**8.** **Конституционные основы организации нотариата,****правовой статус нотариуса и совершаемых им публичных функций. Определение понятий нотариальной деятельности, нотариального действия. Критерии оказания квалифицированной юридической помощи**

8.1. Известно, что стержнем правовой системы является Конституция, в которую включены положения о праве граждан на квалифицированную юридическую помощь и по общим принципам, это право должно являться ориентиром в процессе законотворчества в нотариальной сфере.

Юридическая природа права на квалифицированную юридическую помощь носит конституционно-гарантирующий характер, призванный обеспечивать надлежащие юридические предпосылки для последовательной право-реализации и эффективного достижения гражданами юридических целей, включая судебную защиту своих прав и свобод.

Вместе с тем, разнохарактерные признаки существующих проблем нотариата в сфере оказания гарантированной государством квалифицированной юридической помощи свидетельствуют о том, что государство, наделив нотариат определенными публично-представительскими функциями, взяв на себя обязательства гарантировать право каждому на получение квалифицированной помощи, *не обусловило необходимость выделения института нотариата на конституционном уровне и надлежащего закрепления института нотариата в правовой системе.*

Представляется, что действующее положение нотариата в свете его конституционно-значимого предназначения требует пересмотра.

8.2. Самым актуальным вопросом совершенствования, не только нотариальной деятельности, но и всей правовой системы РК, является вопрос определения правового статуса нотариуса (за 25 лет государством так и не определен), наделенного публичными функциями государства и обладающего печатью с изображением Государственной символики РК, статуса нотариального действия и исходящего от него документа.

Внесенные в 2011 году в Закон «О нотариате» поправки дали повод для еще более неоднозначного и неопределенного отношения к статусу нотариуса.

Представляется, что Закон «О нотариате» давно требует определения правового статуса нотариуса и его правового регулирования. Нотариус (применительно к частнопрактикующему) – это публичное лицо, получающее полномочия от государства, реализующий их по его поручению и под его контролем, т.е. государство, будучи заинтересованным в соблюдении законности и обеспечении равной защиты прав всех субъектов, *наделяет нотариуса полномочиями по реализации публичного интереса.*

Нотариальная деятельность не может быть по своей природе предпринимательской, направленной на извлечение прибыли и ее нельзя рассматривать как оказание услуг, реализация товаров или производство работ*.*

Основным предназначением нотариата является оказание гражданам квалифицированной юридической помощи, котораярассматривается как *публичная функция (деятельность).* Получение такой помощи, в том числе бесплатно, является конституционно гарантированным правом каждого, кто в ней нуждается.

Согласно пункту 3 статьи 13 Конституции РК, каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. *«Выполнение нотариатом своих задач имеет предназначением обеспечивать...в том числе право каждого на получение квалифицированной юридической помощи»* *(из Постановления Конституционного Совета РК от 31 января 2005 года № 1).*

Правовой статус нотариуса составляют, прежде всего, его права и обязанности, установленные законами, регулирующими нотариальную деятельность, в том числе, «О нотариате», «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» и др., предусматривающие полномочия нотариуса, наделение которых является следствием их публично-правового статуса. К примеру, такая функция, как подача нотариусом документов на государственную регистрацию является одной из таких публичных функций, осуществляемой нотариусами в интересах заинтересованных лиц и государства.

 *«Признание характера деятельности нотариата публично-правовым означает, что**она связана с выполнением нотариусом отдельных функций, присущих государственным органам»* *(Из Дополнительного постановления Конституционного Совета РК от 6 июля 2006 года № 3)*.

На нотариат возложена конституционная обязанность по защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц в частноправовой сфере, как на публично-правовой институт и правовой инструмент, без которого невозможен гражданско-правовой оборот и должное правовое обеспечение рыночных экономических отношений.

Таким образом, нотариат представляет собой правовой, правозащитный институт, который своей деятельностью *реализует публичную власть государства, путем делегирования государством отдельных публичных функций государственно-властного характера.*

В соответствии с международными стандартами, к которым стремится Казахстан, нотариальная деятельность должна осуществляться *представителями независимой юридической профессии.*

В связи с вышеизложенным представляется что нотариус, статус которого определяется как публичный, должен осуществлять нотариальные действия от имени Республики Казахстан.

