**АНАЛИТИЧЕСКАЯ СПРАВКА**

к Концепции Закона Республики Казахстан

«О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нотариате»

За последние годы существенным и негативным образом изменился подход к регулированию нотариальной деятельности, нотариальный корпус пополняется, не самыми лучшими с профессиональной точки зрения кадрами, сокращается круг полномочий, нотариат оказался практически вытесненным на законодательном уровне из сферы корпоративных и имущественных отношений, в том числе путем внедрения института регистрации сделок с недвижимым имуществом и ряда других.

Последовательно сужается сфера обязательного нотариального удостоверения. ГК РК сначала свел нотариальное удостоверение сделки к простому проставлению удостоверительной надписи нотариуса, затем предусмотрел составление договоров отчуждения недвижимости и транспорта в простой письменной форме.

За год нотариусы совершают огромное количество нотариальных действий, однако доминирующая часть из них приходится на простейшие виды нотариальных действий. Фактически, работа нотариуса перестала быть интересной по содержанию, к тому же она оказалась несбалансированной экономически из-за отсутствия выверенных и объективно рассчитанных тарифов за нотариальные действия.

Постепенно стало выявляться несовершенство правовой регламентации нотариальной деятельности и возникла необходимость ее приведения в соответствие с изменяющимися социально-экономическими условиями.

Необходимость реформирования нотариата обусловлена актуальными проблемами в социально-экономической и правовой сферах нашего государства, когда граждане становятся жертвами противоправной деятельности и других негативных явлений, возникающих на фоне развития демократических принципов и *явного ослабления квалифицированного правового сопровождения* гражданского оборота.

В действующем Законе «О нотариате» *функции государственного контроля над нотариусами и нотариальными палатами все больше обретают образ некой заинтересованности в этом общественно-опасном контроле и занимают все более доминирующее положение над здравым смыслом и целесообразностью.*

Нотариальные палаты утратили контрольные функции, практически нет способов реального и оперативного реагирования на негативные тенденции, в том числе, в право-применении, присутствует многое другое, позволяющее сделать вывод, что сам Закон перестал соответствовать формирующимся сейчас в обществе социально-экономическим требованиям.

Разнообразные причины необходимости реформирования нотариата тесно взаимосвязаны, потому что основанием деградации и низкой востребованности нотариата в сфере гражданско-правовых отношениях явилось как раз *неэффективное законода**тельное регулирование нотариальной деятельности.*

Стоит заметить, что 1997г. стал годом кардинального реформирования нотариата - из советской модели в модель современную, казахстанскую. Причем прежние проблемы требовали, как раз проведенных изменений, т.е. создания принципиально нового института. Та реформа оказалась оправданной в том отношении, что она позволила снять чрезвычайно острые проблемы, существовавшие на тот период. Но в последующем государство фактически проявило равнодушие к судьбе нотариата, перейдя на точечное, порой, неоднозначное и противоречивое регулирование некоторых аспектов его деятельности через отдельные нормы в некоторых законах.

Такое отношение вряд ли можно назвать оправданным лишь только потому, что нотариат, без каких-либо серьезных экономических затрат со стороны государства, может быть использован в качестве надежного правового гаранта в сфере имущественных отношений, чтобы облегчить работу суда через процедуру внесудебного урегулирования споров, расширение компетенции, исполнительную силу нотариального акта и так далее.

В сегодняшних условиях реформа советского нотариата, вызванная принятием действующего закона и созданием наряду с государственным внебюджетной модели, исчерпала свой позитивный потенциал.

Казахстанский нотариат значительно потеснен, стал пассивен и не отвечает потребностям сегодняшнего делового оборота. На законное место нотариата пришли неэффективные и не заменяющие нотариат структуры. Состояние законодательства о нотариате во многом не соответствует тенденциям, которые характерны для современного общества. Нерешенность целого ряда вопросов остро нуждается в четкой законодательной регламентации.

Серьезные проблемы нотариата и развивающаяся вокруг него правовая действительность, в условиях принятия противоречивых законодательных норм, требуют концептуальной реформы нотариата, изменения существующего правового регулирования нотариальной деятельности и разработки новой Концепции развития нотариата, а в перспективе и нового Закона.

