вопросы судебной и нотариальной практики // Законотворческая деятельность субъектов Российской Федерации. Саратов, 1998. С. 101—105.

приобретает статус закона для участников гражданско-правовых отношений¹. Это документ особой формы, он отвечает требованиям закона, составляется и подписывается лицом, которое имеет поручение государства на его совершение. Нотариальные акты, лишь удостоверяя факт, право, придают новый характер документу или охраняют и создают условия субъекту для вступления в новые правоотношения по защите их интересов. Они четко индивидуализированы и персонифицированы и занимают особое место в системе юридических актов. Систему нотариальных актов, как обладающую своеобразием и особенностями, следует относить к правоприменительной системе.

Нотариальный акт имеет определенные *форму и содержание*, которые не существуют друг без друга, «структура немыслима вне системы, равно как и система в своей основе всегда структура»². В структуре нотариального акта можно установить связи между элементами по вертикали (между государственной волей применения нормы права и волей лиц, совершающих акт) и по горизонтали (между фактическими жизненными обстоятельствами и их юридической квалификацией и характером юридических последствий акта). С. С. Алексеев отмечает, что правовые акты зависят от своего содержания и выражают его особенности, обладают определенной самостоятельностью и требуют применения к ним специальных средств и приемов оформления³. Как форма правового регулирования, насыщенная определенным содержанием, нотариальный акт должен быть оформлен в соответствии с требованиями четкого и доступного выражения в них воли государства в каждом конкретном случае и интересов заинтересованных лиц.

Форму нотариального акта целесообразно расчленить на внутреннюю и внешнюю.

Под *внутренней формой* понимается структура его содержания, т. е. внутренняя организация элементов нотариаль-

¹ См.: Тихенко А. Все усилия нотариусов — на службу права // Нотариальный вестник. 1998. № 7—8.

² Шектулин А. П. Система категорий диалектики. М., 1967. С. 275.

³ См.: Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Вып. 3. Свердловск, 1965. С. 10.

ного акта. Содержание нотариального акта — это способ взаимосвязи его элементов, выраженный логическими методами. Он основан на применении нормы права в контексте конкретной жизненной ситуации и адресован субъекту, к которому данная норма применяется. По содержанию нотариальные акты относятся к числу распорядительных документов.

По *внешней форме* нотариальный акт представляет собой документ, имеющий определенные реквизиты. Документ как форму нотариального акта нельзя отрывать от его содержания, так как название документа и его реквизиты позволяют судить о характере акта: договор залога, завещание, свидетельство о праве на наследство и т. д. Учитывая значимость и важность документов, закон строго регламентирует процедуру их составления, определяя квалификационную форму их выражения, устанавливает реквизиты, обязательные для лиц, уполномоченных на правоприменительную деятельность.

Под реквизитами актов в правовой литературе понимаются различные элементы внешней формы. Я. М. Яковлев считает: «Официальный документ должен иметь определенные реквизиты. Такими реквизитами, в частности, являются: а) наименование органа, выдавшего документ, б) штамп, а в надлежащих случаях и печать, удостоверение, от какого органа документ исходит, в) подпись уполномоченного на составление и выдачу данного документа должностного лица»¹.

Такой подход представляется весьма ограниченным. Н. Г. Александров выделит следующие реквизиты правового акта:

- 1) наименование органа, от которого исходит данный акт;
- 2) дата акта;
- 3) лицо, к которому данный акт относится;
- 4) существо решения вопроса;
- 5) фактические материалы, в соответствии с которыми принято данное решение;

¹ Яковлев Я. М. Понятие и классификация документов в советском праве. Сталинабад, 1967. С. 30.

б) закон, на основании которого принят акт¹.

Наиболее полно перечислил реквизиты актов применения права как документа С. С. Алексеев. Он выделяет такие реквизиты правовых актов, как:

1) вводная часть. Она включает, в частности, наименование документа, наименование правоприменяющего органа, место, время вынесения решения; указывает на лиц, участвующих в деле, предмет дела и лиц, на которых распространяется решение дела, и др.;

2) констатирующая (описательная) часть. Это изложение факты дела;

3) мотивировочная часть. Это анализ доказательств, их оценка, выводы об обстоятельствах дела, указание юридической нормы, которые кладутся в основу принятия решения;

4) резолютивная часть. Здесь содержатся конкретные выводы правоприменительного органа, а также все дополнительные веления (распоряжения), касающиеся решения дела².

У отдельных актов могут быть и другие дополнительные специальные реквизиты.

Реквизиты документа не что иное, как элементы его содержания. Они определяются как «установленные законом обязательные формальные элементы того или иного документа»³. В тех случаях, когда закон устанавливает определенную форму документов, в нем указывается, какие реквизиты должен содержать документ. Отсутствие одного или нескольких реквизитов является дефектом формы и в случаях, установленных законом, влечет недействительность документа.

Важное значение имеют форма и наименование. Причинами установления различных реквизитов внешней формы нотариального акта могут быть отличия в компетенции органов, издающих нотариальные акты. В силу разно-

¹ См.: Александров Н. Г. Правопорядок и законность в период развернутого строительства коммунизма. М., 1961. С. 162.

² См.: Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Вып. 4. С. 75.

³ Юридический словарь. М., 1956. Т. 2. С. 329.

образа нотариальных актов предложить для всех форм актов единые реквизиты невозможно.

Основным реквизитом является текст нотариального акта, представляющий собой сведения о юридических отношениях и фактах. Этот текст должен быть достоверным, достаточно информативным (должен включать обязательные условия данного нотариального акта: предмет, сроки, цену; при отсутствии хотя бы одного условия он считается недействительным), последовательным и грамотно изложенным. В законодательстве особое внимание обращается на наличие указанных условий в договоре продажи недвижимости, где должны быть указаны данные, позволяющие точно установить изменения текста. Необходима последовательная и логичная форма изложения его содержания. Нотариальные акты содержат обычно ряд частей: вводную, описательную, мотивировочную, резолютивную, заключительную. Во вводной части указываются: адресат документа, составившее его лицо, другие заинтересованные лица, наименование и заголовок документа. В описательной части излагаются обстоятельства, в мотивировочной — их правовая оценка. В заключительной части содержатся отметки о приложениях, об исправлениях, а также дата, подпись, печать. Изготовление документа без полей препятствует ознакомлению с ним, когда документ подшит к делу. Незаполненные до конца строчки и другие свободные места в документах, как правило, прочеркиваются.

Итак, как говорилось выше, нотариальный акт определяется как документально оформленное решение нотариуса или должностного лица, принятое на основе правовых норм и направленное на регулирование индивидуальных отношений путем возникновения, изменения или прекращения соответствующих правоотношений, являющееся одним из юридических средств государственного управления обществом и результатом правоприменительной деятельности нотариуса.

Особого внимания заслуживает проверка *добровольности* действий граждан, а также их *дееспособности*. Недобросовестные лица используют несовершенство законодательства, не всегда позволяющее с достаточной полнотой

выявить, насколько добровольными были действия завещателя, дарителя либо продавца. Выяснить действительные намерения каждой из сторон, как это предписывает ст. 54 Основ законодательства РФ о нотариате, в течение нескольких минут бывает подчас сложно, а иногда и невозможно. Следует, например, предусмотреть в законе правило, согласно которому лица старше 60 лет, совершающие сделку с недвижимостью, существенно ухудшающую их жилищные и имущественные права или связанную с отчуждением жилья, должны представлять нотариусу справку из психоневрологического диспансера о состоянии их психического здоровья. Целесообразно также рассмотреть вопрос о праве нотариуса назначать экспертизу по указанной категории дел. Перед специалистами и экспертами можно поставить вопрос: способен ли гражданин понимать характер совершаемых действий и сознает ли он правовые последствия сделки? Тогда нотариус в полной мере сможет реализовать предусмотренную законом обязанность предупреждения граждан о последствиях совершаемых нотариальных действий.

§ 6. Правовая природа нотариальных процедур

Развитие нотариального процесса невозможно без анализа понятия «нотариальная процедура». Необходимость такого анализа обусловлена значимостью нотариальных действий, нотариальных актов¹ и нотариальных производств.

Нотариальная процедура наиболее часто по сравнению с другими процедурами является организационной формой возникновения, осуществления, подтверждения не только охраны, но и защиты права. Нотариальный процесс связан прежде всего с гражданскими правоотношениями. На нотариуса возложено выполнение определенных нотариаль-

¹ См.: *Калиниченко Т. Г.* Нотариальные действия (понятие, содержание и классификации) // Нотариальный вестник. 2009. № 2; *Грядов А. В.* Правовая природа нотариального акта в российской и французской доктринах // Нотариальный вестник. 2008. № 10; *Пуены Ж.-Ф., Яер Ж.* Указ соч. М., 2001.

ных действий, направленных на юридическое закрепление бесспорных гражданских прав и фактов. Нотариусы способствуют реализации гражданских прав и предупреждению их возможного нарушения¹. Нотариат и нотариальное производство порождены потребностями гражданского права². Однако нотариальные процедуры — основу нотариального процесса — нельзя рассматривать только в связи с гражданскими правоотношениями. Их целевая направленность и функциональное назначение значительно шире.

Теоретические аспекты нотариальной процедуры почти не подвергались комплексному анализу. Исключение составляют работы Т. Е. Алешиной, П. С. Никитюка, Г. Г. Черемных, В. В. Яркова, которые исследовали нотариальную процедуру в основном в связи с наследственными или гражданскими правоотношениями. С учетом роли, которую выполняют нотариальные процедуры в ходе обеспечения нормального функционирования наследственных правоотношений, П. С. Никитюк рассматривала нотариальное производство по оформлению и охране наследственных прав как специфический наследственный процесс³. Т. Е. Алешина определяет нотариальные процедуры применительно к нотариальным актам реализации права⁴.

В основном в литературе делается вывод о том, что нотариальная процедура представляет собой специфическую форму гражданского процесса⁵. На наш взгляд, такой подход не способствует выделению нотариальных правоотношений в отдельные отрасли — нотариальное право и нотариальный процесс. Нотариальная процедура не является разновидностью гражданского процесса. Безусловно, и гражданский, и нотариальный процессы являют собой

¹ Гражданский процесс: учебник / под ред. С. Н. Абрамова. М., 1948. С. 435; Клейнман А. Ф. Советский гражданский процесс. М., 1954. С. 332; Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс: учебник. М., 1956. С. 395; Советский гражданский процесс: учебник / под ред. М. А. Гурвича. С. 345.

² См.: Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев, 1973.

³ См.: Никитюк П. С. Указ. соч.

⁴ См.: Алешина Т. Е. Нотариальная форма реализации права.

⁵ См.: Грядов А. В. Указ. соч.

примеры процедурных форм в сфере гражданско-правового регулирования, и это их объединяет. Однако отличие функционального назначения гражданского процесса в его традиционном понимании от направленности нотариальной процедуры не позволяет говорить о них как об однопорядковых категориях. С нашей точки зрения, нотариальная процедура является формой нотариального процесса.

При разрешении вопроса о характере нотариальной процедуры главную роль играет тип основного для данной процедуры правоотношения¹. По мнению В. Н. Щеглова, нотариальная процедура призвана опосредовать область позитивного гражданско-правового регулирования (за исключением производства по выдаче исполнительной надписи) и с точки зрения ее целевой направленности связана с гражданскими регулятивными правоотношениями, в то время как гражданско-процессуальная процедура направлена на защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав и связана с реализацией охранительных правоотношений².

На наш взгляд, неоспоримая связь нотариальной процедуры с гражданскими регулятивными правоотношениями должна быть раскрыта более полно и детально. Нотариальная процедура неоднородна. Есть отдельные нотариальные процедуры удостоверения сделок, выдачи свидетельств, принятия мер к охране наследственного имущества, выдачи исполнительных надписей, обеспечения доказательств и прочие, подтверждающие бесспорные гражданские права. И если ряд нотариальных процедур связан именно с гражданскими правоотношениями (например, нотариальное удостоверение сделок), то некоторые нотариальные произ-

¹ Гражданский процесс: учебник / под ред. К. С. Юдельсона. М., 1972. С. 10, 11; Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974. С. 13; Юдельсон К. С. Принципы деятельности советского нотариата // Советская юстиция. 1975. № 3. С. 9, 10; Арапов Н. Т. О правовом регулировании правоохранительной деятельности государственного нотариата // Вопросы развития и защиты прав граждан. Калинин, 1977. С. 159.

² См.: Щеглов Б. Н. Указ. соч.

водства имеют значение для более широкого, с точки зрения отраслевой принадлежности, круга правоотношений. Примерами могут служить процедуры свидетельствования верности копий документов и выписок из них, обеспечения доказательств. Эти и ряд других процедур по целевой направленности связаны не только с гражданскими правоотношениями. Поэтому если при определении природы процедуры исходить из характера правоотношения, реализации, возникновению и охране которого служит процедура, то вышеуказанные нотариальные формы нельзя отнести к гражданским. Они, а также процедуры удостоверения факта нахождения гражданина в живых и в определенном месте, свидетельствования подлинности подписи на документе, верности перевода с одного языка на другой, удостоверения времени предъявления документов и другие имеют универсальное значение. С учетом этих обстоятельств говорить о нотариальной процедуре как о гражданском правоотношении можно лишь применительно к отдельным ее видам.

Рассуждая о связи нотариальной процедуры с гражданскими регулятивными правоотношениями, В. П. Щеглов делал вывод о «материальности» данной процедуры¹. Это также нельзя принять без оговорок. Нотариальная процедура может иметь и охранительное значение. Речь идет о процедуре выдачи нотариальными органами исполнительных надписей на взыскание задолженности в беспорядке, служащей организационной формой защиты гражданских прав при отсутствии спора. Осуществление нотариусами защитительной деятельности в рамках производства по выдаче исполнительной надписи сближает нотариальную процедуру с гражданским процессом. За исключением производства по выдаче исполнительной надписи, а также вышеуказанных нотариальных форм, имеющих универсальное значение, нотариальная процедура выступает организационной формой возникновения, осуществления, подтверждения и охраны прав.

Таким образом, нотариальные производства следует рассматривать как разновидность нотариальных процедур.

¹ См.: Щеглов В. Н. Указ. соч.

Организационной формой возникновения нотариальных правоотношений, на наш взгляд, является процедура нотариального удостоверения сделок, подлежащих обложению в нотариальную форму. Нотариальное удостоверение сделок имеет процедурные особенности, зависящие от их видов. Название каждой из этих процедур определяет основное, завершающее действие, ради совершения которого заинтересованные лица и обращаются к нотариусу. Но это не значит, что сразу при их обращении с требованием о нотариальном удостоверении нотариус совершает удостоверительную надпись. Обращение заинтересованных лиц является основанием возбуждения нотариального производства — началом возникающих в дальнейшем в определенной последовательности отношений между нотариусом и заинтересованными лицами.

Содержание и характер процессуальных отношений можно рассмотреть на примере процедуры нотариального удостоверения договора купли-продажи недвижимого имущества. Сначала нотариус проверяет правоспособность организаций и дееспособность граждан, истребуя для этого соответствующие документы. Сторонам разъясняются смысл и значение представленных ими проектов сделок. Обязательной проверке подлежит соответствие содержания проектов сделок действительным намерениям сторон. Нередко одна из сторон готова совершить сделку под влиянием заблуждения относительно предмета сделки или ее условий, в результате обмана, угрозы.