8.3. Действующее законодательство ограничивается только общим поверхностным описанием нотариальной деятельности, не давая определения ни нотариальной деятельности, ни нотариальным действиям.

Учитывая, что в соответствии с п. 1 ст. 22 ЗРК «О нотариате» нотариус имеет печать с изображением Государственного герба Республики Казахстан, что в свою очередь, свидетельствует об обладании нотариусом особыми полномочиями, делегированными ему государством, следовательно, от него исходит официальный публичный документ (имеющий особую (повышенную) доказательственную и исполнительную (принудительную) силу, обязательства по которому обеспечиваются государством и его правоохранительной системой.

Нотариальные действия не ограничиваются, исключительно и собственно выдачей, удостоверением или свидетельствованием какого-либо документа, а представляют собой комплекс мер (юридически значимых действий, в том числе предварительного и последующего характера, совершаемых в рамках внесудебного процессуально-процедурного порядка), направленных на получение желаемого правового результата в виде нотариального документа (акта);

Исходя из понятия нотариального акта, данного в версии одного из законопроектов, представляется необходимым дать определение понятиям нотариальной деятельности и нотариального действия. Только после дачи определения этим понятиям следует определить значение термина - нотариальный акт.

Нотариальная деятельность - публично-правовая профессиональная квалифицированная юридическая деятельность, направленная на обеспечение конституционно-значимых функций государства по защите прав и законных интересов участников гражданско-правовых и иных правоотношений и оказанию им квалифицированной юридической помощи *путем совершения нотариальных действий* в пределах бесспорной юрисдикции.

Нотариальные действия - юридически значимые действия, совершаемые нотариусами и должностными лицами уполномоченными на совершение нотариальных действий, в результате которого частные факты, события и документы приобретают характер публичных (официальных) и обладают особой (повышенной) доказательственной и исполнительной (принудительной) силой.

Состав и объем нотариальных действий устанавливается настоящим законом и иным законодательством Республики Казахстан, регулирующим нотариальную деятельность.

*Версия одного из законопроектов* - При совершении нотариальных действий составляется нотариальный акт.

Нотариальным актом является официальный публичный документ, удостоверенный, выданный или засвидетельствованный нотариусом, или должностным лицом, уполномоченным на совершение нотариальных действий, за исключением документов, на которых свидетельствуется только подлинность подписей.

Нотариальный акт, на котором свидетельствуется только подлинность подписей признается частным документом.

Нотариальный акт обладает особой (повышенной) доказательственной и исполнительной (принудительной) силой. Содержащиеся в нотариальном акте обстоятельства и факты освобождаются от доказывания в судебном процессе, при условии, если эти обстоятельства и факты (или) данный нотариальный акт не оспариваются или не обжалуются при рассмотрении другого гражданского дела.

Понятие «нотариальный акт» как категория используется в большинстве стран где функционирует латинский нотариат.

Нотариальный акт является результатом нотариальной деятельности. Он рассматривается в двух смыслах:

1) как нотариальное действие, на которое уполномочен нотариус;

2) как документ, к которому предъявляются строгие формализованные требования.

Для нотариального акта характерны следующие особенности: это официальный документ, принимаемый уполномоченным лицом, составленный в соответствии с установленными правилами, на основании индивидуального обращения, порождающий соответствующие права и обязанности, обязательный к исполнению, заключающийся в применении нормы материального права к выявленным фактическим обстоятельствам. При этом нотариальный акт имеет повышенную доказательственную силу в суде.

Так же отмечаем, что Модельный Закон «О нотариате» государств – участников СНГ также закрепляет понятие нотариального акта.

В этой связи необходимо нотариальным документам придать силу нотариального акта.

8.4. Как показывает практика, обращение к нотариальной помощи в ряде случаев может избавить от необходимости последующего обращения в суд, что, во-первых, упрощает процедуру защиты прав граждан и юридических лиц, а, во-вторых, существенно разгружает судебную систему. Тем самым, достигается состояние баланса между интересами государства и личности.