Давно вызрела необходимость внесения в повестку дня съезда представителей нотариальных палат (других территориальных и общереспубликанских мероприятий) весь комплекс актуальных и критически проблемных вопросов нотариата, и его дальнейшего развития в качестве эффективного регулятора гражданско-правовых отношений, сохранения объективности и независимости его деятельности, в свете развития гражданского, гражданско-процессуального и иного законодательства.

В определенной степени виновато в сложившейся ситуации само нотариальное сообщество, которое стало пассивным и абсолютно не занималось достаточной работой по представлению обществу, законодательным и исполнительным органам, преимуществ института нотариата, которые вполне ясны для профессионала, но не столь очевидны для граждан, предпринимателей и того же государства.

*В этой связи, одним из самых важных сегодня вопросов стала необходимость повышения инициативы самого нотариального сообщества для аргументированного и компетентного отстаивания своей корпоративной позиции перед законодателем.*

Полагаю, после известных событий в январе текущего года, наметился новый этап для реформирования нотариата уже в современном Казахстане.

Для оценки актуальности той либо иной проблемы и ее влияния на будущее нотариата необходимо исходить из целого ряда факторов социально-экономического и правового характера, отражающих глубинные тенденции в развитии нашей правовой системы и воздействующие на нотариат, как на составную часть этой системы, хотя нотариат не выделен в ней в той степени, в которой этого требуют цель и назначение нотариата, как правозащитного института.

Поэтому, проблемы нотариата кроются, прежде всего, в принципиальных изменениях правовой системы, которая испытывает больше потребности в традиционной модели латинского нотариата, в которой привыкли работать большинство сознательных и добросовестных нотариусов-профессионалов, несколько усовершенствованной, в зависимости от экономических и правовых реалий сегодняшнего времени.

В этой связи, самым актуальными вопросами совершенствования не только нотариальной деятельности, но и всей правовой системы РК, являются вопросы об определении:

*- правового статуса нотариуса* – лица, наделенного государством публично-правовыми полномочиями и обладающего печатью с изображением Государственного герба РК;

*- понятия нотариата,* сохраняющего свою неоднозначность и двойственную природу, функционирующего на границе частной и публичной сфер, в связи с чем, именно на пути соединения этих двух конкурирующих начал и возникают сложности в определении сущности нотариата. Думается, что такой дуализм мешает не только правильному пониманию нотариата, который государством оценивается лишь как некий бюрократический механизм, но в целом независимости и самостоятельности частного нотариата и его развитию.

*- статуса нотариального действия (акта)*, учитывая, что нотариус, обладает делегированными ему государством полномочиями, следовательно, от него исходит официальный документ*;*

- термина*нотариальное действие* - в виду отсутствия в законодательстве дефиниции этой категории**;**

- термина *нотариальная деятельность*, поскольку законодательство ограничивается только общим ее описанием, не давая ее понятия.

*- статуса нотариальных органов самоуправления* в условиях реформы государственного устройства, ограничения государственного вмешательства в различные виды деятельности и возможного перевода нотариата на саморегулирование;

*- расширения сферы компетенции* нотариата, с учетом, сегодняшних правовых и экономических реалий, требований государства и общества.

Сегодняшнее положение отечественной нотариальной системы привело к появлению проблемы определения сущности нотариата, которая видится главной, основной, без решения которой обсуждение всех иных проблем утрачивает актуальность, а также тесно примыкающей к ней проблемы расширения функций нотариусов. Очевидно, что необходимо законодательное реагирование на решение данной проблемы.

Представляется, что в новом нотариальном и гражданском законодательстве *должны быть расширены нормы нотариально-правовой защиты* в целях более надежного обеспечения прав и имущественных интересов граждан, придания прозрачности гражданскому обороту, содействия государству в осуществлении им контрольных функций в социально-экономической сфере. Это позволит более конструктивно подойти к реформированию института нотариата на законодательном уровне, опираясь на базовые положения Гражданского кодекса.

В интересах граждан и иных участников гражданского оборота, необходимо использовать невостребованный потенциал нотариата в полном объеме, в связи с чем, необходимо расширение компетенции нотариата, перечня нотариальных действий и введения новых, возврат исключенных, как наложение запрещения, а также наделение нотариуса полномочиями по комплексному оказанию юридической помощи гражданам (по консультированию, сбору документов на регистрацию прав и юридических лиц, присутствию на заседаниях органов управления юридических лиц, по вопросам образования, избрания органов управления, распоряжения имуществом и так далее).

