

Научно-практический журнал Федеральной нотариальной палаты

НОТАРИАЛЬНЫЙ ВЕСТНИКЪ



04
2008

Документы – События и факты – Теория – Практика – Новые технологии –
Из истории нотариата

www.notariat.ru

Выборы как фактор нотариального ренессанса



Нуриман Шарафетдинов:
Выборы – это серьезнейшее испытание
российского нотариата на политическую
зрелость, социальную ответственность и
человеческую мудрость



Нотариальная защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц

Т.Г. Калининко,
нотариус Химкинского нотариального округа Московской области,
кандидат юридических наук

Под нотариальной защитой прав и законных интересов понимаются как система мер материально-правового порядка, применяемых в целях устранения препятствий на пути осуществления права, так и деятельность по применению этих мер, осуществляемых нотариусами в определённой процессуальной форме. Словарь русского языка С.И. Ожегова понятие

«защищать» определяет 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 её целей. Поэтому защитой гражданских прав является деятельность по устранению препятствий на пути их осуществления².

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. – С. 196.

² Вершинин А.П. (ПГУ) Судебная форма защиты субъективных прав. Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. – Владивосток: Дальневост. гос. ун-т, 1989. – С. 16; Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб.: Изд. СПб гос. ун-та, 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. (Ярослав. гос. ун-т). К понятию механизма защиты субъективных прав. Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. – Владивосток: Дальневост. гос. ун-т, 1989. – С. 9.

«При осуществлении защиты присутствует также и... момент предупреждения правонарушений в будущем»¹. «Лучшая форма защиты права – предупреждение нарушений»². Соответственно нотариальная защита права носит предупредительный характер.

Гражданский кодекс РФ не упоминает нотариат в числе органов, осуществляющих защиту гражданских прав (ст. 11). В правовой литературе также, как правило, не предусматривается возможность нотариальной формы защиты³. Некоторые авторы ограничивают правозащитную деятельность нотариуса совершением исполнительной надписи, нередко с определенными оговорками⁴. Основной причиной сложившегося положения является непонимание сути понятия правового статуса нотариуса⁵, что приводит к неиспользованию его потенциала⁶, сведению роли нотариуса к формальному «проставлению» им удостоверительной надписи на документах⁷, рассмотрению его в качестве «тормоза» гражданского оборота⁸. Данный подход во многом обусловлен неопределенностью роли и места нотариуса в правовой системе России, непониманием его правозащитной функции. Вместе с тем следует отметить определенный

вклад авторов, исследовавших проблему защиты гражданских прав, её формы, способы и сущности защиты⁹.

В Конституции РФ 1993 г. в большей степени акцент сделан не на защите прав граждан и юридических лиц как на публично-правовом институте, а на функции осуществления юридической помощи, которая в отличие от публичной нотариальной деятельности носит частный характер и связана в основном с понятием «услуга», имеющей частноправовое содержание¹⁰.

Нотариальная защита прав вытекает из существа ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате (далее – Основ), в которой главной задачей нотариата является обеспечение защиты прав и законных интересов граждан. К числу основных способов нотариальной защиты гражданских прав (охраняемых законом интересов)¹¹ относятся признание бесспорных прав и подтверждение бесспорных юридических фактов. Эти способы носят материально-правовой характер. В ряде норм ГК РФ имеется прямое указание на возможность защиты нарушенного права посредством совершения нотариусом исполнительной надписи, которая представляет собой «распоряжение нотариуса о взыскании с долж-

¹ *Арефьев Г.П.* Некоторые вопросы понятия охраны субъективных прав. Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. – Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1981. – С. 69.

² *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.

³ *Ем В.С.* Гражданское право. Т. 1. – 2-е изд. / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: Бек, 2000. – С. 411–412; *Сергеев А.П.* Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. – М.: Проспект, 2002. – С. 337–339; *Брагинский М.И.* Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право; Фирма «Спарк», 1995. – С. 63–66.

⁴ *Побирченко И.Г.* (Киев. гос. ун-т) 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. – СПб.: Изд. СПб. ун-та, 1997. – С. 52; *Базилевич А.И.* Формы защиты субъективных гражданских прав: Дисс. канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2001. – С. 164.

⁵ *Калининченко Т.Г.* Публично-правовая нотариальная деятельность // Нотариальный вестник – № 5. – 2006; *Калининченко Т.Г.* Правовой статус федерального нотариуса // Нотариальный вестник. – № 6. – 2006.