Между тем, в действующем нотариальном законодательстве *предупредительная нотариальная функция* не отражена. В частности, она не упоминается в ст. 1 Закона РК «О нотариате», что *следует считать пробелом, требующим восполнения*.

(*В реализацию поручения Межведомственной рабочей группы при Администрации Президента РК по вопросам совершенствования правоохранительного и хозяйственного законодательства и практики его применения от 22.12.2017 года о внесении в срок до 1 апреля 2018 года в Администрацию Президента предложения: по модели дальнейшего развития нотариата Казахстана, перспективам его развития в условиях внедрения цифровых технологий, в том числе основанных на «искусственном интеллекте», совершенствованию системы оказания нотариальных услуг, обеспечивающей в том числе их* ***предупредительную от возможных имущественных споров функцию).***

8.5. Основной источник любого законодательства - **Конституция РК.** Получение квалифицированной юридической помощи является конституционно гарантированным правом каждого, кто в ней нуждается. Основной статьей Конституции РК в регулировании нотариата является ст. 13 **Конституции РК**, закрепляющая право граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

Представляется, что отсутствие, до настоящего времени, в Законе «О нотариате» указания на Конституцию, как на основной источник законодательства, для публично-правовой нотариальной деятельности недопустимо.

8.6. Представляется, что правовым пробелом в законодательстве является тот факт, что государством так и не *определены критерии, позволяющие оценить, была оказана квалифицированная помощь или нет.*

Конституционное положение о праве каждого на получение квалифицированной юридической помощи имеет более широкое поле и рассматривается «как право личности на обращение к адвокату, нотариусу, прокурору, государственному органу, общественной организации за получением юридической консультации, других видов юридической помощи с целью обладания юридическими знаниями, для защиты нарушенных прав, юридического закрепления субъективных прав и предупреждения их возможного нарушения в будущем»

Возведение права на квалифицированную юридическую помощь до конституционного уровня обусловлено тем важным обстоятельством, что отсутствие данной нормы лишает лицо возможности получить юридическую помощь, что, в свою очередь, приводит не только к существенному ограничению либо ущемлению законных прав и интересов человека и гражданина, нарушению принципа равенства перед судом, но иногда и к необратимым последствиям для граждан и всего общества в целом.

Свидетельством тому являются недостатки в законодательной реализации данного положения, отмечаемые в ежегодных посланиях Конституционного Совета РК о состоянии конституционной законности в стране, а также учеными-правоведами и другими представителями юридического сообщества.

Ими обращается внимание на недостаточность законодательных механизмов оказания квалифицированной юридической помощи, отмечаются недостатки в практической деятельности отдельных институтов, к примеру, адвокатов, нотариусов, частнопрактикующих юристов, государственных органов и учреждений и т.д. Отдельные же авторы обращают внимание на необходимость дачи официального толкования пункта 3 статьи 13 Конституции в целях определения понятия «квалифицированной юридической помощи». Ряд авторов указывает, что реализация данного права затруднена отсутствием понятия юридической помощи в процессуальных законах.

Конституционный Совет дает точную оценку отмечая, что «конституционно-правовая задача оказания квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам является обязанностью, главным образом адвокатов», что в свою очередь не исключает участия в процессе оказания юридической помощи иных субъектов.

Нотариальная деятельность является разновидностью профессиональной юридической деятельности и представляет собой гарантию права гражданина на квалифицированную юридическую помощь.

Квалифицированная юридическая помощь обеспечивается тем, что к субъектам, ее оказывающим, предъявляются повышенные профессиональные и моральные требования.

Примечательно, что квалифицированной, в соответствии с мировой практикой может считаться помощь, оказываемая специалистами права - как минимум *лицами, имеющими юридическое образование, при обязательном соблюдении профессиональных стандартов и этических норм, поддерживаемых профессиональным контролем. Вне этих стандартов и норм юридическая помощь квалифицированной признана быть не может.*

Квалифицированная юридическая помощь предполагает не просто предоставление юридических услуг квалифицированным специалистом, а оказание именно качественной юридической помощи. Таким образом, *под квалифицированной юридической помощью следует понимать деятельность лиц, обладающих специальными познаниями в области права, по оказанию качественных правовых услуг.*