Указанные действия совершаются в рамках любой процедуры нотариального удостоверения сделок независимо от их вида. При удостоверении договоров купли-продажи земельного участка с жилым домом заинтересованными лицами также должны быть представлены документы, подтверждающие право собственности на земельный участок и жилой дом, справки об отсутствии арестов и запрещений, кадастровый паспорт, план и др. В рамках рассматриваемой удостоверительной процедуры нотариус проверяет отсутствие запрещений и арестов на земельный участок и жилой дом, разъясняет продавцу его обязанность предупредить покупателя о правах третьих лиц на продаваемый дом,

если таковые имеются (о правах нанимателя, праве залога и т. п.). Разъяснению со стороны нотариуса подлежит и обязанность приобретателя дома представить договор для регистрации в органы государственной регистрации. Все эти и другие действия представляют собой содержание общественных отношений, складывающихся между нотариусом и заинтересованными лицами в рамках данного вида нотариального производства. Причем в каждом конкретном случае содержание и последовательность этих отношений predetermined законом, что дает возможность рассматривать их как общественные отношения, облеченные в правовую форму — правоотношения. Перечислены же они здесь с единственной целью: показать, что нотариальное производство есть система последовательно складывающихся правоотношений, объединенных единой направленностью, т. е. процедура. Завершающим моментом в этой цепи действий, урегулированных правовыми нормами, выступает непосредственно совершение удостоверительной надписи на документе, в котором излагается содержание договора. Поскольку для сделок, требующих нотариального оформления, совершение удостоверительной надписи имеет, по нашему мнению, конститутивное, правопорождающее значение, саму процедуру нотариального удостоверения договора купли-продажи земельного участка и жилого дома можно рассматривать как организационную форму, служащую возникновению права собственности на земельный участок и жилой дом у приобретателя по договору.

Конечно, для возникновения правовых последствий по всем указанным выше сделкам одного нотариального удостоверения сделки недостаточно. Конститутивное значение придается и другим юридическим фактам. Так, договор отчуждения жилого дома нуждается еще и в регистрации в органах государственной регистрации недвижимости. Для возникновения права собственности по договору дарения требуется также и передача имущества дарителем, а возникновение правовых последствий из такой, требующей нотариального удостоверения сделки, как завешание, возможно только при наличии факта открытия наследства.

Однако учет указанных обстоятельств не опровергает сделанного вывода о конститутивном, право-порождающем значении нотариальной процедуры. В то же время, признавая за данной процедурой роль способа возникновения гражданских прав и обязанностей, нельзя не учитывать, что она может иметь и правоизменяющее, а также право-прекращающее значение, поскольку сами удостоверенные сделки способны иметь такую направленность.

Значимость нотариальной процедуры не ограничивается ее функциональным назначением быть организационной формой (способом) возникновения, а также изменения и прекращения правоотношений. Так, удостоверительная процедура дает возможность получить ценное доказательство существования прав и обязанностей — нотариально оформленный документ, в котором излагается содержание сделки. Ценность нотариально удостоверенного документа как доказательства определяется, прежде всего, его достоверностью, т. е. способностью содержать в себе объективные сведения об определенных фактах и правоотношениях. В случае возникновения спора о правах и обязанностях субъектов нотариально удостоверенная сделка облегчает стороне возможность обосновать свои притязания, поскольку официально подтвержденные нотариальным органом факты уже не нуждаются в доказывании при помощи иных средств. Это, конечно, не означает, что сами нотариально удостоверенные документы имеют бесспорный характер в том смысле, что не подлежат оспариванию. Например, завешание может быть оспорено ввиду того, что оно удостоверено с нарушением установленного законом порядка. Но если заинтересованными субъектами не возбуждается в судебном порядке вопрос о правомерности выдачи нотариально удостоверенного документа, зафиксированные в нем факты и правоотношения считаются установленными и не подлежащими оспариванию.

Доказательственное значение такого документа, как нотариально удостоверенная сделка, велико еще и потому, что лицо, подписавшее ее, не вправе впоследствии отказаться от своей подписи. Преимущество такого доказательства, как нотариально удостоверенная сделка, предопреде-

ляется его стабильностью. Документы, в которых выражена сделка, являются документами длительного хранения: один экземпляр сделки хранится в делах нотариальной конторы, и в случае утраты выданных экземпляров сделки заинтересованные лица могут получить в нотариальной конторе ее дубликат.

Говоря о значении нотариальной процедуры, нельзя недооценивать ее роль и как формы осуществления государственного контроля за правомерностью действий субъектов в сфере гражданского оборота. Нотариус только в том случае удостоверяет сделку, если придет к выводу, что в ней нет ничего противозаконного. Убедиться в этом ему позволяет сам характер действий, которые в соответствии с законом вправе и обязаны совершать субъекты нотариальных правоотношений в рамках удостоверительной процедуры, служащей средством проверки законности сделки. Необходимость такого контроля и пригодность нотариальной процедуры для его осуществления должны побудить законодателя устанавливать в нормативных актах требования к нотариально удостоверенным сделкам.

Значимость же некоторых других нотариальных процедур предопределяется их назначением быть организационной формой осуществления исключительно охранительных мер. Так, правовые отношения, которые складываются между нотариусом и заинтересованными лицами в рамках процедуры принятия мер к охране наследственного имущества, направлены на создание условий для последующей беспрепятственной реализации входящего в состав наследственного правоотношения правомочия наследников на принятие наследства, а также прав кредиторов, отказополучателей, государства. Поэтому рассматриваемая нотариальная процедура выступает организационной формой, служащей охране прав. Сугубо охранительную направленность имеет и процедура наложения запрещения отчуждения жилого дома. Поскольку она служит обеспечению исполнения обязанности, данную нотариальную процедуру осуществления права по договору банковской ссуды можно, на наш взгляд, считать организационной формой, в рамках которой осуществляется охрана гражданских прав.

Нотариальная процедура может иметь и подтверждающее право значение. В частности, такая целевая направленность характерна для процедур, связанных с выдачей нотариальных свидетельств (свидетельства о праве на наследство, о праве собственности на долю в общем имуществе супругов), являющихся средствами подтверждения бесспорных прав (разумеется, при условии положительного решения вопроса о выдаче соответствующего документа). Особую важность процедура разрешения вопроса о выдаче свидетельства о праве на наследство приобретает в случаях, когда в наследственную массу входят такие объекты, как жилой дом, автомобиль и др., состоящие на специальном учете и подлежащие перерегистрации в соответствующем государственном органе, которую нельзя произвести без предъявления свидетельства. В ряде случаев без предъявления свидетельства о праве на наследство невозможно само осуществление прав, перешедших в порядке наследственного преемства (здесь имеются в виду права обязательственного типа: право на выплату авторского гонорара, право требовать выдачи не завещанного вклада в банке, право на выплату пая в ЖСК, ДСК и т. д.). Наконец, свидетельство о праве на наследство бывает необходимо для реализации не только наследственных прав, но и прав, возникших из других оснований.

С учетом сказанного можно сделать вывод, что в ряде случаев процедура выдачи нотариальных свидетельств, играя роль организационных форм подтверждения прав, в конечном счете служат их осуществлению. Непосредственная направленность на реализацию гражданских прав характерна для процедуры принятия в депозит денежных сумм и ценных бумаг. Обязательным субъектом этих процедурных правоотношений выступает нотариус, способствующий возникновению, реализации, подтверждению, охране, а в некоторых случаях и защите гражданских прав¹.

Участие в нотариальном производстве нотариуса обусловливает правоприменительный характер нотариальной

¹ См.: Щеглов Б. Н. Указ. соч.

процедуры. По существу оно представляет собой разрешение определенного нотариального дела. Нотариус как лицо, применяющее право, обязан выяснить права заинтересованных лиц, требующих совершения нотариального действия. Если наличие данного права будет установлено, нотариус реализует его посредством совершения соответствующего нотариального действия. Если нотариус придет к заключению об отсутствии права у заинтересованных лиц, он отказывает в совершении нотариального действия. Сделать вывод о наличии такого права и нотариус может, лишь установив юридические факты, с которыми правовая норма связывает его существование¹. Например, нотариусу надлежит убедиться в том, что стороны договора дееспособны, что волеизъявления субъектов сделки соответствуют их действительным намерениям. Кроме того, нотариус должен установить факт принадлежности недвижимости продавцу и другие факты.

Перечень обстоятельств, входящих в юридический состав, дающих право требовать совершения нотариального действия, довольно обширен. Специфика установления фактов деятельности в нотариальных производствах заключается в том, что нотариус должен установить не только наличие фактов, с которыми связано существование права заинтересованных лиц требовать совершения нотариального действия, но и отсутствие фактов для отказа в совершении соответствующего действия.

Такое деление обстоятельств, имеющих юридическое значение в рамках нотариальной процедуры, четко прослеживается применительно к каждой из ее разновидностей. В рамках рассматриваемой разновидности нотариальной процедуры важное значение имеет факт наличия запрещения отчуждения. Если на дом, являющийся предметом договора отчуждения, наложено запрещение, нотариус отказывает в удостоверении договора. Только при согласии кредитора (залогодержателя) и приобретателя на перевод долга сделка об отчуждении жилого дома с земельным участком может быть удостоверена.

¹ См.: Советский гражданский процесс. Л., 1984. С. 395.

Специфика установления фактов в рамках нотариальной правоприменительной процедуры состоит также в том, что имеющие значение для совершения нотариального действия факты нотариус может воспринимать как непосредственно (например, при разрешении вопроса о выдаче свидетельства о праве на наследство по закону необходимо установить факты открытия наследства, принятия наследства, основания для призвания к наследованию — необходимая степень родства, иждивенство), так и в процессе доказывания.

Следовательно, доказательственная деятельность имеет место в рамках нотариальной процедуры так же, как и в любой правоприменительной процедуре. В связи с этим на заинтересованные лица возложена обязанность доказать соответствующие юридические факты (бремя доказывания). Между тем в нотариальном законодательстве отсутствует норма, в которой бы прямо формулировалась такая обязанность. Содержащееся в гражданском процессуальном праве предписание, в соответствии с которым «нотариальные действия совершаются в день предъявления всех необходимых для этого документов и уплаты тарифа или государственной пошлины», не оставляет сомнения в наличии у заинтересованных лиц обязанности доказывания в нотариальном производстве. Потому следует считать правомерными отказы нотариусов в совершении нотариальных действий ввиду непредставления необходимых доказательств, например, правоустанавливающих документов на жилой дом при удостоверении договоров отчуждения строений; документов, подтверждающих факт принятия наследства при выдаче свидетельства о праве на наследство и т. д.

Основным средством, используемым нотариусом, являются доказательства. Деятельность нотариуса направлена на то, чтобы, используя определенные доказательства, свидетельствовать документы и факты. Нотариус, работая в сфере доказательственного права, занимается обеспечением квалифицированных доказательств в различных сферах, включая гражданский оборот. Однако и в теоретической литературе, и в современном российском законодательстве

о нотариате тема доказывания в нотариальном процессе недостаточно разработана¹. В ряде работ доказательств рассматриваются в основном в рамках уголовно-процессуального и гражданско-процессуального права.

Основанием для совершения нотариального действия является фактический состав, подтверждаемый определенными доказательствами, необходимыми для возбуждения конкретного нотариального производства. Нотариус откладывает и приостанавливает нотариальное действие при необходимости истребования дополнительных сведений от физических и юридических лиц, направления документов на экспертизу и в соответствии со ст. 48 Основ законодательства РФ о нотариате отказывает в совершении нотариального действия, если представленные документы не соответствуют требованиям законодательства. Наличие тех или иных доказательств определяет и сроки совершения нотариальных действий². Все эти факты свидетельствуют о наличии доказательственной деятельности в рамках определенных правоприменительных процедур на всех стадиях нотариального процесса и следовательно, подразумевают наличие прав и обязанностей нотариуса и лиц, обратившихся к нему за совершением нотариального действия.

Нотариус вправе требовать от лиц, обратившихся к нему за совершением нотариального действия, а также от их представителей документов, удостоверяющих их личность и подтверждающих их полномочия; предъявления правоустанавливающих документов юридического лица, а также документов, подтверждающих полномочия их должностных лиц и представителей; представления документов, подтверждающих юридические факты, являющиеся основанием для возбуждения производства и др.; представле-

¹ См.: *Калиниченко Т. Г.* Нотариальная защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц; *Он же.* Осмотр письменных и вещественных доказательств нотариусами в порядке производства по обеспечению доказательств // *Нотариальный вестник.* 2008. № 5; *Он же.* Нотариальные процедуры доказывания авторства // *Нотариальный вестник.* 2008. № 3.

² См.: *Маслова Е. В.* Сроки в нотариальной практике // *Нотариальный вестник.* 2004. № 9.

ния дополнительных сведений, необходимых для совершения нотариального действия, от юридических и физических лиц, не являющихся субъектами правоотношений. Также нотариус вправе направлять представленные документы на экспертизу; определять фактический состав доказывания; разъяснять права и обязанности по доказыванию лицам, обратившимся за совершением нотариального действия; содействовать лицам, обратившимся за совершением нотариального действия, в определении круга возможных доказательств и т. д.

Лица, обратившиеся к нотариусу за совершением нотариального действия, вправе: получать разъяснения о целесообразности требуемых доказательств; отказаться от права доказывания, если это не повлечет отказа, отложения или приостановления нотариального действия (например, подтверждение родственных отношений при наследовании по завещанию) и т. д.

Таким образом, в правах нотариуса и обращающихся к нему лиц уже заложены основы нотариальных процедур.

Следует также иметь в виду, что на нотариальные процедуры как часть нотариального процесса «относимости» и «допустимости» доказательств распространяются требования (подробнее об этом см. § 1 гл. 3 настоящей работы).

Следует остановиться еще на одном аспекте, связанном с реализацией нотариальных процедур и последствиями их нарушения. Учитывая, что порядок и форма выполнения нотариальных действий имеют отнюдь не формальное значение, законодатель предусматривает правовые последствия в случае их несоблюдения. В частности, они могут выражаться в том, что результаты действий субъектов, совершенных с отступлением от нормативной модели нотариальной процедуры, признаются юридически ничтожными (санкция недействительности). Так, в соответствии с законом завещание должно быть составлено письменно, с указанием места и времени его составления, собственноручно подписано завещателем и нотариально удостоверено. В тех случаях, когда завещатель в силу физических недостатков, болезни или по иным причинам не может собственноручно подписать завещание, оно по его

просьбе может быть подписано в присутствии нотариуса другим лицом с указанием причин, в силу которых завещатель не мог подписать завещание собственноручно. Если подпись этого лица не засвидетельствована нотариусом, а в текст нотариально удостоверенного документа не внесено указание о причинах, в силу которых завещатель не мог подписать завещание собственноручно, подобного рода процедурные нарушения дают основание оспорить завещание и признать его недействительным.

Таким образом, нотариальные процедуры, с одной стороны, обслуживают нормы материального права и неразрывно связаны с ними, с другой стороны, нарушение процедур или неправильное их применение ставит действительность материальной нормы под условие. Это противоречит особым функциям нотариуса в сфере гражданского оборота и не позволяет минимизировать ошибки при совершении нотариальных процедур. Поэтому важнейшей задачей реформы нотариальной деятельности является разработка четких нормативных конструкций нотариальных процедур, унификация нотариальных процессуальных норм.

Глава 3 Нотариальные производства по отдельным нотариальным действиям

§ 1. Обеспечение доказательств нотариусами

Обеспечение доказательств нотариусами является одним из мощных инструментов нотариального права и процесса. Однако этот вопрос не до конца исследован в теории нотариального права, работ по данной тематике те крайне мало. Исключение составляют работы практиков, но в них основной акцент делается на порядке осуществления обеспечения доказательства. Отсутствует и легальное определение понятия обеспечения. Представляется, что оно должно быть основано на теории доказательств, разработанной в уголовном и гражданском процессе которая в полной мере применима и в обеспечении доказательств нотариусами.