⁶ *Ярков В.В.* Нотариат в правовой системе России // Нотариус. – 1997. – № 2(4). – С. 4.

⁷ *Формин 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.

⁸ *Витрянский В.В.* Вторая часть Гражданского кодекса о договорных обязательствах // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 6. – С. 125; *Вершинин А.П.* Указ. соч. – С. 58.

⁹ Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М.: Юрист, 1997. – С. 222; Советское гражданское право. Ч. 1 / Под ред. В.А. Рясенцева. – М.: Юрид. лит., 1986. – С. 264.

¹⁰ *Калининченко Т.Г.* Публично-правовая нотариальная деятельность // Нотариальный вестник. – № 5. – 2006; *Калининченко Т.Г.* Правовой статус федерального нотариуса // Нотариальный вестник. – № 6. – 2006.

¹¹ 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.: Изд. СПб. гос. ун-та, 1997. – С. 18).

ника в пользу кредитора денежных сумм или имущества...»¹⁴. Так, п. 3 ст. 630 ГК РФ предусматривает, что взыскание с арендатора по договору проката задолженности по арендной плате производится в бесспорном порядке на основании исполнительный надписи нотариуса.

Таким образом, ГК РФ признаёт в отдельных случаях то, что защита прав участников гражданского оборота может производиться нотариусом, в том числе путём исполнительной надписи. Однако нотариальная защита права связана не только с исполнительной надписью, её понятие более ёмкое. Поэтому необходимо расширить рамки юрисдикционной формы защиты гражданских прав и предусмотреть наряду с судебным и административным порядками защиты защиту гражданских прав нотариусом. В отраслевой правовой литературе отмечается, что нотариальная защита прав и охраняемых законом интересов может осуществляться:

а) посредством юридического подтверждения и закрепления гражданских прав в целях предупреждения их возможного нарушения в будущем (удостоверение бесспорных прав и фактов, свидетельствование документов и т.д.). Например, для того чтобы возникло ипотечное право, необходимо наличие двух правообразующих действий: нотариальное удостоверение и государственная регистрация договора об ипотеке¹⁵;

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

Анализ нотариальной защиты права собственности демонстрирует, 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, подлежащие в силу закона нотариальному удостоверению, возникают в момент их нотариального удостоверения; принятие нотариусом в депозит денежных сумм и ценных бумаг).

Форма нотариальной защиты права – это процесс публичного подтверждения нотариусом существования или изменения правомочий, со-

ставляющих содержание права, в целях придания им официального характера и/или 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 определённом месте и прочие аналогичные также могут рассматриваться как составной элемент формы нотариальной защиты права в силу наличия связи с определёнными правомочиями.

Итак, нотариальная защита права осуществляется в двух основных формах:

- нотариального удостоверения возникновения, изменения, прекращения права;
- нотариального свидетельствования наличия права собственности.

Например, удостоверение возникновения, изменения, прекращения правомочий собственности представляет собой публичное подтверждение изменения правоотношения собственности (по субъектному составу, содержанию и пр.) и играет роль одного из обязательных элементов юридического состава, необходимого для возникновения (изменения, прекращения) правоотношения. Нотариальная защита права в форме удостоверения имеет место, например, при удостоверении сделок – несоблюдение обязательной нотариальной формы сделки влечёт её недействительность. Такая сделка считается ничтожной. В отличие от удостоверения нотариальное свидетельствование наличия права не влияет на его действительность, а представляет собой публичное подтверждение существования и бесспорности (в силу специфики нотариальной компетенции) права. В качестве примера нотариального свидетельствования как формы нотариальной защиты права можно привести выдачу свидетельства о праве на наследство.

Между тем применение этих способов происходит в нотариально-процессуальной форме, посредством осуществления производства при совершении нотариальных действий. Это подтверждается особенностью правовых норм, регламентирующих защиту прав, являет их смежный характер на стыке материального и процессуального права¹⁶. Нотариальная защита прав содержит и «материально-правовой, и процессуально-правовой» смысл, т.к. специаль-

¹⁴ Лесницкая Л.Ф. Исполнительная надпись нотариуса // Комментарий судебной практики. Вып. 6. – М.: Юрид. лит., 2000. – С. 138.

¹⁵ Гришасев С.П. Комментарий к Федеральному закону «Об ипотеке (залоге недвижимости)». – М.: Юристъ, 2003.

