

**МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ
КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ**

**КЫРГЫЗСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ Ж.БАЛАСАГЫНА**

Диссертационный совет Д.12.10.419

На правах рукописи
УДК: 347.961 (574)(043.3)

АХАШЕВА АРДАК КАЖИЕВНА

**ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ СТАНОВЛЕНИЯ И
РАЗВИТИЯ НОТАРИАТА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН**

специальность: 12.00.01 – теория и история права и государства;
история правовых учений

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Бишкек- 2010г.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования

Нотариат, как объект научного, исследования представляет собой важнейший феномен, требующий к себе пристального внимания в юридической науке. Это обусловлено такими обстоятельствами, как необходимость выяснения понятия и правовой природы нотариата, его места в системе правовых институтов и отраслей права, основополагающих функций, соотношения с институтами власти и гражданского общества. История становления нотариата как совокупности правовых и экономических механизмов, призванных не допускать нарушения прав и законных интересов участников гражданского оборота и позволяющих им реализовать эти права, свидетельствует о том, что институт нотариата является одним из наиболее эффективных механизмов соблюдения прав участников гражданского оборота.

Актуальность проблемы усиливается ещё и тем, что в рамках проводимой экономической реформы в обществе в 1997 году признан и законодательно закреплён институт частного нотариата. Принятие закона связано с фундаментальным реформированием отношений собственности и иных имущественных отношений в Республике Казахстан и потребовавшими адекватных правовых способов их защиты, в том числе и путем развития системы нотариата.

Строительство в Казахстане правового государства требует дальнейшего совершенствования специализированных институтов, связанных с защитой прав и свобод граждан. Одной из важных задач является совершенствование системы нотариальной деятельности. Необходимо нормативно-правовое определение роли нотариата как части правовой инфраструктуры, обеспечивающей дополнительную стабильность и юридическую безопасность отношений в гражданском обороте, качественную защиту прав и законных интересов граждан и организаций. Национальная модель нотариата должна обеспечивать доступность нотариальной помощи на всей территории страны.¹

О нотариате как об одном из эффективных правовых механизмов, обеспечивающих охрану имущественных и связанных с ними неимущественных прав, заговорили в последние годы лишь после принятия закона и целого ряда других законодательных актов, а также образования сообщества нотариусов. Другой причиной необходимости реформирования нотариальной системы РК стал декларируемый приоритет прав человека, как высшей ценности, нашедший прямое закрепление в ст. 2 Конституции Республики Казахстан.

Можно выделить следующие проблемы, связанные с нотариатом. Во-первых, вопрос о природе нотариата, который позволяет понять роль нотариата и установить его связь с другими правоохранительными органами Республики Казахстан. Во-вторых, вопрос о независимости нотариальных

¹ Назарбаев Н.А. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года

органов и вопрос об их «управляемости», то есть подчинённости ведомствам руководящим органами юстиции. В-третьих, вопрос о функциях нотариата. В-четвёртых, вопрос об эффективности деятельности нотариусов. Последний вопрос тесно связан со статусом нотариусов, уровнем их юридической подготовки.

Реформирование государственной и экономической сферы поставило проблемы по построению новых взаимоотношений между государством и гражданином, гражданином и организациями, а также по созданию эффективных правовых механизмов, обеспечивающих защиту прав и законных интересов граждан и организаций в новых экономических условиях. Одним из инструментов обеспечения государством гарантированных конституционных прав граждан, и их законных интересов является институт нотариата. Вместе с тем, государство и его органы не могут самоустраняться в вопросах правового регулирования деятельности нотариата, что, к сожалению, имеет место в системе государственного управления страны и актуализирует необходимость совершенствования административного законодательства в данной сфере.

Особенно актуальными на современном этапе являются проблемы правовой политики государства в отношении нотариата, задачи современного переосмысления его истории в Республики Казахстан в связи с особенностями ее культурно-исторического развития, организационно-правовые основы систем нотариата стран Запада, вопросы использования мирового опыта в процессе формирования нормативно-правовой базы нотариата в Республике Казахстан.

Перед отечественной правовой наукой стало ряд конкретных задач. Среди них выявление проблем, связанных с реализацией норм законодательства Республики Казахстан о нотариате, определение баланса интересов государства и лиц, занимающихся частной нотариальной практикой, приведение законодательства в этой части в соответствие с Конституцией Республики Казахстан и Гражданским кодексом Республики Казахстан.