В соответствии со ст. 102 Основ законодательства РФ о нотариате по просьбе заинтересованных лиц нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае рассмотрения дела в суде или административном органе, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным.

Заявление об обеспечении доказательств должно содержать указание на: доказательства, подлежащие обеспечению; обстоятельства, которые должны подтверждаться этими доказательствами; основания, по которым требуется обеспечение доказательств.

При решении вопроса о необходимости обеспечения доказательств нотариус выясняет, насколько велика и реальна степень угрозы затруднения или невозможности получения доказательств в будущем. В случае, если нотариус придет к выводу о необоснованности заявления об обеспечении доказательств, он отказывает заявителю в соверше-

нии данного нотариального действия. Такой отказ может быть обжалован заявителем в суд в соответствии с ГПК РФ.

По содержанию, форме, правовому значению, индивидуальным признакам письменные доказательства весьма разнообразны. Например, в ч. 1 ст. 75 АПК РФ названы акты, договоры, справки, деловая корреспонденция и иные документы и материалы.

Таким образом, перечень письменных доказательств является открытым. Но их общего определения ни арбитражная, ни гражданская процессуальная доктрины пока еще не выработали.

Очевидно, что не все закрепленное на бумаге или другом физическом носителе может являться письменным доказательством. Прежде всего необходимо отграничивать письменное доказательство от письменного экспертного заключения, исходя из процессуального положения последнего, его назначения судом.

Важным признаком письменного доказательства при его нотариальном обеспечении является то, что сведения о фактах в письменном виде исходят от лиц, не занимающих процессуального положения стороны — третьего лица, эксперта.

Протоколы осмотра, протоколы допроса являются разновидностью письменных доказательств. Это важно иметь в виду, потому что в юридической литературе иногда между письменным доказательством и документом ставится знак равенства.

Вместе с тем российское законодательство о нотариате в отличие от гражданско-процессуального не содержит норм о возложении на субъектов нотариального процесса обязанности доказывания тех или иных юридических фактов. Нотариус может откладывать и приостанавливать нотариальное действие, при необходимости истребовать дополнительные сведения от физических и юридических лиц, направлять документы на экспертизу и в соответствии со ст. 48 Основ законодательства РФ о нотариате отказывать в совершении нотариального действия, если представленные документы не соответствуют требованиям законодательст-

ва. Однако при обеспечении доказательств это невозможно, оно требует обязательного выполнения.

Основы законодательства РФ о нотариате не содержат регламентации процессуальных вопросов доказывания при обеспечении доказательств. Они лишь определяют основные права и обязанности нотариуса. Перечень их довольно обширен. При обеспечении доказательств нотариус вправе требовать от лиц, обратившихся за совершением нотариального действия, а также их представителей предъявления: документов, удостоверяющих их личность и подтверждающих их полномочия, правоустанавливающих документов юридического лица, а также документов, подтверждающих полномочия их должностных лиц и представителей. Однако для обеспечения доказательств нет необходимости предоставлять документы, подтверждающие те или иные факты, которые должны быть подтверждены в ходе обеспечения доказательства.

Нотариус вправе осуществлять осмотр или допрос. При этом любые вещественные доказательства, подтверждающие данные осмотра или допроса, не являются их неотъемлемой частью, а по заявлению заинтересованного лица могут лишь приобщаться к протоколам обеспечения доказательств. При обеспечении доказательств нотариус не истребует дополнительные сведения, необходимые для совершения нотариального указанного действия, от юридических и физических лиц, не являющихся субъектами правоотношений, и не осуществляет содействие лицам, обратившимся за совершением нотариального действия, в определении круга возможных доказательств.

Представляется, что вопросы обеспечения доказательств в нотариальном процессе выражаются в правоустановительной, удостоверительной, охранительной и юрисдикционной деятельности и должны быть урегулированы в новом законодательстве о нотариате.

Говоря о деятельности по обеспечению доказательств в нотариальном процессе, нельзя не упомянуть о формах доказательств и таких критериях, как «относимость» и «допустимость».

Нотариус принимает только те доказательства, которые имеют значения для совершения нотариального действия.

Круг фактов, допустимых в нотариальных процедурах, ограничен характером нотариальной деятельности — разрешение дел, в которых отсутствует спор о праве. Так, в отличие от гражданского (арбитражного) судебного процесса нотариус использует при применении различных нотариальных процедур только письменные доказательства, заключения экспертов. В основе деятельности нотариуса лежит работа с документами. В свою очередь, нотариус сам создает посредством нотариальных процедур письменные документы — нотариальные акты.

В отличие от гражданских процедур, которые с точки зрения порядка получения доказательств, предполагают, что нарушение регламентированного порядка получения доказательств в рамках судебного процесса влечет исключение таких доказательств из обоснования решения по делу, нотариальные процедуры предполагают, что процессуальные ошибки могут привести к отмене нотариального акта.

При осуществлении нотариальных процедур нотариус обязан определить круг необходимых письменных доказательств по делу. Их перечень закреплен в нормативных актах, и отсутствие таких доказательств при осуществлении нотариальной процедуры может повлечь недействительность нотариального действия, нотариального акта. Закон не позволяет нотариусу принимать при осуществлении нотариальных процедур косвенные доказательства. По нашему мнению, нотариальные процедуры должны быть закреплены в нотариально-процессуальном законодательстве. В настоящее время в Основах законодательства РФ о нотариате, в правилах совершения отдельных нотариальных действий, методических рекомендациях органов юстиции и нотариальных палат содержатся лишь рекомендации как нотариус должен осуществлять свою деятельность применительно к отдельным нотариальным действиям. Все это приводит к разночтениям, необходимости истребования дополнительных сведений, усложняет работу нотариуса.

Нотариальные акты по обеспечению доказательств являются документами, содержащими информацию, зафик-

сированную на материальном носителе, с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать. Внешние признаки документа — протокола осмотра или протокола допроса должны быть выражены в письменной форме. В нотариальном процессе допустимы в качестве письменных доказательств только документы на бумажном носителе.

При обеспечении доказательств в виде протокола допустимо использование в качестве доказательств объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей. При этом по заявлению заинтересованной стороны к обеспечению доказательств могут быть приобщены иные вещественные доказательства.

Гражданское судопроизводство рассматривает допустимость доказательств и с точки зрения порядка получения доказательств. Нарушение регламентированного порядка получения доказательств в рамках судебного процесса влечет исключение таких доказательств из обоснования решения по делу.

Обеспечение доказательств происходит в досудебном порядке и является бесспорным. При этом любые действия нотариуса, выходящие за рамки производства по обеспечению доказательств, будут расцениваться как его личная инициатива (что недопустимо), и полученные сведения могут быть опротестованы из-за несоответствия их требованию допустимости.

Нотариус обеспечивает доказательства для органов государственной власти, местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, общественных объединений, должностных лиц или граждан. При этом он не обязан определять круг необходимых обеспечиваемых доказательств по возможному в будущем судебному делу. Однако при допросе или при осмотре вещественных доказательств могут быть представлены в качестве вещественных правоустанавливающие документы, локальные акты, т. е. документы, подтверждающие статус и полномочия данного лица, фигурирующего в протоколе. Нотариус при допросе может в протоколе указать и на косвенные доказательства.

Следует отметить, что, правила работы с косвенными доказательствами, предусмотренные в гражданском про-

цессе, не могут быть применимы в нотариальном процессе при обеспечении доказательств. Свидетель излагает любые косвенные доказательства, а нотариус их фиксирует в протоколе.

Согласно ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус вправе обеспечивать доказательства путем допроса свидетелей, осмотра письменных и вещественных доказательств, назначением экспертизы.

Обеспечение доказательств относится к официальным письменным доказательствам, поскольку эти документы исходят от нотариуса, наделенного государством определенными полномочиями, которые подтверждаются лицензией, приказом о назначении на должность, ИНН. В протоколе должны быть отражены полномочия нотариуса, выдавшего документ; форма и реквизиты, установленные законом для составления данных актов. Протоколы, составленные в порядке обеспечения доказательств, не соответствующие указанным требованиям, не могут служить основанием возникновения правоотношений. Их нельзя использовать в качестве письменных доказательств, обосновывающих решение.

Акты (протоколы) обеспечения доказательств являются распорядительными. Содержание распорядительных актов свидетельствует о фактах, имеющих властно-волевой характер. В них реализуется воля участников правовых отношений. По форме они исходят из обязательности указанных нотариальных действий. По способу формирования акты обеспечения доказательств являются подлинными, с которых могут быть сделаны дубликаты и копии.

Отличие нотариального производства по обеспечению доказательств от судебного заключается в том, что нотариальное производство не ставит их в зависимость от подачи искового заявления. Любое лицо может обратиться к нотариусу за обеспечением доказательств на случай возможного судебного процесса в будущем. Нотариальные акты обеспечения доказательства (протоколы) как письменные доказательства оглашаются в судебном заседании и представляются лицам, участвующим в деле. Объектом исследования в суде, наряду с содержанием, является форма письменного

го доказательства. Поэтому письменные доказательства предъявляются участникам процесса для того, чтобы они убедились в правильности прочтения содержания доказательства и в его форме. Письменные доказательства должны быть оглашены в судебном заседании и предъявлены лицам, участвующим в деле, представителям, а в необходимых случаях — экспертам и свидетелям.

Направленность исследования нотариальных актов по обеспечению доказательств как письменных доказательств определяется исходя из субъекта происхождения, содержания, формы и процесса формирования. При оглашении нотариальных актов обеспечения доказательства суд проверяет компетенцию нотариуса, выдавшего письменное доказательство, соблюдение формы протоколов, наличие необходимых реквизитов; даты выдачи, печати, подписи нотариуса. Акты обеспечения доказательств в обязательном порядке должны описывать весь комплекс доказательств. В этом проявляется бесспорный характер таких нотариальных актов.

Ранее, в соответствии со ст. 57 ГПК РСФСР, обеспечение доказательств до возникновения дела в суде производилось государственными нотариальными конторами в порядке, предусмотренном Законом РСФСР «О государственном нотариате». Новый ГПК РФ не предусматривает возможности досудебного обеспечения доказательств нотариусом. Досудебное обеспечение доказательств по правилам, предусмотренным АПК РФ осуществляется в порядке, предусмотренном для применения предварительных обеспечительных мер, что отнесено к компетенции арбитражного суда. Статья 64 ГПК РФ гласит, что «лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление необходимых для них доказательств окажется впоследствии невозможным или затруднительным, могут просить суд об обеспечении этих доказательств».

Таким образом, в соответствии с ГПК РФ обеспечение доказательств возможно только в судебном производстве.

Однако судьи обеспечивают доказательства тогда, когда уже имеется гражданское дело, обозначая «лиц, участвующих в деле». Указанный статус приобретает лицом только

в судебном производстве. Вместе с тем суд обязан использовать нотариальные акты, обеспечивающие доказательства.

Нотариус вправе обеспечивать доказательства для последующего их представления заинтересованными лицами в порядке гражданского и административного судопроизводства в рамках гражданского и арбитражного процессов, поскольку это прямо предусмотрено Основами законодательства РФ о нотариате. Суд общей юрисдикции либо арбитражный суд в любом случае должен оценивать обеспеченные нотариусом доказательства по общим правилам их относимости, допустимости, достаточности и достоверности и по другим критериям. Согласно ч. 2 ст. 64 АПК РФ в качестве доказательств допускаются, наряду с письменными и вещественными доказательствами, объяснениями лиц, участвующих в деле, заключениями экспертов, показаниями свидетелей, различные аудио- и видеозаписи и иные документы и материалы.

Таким образом, в АПК РФ закреплен открытый перечень документов, содержащий доказательства. Поэтому протоколы допросов и осмотра вещественных доказательств, составленные нотариусом, могут быть использованы судом.

В ГПК РФ (ст. 64—66) не говорится о предварительном (досудебном) обеспечении доказательств, однако это не лишает права заинтересованных лиц обращаться за обеспечением доказательств в досудебном порядке.

Иногда ставится вопрос об использовании обеспечения доказательств третейскими судами и международными коммерческими арбитражами, которые не относятся к числу органов судебной власти, осуществляющих правосудие.

Статья 102 Основ законодательства РФ о нотариате допускает обеспечение доказательств для последующего разбирательства в административных органах. Поэтому можно применять нотариальное производство по обеспечению доказательств с целью последующего их представления в третейский суд или арбитраж.

Нотариус не обеспечивает доказательств по делу, которое в момент обращения заинтересованных лиц к нотариусу находится в производстве суда или административного органа.

В этом случае при возбуждении дела в суде или арбитражном суде обеспечение доказательств осуществляется самим судом по правилам, установленным гражданским процессуальным (ст. 64—66 ГПК РФ) и арбитражным процессуальным (ст. 72 АПК РФ) законодательством. Фактический момент возбуждения дела определяется вынесением судьей определения о принятии заявления к своему производству.

Статьи 71—72 АПК РФ тоже предусматривают обязанность обеспечивать доказательства в досудебном порядке арбитражными судьями. А в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 июня 2004 г. № 77 «Обзор практики рассмотрения дел, связанных с исполнением судебными приставами судебных актов арбитражных судов»¹ вообще ставился вопрос о передаче этих обязанностей судебным приставам, работающим в арбитражных судах. На практике арбитражные судьи принимают протоколы, оформленные нотариусами, а зачастую направляют представителей сторон к нотариусу, когда уже слушается дело. Согласно Основам нотариус обеспечивает доказательства до возбуждения дела в суде. Исключение составляют случаи, когда нотариуса просят обеспечить доказательства для представления в заграничные судебные органы. Поэтому обращение к нотариусу за обеспечением доказательств — вполне правомерный и законный способ обеспечения заинтересованных лиц доказательствами до возбуждения дела в суде, особенно в отношении судов общей юрисдикции. Для арбитражного процесса досудебное обеспечение доказательств нотариусами является более проблематичным в связи с прямым указанием в АПК РФ на способ их закрепления.

Как говорилось выше, нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае возникновения дела в суде или административном органе, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии окажется невозможным или затруднительным. Однако неясно, что понимается под невозможным и затруднительным. Причинами невозможности и затруднительности мо-

¹ ВВАС РФ. 2004. № 8.

гут быть предполагаемое нахождение лица в другой стране, другом регионе, его болезнь и т. д. На наш взгляд, в новом законодательстве следует исключить указанные положения, расширив возможности обеспечения доказательств.

Спорным представляется и положение о том, что заинтересованное в обеспечении доказательств лицо должно подать заявление нотариусу, на территории деятельности которого должны быть соответствующие процессуальные действия по обеспечению доказательств. По нашему мнению, обеспечение доказательств не имеет территориальной привязки.

В качестве лиц, обеспечивающих доказательства, могут выступать будущие стороны уголовного, гражданского и арбитражного процесса, для защиты прав и интересов которых может понадобиться фиксация соответствующих доказательств, прежде всего, будущих истца, ответчика, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого.