¹⁶ Вершинин А.П. Выбор способа защиты гражданских прав – СПб., 2000. – С. 43.

ной терминологии для разграничения защиты в области материальных и процессуальных прав не имеется¹⁷. Кроме того, в литературе высказано мнение о том, что сами способы защиты гражданских прав могут быть как материально-правовыми, так и процессуальными¹⁸. Это полностью отражает тенденции развития публичного нотариального права и нотариального процесса. Сами нотариальные действия, например выдача нотариусом свидетельства о праве на наследство или принятие им мер к охране наследственного имущества, следует относить как к материальным, так и процессуальным способам защиты гражданских прав¹⁹.

Защита прав может существовать как «юридическая деятельность по устранению препятствий на пути осуществления субъектами своих прав и пресечению правонарушений, восстановлению положения, существовавшего до правонарушения»²⁰. 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 ещё не нарушенного права. И лишь в ряде случаев они служат средством защиты права, которое нарушено, то есть когда необходимо не только внести определённую в спорное правоотношение, но и устранить нарушение субъективного права истца²¹. 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. Тем не менее данная позиция не основана на нормах ныне действующего Гражданского кодекса РФ, поскольку нотариусам не подведомственны «спорные» дела. Гражданин, обращающийся к нотариусу за подтверждением своих бесспорных прав, имеет целью устранение всякой неопределённости по поводу принадлежащего ему права,

получение документа, подтверждающего государственное признание за ним определённого права (нотариус РФ совершает нотариальное действие от имени государства, согласно ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате), 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) станут 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, факт приобретения имущества в браке и т.д.)²².

В современной юридической литературе обращается внимание на то, что «признание права» как мера превентивного (предупредительного) характера в определённой степени гарантирует от его нарушения²³. 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 отменён в судебном порядке. Нельзя не признать, что нотариус ограничен 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, т.к. защите подлежат требования и бесспорного характера. Поэтому спорной является теоретическая позиция о нотариальной деятельности как «превентивном правосудии»²⁴.

¹⁷ Волованин В.П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров – Свердловск, 1974. – С. 5–6.

¹⁸ Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб.: Изд. СПб. ун-та, 1997. – С. 29–69.

¹⁹ О разграничении понятий «материально-правовые» и «процессуальные» способы защиты гражданских прав см.: Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. – Ленинград: Изд. ЛГУ, 1968. – С. 71–72.

²⁰ Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. – СПб.: Изд. СПб. ун-та, 1997. – С. 17.

²¹ Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. – М.: Былина, 1996. – С. 122; Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. – М.: Высшая школа, 1975. – С. 106; Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. – М.: Высшая школа, 1967. – С. 123.

²² Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. – Юрьев, 1912; Хрестоматия по гражданскому процессу / Под ред. М.К. Треушников. – М.: Юрид. бюро «Городец», 1996. – С. 135–136.

²³ Треушников М.К. Современные проблемы гражданского и нотариального процесса // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9. – С. 36.

²⁴ Жуйков В.М. Нотариат как институт превентивного правосудия // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9. – С. 30.

Нотариальная форма защиты прав также не определяется в юридической литературе. Между тем это комплекс особых нотариальных процедур, осуществляемых нотариусом в рамках нотариального процесса. Нотариальная форма защиты прав предполагает определённый порядок защиты права, осуществляемый нотариусом, обладающим юрисдикцией. Таким образом, нотариальной формой защиты прав можно считать «комплекс внутренних согласованных организационных мероприятий по защите субъективных прав, протекающих в рамках единого правового режима»²⁵. В нашем случае нотариус имеет определённый статус и правовой режим деятельности. Таким образом, нотариальная форма защиты гражданских прав исходит из существа юрисдикции нотариуса. В своё время Д.М. Чечот выделял нотариальную форму защиты субъективного права и охраняемого законом интереса²⁶. В отличие от характера прав, подлежащих защите, может рассматриваться соответственно спорный и беспорядный порядок принудительного осуществления субъективных гражданских прав и интересов²⁷. Таким образом, нотариальная форма защиты прав относится к юрисдикционной форме. Под гражданской юрисдикцией следует понимать деятельность всех органов, наделённых полномочиями по разрешению юридических дел спорного или беспорядного характера в сфере гражданского оборота, протекающую в рамках процедурно-процессуальных форм различной