В настоящее время в правовой науке много дискутируется о роли и месте нотариата в системе гражданской юрисдикции и правовой системе Республики Казахстан. Однако более или менее целостной концепции развития нотариата в стране пока ещё нет. Есть некоторые работы по нотариату, которые в основном носят комментирующий характер, описывая сложившуюся систему законодательства и практику его применения.

На это особенно чутко реагируют практикующие нотариусы, организаторы нотариального дела. Требуются дальнейшие теоретические обобщения, комплексные исследования проблемы в целях обеспечения эффективных форм защиты прав и законных интересов участников гражданского оборота, значения нотариата для государства, общества и гражданина.

Поскольку прежняя система государственного нотариата не отвечала нуждам нового гражданского оборота, назрела необходимость реформы

системы нотариата. До 1997 года в Республике Казахстан существовал лишь государственный нотариат, деятельность которого регулировалась законом Казахской ССР «О государственном нотариате» 1973 года. Новые принципы организации нотариальной деятельности, заложенные в законе Республики Казахстан «О нотариате», не только решили организационные проблемы по нотариальному обеспечению субъектов гражданско – правовых отношений, но и позволили государству практически снять с себя большинство организационных вопросов и материальных затрат в этой сфере.

Актуальность данного исследования обусловлена тем фактом, что в юридической литературе проблемы правовой политики государства в отношении нотариата, его современные организационно – правовые основы в контексте сравнительно-правового изучения мирового и исторического казахстанского опыта остаются мало исследованными. Все это в совокупности и актуализирует тему настоящего исследования.

Актуальными задачами являются изучение опыта работы нотариальных контор с учетом практических рекомендаций, определение места и роли нотариата в правовой системе Республики Казахстан.

В этой связи назрела практическая потребность изменения законодательства о нотариате, что требует научной разработки проблем, связанных с организацией и деятельностью института нотариата. Необходимость теоретического изучения указанной проблематики представляется особенно актуальной. Разработка данной темы должна вестись в рамках проблемного поля исследования правовой науки: теории и истории государства и права, теории конституционного права и административного права.

Степень научной разработанности темы.

Проблемы, определяемые темой диссертации, были предметом исследования в общетеоретической и отраслевой литературе. Нотариат в Республике Казахстан долгое время не занимал должного места в юриспруденции. В целом подобная ситуация сохраняется в настоящее время.

Следует констатировать и тот факт, что какой – либо значимой научной работы, посвященной развитию нотариальной деятельности в Республике Казахстан в настоящее время не существует. Все исследования по данной проблематике сводятся лишь к комментарию закона Республики Казахстан «О нотариате». Нет работ, представляющих целостный подход к проблеме государственного воздействия на данный институт.

В дореволюционном отечественном правоведении, в экономической, исторической науках вопросы становления и развития института нотариата исследовались как в теоретическом, так и в историческом плане такими учеными, как Н.П. Ляпидевский, А.М. Фемилиди.

В ходе подготовки диссертации также были изучены работы Репина В.В., Г. Б. Романовского, О. В. Романовской, Л. Л. Шаповаловой, Л.Н. Полтавской, Т.Р. Козуб, Калиниченко Т. Г., Е. Денисовой, Н. Шерафутдинова, О. Хышиктуева, Л. Шаповаловой, Н. П. Лазарева, В.

Яркова, Зейдер Н.Б., Е. Б. Тарбагаевой, М. К. Треушникова, И. Г. Черемных, Г. Г. Черемных, В. Яркова и др. Т. Зайцевой, Р. Галеевой, Л. Стешенко, Т. Шамба и др. Эти проблемы на общетеоретическом уровне достаточно обстоятельно разработаны в ряде монографических исследований, включая диссертации, а также в коллективных трудах, сборниках и материалах научных конференций.

При подготовке диссертации широко использовалась современная отечественная литература по истории и теории нотариата, истории и теории государства и права. При рассмотрении вопросов организации нотариата в странах Запада нами использовалась зарубежная юридическая литература, в которой разрабатываются проблемы проведения реформы нотариата, интеграции законодательства в сфере нотариата европейских государств. Это работы В.Баратта, Ж.Ягр и Ж.-Ф.Пиепу и др.

В конце 90 – х годов стали появляться статьи как по истории становления института нотариата, так и по основным проблемам его современного состояния. В них обсуждаются актуальные проблемы возрождения и перспектив развития частного нотариата в Республики Казахстан, разработки его правовой базы, использования национального и международного опыта и т.п. Тем не менее, в отечественной юридической литературе практически отсутствуют фундаментальные исследования, посвященные определению роли и места нотариата в правовом государстве, которые рассматривали бы его в контексте отечественного и международного опыта, с учетом актуальных проблем реформационного процесса в Республике Казахстан.