Инициатором обеспечения доказательств может быть адвокат, руководитель предприятия, лицо, уполномоченное организовать обеспечение доказательств по доверенности. Например, УПК РФ (ч. 3. ст. 86), закрепляя принцип состязательности уголовного процесса и равноправия сторон перед судом, предусматривает, что защитник вправе собирать доказательства путем: 1) получения предметов, документов и иных сведений; 2) опроса лиц с их согласия; 3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

По сравнению с УПК РСФСР 1960 г. в УПК РФ понятие доказательств как «фактических данных» заменено на «любые сведения». Таким образом, адвокат может участвовать в процессе обеспечения доказательств, обеспечивая явку истца или ответчика, подготавливая совместно с лицом, обеспечивающим доказательства, перечень вопросов для допроса и т. д.

В обеспечении доказательств в качестве привлеченных лиц могут участвовать представители органов опеки и по-

печительства в случае допроса несовершеннолетнего, переводчик, если необходим перевод с одного языка на другой. Все они указываются в письменном заявлении к нотариусу о совершении данного нотариального действия. Их присутствие и подпись фиксируются в протоколах осмотра или допроса.

Существует множество оснований для обеспечения доказательств. В законодательстве они не определены, отсутствуют и специальные классификации такого рода оснований. Встречаются случаи обеспечения доказательств в виде допроса свидетеля с участием адвоката по совершению сделок с ценными бумагами, облигациями государственного сберегательного займа в связи с возможным спором о правомерности наложения ареста на денежные средства, принадлежащие компании, допросов инженеров и работников фирмы подрядчика железнодорожного подъездного пути к складскому помещению относительно прекращения работ в связи с отсутствием финансирования и др.

Обеспечиваются доказательства при различных авариях, включая автотранспортные, когда отсутствует сотрудник Государственной инспекции безопасности дорожного движения, полномочный фиксировать факт аварии и понесенный ущерб, при осмотре незавершенного строительства с участием заинтересованных лиц, специалистов, переводчика путем фиксации аварии или нарушения водоснабжения, осмотра резервуаров. В работе с иностранными инвесторами важным является обеспечение доказательств в связи с производством осмотра различных объектов строительства. В связи с возможным спором между супругами о порядке воспитания детей в соответствии со ст. 57 СК РФ может быть произведен допрос несовершеннолетних в присутствии преподавателя школы, а также начальника отдела охраны прав несовершеннолетних управления по образованию.

Действия нотариуса по обеспечению доказательств сводятся к следующему. Нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, территории, при необходимости назначает экспертизу документов. При этом он руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законо-

дательства РФ. Нотариус извещает о времени и месте обеспечения доказательств стороны в порядке, установленном ГПК РФ стороны и заинтересованных лиц. Однако неявка их не является препятствием для выполнения соответствующих нотариальных действий.

Согласно ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате в случае неявки свидетеля или эксперта нотариус сообщает об этом в суд по месту жительства указанных лиц для принятия мер, предусмотренных законодательством. Однако применение этих мер может быть проблематичным, так как ГПК РФ прямо не предусматривает досудебного обеспечения доказательств нотариусом.

В соответствии с ч. 4 ст. 103 Основ в случаях, не терпящих отлагательства (например, срочный отъезд свидетеля в командировку, ухудшение состояния здоровья свидетеля), а также если невозможно определить, кто и в каком качестве будет участвовать в предстоящем рассмотрении дела, допускается обеспечение доказательств без извещения заинтересованных лиц. При этом в протоколе допроса свидетеля, осмотра письменных или вещественных доказательств нотариус должен указать причину их неизвещения.

Поскольку досудебное обеспечение доказательств производится по правилам, установленным ГПК РФ, нотариус предупреждает свидетеля и эксперта об ответственности за дачу заведомо ложных показаний и заключения и за отказ или уклонение от дачи показаний и заключения. Обеспечение доказательств, осуществляемое нотариусом в соответствии со ст. 102, 103, 108 Основ, производится на основании письменного заявления лица, обратившегося за совершением данного нотариального действия. По окончании производства один экземпляр документа выдается заинтересованному лицу, второй, остается у нотариуса.

От лица, обратившегося с просьбой о производстве обеспечения доказательств, нотариус требует внести деньги на оплату вознаграждения свидетелям и экспертам и на другие расходы. Экспертам и свидетелям выдается вознаграждение по ставкам, установленным для выдачи вознаграждения при вызове свидетелей и экспертов в суд.

§ 2. Протокол осмотра письменных и вещественных доказательств нотариусами в порядке обеспечения доказательств

Протокол осмотра представляет собой письменное доказательство, в котором определен комплекс познавательных действий нотариуса, заключающихся в непосредственном восприятии свойств, состояний, характерных признаков и связей объектов материального мира с целью установления обстановки обнаружения предметов, которые могут служить вещественными доказательствами.

Сущность *осмотра* состоит в том, что нотариус лично, применяя различные методы познания, убеждается в существовании фактов, имеющих доказательственное значение, и удостоверяет их путем составления протокола осмотра местности, помещения, имущества и иных предметов и документов. Осмотр является одним из надежных способов получения доказательственной информации с целью обеспечения доказательства в будущем. Надежность данного способа состоит в том, что доказательственная информация в ходе осмотра поступает к нотариусу и воспринимается им непосредственно, что сводит к минимуму вероятность ее искажения. Осмотр предполагаемого документа, копии документа или любого письменного доказательства, местности, помещения или предметов в ряде случаев имеет решающее значение для обеспечения доказательств в будущем судебном процессе. В ходе осмотра не может быть проверена достоверность других доказательств: показаний свидетелей, заключения эксперта, разъяснения специалиста и др.

Осмотр является частью обеспечения доказательства. Его ход и результаты фиксируются в протоколах.

Каждый из видов осмотра имеет свои особенности, определяющие порядок его проведения. Между тем в законодательстве и методических рекомендациях не установлены процессуальные особенности отдельных видов осмотра. Однако существует ряд положений процессуального и технического характера, общих для всех видов осмотра.

Основаниями для производства осмотра являются подача заявления нотариусу о том, что на местности, в жилище

или ином помещении, на предметах, документах могут быть выявлены обстоятельства, имеющие значение для обеспечения доказательств. Осмотр может производиться с участием специалистов, иногда представителей органов опеки. В случае необходимости для участия в осмотре нотариус может привлечь переводчика, специалиста. По общему правилу осмотр предметов осуществляется на месте производства нотариального действия, если для такого осмотра требуется продолжительное время или осмотр на месте затруднен (например, в связи с неблагоприятной обстановкой).

К общим положениям тактики осмотра относятся его своевременность, объективность, полнота, активность, методичность.

Своевременность осмотра означает, что обеспечение доказательства должно производиться сразу же, как только в этом возникает необходимость. В случае промедления объект осмотра может прекратить свое существование в результате воздействия стихийных сил природы или целенаправленных действий лиц, заинтересованных в уничтожении следов, в обстановку места происшествия могут быть внесены изменения, предметы и документы могут быть сфальсифицированы и т. п. В итоге это может привести к невозможности или неэффективности нотариального осмотра. Поэтому осмотр должен проводиться незамедлительно, что должно быть отражено в заявлении.

Объективность осмотра заключается в том, что исследованию и фиксации подлежат обнаруженные в ходе осмотра объекты в том виде, в каком они находились в момент обнаружения и осмотра, на которые сделал акцент заявитель. В связи с этим должно неукоснительно соблюдаться требование закона описывать в протоколе обнаруженное при осмотре в том виде, в каком оно наблюдалось в момент осмотра. Нотариус обязан исследовать все объекты непосредственно. Объективность осмотра подвергается сомнению в тех случаях, когда в протоколе излагаются выводы, умозаключения и предположения нотариуса об относимости, допустимости и достоверности осматриваемых объектов. В нем не должно быть никаких оценок.

Полнота осмотра означает, что выявлению, фиксации и исследованию подлежат все те сведения, которые в последующем могут иметь доказательственное значение по делу. Полнота достигается такой организацией осмотра, при которой вне поля зрения нотариуса не остается ни одного объекта, ни одного обстоятельства, подлежащего осмотру, исследованию или фиксации.

Активность осмотра состоит в том, что нотариус производит осмотр при наличии заявления заинтересованных лиц и принимает все возможные меры к его обеспечению. Активность предполагает целеустремленность действий нотариуса, постановку им определенных целей, которые он рассчитывает достичь путем осмотра.

Методичность осмотра заключается в его правильной организации и планомерном проведении. Методичность предполагает применение наиболее эффективных для данных объектов и в данной обстановке методов и приемов осмотра. Производство осмотра — это строго определенный порядок действий, которыми руководствуется нотариус. Целью осмотра является обеспечение доказательств, которое состоит из познавательных и удостоверительных операций нотариуса, выполняемых на месте с целью закрепления предметов и других объектов, позволяющих уяснить происшедшее событие и установить обстоятельства, имеющие значения для правильного разрешения судебного дела в будущем.

В ходе осмотра нотариус решает общую и частную задачи. Общей задачей является получение фактических данных об обстоятельствах события, объектах, их связях и взаимодействиях. К частной задаче относится обнаружение объектов и вещественных доказательств.

Местом осмотра принято считать участок местности или помещение, в пределах которых обнаружены объекты свидетельствующие о совершенном. Однако предметы и объекты, могут быть обнаружены и в движущемся вагоне, в рейсовом автобусе или борту морского (речного) судна, а также в иных местах, не обладающих признаками участка местности или помещения. Поэтому местом осмотра следует считать любой локализованный участок пространства, где обнаружены предметы и другие объекты, относительно

которых возникло предположение о том, что они появились в результате совершения определенного действия или бездействия.

Качество и результативность осмотра места определяются: 1) своевременным и полным осуществлением организационно-подготовительных мероприятий, обеспечивающих оптимальные условия для производства осмотра; 2) точным исполнением обязанностей участниками осмотра места и согласованностью их действий; 3) соблюдением требований закона, предъявляемых к порядку составления протокола осмотра.

Нотариус выезжает на место, имея при себе технические средства обнаружения и фиксации предметов и других объектов, которые могут быть обнаружены на месте. В частности, в распоряжении нотариуса должны быть: осветительная аппаратура, если осмотр будет производиться в ночное время; портативная видеокамера, фотоаппарат. Если место осмотра находится на значительном удалении от населенных пунктов, то заявитель должен обеспечить доставку свидетелей или специалистов.

Ход и результаты осмотра фиксируются в протоколе, который должен полно, точно и объективно отражать все обнаруженные предметы с тем, чтобы можно было получить четкое представление об обстановке места осмотра и в случае необходимости по описаниям можно было осуществить его реконструкцию.

Протокол составляется в ходе осмотра или непосредственно после его окончания. Если по объективным причинам составить протокол на месте невозможно, то в ходе осмотра нотариус делает черновые записи или записывает ход и результаты осмотра на диктофон (магнитофон), а затем составляет подробный протокол. Обязательным условием при этом является присутствие участников осмотра.

Протокол осмотра должен содержать вводную, описательную и заключительную части.

Во вводной части указываются место и дата осмотра; время его начала и окончания; фамилия и инициалы нотариуса; основание производства осмотра (сообщение о происшествии с указанием, от кого и когда получено); фами-

лии, имена, отчества и местожительства понятых; процессуальное положение, фамилии и инициалы участвующих в осмотре лиц, ссылки на статьи УПК РФ, регламентирующие действия нотариуса в ходе осмотра места; факт разъяснения прав, обязанностей и ответственности участникам осмотра; факт разъяснения его прав и обязанностей специалисту (эксперту), а если в осмотре принимал участие переводчик, то факт разъяснения прав и ответственности; факт объявления участвующим лицам о применении технических средств и указание, каких именно; условия осмотра (дождь, снег, температура воздуха при осмотре на открытой местности, характер освещения и др.).

Описательная часть протокола содержит описание всех действий нотариуса, а также всего обнаруженного при осмотре в той последовательности, в какой производился осмотр, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра. Здесь же должно быть указано, какие технические средства применялись для обнаружения и фиксации сведений, имеющих значение для уголовного дела (фотосъемка, видео-, аудиозапись и т. д.). Если в ходе осмотра нотариусом были составлены схемы, планы или фототаблицы, это также должно быть отражено в описательной части.

Как правило, описательная часть протокола начинается с определения координат места осмотра (например: «Местом осмотра является нерегулируемый трехсторонний перекресток улиц...») и общей характеристики его обстановки. Основным содержанием этой части протокола является детальное описание обстановки места осмотра и отдельных ее частей (входной двери в квартиру), а также наиболее важных узлов. В описании следует избегать длинных фраз с обилием причастных и деепричастных оборотов, а также неопределенных выражений при обозначении расстояния между предметами обстановки («около двух метров», «неподалеку от окна», «на расстоянии двух шагов» и т. п.).

Если в ходе осмотра составляется схема, то в протоколе допустимы отсылки к имеющимся на ней обозначениям. Осматриваемые объекты в таком случае нумеруются, а их номера должны быть одинаковыми как на схеме, так и в описательной части протокола.

В описательной части протокола фиксируются обнаруженные в ходе осмотра негативные обстоятельства, т. е. сведения, которые противоречат обычному для данного события механизму его совершения, а также версиям, выдвинутым нотариусом, или объяснениям конкретных лиц.

Если в ходе осмотра делались перерывы, то в протоколе указываются их причины и время, когда был прерван и возобновлен осмотр.

В *заключительной части* протокола должны быть зафиксированы заявления, поступившие перед началом, в ходе либо по окончании осмотра от участвующих лиц в нем, с указанием их процессуального положения, фамилий и инициалов, а также содержание заявлений. В частности, здесь могут быть зафиксированы заявления лиц, находящихся на месте осмотра, если это служит объяснением дальнейших действий нотариуса.

При производстве осмотра письменных и вещественных доказательств составляется протокол, в котором указываются:

- 1) дата и место производства осмотра;
- 2) фамилия, инициалы нотариуса, производящего осмотр, дата и номер приказа органа юстиции о назначении на должность нотариуса, его нотариальный округ или наименование государственной нотариальной конторы;
- 3) сведения о заинтересованных лицах, участвующих в осмотре;
- 4) предметы, обнаруженные при осмотре.

Протокол подписывается участвующими в осмотре лицами, нотариусом и скрепляется его печатью.

§ 3. Допрос свидетеля при производстве нотариусом обеспечения доказательств

Целью допроса свидетеля при производстве нотариусом обеспечения доказательств является получение доказательств, перечень которых содержится как в УПК РФ, так и ГПК РФ. Проведение допроса без цели получить доказательства лишено всякого смысла.

Свидетелем может быть любое лицо, обратившееся к нотариусу за обеспечением доказательств, которому могут

быть известны какие-либо обстоятельства, подлежащие установлению в досудебном порядке, однако это не обязательно должен быть очевидец. Таким образом, свидетелем в нотариальном процессе является любое лицо, обратившееся к нотариусу за обеспечением доказательств и дающее в качестве свидетеля показания в порядке установленном законодательством о нотариате.

Нотариус, принимая лицо, которое хочет обеспечить доказательства, может только предполагать, что этому лицу могут быть известны обстоятельства, подлежащие доказыванию. Необходимо наличие фактического основания (известность каких-либо фактов, подлежащих установлению) и процессуального основания (допрос, получение и фиксация в установленном законом порядке его показаний).

Свидетельские показания — это сообщение о фактах, имеющих значение, сделанное в установленном нотариально-процессуальном порядке, нотариусу лицами, которым эти факты известны. Предметом показаний обычно являются сведения, которыми дающий показания располагает до обращения к нотариусу. Свидетель сообщает нотариусу сведения в устной или письменной форме.