степени сложности.²⁸ Ранее нотариальная форма защиты гражданских прав осуществлялась в рамках административной формы²⁹, поскольку нотариат традиционно рассматривался в качестве органа государственного управления³⁰. 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 палаты³¹. Однако нотариус не является должностным лицом, а наделяется государством определёнными публично-правовыми полномочиями. При этом важен сам характер публичной нотариальной деятельности³². Правовая природа нотариата не управленческая, а правоприменительная³³. Основные формы управленческой деятельности не имеют ничего общего с осуществлением нотариальных действий³⁴. Административный порядок защиты гражданских прав по своему характеру соответствует таким отношениям, которые основаны на подчинении одного субъекта другому³⁵. 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 дела³⁶. К подведомственности нотариуса относится установление фактов, имеющих юридическое значение. Нотариус удосто-

²⁵ Бутнев В.В. (Ярослав, гос. ун-т) К понятию механизма защиты субъективных прав. «Субъективное право: проблемы осуществления и защиты». – Владивосток: Дальневост. гос. ун-т, 1989. – С. 9; Сергеев А.П. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. – М.: Проспект, 2002. – С. 337.

²⁶ Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. – Ленинград: Изд. ЛГУ, 1968. – С. 71–72.

²⁷ Воложанин В.П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. – Свердловск, 1974. – С. 7; Воложанин В.П. Формы защиты субъективных гражданских прав // Правоведение. – 1971. – № 6. – С. 86.

²⁸ Ярков В.В. Профессия нотариуса // Нотариус. – 2000. – № 4(24). – С. 16.

²⁹ Воложанин В.П. Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном: Дисс. док. юрид. наук. – Свердловск, 1975. – С. 22; Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. Там же. – С. 20–21; Вершинин А.П. Выбор способа защиты гражданских прав. – СПб., 2000. – С. 87.

³⁰ Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. – Ленинград: Изд. ЛГУ, 1968. – С. 60; Авдеенко Н.И., Кабакова М.А. Нотариат в СССР. – Ленинград: Изд. ЛГУ, 1984. – С. 17; Юдельсон К.С. Советский нотариат / Под ред. В.И. Ширвинского. – М.: Гос. изд. юрид. лит-ры, 1959. – С. 27.

³¹ Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде. Там же. – С. 20–21; Вершинин А.П. Выбор способа защиты гражданских прав. Там же. – С. 87.

³² Калинин Т.Г. Публично-правовая нотариальная деятельность // Нотариальный вестник. – № 5. – 2006. Калинин Т.Г. Правовой статус федерального нотариуса // Нотариальный вестник. – № 6. – 2006.

³³ Треушников М. Современные проблемы гражданского и нотариального процесса // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9. – С. 36.

³⁴ Административное право / Под ред. Л.Л. Попова. – М.: Юрист, 2002. – С. 250.

³⁵ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 168.

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

веряет факт нахождения гражданина в живых, в определённом месте, факт тождественности личности гражданина с лицом, изображённым на фотографии, удостоверяет время предъявления документов (гл. XIV Основ). 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. Для удостоверения времени предъявления документов к нотариусам чаще всего обращаются в целях последующего осуществления прав, в том числе нотариальной защиты авторства³⁷. 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 диссертаций³⁸. Свидетельствуя верность копий документов, нотариус подтверждает факт соответствия копии представленному оригиналу, а свидетельствуя подлинность подписи на документе, устанавливает факт подписания документа определённым 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 счёте, реализации права другого гражданина (сособственника) на отчуждение принадлежащей ему доли недвижимости любому третьему лицу. В этом случае нотариус подтверждает факт подписи строго определённого лица на документе определённого содержания. Нотариат защищает интересы, связанные с установлением очевидных фактов и обстоятельств, в то время как суд устанавливает такие факты и обстоятельства, существование которых не представляется очевидным и тре-