Вместе с тем в казахстанской научной литературе известны труды таких ученых как С.С. Сартаева, Г.С. Сапаргалиева, М.К. Сулейменова, Сабикенова С.Н., Абдрасулова Е.А., Ибраевой А.С., Исламовой К., и другие, в чьих работах более и или менее освещены проблемы, обозначенные в настоящем исследовании. В кыргызстанской научной литературе по данной проблематике имеются труды таких ученых как А.А. Арабаева, Э.Д. Бейшембиева, Э.Э. Дуйсенова, Мукамбаевой Г.А. и некоторых других.

Цель и задачи исследования.

Целью настоящего диссертационного исследования заключается в том, чтобы на основе как общетеоретических идей построения правового государства, так и выводов отраслевых юридических наук, изучения истории законодательства Республики Казахстан, зарубежных стран, действующего законодательства, выводов исторической науки, комплексно и всесторонне исследовать историко-правовой аспект становления и развития нотариата, особенности его деятельности в Республики Казахстан в современных условиях, выработать рекомендации по решению актуальных проблем и дальнейшему совершенствованию института нотариата.

Задачами исследования являются:

1. изучить историю становления и развития нотариата;
2. проследить развитие института нотариата в дореволюционном Казахстане;

3. выявить особенности организации нотариального дела в советский период отечественной истории и дать им историко-правовую оценку;

4. в целях сравнительного анализа рассмотреть латинскую и англосаксонскую системы нотариата, с учетом возможности использования положительного опыта в процессе реформирования правовой базы нотариата в Республике Казахстан;

5. определить место и роль нотариата в государственном управлении в условиях рыночных экономических отношений, развития институтов и структур гражданского общества в Республике Казахстан;

6. выявить актуальные теоретические и практические проблемы, возникающие сегодня в связи с деятельностью нотариальных контор в Республике Казахстан и наметить пути ее организационно-правового совершенствования.

Объект исследования составляют историко-правовые предпосылки практики нотариальной деятельности в Республике Казахстан в условиях проведения экономических и социально-политических реформ.

Предметом исследования являются историко-правовые и теоретические аспекты формирования института нотариата, разработки и реализации организационно-правовых основ деятельности нотариата с учетом отечественного и зарубежного опыта, процесс реформирования и совершенствования нотариального законодательства.

Научная новизна. Диссертация представляет собой комплексное, логически завершенное исследование исторических, теоретико-методологических и прикладных аспектов разработки нотариального законодательства и его реализации в условиях проведения масштабных реформ и становления правового государства в Республике Казахстан. Новизна диссертационного исследования заключается в следующем:

➤ Впервые в теории и практической деятельности нотариата Республики Казахстан автором поставлен предмет отдельного комплексного исследования институт правовых основ и принципов нотариальной деятельности в Республике Казахстан.

➤ Автором дан анализ общетеоретического определения института нотариата, и его роли в правовой системе Республики Казахстан. Раскрыта впервые практика реализации правовых положений государственного воздействия на развитие этого института в Республике Казахстан.

➤ На основе большого архивного законодательного материала автором показан процесс развития института нотариата в дореволюционном законодательстве.

➤ Рассмотрена латинская система нотариата, выявлены его особенности, принципы, показан процесс восприятия его особенностей в правоприменительной практике нотариата Республики Казахстан, имеющей в современный период тенденции к переходу именно к этой модели нотариата, что, видимо, будет заложено в новом законе « О нотариате Республики Казахстан»;

➤ Автором впервые на теоретическом уровне раскрыта содержательная сторона, задачи и принципы организации деятельности нотариата в РК, приведены практические примеры их реализации и выявлены теоретико-правовые проблемы деятельности нотариата в современный период;

➤ Раскрыты теоретические, организационные и правовые основы института нотариата. Автором поставлены проблемы совершенствования института нотариата в Республики Казахстан.

➤ Диссертация представляет собой комплексное, логически завершённое исследование исторических, теоретико-методологических и прикладных аспектов разработки нотариального законодательства и его реализации в условиях проведения масштабных реформ и становления правового государства в Республике Казахстан.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Выявлено и обосновано, что история становления нотариата в эпоху античности и раннего средневековья показала, что этот институт, будучи тесно связанным с общественным строем, семейными, наследственными и вещными правами.