Предметом допроса свидетеля являются любые, подлежащие установлению обстоятельства, как входящие в предмет доказывания, так и иные, в том числе необходимые для собирания фактов и правильной оценки доказательств. К предмету допроса могут быть отнесены сведения не только о самом событии, но также о сопутствовавших или предшествовавших ему обстоятельствах. При этом свидетелю могут задаваться вопросы, направленные на выяснение его способности правильно воспринимать и воспроизводить обстоятельства, факты, а также вопросы, связанные с определенной деятельностью свидетеля.

Протокол допроса — основной письменный доказательственный материал в возможном предстоящем суде. В обязанности нотариуса не входит оценка свидетельских показаний. Даже если их достоверность вызывает у нотариуса сомнение, они все равно должны быть зафиксированы в протоколе.

Фактические события, изложенные в протоколе допроса нельзя дополнять, подменять предположениями нота-

риуса. Достоверность свидетельских показаний обычно ставится в зависимость от двух факторов: внутренних, коренящихся в самом свидетеле и внешних, основанных на объективных обстоятельствах. В связи с этим нотариус в случае нелогичности объяснений свидетеля может уточнить все касающиеся данного дела обстоятельства. Поэтому предупреждение свидетеля об уголовной ответственности, зафиксированное в протоколе допроса, является одним из основных условий проведения его допроса. Предупреждение содержит предостережение свидетелю от преднамеренной лжи, пробуждает в нем чувство гражданина долга. Вместе с тем мотивы, побуждающие свидетеля к ложным свидетельствованиям (личная заинтересованность в исходе будущего судебного разбирательства; опасение ответственности — дающий показания свидетель может быть сам виновным; эмоциональные отношения между людьми) могут возникнуть у него как без вмешательства со стороны, так и в результате воздействия на него других лиц (угрозов, угроз, подкупа, шантажа). Поэтому следует выяснить, с кем пришел свидетель для обеспечения доказательств, почему он взял с собой сопровождающего, не оказывает ли это лицо воздействие на свидетеля. В некоторых случаях таким сопровождающим может быть адвокат, который, возможно, будет вести будущее дело в суде.

Для проведения допроса свидетеля могут быть использованы ключевые моменты процесса: запечатление, переработка, запоминание и воспроизведение информации. Однако возможны добросовестное заблуждение (ошибка) свидетеля и умышленное введение в заблуждение нотариуса (лжесвидетельство). Причины, влекущие недостоверность показаний, в этих случаях принципиально различны. Они подразделяются на субъективные и объективные. К первым относятся личные качества, свидетеля (психические, физиологические и др.), ко вторым — внешние условия, обстановка восприятия.

Субъективными факторами являются прежде всего физическое здоровье свидетеля, в первую очередь состояние зрения, слуха, других органов чувств. Очевидно, что такого рода физические недостатки могут значительно повлиять

на получаемую свидетелем информацию. Безусловно, нотариус не всегда может определить психическое или физическое состояние свидетеля, однако он должен отказаться от его допроса, если возникают сомнения в способности свидетеля правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них правдивые показания.

В ряде случаев важным фактором, влияющим на достоверность свидетельских показаний, является профессия свидетеля. Как правило, показания лиц, могущих профессионально оценить наблюдаемое ими событие, более полны и достоверны.

Не менее важным фактором являются возрастные особенности свидетеля. Например, с годами у человека слабеет реакция, нередко ухудшается память.

Гораздо сложнее обстоит дело с оценкой показаний детей, чем взрослых. Дети склонны к фантазированию, причем иногда они проявляют такую буйную фантазию, которая совершенно не связана с реальностью. Незнание или игнорирование данной особенности детской психики может привести к печальным последствиям. При допросе несовершеннолетнего обязательно присутствие представителя органа опеки и попечительства, родителей несовершеннолетнего, что должно быть зафиксировано в протоколе допроса с указанием их данных, должности, полномочий по обеспечению доказательств.

К числу субъективных факторов относится состояние свидетеля во время воспринимаемого события. Сильное волнение, страх, состояние опьянения (алкогольного, наркотического, токсического) искажают восприятие происходящего. Психологи отмечают иллюзорность восприятия у лиц, находящихся в нетрезвом состоянии, отсутствие у них правильной ориентации в происходящем. У хронических алкоголиков, как правило, снижены интеллектуальные способности, наблюдается склонность ко лжи. В связи с этим нотариус, выявив состояние опьянения свидетеля, должен отказаться в обеспечении доказательства.

Другим немаловажным субъективным фактором является направленность внимания свидетеля в момент происшедшего события. По этому признаку восприятие классици-

цируется на произвольное (с заранее поставленной целью) и непроизвольное. Произвольное восприятие всегда бывает более точным и полным. К сожалению, чаще всего приходится иметь дело со вторым типом восприятия, что нередко искажает воспринятую информацию, особенно когда речь идет о событии внезапном, скоротечном и интенсивном.

К субъективным факторам, влияющим на достоверность показаний, относится также состояние свидетеля в момент допроса. Искажение информации возможно не только в процессе ее восприятия и сохранения, но и при передаче. Поэтому необходимо учитывать воздействие на свидетеля условий и обстановки допроса. Нередко сам по себе процесс допроса вызывает у него сильное волнение.

Очень велика опасность прямого или косвенного внушения при допросе. Учитывая это, нотариус не должен оказывать воздействие на свидетеля. Принуждение к даче показаний является нарушением закона, в УПК РФ наводящие вопросы запрещены, но даже невольные поправки и подсказки со стороны нотариуса (реплики, выражение одобрения или негодования, настойчивое повторение одних и тех же вопросов и т. п.) могут исказить истинную картину. Особенно подвержены внушению дети. Поэтому возможность такого невольного воздействия на психику свидетеля со стороны нотариуса необходимо учитывать при оценке достоверности показаний.

Последним этапом, на котором может произойти искажение информации, является ее фиксация нотариусом в протоколе допроса свидетеля. Далеко не все люди умеют четко и правильно излагать свои мысли. И здесь не последнюю роль играют индивидуальные особенности человека: уровень развития, интеллект, богатство или, наоборот, бедность лексикона, умение правильно использовать специальные юридические термины, а иногда и жаргонные выражения. Особой спецификой отличается детская речь. Далеко не каждый нотариус способен учесть эти особенности и грамотно, квалифицированно изложить сказанное свидетелем, причем от его лица, по возможности дословно, сохраняя стиль дающего показания, особенности его речи и в то же время не искажая существа излагаемых сведений.

При допросе свидетеля могут присутствовать его законные представители, хотя он обеспечивает доказательства самостоятельно. В таком случае в протокол вносятся все основные данные об этих лицах.

По нашему мнению, правовой статус свидетеля должен регламентироваться в законодательстве о нотариате.

В настоящее время свидетелю разъясняется фактически лишь его право не свидетельствовать против себя самого, своего супруга или близких родственников, а также ответственность по ст. 308 УК РФ. Вместе с тем свидетелю должны быть разъяснены все его права, в том числе право на обжалование действий нотариуса, ущемляющих его права; право записать показания собственноручно; давать показания на родном языке (при этом должен присутствовать переводчик и нотариус свидетельствует подлинность подписи переводчика на таких документах); требовать внесения в протокол допроса изменений и дополнений. Причем, на наш взгляд, протокол допроса обязательно должен содержать пометку о разъяснении свидетелю его прав под роспись. В противном случае протокол должен считаться недопустимым доказательством, и вопрос о достоверности содержащихся в нем сведений вообще не может стоять. Не обеспечена допустимость — не обеспечена и достоверность.

Говоря о правовом статусе свидетеля, необходимо отметить особое положение отдельных групп свидетелей: не владеющих языком судопроизводства, престарелых, малолетних, несовершеннолетних, лиц с психическими или физическими недостатками.

Следует определить следующие гарантии прав вышеназванных лиц. В допросе свидетелей в возрасте до 14 лет, а по усмотрению суда — и в допросе свидетелей от 14 до 16 лет участвует педагог (об этом говорится и в ст. 280 УПК РФ). В случае необходимости на допрос вызываются также родители или иные законные представители несовершеннолетнего.

Для определения психического или физического состояния свидетеля в случаях, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать события, имеющие значение для дела, и давать о них правдивые показа-

ния в обязательном порядке проводится экспертиза (по аналогии с ч. 4 ст. 196 УПК РФ).

Свидетелям, не владеющим языком, предоставляется право в суде пользоваться услугами переводчика (по аналогии с ч. 4 ст. 56 УПК РФ).

Представляется, что указанным лицам могут быть предоставлены и иные дополнительные права. Например, не только малолетнему, но и престарелому, а также лицу с серьезными психическими или физическими недостатками (имеется в виду лицо, признанное экспертизой способным к свидетельствованию) может понадобиться законный представитель — адвокат либо представитель органа опеки и попечительства, который имел бы право задавать вопросы. Данные мероприятия способствовали бы внесению ясности в сообщаемые свидетелем сведения, облегчая получение нотариусом достоверной информации.

Совершенствование законодательной регламентации правового статуса свидетеля немыслимо без решения вопроса о его безопасности. К таким мерам безопасности закон относит неразглашение сведений о свидетеле и его показаниях — эти сведения являются нотариальной тайной.

С этих позиций следует пересмотреть и регламентацию ответственности свидетеля по ст. 308 УК РФ за отказ от дачи показаний. Позитивную роль может сыграть освобождение от ответственности по указанным статьям свидетелей, подвергшихся угрозам и иным формам давления, применяемым с целью склонить к лжесвидетельствованию, если они (свидетели) до окончания предварительного или судебного следствия заявят об этом органу дознания, следователю, прокурору или суду. Если свидетелю будет предоставлено такое право, он сможет оказать существенную помощь в установлении истины по делу, опровергнув данные им ложные показания, указав при этом на причину лжесвидетельства, а затем дав правдивые показания.

Способом обеспечения достоверности показаний является нотариально-процессуальная форма. Она закреплена законом и включает указание на цели этих действий, участников, их права и обязанности, действий, порядок осуществления указанных действия и т. д. Нарушение установ-

ленной формы влечет признание протокола допроса свидетеля недопустимым доказательством.

Представляется целесообразным высказать ряд предложений по совершенствованию процессуальной формы допроса свидетеля, которые способствовали бы получению сведений, претендующих на достоверность.

Прежде всего следует предусмотреть подписку свидетеля о предупреждении об уголовной ответственности по ст. 308 УК РФ. Оценка нотариусом показаний, полученных в результате этого нотариального действия, имеет свою специфику — свидетель не просто сообщает об известных ему событиях (фактах), но и демонстрирует, самолично подтверждает свои знания, указывая на определенные объекты материального мира. К тому же данное действие способно обеспечить получение достоверных доказательств, в случае изменения свидетелем своих показаний. Свидетеля без особого труда можно изобличить в умышленном искажении фактов, если, скажем, он изменил свои показания.

Важно определить в законе и порядок проведения данного действия и его фиксации в протоколе. Свидетель сам должен продемонстрировать осведомленность об определенных фактах. Его ни в коем случае не следует принудительно доставлять на место, где будут получены показания.

§ 4. Назначение экспертизы нотариусом при производстве по обеспечению доказательств

Проблематичным в современных условиях является проведение экспертизы в рамках нотариального производства, поскольку в силу ст. 79 ГПК РФ она назначается только судом. Аналогичное положение — о назначении экспертизы только арбитражным судом — содержится в ст. 82 АПК РФ. В Федеральном законе от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности Российской Федерации»¹, нотариус не упоминается в числе тех, кто вправе назначать экспертизу.

¹ СЗ РФ. 2001 № 23. Ст. 2291.

Анализ ст. 79 и 80 ГПК РФ позволяет указать на следующие *признаки экспертизы*:

1) экспертиза назначается только судом. Однако при ее назначении суд обязан учитывать мнение лиц, участвующих в деле;

2) экспертиза назначается, когда при рассмотрении дела возникает необходимость разъяснения вопросов, требующих специальных познаний в области науки (имеются в виду любые отрасли науки: гуманитарные (например, история, философия), естественные (например, ботаника, биология), точные (например, физика, математика) и т. д.); искусства (речь идет о литературной, художественной, музыкальной и других сферах искусства); техники (речь идет о любом ее разделе: транспортной, бытовой, обрабатывающей и т. п.); ремесла (включая народные промыслы, кустарное ремесленничество);

3) экспертиза назначается в ходе судебного разбирательства, а в необходимых случаях — в стадии подготовки дела к слушанию;

4) экспертиза проводится в суде, а если этого требует характер исследования (и в других случаях, указанных в ч. 2 ст. 84 ГПК РФ) — вне суда;

5) суд вправе назначить как одного эксперта, так и нескольких (в последнем случае они вправе совещаться между собой).

В судебные органы могут представляться акты экспертизы, выполненные негосударственными экспертными учреждениями.

Согласно ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус вправе обеспечивать доказательства путем допроса свидетелей, осмотра письменных и вещественных доказательств назначения экспертизы. Таким образом, нотариус может назначать экспертизу. Причем проводить ее выполнять может не только государственное экспертное учреждение, но и негосударственное. Это определяется правовым статусом нотариуса, действующим от имени государства.

Нотариус, вынося постановление о проведении экспертизы, указывает: дату вынесения постановления; свою фамилию, инициалы; дату и номер приказа органа юстиции о

наделении полномочиями нотариуса, его нотариальный округ или наименование государственной нотариальной конторы; сведения о лице, по просьбе которого назначается экспертиза; вопросы, по которым требуется заключение эксперта; наименование экспертного учреждения, которому поручается производство экспертизы. Если производство экспертизы поручается конкретному лицу, то указывается его фамилия, имя, отчество, место жительства, место работы и должность. Постановление подписывается нотариусом и скрепляется его печатью.

По окончании производства экспертизы в порядке обеспечения доказательств заинтересованному лицу выдается один экземпляр каждого документа, составленного в порядке обеспечения доказательств, а другой остается в архиве нотариуса.

Нотариус разъясняет эксперту его права и обязанности и предупреждает об ответственности за дачу заведомо ложного заключения по ст. 307 УК РФ. В случае неявки эксперта по вызову нотариус сообщает об этом суду по месту жительства эксперта для принятия соответствующих мер.

Эксперт дает заключение в письменной форме. Он может отказаться от дачи заключения, если представленные материалы недостаточны или если он не обладает необходимыми знаниями. Экспертное заключение должно содержать подробное описание произведенных исследований, сделанные в результате их выводы и обоснованные ответы на поставленные вопросы.

О производстве экспертизы составляется акт, подписываемый экспертом и участвующими в экспертизе лицами. Заключение подписывается экспертом.

Немаловажное значение для обеспечения доказательств имеет вопрос о механизме назначения экспертизы. В Основных законодательства РФ о нотариате он предусмотрен, но на практике пока не реализован. Нет четкого представления, в каком случае может быть применена принудительная и добровольная экспертиза, каков порядок ее оплаты и т. д.

Важную роль играет обеспечение достоверности заключения эксперта. В этом, правда, не участвуют нотариусы. Они могут лишь способствовать организации экспертизы,

которая определит указанную достоверность. Природа экспертизы обусловлена источником доказательственной информации (эксперт является субъектом экспертизы); установленным законом порядком (процессуальная форма) проведения экспертизы; качеством подготовки материалов для экспертного исследования, их объемом; процессом экспертного исследования, применяемыми методиками и их надежностью; правильностью оформления результатов экспертного исследования.

Эксперт должен удовлетворять двум требованиям: быть компетентным и незаинтересованным в исходе дела. Как уже говорилось, эксперт выбирается нотариусом, назначающим экспертизу. До назначения экспертизы он должен выяснить необходимые данные о специальности и компетенции эксперта.