Предполагается использовать потенциал института нотариата в таких же объемах, что и в большинстве европейских стран. В частности, законодательное закрепление доказательственной силы и публичного признания нотариально оформленных документов, в виде нормы об освобождении от доказывания обстоятельств, содержащихся в нотариально удостоверенном документе, если эти обстоятельства и данные нотариальные действия не оспариваются при рассмотрении другого гражданского дела, и ряда других положений.

Необходимо, чтобы нотариат более активно использовал способы мирного (альтернативного) разрешение споров в рамках медиации. В профильном Законе есть все закрепленные правовые элементы медиации, которыми нотариат может воспользоваться. К сожалению, сегодня такая перспективная форма разрешения споров в нотариате практически не реализуется ни в брачно-семейных отношениях, ни в делах о наследовании, не говоря уже о других сделках.

Предлагается разработать и установить экономически обоснованные размеры нотариальных тарифов и единый порядок их исчисления и взыскания, с вычетом затрат нотариуса на обеспечение нотариальной деятельности.

Концепция должна предполагать переход к более активной модели нотариата, которая не ограничилась бы возложением на нотариусов лишь удостоверительных функций, осуществляемых нами в настоящее время, а также более активное использование нотариальных процедур в оформлении сделок с недвижимым имуществом

В рамках активной модели перед нотариатом должна быть поставлена задача оказывать комплексную юридическую помощь всем заинтересованным участникам гражданского оборота на равных условиях, с наличием полномочий по сбору всех необходимых документов для совершения нотариального действия, проверки достоверности всего фактического состава путем активных действий. Такой подход освободит граждан и организации от необходимости обращения к органам власти и различным посредникам за сбором документов.

Концепция должна предполагать повышение требований к представителям нашей профессии.

На современном этапе развития гражданского права на первое место выдвигаются проблемы соотношения публично-правовых и частноправовых методов регулирования общественных отношений, и как производное от этого – ***пределы государственного вмешательства в частнопредпринимательскую и профессиональную деятельность.***

К сожалению, сам нотариат ничего не предлагает государству в качестве эксперимента, а государство реформирует его по своему собственному усмотрению и «законсервировало» его развитие. *Все формы нотариальных гарантий правовой защиты граждан давно опробованы, оправданы и доступны во всем мире, но их потенциал не востребован в Казахстане.* Например, нынешний Гражданский кодекс *не относит нотариальное удостоверение сделки к способам защиты права, хотя именно таковым оно и является.*

Необходимость расширения сферы компетенции нотариата, в том числе, на сделки с недвижимостью, обоснована и доказана практикой установления прозрачных правовых и экономических отношений в тех областях, *где действует нотариус*.

Поэтому, есть все основания ввести обязательную нотариальную форму для сделок с недвижимым имуществом, далее с движимым имуществом, подлежащим государственной регистрации или учету, чтобы право граждан на собственность было защищено надежно, а у государства не было оснований для сомнений в законности данных сделок.

Вопрос сегодня заключается в другом -*КТО СЕГОДНЯ ЕСТЬ НОТАРИУС? Кого государство наделяет частью своих исконно государственных полномочий и почему допускает к отправлению публично-правовой нотариальной деятельности неограниченное число лиц, профпригодность которых стоит под большим знаком вопроса?!*

Обществу и назначившему на должность нотариуса государству ***не должно быть безразлично, кто конкретно будет отправлять публично-правовые юрисдикционные функции.***

Насколько отвечает национальным интересам и правовым традициям скатывание Казахстанского нотариата к стандартам юридической безопасности стран общего права, уже приведшим однажды к ипотечному и последовавшему за ним всемирному экономическому кризису? Одной из основных причин кризиса производных ипотечных бумаг в США была необеспеченность соответствующих ипотечных кредитов, вызванная, в свою очередь, ***отсутствием минимального контроля на этапе заключения сделок****.*

С учётом компетенции нотариусов, в том числе в юридически сложных сферах (наследование, корпоративное право, сделки), *готово ли наше государство к многократному повышению издержек на содержание судебной системы и является ли оправданным для государства «расплачиваться» за подобные эксперименты повышением количества споров при недостаточно эффективной судебной системе и ростом напряжённости в обществе?*

Регулирование права на квалифицированную юридическую помощь в Конституции РК свидетельствует об общегосударственном значении указанного права и создает *правовую основу для обеспечения единого стандарта* оказания качественной, надежной и квалифицированной нотариальной помощи, обеспечивающей юридическую безопасность прав обращающихся.