2. Установлено, что в казахском обычном праве не существовало прообраза нынешнего нотариата, основанного на педантичном закреплении различных юридических фактов в письменной форме. Период нахождения Казахстана в составе Российской империи занял значительный исторический отрезок времени. В этот период происходит исчезновение обычно-правовых норм и уложений и характеризуется возникновением новой системы управления, постепенным упразднением бийских судов и т.д. К началу XX века назрела необходимость совершенствования нотариата. Главная идея предлагавшейся реформы нотариата заключалась в концентрации всего нотариального дела в руках нотариусов как должностных лиц, специально назначенных для совершения гражданско-правовых актов.

3. Определено, что после 1917 года нотариат Республики Казахстан коренным образом изменил свой правовой статус. Роль нотариата и нотариуса в СССР была незначительной в связи с отсутствием института частной собственности.

4. Обосновано, что дальнейшее развитие нотариата невозможно без более четкого определения законодателем статуса нотариата, а также законодатель должен выработать модель построения нотариата в Республике Казахстан, и эта модель должна найти свое закрепление в новом законе. Сохранение государственного нотариата противоречит правовой природе нотариата как института гражданского общества, не входящего в систему государственных органов, негативно отражается на принципах независимости и беспристрастности нотариусов и экономически нецелесообразно.

5. Необходимо принять новый закон Республики Казахстан «О нотариате», который обобщил бы научное исследование практики деятельности нотариата за последние годы действия закона о нотариате.

Законодатель должен восполнить пробелы, возникшие в результате присутствия в законе о нотариате отсылочных норм к пока еще несуществующим законам;

б. Выявлено, основные проблемы нотариата, отражающие его организацию и функционирование, сводятся к необходимости определения места нотариата в системе гражданской юрисдикции, недооценке потенциала нотариата во взаимодействии с правоохранительной системой. Необходимо провести научный анализ правовой базы нотариальной деятельности, учитывая требования Конституции Республики Казахстан и законов, вышедших после ее принятия.

Теоретическую и методологическую основу исследования составляют выводы и положения истории права и государства, теории права и государства, теории государственного управления, административного и гражданского права. В ходе работы над диссертацией использовались общенаучные методы познания, а также ряд частнонаучных методов: сравнительно-правовой, системный, конкретно-социологический, исторический метод научного познания, метод сравнительного правоведения, - а также юридико-аналитическая обработка нормативного материала, его комментирование, систематизация и классификация, разработка вопросов законодательства и его применения, юридической техники и др. Использованы правовые акты высших органов государственной власти Республики Казахстан.

Нормативной основой диссертационного исследования явились Конституция Республики Казахстан, законодательство Республики Казахстан, подзаконные и нормативные акты, регулирующие основы деятельности нотариата.

Источниковедческую основу исследования составили научные труды отечественных и зарубежных авторов. Особое внимание уделялось законодательным и подзаконным нормативным правовым актам, международным договорам, иным юридическим источникам, определяющим становление и развитие нотариата.

Теоретическая значимость исследования заключается в том, что сформулированные в нем теоретические положения и выводы развивают и дополняют многие разделы общей теории права и государства, теории конституционного, административного и гражданского права. Исследуемые в диссертации проблемы определяют теоретически важный аспект в кругу фундаментальных вопросов современной юридической науки, и их новое теоретическое осмысление обуславливает значимость проведенного исследования.

Практическая значимость исследования состоит в том, что выводы, полученные в ходе диссертационного исследования, можно использовать в теории и истории права и государства, в отраслевых юридических науках, а также в процессе разработки и преподавания предмета мировой и отечественной истории нотариата. Содержащиеся в работе рекомендации по совершенствованию деятельности нотариальных контор в их взаимодействии

с институтами государственной власти, по совершенствованию законодательства могут найти практическое применение в законодательной и нормотворческой деятельности. Реализация научно обоснованных принципов развития нотариата будет способствовать созданию в Республике Казахстан на организационном и правовом уровнях публично-правового института, реально обеспечивающего права граждан, организаций и государства в соответствии с лучшими мировыми правовыми стандартами.

Эмпирическую базу диссертации составили собственные исследования и разработки, выполненные в 2002- 2010 гг., публикации в отечественной и зарубежной периодической печати, статистические и архивные сведения Министерства юстиции Республики Казахстан. При исследовании проблем использован личный опыт нотариуса.

Апробация проведенного исследования. Диссертация обсуждена и одобрена на заседании кафедры теории и истории государства и права Кыргызского национального университета имени Ж. Баласагына. Выводы и рекомендации по теме докладывались на Международной научно – практической конференции «Маргулановские чтения», «Сатпаевские чтения», «Валихановские чтения» в городе Жезказган Республики Казахстан, использовались в нотариальной практике, а также изложены в научных статьях автора.