Однако это относится только к частнопрактикующим экспертам, к услугам которых суд обычно прибегает лишь в двух случаях: при нехватке экспертов, работающих в специальных экспертных учреждениях, и при назначении редко встречающейся экспертизы (например, искусствоведческой), когда необходимы специалисты в конкретной, узкой области знания. В первом случае эксперта выбирается из довольно узкого круга лиц, профессиональный уровень которых известен (бывшие штатные эксперты-автотехники, бухгалтеры и др.). Во втором случае, сведения об эксперте выясняются из его анкетных данных (образование, специальность, должность, стаж работы, научные труды, ученая степень, специальные знания и т. п.), а также информации, полученной от других лиц (сослуживцев, коллег, из литературы и др.), из литературы и проч., что может осуществляться как процессуальным, так и непроцессуальным путем.

В большинстве случаев экспертизы проводятся в специальных экспертных учреждениях. При поручении экспертизы соответствующему экспертному учреждению выбор конкретного эксперта (экспертов) осуществляет руководитель экспертного учреждения. Это правило оправданно в методическом отношении, так как руководитель лучше, чем нотариус, знает специализацию своих сотрудников, может квалифицированно организовать исследования, ис-

ходя из особенностей объекта и необходимости применения тех или иных методов исследования. Поэтому проблема оценки компетенции эксперта обычно возникает лишь применительно к экспертам, не являющимся сотрудниками государственного экспертного учреждения.

Понятия «показания эксперта» в законодательстве нет. Протокол допроса эксперта также не предусмотрен законом в качестве доказательства. В связи с этим возникает вопрос: какой же вид доказательств в результате допроса эксперта мы получаем и получаем ли?

В литературе высказана точка зрения, согласно которой результаты допроса эксперта являются частью экспертного заключения. Обосновывается она тем, что допрос эксперта не является самостоятельным нотариальным действием, а может проводиться только после экспертизы. Это действительно так, однако не следует принижать значение сведений, получаемых в результате допроса эксперта.

Экспертиза и допрос эксперта — хотя и взаимосвязанные, но все же разные действия. По нашему мнению, информация, полученная в результате допроса эксперта, не является ни его показаниями, поскольку такой вид доказательств законом не предусмотрен, ни частью экспертного заключения.

Особое место занимают экспертизы, проводимые по делам, связанным с авторскими и смежными правами. Это обусловлено, во-первых, специфичностью объекта исследования; во-вторых, отсутствием отработанных методик проведения таких экспертиз; в-третьих, тем, что нотариальная и судебная практика не вполне устоялись, соответственно есть несколько точек зрения относительно необходимости или обязательности проведения экспертизы по делам указанной категории.

Заявитель может обратиться с просьбой назначить экспертизу по вопросам контрафактности. По нашему мнению, «контрафактность» — понятие сугубо юридическое, так как связано с различными формами использования права: в соответствии с законом или в нарушение закона. Контрафактными являются экземпляры произведения и фонограммы, изготовление и распространение которых влечет за собой

нарушение авторских и смежных прав. Таким образом, перед экспертом могут быть поставлены юридические, правовые вопросы. Однако необходимо осторожно относиться к назначению экспертизы для определения контрафактности продукции, поскольку окончательный вывод можно сделать на основании подтверждения юридического факта — отсутствия согласия (разрешения) правообладателя на конкретный способ использования аудио-, видео- и иной продукции (воспроизведение, распространение и т. п.).

Практически во всех случаях незаконного воспроизведения продукции, а также ее распространения экземпляры таких произведений или фонограмм будут по тем или иным параметрам отличаться от легальных либо оригинальных экземпляров. Такие отличия, которые могут быть выявлены соответствующими экспертами — специалистами в данной области, позволяют сделать вывод о наличии признаков контрафактности продукции, которые будут служить косвенными доказательствами нарушения авторских и смежных прав.

В ряде случаев нотариусу не требуются специальные технические или технологические познания, поскольку анализ юридического документа — договора и визуальное сравнение осматриваемых предметов (кассет, дисков) позволяют выявить очевидные различия сравниваемых объектов.

К участию в предварительном осмотре у нотариуса этих объектов рекомендуется привлекать сотрудников предприятия, осуществляющего производство, распространение лицензионной продукции, а также представителя правообладателя. При отсутствии сомнений в их объективности и компетентности, а также при наличии указанных выше отличий исследуемой продукции от оригинальной нотариус может сделать вполне обоснованный вывод о контрафактном характере изъятых произведений.

В случаях когда признаки контрафактности не столь очевидны и у нотариуса возникают сомнения в оценке предмета, необходимо в соответствии с Основами законодательства РФ о нотариате и УПК РФ назначать экспертизу.

Экспертизу, которую может назначить нотариус по делам о нарушении права интеллектуальной собственности,

можно условно разделить на три типа: специфическая, традиционная и комиссионная.

Специфическую экспертизу иногда неточно именуют автороведческой. Основным ее вопросом является выявление и установление признаков контрафактности экземпляра произведения. Правильнее, на наш взгляд, ставить перед экспертом вопрос именно об определении признаков контрафактности, поскольку, как было сказано выше, «контрафактность» является юридическим понятием. Однако допустимо формулировать вопрос и о контра-фактности произведения, если исследование поручается специалисту в области охраны авторских либо смежных прав, например экспертам Международной федерации производителей фонограмм (IFPI) Ассоциации по борьбе с компьютерным пиратством, Российской антипиратской организации, Российскому авторскому обществу.

Перед экспертами можно также поставить вопрос о принадлежности авторских либо смежных прав. Это существенный момент, поскольку предполагаемый ответчик на предварительном следствии или в суде может попытаться оспорить принадлежность указанных прав заявителю. Некоторые организации и учреждения, такие, например, как Центр независимой комплексной экспертизы и сертификации систем и технологий, имеют базу данных о правообладателях на те или иные объекты авторского либо смежного права. Обращение к данным базам может помочь получить дополнительное подтверждение принадлежности права заявителю.

Вместе с тем следует подчеркнуть, что вопрос о контрафактности продукции может быть решен без проведения экспертизы, если правообладатель или его надлежаще уполномоченный представитель представит неопровержимые доказательства того, что данное использование объекта авторских и смежных прав было осуществлено без согласия правообладателя.

В настоящее время проведение экспертиз на контрафактность аудиопродукции может быть поручено экспертам-специалистам экспертно-криминалистических подразделений Министерства внутренних дел РФ.

Традиционными видами экспертизы экземпляров произведений, в отношении которых имеются основания считать их контрафактными, являются: 1) техническая (экспертиза документов); 2) трасологическая; 3) товароведческая.

В целях исследования качества, способа изготовления упаковки, защитной этикетки, голограммы, соответствия этих объектов лицензионным, т. е. оригинальным, выявления признаков и способов подделки назначается техническая экспертиза. В ходе этой экспертизы специалисты фиксируют наличие либо отсутствие признаков контрафактности, которые не столь очевидны и для выявления которых требуются специальные знания, соответствующее криминалистическое оборудование, сравнительные исследования. Так, отличия полиграфической упаковки, изъятой у предполагаемого нарушителя, от упаковки оригинальной продукции по дизайну, оформлению, способу изготовления, например, изготовление упаковки путем копирования оригинальной упаковки, равно как и обнаружение подделки защитной этикетки или голограммы либо их несоответствия оригинальным, свидетельствуют о наличии признаков контрафактности исследуемого экземпляра. В рамках этой же экспертизы при наличии соответствующего объекта для исследования можно поставить вопрос о выявлении в базах данных или непосредственно в памяти компьютеров и других аппаратных средств, изымаемых у предполагаемого нарушителя, информации, которая могла быть использована для изготовления соответствующих копий упаковки, этикеток (например, наличие файлов с изображениями этих предметов).

На разрешение трасологической экспертизы ставятся вопросы о возможности использования данного конкретного оборудования для изготовления конкретных предметов (например, не этот ли сканер использовался для ввода изображения в компьютер, мог ли данный принтер использоваться для изготовления копий, не эта ли изъятая копировальная техника применялась для получения изображения упаковки, этикеток). При изъятии образцов оригинальных упаковок и этикеток можно поставить вопрос о том, не они ли использовались для изготовления соответ-

ствующих копий. В случае изъятия оборудования, которое могло быть использовано для тиражирования аудио- или видеозаписей, можно проводить, по сути, аналог трасологического исследования — видеофоноскопическую экспертизу. На разрешение эксперта ставить вопрос о том, не это ли оборудование (магнитофоны, видеокамеры и т. д.) использовалось для изготовления копий произведений, изъятых у предполагаемого нарушителя, об оценке качества изображения, звучания на предполагаемых контрафактных кассетах, особенно в сравнении с оригинальными (наличие посторонних шумов, признаков использования данной пленки ранее для записи и т. п.).

В связи с развитием современных технологий перед экспертами все чаще ставится вопрос о месте места изготовления оптического носителя — лазерного компакт-диска СД или уже входящих в оборот DVD. С помощью соответствующей экспертизы можно дать обоснованный ответ на вопрос о том, на каком оборудовании изготавливались определенные контрафактные оптические носители.

Проведение указанных выше традиционных экспертиз можно поручить штатным экспертам экспертных учреждений системы Министерства юстиции РФ — Российского федерального центра судебной экспертизы, Министерства внутренних дел РФ — Экспертно-криминалистического центра этого Министерства (особенно в части видеофоноскопических экспертиз), Экспертно-криминалистических управлений Главного управления внутренних дел и др., экспертным учреждениям системы Федеральной службы безопасности РФ. На разрешение эксперта может быть поставлен вопрос об определении размера ущерба, причиненного правообладателю. Исходя из того, что диспозиция ст. 146 УК РФ не определяет конкретный размер ущерба, который может быть расценен как крупный, решение данного вопроса остается за нотариусом. В связи с этим некорректно ставить перед экспертом вопрос о том, является ли этот ущерб крупным — необходимо говорить именно о размерах ущерба. При этом нотариус должен сам определить, что именно необходимо брать за ориентир при исчис-

лении ущерба: существующие розничные цены, оптово-закупочные и т. п.

В ходе товароведческой экспертизы зачастую решаются вопросы об определении стоимости конкретной продукции в том случае, если есть основания сомневаться в стоимости, заявленной правообладателем.

Данная экспертиза может быть назначена как отделам товароведческих экспертиз экспертных учреждений Министерства юстиции РФ и Министерства внутренних дел РФ, так и соответствующим специалистам, каковыми могут быть признаны представители фирм, профессионально занимающихся реализацией аналогичной продукции.

При необходимости получения ответа на вопросы, требующие познания в различных отраслях знаний, и проведения комплексного исследования объектов нотариус принимает решение о назначении *комиссионной* (комплексной) экспертизы, производство которой поручает группе экспертов или нескольким экспертным учреждениям, определяя при этом, какое из учреждений является ведущим. Перед экспертами ставятся вопросы о признаках контрафактности, подделки изделий, о стоимости изделия и т. д.

Назначение экспертизы как особый вид деятельности нотариуса условно можно разделить на две стадии: организационную и процессуальную. Несмотря на взаимосвязь этих стадий, каждая из них имеет определенную специфику.

На *организационной стадии* нотариус на основе заявления заинтересованной стороны, анализа собранных материалов, в том числе их полноты, оценки доказательств, с учетом целесообразности и разумной достаточности фактически принимает решение о необходимости проведения экспертизы. Затем определяется перечень вопросов, подлежащих выяснению в ходе экспертного исследования. Исходя из поставленных целей выбирается экспертное учреждение или лицо, которому будет поручена экспертиза; проверяется специальность и компетентность эксперта, устанавливается его отношение к участвующим в деле лицам, наличие либо отсутствие оснований для отвода; определяется объем представляемых эксперту материалов,

а при их недостаточности планируется сбор дополнительной информации; формулируются вопросы эксперту.

Процессуальная стадия состоит в вынесении мотивированного, обоснованного постановления о назначении соответствующей экспертизы; разъяснении прав и обязанностей эксперта в соответствии с УПК РФ предупреждении эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Таким образом, принятие решения о назначении экспертизы требует от нотариуса, помимо общих криминалистических и процессуальных познаний, осведомленности об объекте и о специфике предмета исследования. Только в этом случае он сумеет правильно выбрать экспертное учреждение, грамотно сформулировать вопросы, на которые должен ответить эксперт, и квалифицированно оценить полученные им результаты.

§ 5. Нотариальное производство по свидетельствованию копий с подлинника и копий с копий документов

Нотариальное производство по свидетельствованию копий связано с осуществлением и защитой прав граждан и юридических лиц. Свидетельствование копий является нотариальным действием, которое составляет до 65% общего числа нотариальных действий.

Нередко понимание указанного действия как несложного, занимающего мало времени, не требующего особых знаний, как лишь сличение копии с подлинником документа приводит к конфликту между нотариусом и обратившимися к нему гражданами и юридическими лицами, которые считают, что такого рода незначительное нотариальное действие должно осуществляться без оплаты технической и правовой работы, которая предшествует проставлению штампа, подписи и печати нотариуса. Причиной конфликтов нередко является и разная скорость по удостоверению копий с подлинника и копий с копий документов.

Между тем из года в год количество копий, свидетельствуемых нотариально, неуклонно возрастает. Это требует от нотариуса осуществления определенных процессуальных

действий, знания криминалистики, документооборота, практики применения указанного нотариального действия, а главное — оно должно осуществляться в определенной стадийной последовательности, и каждая из стадий может иметь стоимость, выраженную в нотариальном тарифе.

Поэтому разработка и обоснование стадийности производства по свидетельствованию копий документов — весьма актуальный вопрос, мало изученный в нотариальном праве и процессе.

В настоящее время процедура свидетельствования копий документов определена только в Основах законодательства РФ о нотариате. Специальных нормативных актов, регулирующих вопросы свидетельствования верности копий нотариусами, нет. Федеральной нотариальной палатой разработаны рекомендации по свидетельствованию копий документов, в том числе по определению поддельных документов, определяющие основные положения данного нотариального действия. Опубликован ряд работ и статей, посвященных данной тематике¹.

Процесс свидетельствования копий требует анализа представленного документа, основанного на глубоком знании как делопроизводства, так и действующего законодательства. Копии необходимы для различных целей. Например, при поступлении на работу, в учебное заведение, для получения пенсий и пособий, наследства, денег или имущества, для приобретения недвижимости или осуществления предпринимательской деятельности. Копии имеют непосредственное отношение к деятельности предприятий, организаций, учреждений. На их основании последних обычно осуществляется регистрация юридических лиц, открытие счетов в банках, получение денежных средств, получение лицензий, прием на работу, назначение пенсий, пособий, выдача денег, документов и проч.

Разработка процедуры указанного нотариального действия должна существенно изменить отношение граждан к

¹ См.: Настольная книга нотариуса / под ред. В. В. Яркова; Богомазов Г. Г. Свидетельствование копий документов в нотариальной практике // Нотариальный вестник. 2006. № 7.

работе нотариуса по свидетельствованию копий документов.

В соответствии со ст. 77 Основ законодательства РФ о нотариате нотариусы свидетельствуют верность копий документов и выписок из них.

В соответствии с п. 37 Методических рекомендаций по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации¹, утвержденных приказом Министерства юстиции РФ от 15 марта 2000 г. № 91 при свидетельствовании верности копий документов, исходящих от юридических лиц, нотариус проверяет наличие необходимых реквизитов на этих документах, в частности, даты составления (принятия) документа, подписи (подписей) должностного лица (должностных лиц), печати.