бует достаточно обширного анализа доказательств³⁹. При этом следует учитывать, что при установлении фактов и признании прав «бесспорными» в широком смысле слова именно письменные доказательства, на основании которых нотариус выносит своё решение, являются определяющими. Вместе с тем следует отметить, что при совершении нотариальных действий нередки случаи столкновения интересов различных граждан и возможны ситуации, близкие к конфликтным⁴⁰. Именно правовой конфликт, не дошедший до стадии «спора», часто приводит гражданина к нотариусу с целью получения доказательства государственного признания его права. 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»⁴¹. Правовой конфликт может выразиться не только во взаимоотношениях определённых лиц. Он наступает и в случае, если имеются иные реальные препятствия (либо угроза их возникновения) при осуществлении гражданских прав. На преодоление этих 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 в пределах своей подведомственности. Нотариальный процесс, в рамках которого осуществляется защита гражданских прав и интересов, можно определить как урегулированную нормами закона деятельность нотариусов по совершению нотариальных действий от имени государства. Деятельность нотариуса протекает в особой процессуальной форме, среди основных признаков которой выделяются следующие:

- 1) наличие определённых предусмотренных законом гарантий, таких как беспристрастность и независимость нотариуса в своей деятельности, национальный язык нотариального про-

³⁷ Калининченко Т.Г. Нотариальные процедуры доказывания авторства // Нотариальный вестник. – № 3–2008.

³⁸ Зайцева Р.Ф., Галева Р.Ф., Ярков В.В. Настольная книга нотариуса. Т. II. – М.: Бек, 2000. – С. 294; Комментарий к Основам законодательства РФ о нотариате / Под ред. В.Н. Аргунова. – М.: Спарк, 1996. – С. 132.

³⁹ Чечот Д.М. Неисковые производства. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 14–15.

⁴⁰ Швахтген А. Деятельность нотариуса на благо гражданского общества // Нотариус. – 2002. – № 4(36). – С. 21.

⁴¹ Доказательственная и исполнительная сила нотариального акта: Докл. на междунар. семинаре в Праге // Нотариальный вестник. – 1998. – № 2. – С. 26–28.

изводства, тайна совершения нотариального действия, запрещение нотариусу заниматься предпринимательской деятельностью и т.п.;

2) основные правила совершения нотариальных действий строго регламентированы законом;

3) лица, в отношении которых совершается нотариальное действие, имеют определённые процессуальные права (например, право требовать от нотариуса разъяснения последствий совершаемых нотариальных действий, содействия в их осуществлении, право на предоставление переводчика и т.п.);

4) вынесенное по делу нотариальное решение должно основываться только на фактах, установленных нотариусом на основе исследования бесспорных доказательств и соответствовать закону;

5) оперативность совершения нотариального действия;

6) нотариальное действие (отказ в его совершении) может быть обжаловано в судебном порядке.

В нотариальном процессе присутствуют в основном те лица, в отношении которых совершается нотариальное действие (либо их представители). С одной стороны, сложившийся порядок рассмотрения нотариусом бесспорных дел в определённой 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, тем более что в правовой литературе этот вопрос ещё не достаточно разработан⁴².

Следует отметить, что в литературе нередко игнорируются правозащитные функции нотариата указанием на отсутствие у него возможности «принудить лицо, нарушившее право, к восстановлению первоначально существовавшего положения и необходимость дальнейшего обра-

щения к компетентным органам»⁴³. У нотариуса существует такое право. Например, 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, заключённое после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога, исполнительная надпись⁴⁴. Остальные акты, вынесенные нотариусом, в случае их неисполнения теми или иными лицами подлежат «пересмотру» в судебном порядке.

Вместе с тем нельзя не подчеркнуть, что многими авторами справедливо отмечается «особая доказательственная сила» нотариальных актов⁴⁵; не имея заранее определённой силы, они вызывают больше доверия у суда, поскольку выданы независимым, беспристрастным, компетентным лицом, не заинтересованным в исходе спора⁴⁶. 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 заранее добровольно соглашаются с оперативным исполнением взятых на себя обязательств⁴⁷. Такой подход представляется вполне эффективным для разгрузки судов от дел бесспорного производства⁴⁸.

Проблема нотариальной защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц лежит в плоскости публичного права. Между тем существуют и иные толкования функций и роли нотариуса, которые искажают суть института нотариата и не способствуют развитию его публично-правового статуса. Прежде всего некоторые авторы ассоциируют нотариальную

⁴² Алёшина Т.Е. Нотариальная форма реализации права: Дисс. канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – С. 101–102 и др.; Москаленко И.В. Сущность и значение нотариата // Нотариус. – 2000. – № 5(37). – С. 7; Арсенов В.Н. Правовые основы нотариальной деятельности / Под ред. В.Н. Аргунова. – М.: Бек, 1994. – С. 75–76.

⁴³ Базилевич А.И. Указ. соч. – С. 167.