Объем и структура диссертации определены логикой системного исследования и характером исследуемых в ней проблем. Диссертационная работа состоит из введения, трех глав, включающих восемь параграфов, заключения, примечаний и списка использованной литературы.

ОСНОВНАЯ ЧАСТЬ

Во введении обосновывается актуальность темы, содержится оценка современного состояния исследуемой проблемы, определяются цель, задачи, объект и предмет исследования, изложена научная новизна и практическая значимость полученных результатов, сформулированы положения, выносимые на защиту, изложены сведения об апробации результатов.

Первая глава «Историко-правовые основы становления и развития института нотариата» состоит из трёх параграфов.

Первый параграф «Становление нотариальной системы в древнем мире и средневековье» посвящен в основном анализу возникновения нотариальных систем в странах Западной Европы. Возникновение института нотариата чаще всего связывают с правом Древнего Рима. Между тем многие источники юриспруденции обращаются и к памятникам Древнего Вавилона. Так, сделки в письменной форме совершались на глиняных табличках по строго определенным правилам. Табличку составлял писец, обладающий необходимыми познаниями. Зачастую в целях сохранения они передавались в храмовые архивы.²

² Учебник гражданского процесса. М. 1996. с. 434.

С момента появления нотариат развивался в нескольких направлениях: нотариус - государственный служащий; нотариус - лицо свободной профессии; церковный нотариус.³

В римской империи впервые о нотариусе упоминается в записях секретаря великого императора Цицерона. При Цицероне нотариусы получили особые полномочия, так как появилась возможность регистрировать различные акты, которые подписывались сторонами, а подписи сторон идентифицировались. В правление Константина Великого (306-337г.г.) была произведена существенная реорганизация в работе нотариусов.

В одиннадцатом веке, с началом возрождения римского права, в Болоньи была основана первая в мире школа нотариусов, позднее стали школами права, а в дальнейшем университетами. Эпоха возрождения длилась до 18 века. Церковные нотариусы в связи с противостоянием церковной и светской власти со временем канули в Лету.

В Средние века нотариус осуществлял функции, во многом идентичные функциям современного нотариуса - составление договоров, удостоверение завещаний, ведение юридических дел и т. д. Нотариусы находились под постоянным контролем со стороны публичных органов. Зачастую нотариусы были ставленниками верховной власти и королевскими служащими. Традиционно нотариусы осуществляли свои функции в тесном контакте с судебными органами.

Возникновение института нотариата было объективно обусловлено потребностями развивающегося гражданского оборота, нуждавшегося в фиксации и закреплении возникающих в процессе товарно-денежных отношений прав его субъектов.

Второй параграф «Развитие института нотариата в дореволюционном Казахстане» освещает историю возникновения и развития государства и права современного Казахстана, которая восходит своими корнями, как к обычному казахскому праву, так и к римскому частному праву. Та же история свидетельствует о том, что в казахском обычном праве не существовало прообраза нынешнего нотариата, основанного на педантичном закреплении различных юридических фактов в письменной форме. Период нахождения Казахстана в составе Российской империи занял значительный исторический отрезок времени. А.С. Ибраева в своих работах описывает этот период, в течение которого произошло исчезновение обычно-правовых норм и уложений, период характеризовался возникновением новой системы управления, постепенным упразднением бийских судов и т.д.⁴

До середины XIX века во многих окраинах империи не был актуальным вопрос организации и юридической регламентации нотариальной деятельности. Связано это было с тем, что значительная часть гражданского

³Романовская О.В., Романовский Г.Б. Нотариат в Российской Федерации: Проблемы развития. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. -С. 13, 23-24.

⁴Ибраева А.С. Правовая культура: проблемы теории и практики. Автореф. дис. ...д.ю.н. -Бишкек, 2005. -С. 20.

оборота была представлена реальными сделками, большинство из которых не требовало какого-либо особого юридического оформления. Возможные в гражданском обороте споры между гражданами еще долгое время разрешались традиционным путем, а применявшиеся в процедуре этих разрешений юридические формы не отличались разнообразием.

Однако на территории Туркестанского края в 70-е годы XIX века возникла настоятельная необходимость упорядочения отношений, возникающих в гражданском обороте.⁵

Исследованиям по истории развития нотариальных служб на окраинах Российской империи были посвящены публикации М. Хасанаева. Им впервые в юридической литературе исследованы первые попытки российской администрации по внедрению на территории современного Казахстана института государственного нотариата, преимущественно ориентированного на стандарты европейского права.