Верность копии документа, выданного гражданином, свидетельствуется нотариусом в тех случаях, когда подлинность подписи гражданина на документе засвидетельствована нотариусом или должностным лицом организации по месту работы, учебы или жительства гражданина. Верность выписки может быть засвидетельствована только в тех случаях, когда в документе, из которого делается выписка, содержатся решения нескольких не связанных между собой вопросов. Выписка должна воспроизводить полный текст части документа по определенному вопросу.

Деятельность нотариуса по поводу свидетельствования копий исходит из общих условий стадийности в нотариальном процессе. По нашему мнению, она состоит из следующих четырех стадий: 1) возбуждение нотариального производства по свидетельствованию копий с подлинника документа; 2) подготовка к освидетельствованию копий; 3) осуществление нотариального действия; 4) окончание нотариального производства (выдача нотариально удостоверенного нотариального акта — копии с подлинника документа либо копии с копии документа).

Рассмотрим подробнее эти стадии.

1. *Возбуждение нотариального производства по свидетельствованию копий с подлинника документа.* На первом

¹ См.: Бюллетень Министерства юстиции РФ. 2000. № 4.

этапе данной стадии нотариус выясняет право и дееспособность обратившихся к нему лиц. За свидетельствованием верности копии или выписки из документа к нотариусу может обратиться любое лицо, не обязательно являющееся владельцем документа. При совершении данного нотариального действия нотариус устанавливает личность обратившегося к нему гражданина. Проверка дееспособности граждан осуществляется в соответствии со ст. 43 Основ законодательства РФ о нотариате. Как уже говорилось выше, гражданским законодательством РФ ничтожными признаются сделки, в том числе совершенные гражданами, признанными недееспособными. В полном объеме гражданская дееспособность возникает по достижении 18 лет. Иными словами, законодателем установлена презумпция дееспособности гражданина, достигшего определенного возраста. Между тем для свидетельствования копии с подлинника документа не требуется установление факта полной дееспособности гражданина. Ему может и не исполниться 18 лет. Главное — представление паспорта. Однако обязательным условием является определение такого психического состояния лица, при котором он способен понимать значение своих действий и руководить ими.

Нотариус выясняет намерения граждан и разъясняет им последствия совершаемого нотариального действия. Если у нотариуса имеются основания предполагать, что лицо, представившее подлинник документа, не может понимать значение своих действий или руководить ими, он вправе отказать в совершении нотариального действия. Нотариус может также приостановить совершение нотариального действия. Однако следует помнить, что действующее законодательство не предусматривает право нотариуса определять способность гражданина понимать характер совершаемых им действий, руководить ими и осознавать их правовые последствия путем назначения психиатрической экспертизы. Нотариус не имеет права и на обращение в медицинские учреждения с запросом о предоставлении соответствующих данных, а также к специалисту-психиатру с просьбой о проведении освидетельствования гражданина и

получения соответствующей справки, так как указанные сведения в соответствии с Законом РФ от 2 июля 1992 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»¹ являются врачебной тайной.

Следующий этап стадии возбуждения нотариального производства по удостоверению копий — установление фактических обстоятельств, определяющих его компетенцию нотариуса и возможность совершения данного нотариального действия. Как указывалось выше, нотариус не вправе совершать нотариальные действия на свое имя и от своего имени, на имя и от имени своих супругов, их и своих родственников (родителей, детей, внуков). Однако закон не предусматривает ограничения в отношении свидетельствования копии с подлинника по месту его совершения. Такого рода действия может выполнить любой нотариус при предъявлении гражданином подлинника документа. В соответствии со ст. 13 Основ законодательства РФ о нотариате совершение нотариусом этого нотариального действия за пределами своего нотариального округа не влечет признания его недействительности.

В ст. 45 Основ определены общие требования к документам, представляемым для совершения нотариальных действий. Не принимаются документы, имеющие подчистки либо подписки, зачеркнутые слова и иные неоговоренные исправления, а также исполненные карандашом. На документе не должно быть стертых букв, слов, цифр.

В соответствии со ст. 78 Основ верность копии документа, выданного гражданином, свидетельствуется нотариусом в тех случаях, когда подлинность подписи гражданина на документе засвидетельствована нотариусом или должностным лицом предприятия, учреждения, организации по месту работы, учебы или жительства гражданина. Поэтому, например, нотариус не вправе засвидетельствовать копию договора купли-продажи квартиры, исполненного в простой письменной форме. Нельзя также засвидетельствовать верность копий с учредительных договоров, договоров о

¹ Ведомости РФ. 1992. № 33. Ст. 1913.

приватизации жилых помещений, иных договоров, совершенных в простой письменной форме.

Согласно ст. 79 Основ верность копии с копии документа свидетельствуется нотариусом при условии, если верность копии засвидетельствована в нотариальном порядке или копия документа выдана юридическим лицом, от которого исходит подлинный документ. В последнем случае копия документа должна быть изготовлена на бланке данного юридического лица, скреплена печатью и иметь отметку о том, что подлинный документ находится у юридического лица. Копии можно изготовить путем механического воспроизведения текста документа на печатной машинке, компьютере, путем переписывания от руки. При свидетельствовании верности копии, изготовленной одним из таких способов, нотариус должен проверить ее соответствие копии подлиннику, вместо подписи должностного лица и печати поставить соответствующие штампы («подпись» и «печать»), а также прочеркнуть незаполненные и другие свободные места на копии. Основным способом изготовления копий документов в настоящее время является ксерокопирование, обеспечивающее их точное соответствие оригиналу.

Совершая свидетельствование верности копии с заламинированного документа, нотариус обязан проверить соблюдение требований ГОСТ Р 51141-98, утвержденного постановлением Государственного стандарта РФ от 27 февраля 1998 г. № 28 и установить, является ли представленный ему материальный носитель информации документом, имеет ли документ юридическую силу и является ли он подлинником. При этом необходимо иметь в виду, что ламинирование — это процесс припрессовки специальной пленки на бумажный носитель документов в целях защиты их от внешних влияний (влаги или механических воздействий). Однако такая пленка изменяет характер люминесценции бумажного носителя, маскирует способы имитации голографической защиты. При ламинировании не наблюдается такой признак подчистки, как разнородность поверхностного слоя бумаги. Заламинирование позволяет скрыть факт переклейки, монтажа документа.

В случае полной уверенности в подлинности представленного документа нотариус вправе засвидетельствовать копию заламинированного документа.

Спорным является вопрос о засвидетельствовании верности копии с паспорта. С одной стороны, паспорт не соответствует требованиям, предусмотренным ст. 45 Основ, согласно которой не принимаются для совершения нотариальных действий документы, объем которых более одного листа, если они не прошиты, не пронумерованы и не скреплены печатью. С другой стороны, регистрационные органы, миграционная служба и ряд других организаций требуют нотариально удостоверенные копии паспортов.

Большой объем документов, не имеющих достаточно реквизитов для их идентификации, исходит от налоговой службы. Так, на свидетельствах о регистрации не проставляется, за редким исключением, дата выдачи документа, отсутствуют номера самих свидетельств, которые не заменяют номера бланков свидетельств. В разработанных формах заявлений о регистрации юридических лиц и предпринимателей отсутствуют даты составления заявлений, в некоторых, например в заявлении по форме № Р 26001 «Заявление о государственной регистрации прекращения физического лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя в связи с принятием им решения о прекращении данной деятельности», не указывается место жительства заявителя. Кроме того, надписи, которые проставляются налоговыми органами, несовершенно, поскольку в изготовленных для этого штампах не всегда указывается количество листов устава, прошивку заменяет скрепка, кое-как закрытая наполовину отклеившейся бумагой, без даты и номера копии, выданной инспекцией Федерального налоговой службы. Зачастую оттиск печати проставляется таким образом, что не позволяет увидеть подпись должностного лица, хотя правила проставления оттиска печати регламентированы. Свидетельствовать копии подобных документов нельзя.

Следует также иметь в виду, что в связи с вступлением в силу Федерального закона от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных

предпринимателей»¹ свидетельствование копий уставов юридических лиц как документа возможно только после регистрации юридических лиц в установленном законом порядке, о чем должна указывать надлежащая отметка регистрирующего органа на уставе либо его копии.

2. *Подготовка к свидетельствованию копий документа.* На этой стадии, являющейся основной в указанном производстве, происходит общение граждан или юридических лиц с нотариусом по поводу оценки документа.

Изучать документ целесообразно в следующей последовательности.

Свидетельствование копии документа возможно только при предъявлении его подлинника. Свидетельствование верности копий документов и выписок из них возможно при условии, что эти документы не противоречат законодательным актам РФ. Нотариус должен удостовериться в том, что, во-первых, ему представлен документ, соответствующий понятию «документ», во-вторых, это подлинный документ. Общее определение термина «документ» в законодательстве отсутствует. Имеются лишь определения этого термина применительно к конкретным правоотношениям. Например, Федеральном законе «Об обязательном экземпляре документов»² под документом понимается зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать. Такими реквизитами должны являться дата выдачи документа, регистрационный номер документа, подпись руководителя с расшифровкой фамилии и печать учреждения, выдавшего документ. Аналогичное определение приведено в ГОСТ Р 51141-98. В рамках бесспорной нотариальной юрисдикции термин «документ» используется в узком значении как письменный документ, исходящий от органов государственной власти, органов местного самоуправления, судебных, административных, иных публичных органов, юридических лиц, граждан, составленный в установленном порядке и имеющий юридическое значение.

¹ СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. I. Ст. 3431.

² СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 1.

В указанном ГОСТе приводятся еще ряд определений, которые могут быть применимы в практике нотариата для целей единообразного понимания квалификации документов, представляемых для свидетельствования копий. Под официальным документом следует понимать документ, созданный юридическим или физическим лицом, оформленный и удостоверенный в установленном порядке.

Под подлинным документом понимается документ, сведения об авторе, времени и месте создания которого, содержащиеся в самом документе или выявленные иным путем, подтверждают достоверность его происхождения; подлинником (официальным) документа является первый или единственный экземпляр официального документа.

Под копией понимается документ, полностью воспроизводящий информацию подлинного документа и все его внешние признаки или часть их, не имеющий юридической силы; заверенная копия документа — это копия документа, на которой в соответствии с установленным порядком проставляют необходимые реквизиты, придающие ей юридическую силу; дубликат документа — повторный экземпляр подлинника документа, имеющий юридическую силу.

Нотариус должен тщательно осмотреть документ с тем, чтобы выяснить, не имеется ли в нем материальных признаков, свидетельствующих о его полной либо частичной подделке, выяснить, нет ли в нем каких-либо логических противоречий. В надлежаще составленном документе бланк, оттиски печатей и штампов содержат одинаковое наименование учреждения, выдавшего документ; содержание текста соответствует профилю деятельности учреждения, от имени которого документ исходит; дата выдачи документа не может предшествовать дате изготовления бланка; дата изготовления бланка и дата выдачи документа не могут, в свою очередь, предшествовать событиям, которые зафиксированы в этом документе; содержание текста документа не может противоречить известным историческим фактам. Например, документ, выданный до 1978 г., не может содержать слов «Советы народных депутатов»; в печати учреждения на документе, выданном до 1996 г., не

может иметь место ИНН; в аттестатах о среднем образовании на бланках 2001 г. не может быть более одной подписи; в документе 1990 г. не может быть гербовой печати с государственной символикой в виде двуглавого орла; в документе, созданном до 1 июля 2003 г., не может быть государственной печати, изготовленной по ГОСТу.

Нотариус, свидетельствуя верность копии, не свидетельствует фактов, изложенных в документе, а лишь подтверждает факт тождественности текста и реквизитов копии тексту и реквизитам представленного документа (ст. 80 Основ законодательства РФ о нотариате). При свидетельствовании копий с документов он обязан проверить, не относится ли представленный документ к документам, копии с которых нельзя засвидетельствовать. Например, не следует снимать копии с документов, на которых имеется указание о том, что копия с этого документа не снимается или что документ копированию не подлежит. В частности, документ может иметь гриф секретности — реквизит, свидетельствующий о степени секретности сведений, содержащихся в их носителе, проставляемый на самом носителе и (или) в сопроводительной документации на него, что следует из Положения о порядке обращения со служебной информацией ограниченного распространения в федеральных органах исполнительной власти утвержденного постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1233, Закона РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне»¹. Такие отметки могут иметься на медицинских заключениях и справках, свидетельствующих о психическом заболевании лица.

Нотариус обязан тщательно сверить соответствие копии документу, удостовериться, что на нем отчетливо видны штамп и печать учреждения, дата выдачи документа, подписи должностных лиц с расшифровкой фамилии лица, подписавшего документ, что нет никаких не оговоренных исправлений и подчисток.

Документ и свидетельствуемая копия должны быть написаны ясно и четко, приписки и поправки должны быть

¹ СЗ РФ. 1997. № 41. Ст. 8220—8235.

сделаны так, чтобы все ошибочно написанное, а затем исправленное и зачеркнутое можно было прочесть в первоначальном тексте.

Нотариус выявляет, не являются ли документы дефектными или поддельными. К дефектным относятся документы, пришедшие в непригодность из-за ветхости, выцветшего текста или печати, случайной порчи, в которых отсутствуют необходимые реквизиты и т. д.

Подделка может заключаться в составлении целиком поддельного документа или в частичной подделке, изменении отдельных реквизитов, частей текста документа. Для обнаружения подделки можно использовать следующие приемы: осмотр документа под разными углами относительно источника света; осмотр документа на просвет; предварительное сравнение шрифта, печатей, штампов и др. При этом следует тщательно осмотреть не только лицевую, но и оборотную сторону документа, где также могут быть следы давления от штампов, следы подчищенных гашений удостоверительных надписей или печатей и т. д.

О частичной подделке свидетельствуют подчистка, травление, замазывание, зачеркивание, заклеивание части записей, приписки, подклейки, переделка записей, оттисков печатей и штампов.

Свидетельствование верности копий с документов, выданных за границей, может производиться лишь при наличии на их подлинниках легализации консулов или органов Министерства иностранных дел РФ. Сущность легализации состоит в том, что российский консул за границей или Консульское управление Министерства иностранных дел РФ устанавливает, что документы соответствуют законам страны, где эти документы и акты совершены; в некоторых случаях допустимо проставление на документе аполостиля.

При свидетельствовании копий документов, предназначенных для действия за границей, последние должны изготавливаться полностью на пишущей машинке или с помощью компьютерной техники. Изготовление копии методом светокопирования, как правило, не допускается. Печать проставляется на свободном месте документа под удостове-

рительной надписью, не затрагивая ее текста и подписи нотариуса. В копии документов нельзя вносить какие-либо дополнительные сведения, прочеркивать не заполненные до конца строки и другие свободные места, а также ставить на них мастичные штампы.

Документы находятся в постоянном движении: изменяются, утрачивают силу, издаются новые. Сложность работы с копиями и состоит в том, что требуется постоянное отслеживание изменений текущего законодательства, требований к документам, их формам и реквизитам. Так в соответствии с изменениями, внесенными в Трудовой кодекс РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ, индивидуальный предприниматель отнесен к числу работодателей, которые вправе заключать трудовой договор, вносить записи в трудовые книжки, что дает им право свидетельствовать подлинность подписи работника на документе, в том числе в трудовом договоре. Учитывая вышесказанное, в случае, если подпись гражданина на трудовом договоре будет засвидетельствована индивидуальным предпринимателем, нотариус вправе свидетельствовать верность копии трудового договора.