К числу угроз юридической безопасности относят, как правило, пробелы правового регулирования права на юридическую помощь, судебная волокита, недоступность юридической помощи (в нашем случае, в силу снижения профессионального уровня нотариального корпуса), коммерциализация юридических услуг и низкая эффективность.

Необходимо принятие концептуальных поправок в Закон, которые позволили бы окончательно решить вопрос, *определяющий особый единый общереспубликанский правовой статус нотариуса, связанный с выполнением им отдельных функций, присущих государственным органам.*

Выполнение этих функций обоснованно предопределяет приравнивание нотариуса к статусу государственного служащего, обладающего определенными полномочиями по воле государства, следовательно, возможностью, т.е., *правами и обязанностями, осуществлять профессиональную деятельность от имени государства.*

Если говорить о том, что нотариат должен стать тем, чем он может быть, то он должен способствовать достижению двух основных целей. Это достижение стабильности гражданского оборота и защита добросовестного участника. Нотариат может здесь помочь.

Это государственная задача — использовать потенциал той социальной структуры, которая уже существует и готова сделать все то, что она должна и может. Регулирование нотариальной деятельности *должно быть комплексным*, а значит концептуальные изменения в Закон «О нотариате» должны согласовываться с международными нотариальными стандартами.

И если говорить о комплексном регулировании: *оно должно быть на основе принципов, которые скрепляют систему и позволяют ей работать эффективно.*

В этой связи, гарантией эффективности нотариата должен быть ***надлежащий профессиональный контроль за допуском к профессии с ее конституционной значимостью***.

Естественно, должен быть и раздел об ответственности нотариусов, об усилении профессионального корпоративного (поскольку государственный оказался неэффективен) контроля за деятельностью нотариусов, ограничении числа лиц, допускаемых к осуществлению публично-правовой нотариальной деятельности, улучшении порядка формирования кадров нотариального корпуса и ряд других.

Необходимость проведения кардинальной реформы нотариата связана с пониманием объективных правовых и социально-экономических факторов и негативных тенденций, оказывающих влияние на правовую систему и национальный правопорядок Казахстана.

Представляется, что государство, будучи заинтересованным в становлении и улучшении этого правового института, может за счет нового правового регулирования его укрепить и сделать необходимым для общества. К тому же прошедшие 25 лет убедительно показали, что эффективной замены нотариату в гражданском обороте не нашлось.

Новое правовое регулирование должно обеспечить *фундаментальное закрепление нотариата в правовой системе на конституционном уровне* и полноценное использование его потенциала в сфере гражданского оборота, ибо, *не может успешно формироваться правовое государство без эффективного использования всех правовых институтов, в том числе и нотариата.*

Хотелось бы надеяться, что государство поддержит проведение реформы с целью коренной перестройки нотариата, определения его роли и места в гражданских правоотношениях наравне с нотариусами европейских стран.

Представляется оправданным обратить основное внимание на необходимость применения *нового и системного подхода* к реформированию нашего законодательства о нотариате, с учетом сохранения и развития основных принципов профессиональной деятельности, самоуправления нотариата, которые могут и должны стать основой для перехода нотариата на совершенно новый уровень самоорганизации - саморегулирование, при обязательном учете характера нашей деятельности.