В его статьях были освещены многие, малоизвестные современной правовой науке юридические термины. Так, из анализа правоприменительной практики рассматриваемого периода им отмечается, что уездные судьи не всегда одинаково относились к васихам, т.е. к документам, совершенным казиями по сделкам местного населения между собой: одни признавали их за акты, совершенные нотариальным порядком, другие – за домашние акты, а иные, вовсе не придавали им никакого значения. Такое же значение имели практиковавшиеся неграмотными лицами бирки-палочки с нарезками линий, полу линий и четверть линий на одном конце по выдаче денег в долг или по условию вперед, а на другом – по платежу денег или выполнению условий договора. Эти бирки для общих судов и мировых судей не имели никакого значения, их признавали только традиционные волостные суды.

В колониальной судебной системе царизма в Казахстане значительное место занимали суды биев и казиев. В наиболее важных вопросах, связанных с охраной частной собственности, оформлением заключаемых сделок, нотариальным удостоверением личных и имущественных прав, местное «туземное» население не признавало российских законов и пользовалось услугами казиев.

Судебные, нотариальные и опекунские установления и народный суд в областях образовывались и действовали на основании правил о судебном устройстве в Туркестанском крае с нижеследующими изменениями и дополнениями: нотариусы были обязаны при совершении засвидетельствования подлинности подписей, предварительно ознакомить с содержанием акта и отказывать в совершении засвидетельствования, если акт не отвечает установленным требованиям; купчие крепости на участки городских земель, продаваемые уездными начальниками, как заменяющими депутатов, городского общественного управления, по частному соглашению, а не с публичных торгов, должны были совершаться нотариусами.⁶

⁵ Хасанаев М. Наша история // Бюллетень нотариуса. 2001. - № 5, - С. 24-25.

⁶ Жылысбаева М. Из истории нотариата в Казахстане/ Научно-практический журнал Республиканской нотариальной палаты // Бюллетень нотариуса.- 2002.- № 2, -С. 32.

Правила о нотариате и дополнения по ним были использованы в двух направлениях: 1) на усиление порядка надзора за деятельностью судебных следователей и уездных судей по производству ими следствий, скорости и правильности делопроизводства; 2) на усиление возможности русской администрацией владения землями казахов и править ими.

В третьем параграфе раскрываются особенности организации нотариального дела в советский период. История советского нотариата характерна полным подчинением его государству. В начале новой эры нотариусы как таковые перестали существовать, нотариальные действия осуществлялись отделами юстиции, органами ЗАГС, судьями. Нотариат был исключительно государственным, большую часть советского периода входил в систему органов юстиции. Советский нотариат развивался в то время, когда государство не признавало частной собственности, когда гражданский оборот был крайне ограничен.⁷ Осуществление некоторых нотариальных функций было делегировано местным исполнительным и представительным органам власти.

В СССР вся деятельность нотариата регламентировалась большим массивом нормативно-правовых актов подзаконного характера (инструкции, приказы, письма и т.п.), что было свойственно административно-командной системе государственного управления. Вместе с тем, что с позиций настоящего времени не следует слишком критично относиться к данному периоду, поскольку именно в советский период нарабатывалась юридическая практика нотариатом.

После 1917 года нотариат Республики Казахстан коренным образом изменил свой правовой статус. Роль нотариата и нотариуса в СССР была незначительной в связи с отсутствием института частной собственности.

Глава вторая «Зарубежный опыт становления и развития нотариата и его рецепция в теории и практике Казахстана» состоит из двух параграфов.

С учетом актуальных задач совершенствования института нотариата в Республике Казахстан представляется целесообразным проанализировать особенности нотариальных систем в отдельных европейских странах с целью определения возможностей использования их опыта. Существует две основные системы нотариата - латинского и англосаксонского типа.

Первый параграф посвящен латинской системе нотариата и восприятию ее особенностей в деятельности нотариата Республики Казахстан.

В настоящее время во многих западных цивилизованных странах несмотря на отдельные различия в структуре и нотариальных действиях, институт нотариата во всех странах Европейского сообщества основан на общих принципах: нотариус имеет статус должностного лица, наделенного правом удостоверять юридические акты, выполняет функции советника, составляет проекты договоров. Наличие общих принципов организации и

⁷ Жылысбаева М. Из истории нотариата в Казахстане // Бюллетень нотариуса. -2002.- № 2, - С. 32; Нотариат в СССР.- М.: Юридическая литература,1990.-156с.

деятельности нотариатов различных стран, позволило создать на международном уровне специальную организацию нотариата: Международный Союз Латинского Нотариата (МСЛН). Их внутреннее право изначально строилось на адаптации римского права и основывается на общих правовых концепциях. Благодаря этой общности, организация нотариата и порядок осуществления нотариусами своих полномочий в этих странах обладают существенными сходством.