Определенная специфика присуща свидетельствованию копий с документов, подтверждающих образование. В Российской Федерации устанавливаются следующие образовательные уровни (цензы): 1) основное общее образование; 2) среднее (полное) общее образование; 3) начальное профессиональное образование; 4) среднее профессиональное образование; 5) высшее профессиональное образование; 6) послевузовское профессиональное образование. Лицам, не завершившим образование, выдается только справка установленного образца. Для того чтобы нотариусы могли правильно, в соответствии с законом, выполнять работу по свидетельствованию копий с документов, подтверждающих образование, нотариусы должны знать и соблюдать основные нормативные акты, регламентирующие порядок выдачи этих документов.

При свидетельствовании копий с дипломов необходимо проверять наличие реквизитов дипломов. Дубликат диплома имеет те же реквизиты, что и диплом. Приложение к ди-

плому «Выписка из зачетной ведомости», как указано в ее тексте, без диплома недействительна. В силу этого данный документ без предъявления диплома к засвидетельствованию копии не принимается. При свидетельствовании копии с выписки из зачетной ведомости нотариус сверяет с дипломом соответствующие реквизиты. Необходимо обращать внимание на совпадение подписей должностных лиц как на самом дипломе, так и на приложении к нему, поскольку в практике в нарушение инструкции в приложении к диплому, выдаваемому одновременно с дипломом, вместо подписи ректора учебного заведения может стоять подпись иного должностного лица. Свидетельствовать верность копии с такого приложения нельзя.

При свидетельствовании копий с документов, выданных органами загса, следует иметь в виду, что акты гражданского состояния, совершенные по религиозным обрядам до образования или восстановления органов записи актов гражданского состояния, приравниваются к актам гражданского состояния, совершенным в органах записи актов гражданского состояния в соответствии с действовавшим на момент их совершения законодательством, и не требуют последующей государственной регистрации.

Документы о браке, выданные до 20 декабря 1917 г. (до образования органов загса) церквями, кирхами, костелами, раввинами, магометанскими духовными правлениями (имамом или муллой) и другими религиозными учреждениями, находившимися на территории дореволюционной России, а также бывшими русскими церковными, консульскими учреждениями за границей, действительны — нотариусы должны свидетельствовать с них копии.

На практике может возникнуть вопрос: как определить дату выдачи свидетельства о рождении или других свидетельств загса старого образца, в которых нет графы «дата выдачи»?

Нотариальная практика исходит из того, что дата выдачи и дата регистрации акта гражданского состояния обычно совпадают, датой выдачи следует считать дату регистрации и копию с документа надо свидетельствовать. Если же в старом образце свидетельства загса в графе «дата регист-

рации» указана дата до установления советской власти, то нотариусу невозможно определить, когда выдан этот документ. Копию с такого документа следует свидетельствовать, однако в реестре необходимо указать на отсутствие даты выдачи документа.

Можно свидетельствовать копию с метрической записи о рождении, выданной церковными учреждениями до образования органов загса, вместе с дополнительной записью церковного учреждения о браке, при условии, что запись о браке совершена в пределах тех же сроков.

3. *Осуществление нотариального действия — свидетельствование копии с подлинника документа.* При свидетельствовании копии с копии документа надлежит руководствоваться формами реестров для регистрации удостоверительных надписей, утвержденными приказом Министерства юстиции РФ 10 апреля 2002 г. № 99¹, которые указывают на возможность только единожды засвидетельствовать копию с копии однажды уже засвидетельствованной копии документа. При этом на копии с копии должна быть выполнена удостоверительная надпись по форме № 51. Таким образом, законодательно ограничено число копий документов, поскольку удостоверительная надпись нотариуса на свидетельствуемых документах может выполняться согласно ст. 51 Основ законодательства РФ о нотариате, лишь по тем формам, которые установлены Министерством юстиции РФ.

Частью 2 ст. 77 Основ предусмотрена возможность свидетельствования не только копии документа, но и выписки из него. Верность выписки из документа может быть засвидетельствована только тогда, когда в документе, из которого делается выписка, содержатся решения нескольких не связанных между собой вопросов. Выписка должна воспроизводить полный текст, относящийся к конкретному вопросу. В качестве примера можно привести выписку из приказа, отдельные параграфы которого содержат не связанные между собой вопросы: назначение одного лица, увольнение другого, направление в командировку третьего

¹ См.: РГ. 2002. 24 апр.

и т. д. Приписки и поправки, сделанные в документе, оговариваются за подписью лиц, подписавших документ, и закрепляются печати. Как правило, употребляются следующие формулировки оговорки: «вписанному “января” верить», «зачеркнутое “5” не читать», «исправленному “Ольга” верить». Оговорка должна быть выполнена так, чтобы исключить любые сомнения в правильности изложения содержания документа.

Приписки и поправки, сделанные в копии, свидетельствуемой нотариусом, оговариваются, как правило, отдельно под удостоверительной надписью со вторичным приложением печати.

Документы, изложенные на нескольких листах, должны быть пронумерованы, прошнурованы и скреплены печатью — это требование ч. 3 ст. 45 Основ относится не только к свидетельствуемой копии, но и к документу, с которого свидетельствуется данная копия.

Необходимо прочеркивать в копиях документов незаполненные до конца строки и другие свободные места — это не позволит в последующем делать дописки к тексту копии, засвидетельствованной нотариально. Необходимо также прочеркивать удостоверительную надпись с обратной стороны документа, если текст копии располагается только на одной странице листа. В случаях, если нотариус не гасит удостоверительную надпись, это может быть использовано для изложения с обратной стороны любого другого текста и выдано за засвидетельствованный документ.

При оформлении наследственных дел, удостоверении сделок в нотариальных конторах остаются копии соответствующих документов. Эти копии не требуют нотариального засвидетельствования и свидетельствуются подписью нотариуса без взимания тарифа.

4. *Окончание нотариального производства по свидетельствованию копий документов.* Эта стадия предполагает издание нотариального акта, взыскание по тарифу, проставление подписи, печати, номера в реестре, сброшюирование акта и выдачу нотариального акта с сопутствующими

документами, копиями и т. д., подпись лица, получившего нотариальный акт в реестре.

Печать проставляется на свободном месте документа под удостоверительной надписью, не затрагивая ее текста и подписи нотариуса. При техническом исполнении нотариусом копии документа на первой странице копии в правом верхнем углу проставляется штамп «копия»; в местах подписей должностных лиц на копии — штамп «подпись»; в месте проставления печати на копии — штамп «печать учреждения, выдавшего документ». Если документ изготовлен путем свето- или фотокопирования, то только в левом верхнем углу проставляется штамп «копия». Если на такой копии не виден четко оттиск печати, то будет правильным в месте нахождения печати проставить штамп «печать учреждения, выдавшего документ».

Завершает текст копии штамп удостоверительной надписи о ее засвидетельствовании. Текст удостоверительной надписи не должен закрывать текст документа, делая его нечитаемым. В левом нижнем углу документа, затрагивая краем штамп удостоверительной надписи или должности, проставляется четкий оттиск печати нотариуса. Печать не должна закрывать подписи нотариуса. Данное требование содержится в п. 1.11 «Оттиск печати следует проставлять таким образом, чтобы он захватывал часть наименования должности лица, подписавшего документ» ГОСТ Р 6.38-90 «Система организационно-распорядительной документации. Требования к оформлению документов».

Это же правило закреплено в ГОСТ Р 6.30-2003 «Унифицированные системы документации. Унифицированные системы организационно-распорядительной документации. Требования к оформлению документов». Печатью скрепляется подпись ответственного должностного лица на документах, удостоверяющих права лиц, фиксирующих факты, связанные с финансовыми средствами, а также на иных документах, предусматривающих заверение подлинной подписи. Место нанесения печати может обозначаться символом «М. П.» без захвата наименования должности и подписи, например, на титульном листе трудовой книжки, в различных формах бухгалтерских документов. При отсут-

ствии отметки о месте нанесения печати следует проставлять ее оттиск таким образом, чтобы он захватывал часть наименования должности лица, подписавшего документ.

Не рекомендуется ставить печать поверх личной подписи, а также ниже реквизита «Подпись» на свободном месте листа. В первом случае и подпись, и печать практически не прочитываются, во втором — возникают подозрения, что печать была поставлена до подписания документа ответственным должностным лицом». Если оттиск печати закрывает подпись, бывает затруднительно определить, сделана она собственноручно или же с применением факсимиле либо нанесена путем ксерокопирования. В тех случаях, когда нотариусу лично известны подписи определенных должностных лиц, то он визуально может не определить, что подпись указанного в документе должностного лица могла быть выполнена другим лицом, поскольку ее скрывает оттиск печати.

В документах, предназначенных для действия за границей, оттиск печати проставляется на свободном от текста месте. Необходимо придерживаться данного правила, хотя указания по данному вопросу отменены.

На первой странице копии документа в правом нижнем углу под текстом документа проставляется часть наименования населенного пункта, например «г. Моск-», в котором практикует нотариус, а окончание наименования населенного пункта — «-ва» переносится на последнюю страницу копии документа, рядом с удостоверительной надписью с целью обозначить начало и конец документа. Все эти особенности исполнения копии документа, так называемые технические хитрости, позволяют принимающему ее нотариусу отличать представленную копию документа от поддельной.

Засвидетельствовать можно любое количество копий и выписок из документов, регистрируя при этом в реестре каждую копию, присваивая каждой из них номер в реестре и взыскивая тариф за каждую из них.

Важное значение имеет внесение записей в реестр засвидетельствованных копий документов.

При засвидетельствовании копий с документов и выписок из них в делах нотариальных контор не остается каких-либо документов, кроме записей в реестре. Записи в реестре имеют существенное значение, поскольку выписки из этих записей могут быть выданы заинтересованным лицам. Все свидетельствуемые копии записываются в общий или специальный реестр. Порядок внесения записей ранее определялся Указаниями по заполнению реестров для регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств и удостоверительных надписей на сделках и свидетельствуемых документах, изложенными в письме Министерства юстиции СССР от 24 ноября 1986 г. Данные указания были отменены приказом Министерства юстиции РФ 19 февраля 2002 г. за № 52. Однако, на наш взгляд, при заполнении реестров по регистрации нотариальных действий они все же могут быть применимы.

Запись в реестре может быть произведена либо самим нотариусом, либо иным работником нотариальной конторы, но только после того, как удостоверительная надпись на копии документа подписана нотариусом. В графе «Содержание нотариального действия» указываются наименование документа, его краткое содержание, фамилия, имя, отчество гражданина, которому принадлежит документ, кем и когда он выдан. Необходимо указывать количество страниц, на которых изложен документ, и количество экземпляров свидетельствуемых копий. При производстве записей оформленных копий возможно применение специальных штампов, в оттиске которых проставляются от руки лишь некоторые реквизиты записываемого документа. Такой способ регистрации не только облегчает работу по записи в реестр, но и экономит время нотариуса и клиента.

За свидетельствование верности копии документа, если законодательством РФ предусмотрена ее обязательная нотариальная форма, нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе, взимает государственную пошлину по ставкам, установленным законодательством Российской Федерации о налогах и сборах. Нотариус, занимающийся частной практикой, взимает нотариальный тариф в размере, который соответствует размеру государст-

венной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичных действий в государственной нотариальной конторе, и с учетом особенностей, установленных законодательством РФ о налогах и сборах (ст. 333²⁴ НК РФ).

Нотариальное засвидетельствование верности копий документов предусмотрено Федеральным законом от 26 сентября 1997 г. «О свободе совести и религиозных объединений»¹, а также Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и др.

Льготы при обращении за свидетельствованием верности копии документа предоставляются для отдельных категорий физических лиц и организаций с учетом требований ст. 333³⁵ и 333³⁸ НК РФ. Количество копий с одного и того же документа, подлежащее освобождению от уплаты государственной пошлины (тарифа), определяется в каждом отдельном случае с учетом необходимости представления количества документов в то или иное учреждение. Как правило, нотариус освобождает от уплаты пошлины за свидетельствование не более одной копии с каждого документа, которую требуется сдать в соответствующее учреждение.

В связи с тем, что ст. 333²⁴ НК РФ не определена ставка государственной пошлины за свидетельствование верности копий документов, а также выписок из документов, дискуссионным остается вопрос о размере ныне действующего тарифа, взимаемого за свидетельствование верности копии документа, для которого предусмотрена обязательная нотариальная форма. Ставка, которая должна взиматься при свидетельствовании таких копий, по мнению некоторых нотариусов, должна соответствовать ставке за прочие нотариальные действия — 100 руб.

¹ СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

Список сокращений

- АПК РФ** — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
- ВВАС РФ** — «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»
- Ведомости** — «Ведомости Верховного Совета (СССР, РСФСР)», «Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета (СССР, РСФСР, РФ)»
- ГК РФ** — Гражданский кодекс Российской Федерации
- ГПК РФ** — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
- НК РФ** — Налоговый кодекс Российской Федерации
- РГ** — «Российская газета»
- СЗ РФ** — «Собрание законодательства Российской Федерации»
- СК РФ** — Семейный кодекс Российской Федерации
- СУ РСФСР** — «Собрание узаконений РСФСР»
- УК РФ** — Уголовный кодекс Российской Федерации
- УПК РФ** — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

Содержание

Введение	5
Глава 1. Организация деятельности нотариата в Российской Федерации	13
§ 1. Конституционные основы деятельности нотариата	13
§ 2. Публично-правовая нотариальная деятельность	18
§ 3. Специфика правового статуса нотариуса	30
§ 4. Право на осуществление нотариальной деятельности	47
§ 5. Федеральная нотариальная палата — юридическое лицо публичного права	62
§ 6. Контроль в сфере нотариата	87
§ 7. Нотариальное право и процесс: предметы науки и преподавательской деятельности	100
Глава 2. Нотариальный процесс в Российской Федерации	106
§ 1. Развитие нотариального процесса	106
§ 2. Нотариальная защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц	119
§ 3. Стадии в нотариальном процессе	134
§ 4. Нотариальные действия	140
§ 5. Нотариальный акт	158
§ 6. Правовая природа нотариальных процедур	175
Глава 3. Нотариальные производства по отдельным нотариальным действиям	188
§ 1. Обеспечение доказательств нотариусами	188
§ 2. Протокол осмотра письменных и вещественных доказательств нотариусами в порядке обеспечения доказательств	200
§ 3. Допрос свидетеля при производстве нотариусом обеспечения доказательств	206
§ 4. Назначение экспертизы нотариусом при производстве по обеспечению доказательств	213
§ 5. Нотариальное производство по свидетельствованию копий с подлинника и копий с копий документов	223
Список сокращений	242

Калиниченко Тарас Григорьевич
**Нотариальное право и процесс
в Российской Федерации:
теоретические вопросы развития**

2-е издание, переработанное и дополненное

Монография

Юридическое издательство НОРМА
101990, Москва, Колпачный пер., 9а
Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com

Научно-издательский центр ИНФРА-М
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в
Тел.: (495) 380-05-40, 380-05-43. Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Редактор
Корректор
Художник *С. С. Водниц*
Верстка: *А. Ю. Виноградов*

Подписано в печать 00.00.11
Формат 84×108/32. Бумага офсетная
Гарнитура «Ньютон». Печать офсетная
Усл. печ. л. 00,0. Уч.-изд. л. 00,00
Тираж 0000 экз. Заказ №

По вопросам приобретения книг обращайтесь:

Отдел продаж «ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в. Тел.: (495) 380-42-60
Факс: (495) 363-92-12. E-mail: books@infra-m.ru

Отдел «Книга — почтой»
Тел.: (495) 363-42-60 (доб. 232, 246)