Обсуждение данных вопросов требует более активного участия представителей нашего профессионального сообщества. С учётом меняющихся политико-правовых, экономических условий, реформ государственного управления, судебной и правоохранительной систем, развития национального законодательства, которое в отдельных случаях оказывает негативное воздействие на осуществляемую нами публично-правовую деятельность, представляется целесообразным:

# - признать необходимость применение нового системного и взвешенного подхода к реформированию казахстанского законодательства, в особенности, отдельных ключевых положений действующего Закона «О нотариате», в целях обеспечения связанности правового регулирования и жизнеспособности нотариата в новых условиях, которые за прошедшие 10 лет характеризуются *необоснованным сокращением участия нотариусов в процедурах придания законности наиболее важным частноправовым отношениям;*

- в максимально сжатые сроки, *разработать Дорожную карту* нотариальной реформы на ближайшую перспективу для выработки пошаговых мероприятий законодательного, практического и информационного характера, в интересахпоследовательной модернизации профессии и порядка осуществления нотариальной деятельности в соответствии с современными потребностями участников гражданского оборота и публичными интересами;

- считать необходимым широкое публичное обсуждение основных параметров реформы нотариата в РК, с учетом специфики его функций, полномочий и ключевых особенностей, как в рамках стандартного законодательного процесса, общественного обсуждения, так и на других открытых площадках, в том числе на сайтах государственных органов;

- предложить, прежде всего сознательной части нотариусов, а также другим заинтересованным лицам и государственным органам, *принять активное участие* в разработке Закона РК «О внесении изменений в Закон РК «О нотариате» и создании Дорожной карты с целью максимального учёта интересов всех заинтересованных сторон;

- довести до сведения органов государственной власти и общественности объективную аргументированную информацию о существующих серьезных проблемах регулирования нотариата и *недостаточности использования его потенциала* для экономического развития страны и её правовой системы в контексте международной конкуренции национальных юрисдикций;

-признать, что получивший широкое распространение в государственной политике и повседневной практике подход, при котором основным инструментом экономического роста и социального развития рассматривается конкуренция на всех уровнях, *приводит к повышению* *конфликтности в обществе и возобладанию, во всех случаях, наиболее экономически сильного субъекта в ущерб наименее защищённому;*

- *учесть* международный опыт по использованию бесспорной юрисдикции нотариата в промышленно развитых странах и быстрорастущих экономиках, сделавших осознанный выбор *в пользу нотариата латинского типа.*

- отметить роль развитого и современного латинского нотариата в защите прав собственности, обеспечении юридической безопасности наиболее важных и сложных транзакций, прежде всего, в сфере оборота недвижимости, как непременного следствия полной достоверности юридических актов волеизъявления и питаемых ими публичных реестров (государственных информационных ресурсов).

- признать обоснованным взаимодополняющий и взаимовыгодный потенциал тесного взаимодействия систем электронного документооборота, включая Единую нотариальную информационную систему (ЕНИС), и ее полноценного вовлечения в систему государственного межведомственного электронного взаимодействия, в целях облегчения существующих юридических процедур для заинтересованных лиц и *включения ЕНИС в перечень государственных информационных систем и ресурсов;*

- рассматривать в качестве перспективного*более активное и комплексное участие* нотариата в обеспечении профессионального юридического сопровождения сторон сделок, обладающих различными экономическими и фактическими возможностями, а также для прозрачного и безопасного перехода прав собственности с полноценным соблюдением фискального и иного публичного интереса государства.

- признать, что уровень юридических гарантий, предоставляемых нотариусом обращающимся к нему лицам, предполагает ***достаточность его экономического обеспечения*** в условиях самофинансирования публично-правовой деятельности и полной имущественной ответственности и ***учесть оправданную необходимость*** совершенствования системы оплаты труда нотариуса, включая оплату за правовую и техническую работу, и систему предоставления льгот определенным категориям граждан;

- *признать целесообразным и необходимым* усиление предупредительно-профилактической функции нотариата и рассматривать ее в качестве желательного, имея в виду более широкое использование в нотариальной деятельности примирительных процедур, наделение нотариальных действий (актов) особым свойством - доказательственной силой, аналогично доказательственной преюдиции, предполагающей достоверность содержащейся в нотариальных актах информации;

- признать необходимым повышение уровня представительства и качества взаимодействия органов самоуправления нотариата с законодательной и исполнительной властью РК, и защиту объективности и независимости профессиональной деятельности нотариуса.

Более детальное видение развития нотариата на ближайшую перспективу представлены в проекте Концепции Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нотариате». Проект Концепции не содержит конкретных предложений по вопросам нотариального производства и направлен прежде всего на пересмотр существующей системы правового регулирования нотариальной деятельности.

Нотариус города Алматы Ислямиев С.Н.