Несмотря на общие черты национальных нотариатов латинского типа, положение нотариуса в конкретных государствах может также различаться. Однако это не исключает возможной систематизации. Для немецкой модели характерна незначительная активность нотариуса на всех этапах нотариального производства. Его работа сводится к разработке соответствующего акта и его последующему удостоверению. Нотариус здесь не играет значительной роли при подготовке совершения нотариального действия: проведении консультаций, переговорах, получении необходимых документов и т.д. Французская модель, напротив, предполагает инициативность самого нотариуса с момента обращения к нему заинтересованного лица. Нотариус и его помощники полностью берут на себя все заботы клиентов, начиная от сбора необходимых документов, проведения переговоров с другими заинтересованными лицами, составления и удостоверения документа и заканчивая регистрацией нотариального акта в компетентных органах.

Смешанная модель сочетает в различных пропорциях элементы обоих вышеназванных систем. Она существует в целом ряде Европейских государств как, например, Испании, Нидерландах, Швейцарии и ряде других. Международный союз нотариата представляет нотариат в международных организациях, где может быть полезен опыт практикующих юристов в различных областях гражданского права. Обобщая опыт европейских государств, автор выделяет, что правовой статус европейских нотариусов и задачи, стоящие перед ними, идентичны.

В настоящее время реально видно существование как публично-правовых, так и частноправовых начал в нотариальных отношениях в Казахстане, это выражено и в законе Республики Казахстан «О нотариате», и в несовершенной практике нотариальной деятельности, в неясной позиции теории нотариального права. Представляется, что реформирование нотариата должно базироваться на современных гуманитарных представлениях о праве, содержащихся в международно-правовых документах. На сегодня требуется активное использование тех положительных инструментов, которые существуют в законодательстве стран Международного союза нотариата.

Во втором параграфе уделяется внимание англосаксонской системе нотариата и ее элементам в практике нотариальной системы Республике Казахстан. Правовая модель данной системы основана преимущественно на судебном прецеденте, в силу чего основное внимание уделяется свидетельским показаниям как средству доказывания, в том числе и при исследовании письменных доказательств. Нотариус в правовой системе и

нотариальные, как и иные письменные документы не играют той роли, какая отведена им в странах латинского нотариата. Поэтому любые письменные документы в гражданском процессе стран общего права могут быть опровергнуты с помощью свидетелей.⁸ В организации и работе юристов в странах англосаксонской правовой системы больше свободы, но дух системы латинского нотариата требует, чтобы составитель соглашения не превращался в того, кто будет его оспаривать или защищать при возникновении разногласий между сторонами. Отсутствие официальных документов с их особой силой доказательства и нотариата с его суверенным авторитетом всегда создает государствам англосаксонского права проблемы при правовом и экономическом обороте с государствами гражданско-правовой системы латинского типа, когда гражданам или предприятиям англосаксонских государств необходимо в случаях перехода сотрудничества через государственную границу или в случаях экономических отношений с государствами гражданско-правовой системы достоверно документировать и доказывать их правоотношения.

Поэтому во многих государствах англосаксонской правовой системы особым юристам, которые хотя и носят звание нотариуса, но, как правило, не обладают публичной должностью, поручается объяснять отечественным участникам факты в области международного правового оборота, существенные в правовом отношении.

Третья глава «Теоретико- правовые основы организации деятельности нотариата в Республике Казахстан» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе «Теоретико-правовые основы организации деятельности нотариата в Республике Казахстан» посвящен комплексному анализу вопросов правового регулирования нотариата, сконцентрирован на анализе основополагающих понятий нотариата и правовых основ, исследованию ее основных элементов. Проведено исследование различных точек зрения и подходов к определению понятия нотариат, проанализированы основы правового регулирования института нотариата. Автором проводится анализ различных дефиниций понятия нотариат, поскольку в имеющихся научных работах данный массив актов характеризуется по-разному: либо как «отрасль законодательства», либо как «комплексный правовой институт», а также исследуется правовое понятие, закрепленное в законе от 14 июля 1997 года «О нотариате».

Приводя различные точки зрения современных ученых Репина В.В., Романовской О., Денисовой Е., Черемных И.Г., Черемных Г.Г.,

Бдрышевой М. и др. автор в ходе исследования отстаивает позицию, что приведенное законодательное положение вместо определения термина «нотариат» указывает на цели нотариата - защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц — и на способы достижения данных целей. Это дает основание по - разному толковать определение нотариата.