⁴⁴ Жуйков В.М. Нотариат как институт превентивного правосудия // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9. – С. 30.

⁴⁵ Гемес С. Суды и нотариат // Нотариальный вестник. – 1998. – № 2. – С. 36; Доказательственная и исполнительная сила нотариального акта: Докл. на междунар. семин. в Праге // Нотариальный вестник. – 1998. – № 2. – С. 26–28; Монтеро Х.-П. Нотариат и судебное ведомство // Нотариальный вестник. – 1998. – № 4. – С. 13; Алёшина Т.Е. Нотариальная форма реализации права. Дисс. канд. юрид. наук. – Саратов, 2001. – С. 15.

⁴⁶ Жуйков В.М. Нотариат как институт превентивного правосудия: единство и различие с судебными органами // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9. – С. 30.

⁴⁷ Швахтген А. Деятельность нотариуса на благо гражданского общества // Нотариус. – 2002. – № 4(36). – С. 22.

⁴⁸ Жуйков В.М. Указ. соч. С. 30.

правозащитную деятельность с оказанием «правовой (юридической) помощи», которая является услугой²⁹. Согласно ст. 128 ГК РФ услуги являются одним из объектов гражданских прав. Как правило, большинство из них носит возмездный характер. Это вытекает 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 согласно ГК РФ некоторые услуги могут оказываться безвозмездно либо в силу самого существа договора, либо в соответствии с его условиями. Однако эти услуги никоим образом не связаны с нотариальной деятельностью, в процессуальных рамках (в определённой стадии нотариального процесса) которой происходит бесплатное консультирование. В большей степени возмездный и безвозмездный характер правовой помощи свойственен адвокатской деятельности.

Интересно, что Европейский Суд по правам человека неоднократно обращался в своих решениях к теме бесплатной юридической помощи, рассматривая её в контексте ст. 6 европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая гласит: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или предъявления 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», то есть 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: сокращение нагрузки на судей путём широкого использования внесудебных примирительных мер или распространения практики заключения мировых соглашений непосредственно до начала судебного разбирательства; внесение изменений в процессуальное законодательство с тем, чтобы сделать процедуру более простой и понятной для граждан; упрощение требований, предъявляемых к документам, используемым в судебном процессе; более широкое распространение право-

вой информации, включая судебные решения, среди юристов и общественности; улучшение системы и процедуры апелляционного пересмотра решений, особенно в гражданских и коммерческих делах, которые обычно «тянутся» гораздо дольше, чем дела уголовные. В пункте 6 указанного плана действий говорится, что «на практике надлежащие системы оказания юридической помощи являются существенной составляющей равного для всех доступа к правосудию и могут включать оказание юридической помощи, включая предоставление юристами; предоставление информации, юридическое консультирование в часы и на месте, выбранные с учётом 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; действие 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 носит частноправовой характер в отличие от публично-правовой нотариальной деятельности. Внесудебными примирительными процедурами в основном занимаются адвокаты, а мировые соглашения удостоверяются нотариусами, когда у сторон уже сформировалось желание примирения и они ни в коем случае не могут воздействовать на стороны и тем более оказывать посреднические услуги, когда в законе прямо указан их запрет. Статья 6 Основ говорит о том, что нотариус не вправе заниматься самостоятельной предпринимательской и никакой иной деятельностью, кроме нотариальной, научной и преподавательской, а также оказывать посреднические услуги при заключении договоров. Мировые соглашения – это сделки, и никакой посреднической деятельности при этом нотариусами не осуществляется.

В этом смысле интересно отношение определённой части учёных к так называемой проблеме «медиации»³⁰. «Профессия нотариуса как никакая другая пригодна для выполнения посреднических функций в рамках примирительных процедур», – говорится в книге «Оптимизация гражданского правосудия в России» под редакцией профессора В.В. Яркова. Активная поддержка указанной точки зрения Федеральной

²⁹ Оптимизация гражданского правосудия России / Под ред. проф. В.В. Яркова. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 125–126.

³⁰ Там же.

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. В указанной книге подчеркивается то, что «нотариусы образуют единственную профессиональную группу, традиционно выступающую в качестве беспристрастного консультанта для предотвращения и урегулирования споров»⁵¹. Между тем 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. Может быть, нотариальные действия и предотвращают возможные споры в будущем, но это происходит не в связи с оказанием нотариусами посредничества 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.