⁸ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. -М., 1999.

Понятие правовых основ нотариата автором определяется как совокупность правовых норм, определяющих принципы существования нотариусов и осуществления ими нотариальной деятельности; содержание этой деятельности. Причем при противоречии между регулируемыми статус нотариуса нормами различных отраслей права, приоритет в процессе правоприменения должен отдаваться нормам нотариального права – основе правового регулирования статуса нотариуса. Основным нормативным актом, регламентирующим деятельность нотариата, являются закон РК о нотариате (далее - закон) - закон, принятый 17 июля 1997 г., существенно реформировавший организацию нотариата.

Закон Республики Казахстан «О нотариате» является актом организационно-правового характера, определяют современную организацию нотариата, правовой статус, компетенцию и порядок деятельности нотариуса.

Традиционно выделяемые в правовой литературе элементами правового статуса нотариуса являются: принципы правового статуса; права и обязанности нотариусов. Система основных принципов нотариат едина для нотариусов, работающих в государственных нотариальных конторах, и нотариусов, занимающихся частной практикой. Тем не менее все более широкое признание в науке конституционного права и в практике государственного строительства получает мнение, согласно которому в отдельных исключительных случаях негосударственные структуры и представители имеют право по специальному поручению государства осуществлять некоторые функции государства.⁹

Проводится анализ организационной структуры нотариата, который продолжает вызывать немало вопросов, связанных с соотношением законов рынка и количества нотариусов, насколько добровольными должны быть объединения нотариусов для осуществления публично-правовой функции, какими должны быть формы и условия для эффективного государственного контроля за организацией и деятельностью нотариата.

В ходе правового анализа он приходит к выводу, что современная модель регулирования нотариальной деятельности в Республике Казахстан сочетает в себе государственные и негосударственные механизмы. С одной стороны, государство берет на себя определенные юридические обязательства, гарантируя право каждому на получение квалифицированной помощи. С другой, оно не обуславливает необходимость обязательного закрепления института нотариата в правовой системе. Существование двух категорий нотариусов (работающих в государственных нотариальных конторах и занимающихся частной практикой), а главное, их неодинаковый правовой статус, придает нотариату в Республике Казахстан некоторую неопределенность, что предполагает наличие многих неразрешенных

⁹ Зайцева Т.И., Галеева Р.Ф., Ярков В.В. Настольная книга нотариуса. -М., 2000. - Т. 1. -С. 1.

проблем, то есть предопределяет различную компетенцию органов юстиции по отношению к ним.

Автором также подчеркивается, что на конституционном уровне институт нотариата не выделен и разнохарактерные признаки существующих проблем свидетельствуют о связи нотариата и государства, где государство, наделив нотариат частично публично-представительскими функциями, оставляет за ним право на частно-правовую организацию его деятельности. Кроме того, выявлено, что смешанная компетенция органов юстиции и нотариальных палат приводит к неопределённости в аспекте соотношения управления государством нотариальной деятельностью и самоуправления нотариата.

В итоге формулируется положение о том, что дальнейшее развитие нотариата невозможно без более четкого определения законодателем правового статуса нотариата, от которого зависит решение таких вопросов как правовой статус нотариальных палат, компетенция нотариуса. Определяющая тенденция в развитии нотариата в Республике Казахстан должна выражаться в постепенном движении к единому нотариату, действующему в форме свободной профессии (латинскому нотариату).

Во втором параграфе «Функционирование нотариата в Республике Казахстан в условиях переходного периода» автором рассматриваются функции нотариата.

Общепризнанно, что нотариат, как и другие юрисдикционные органы, играет важную социальную роль. Социальная значимость нотариата проходит красной нитью через его превентивную и воспитательную функции, его потенциально большое влияние на формирование правосознания граждан, посредством предупреждения правовых конфликтов и судебных споров, он способствует экономическому развитию, правовой стабильности.

Так в диссертационном исследовании рассматриваются две категории функций - функции, вытекающие из публично-правового характера нотариальной деятельности, характеризующие нотариат как наделенный государственно-властными полномочиями орган, функции, вытекающие из частноправового содержания нотариальной деятельности, отражающие специфику нотариального производства и нотариальной деятельности в сфере гражданского оборота, характеризующие содержательную, «внутреннюю» сторону нотариальной деятельности в отношении участников нотариального производства. Исследование современной литературы по нотариату, в том числе и зарубежной, позволяет сформулировать следующие общие функции нотариата (предупредительно-профилактическая, правореализационная, правоохранительная, фискальная) и содержательные функции (правоустановительная, удостоверительная, охранительная, юрисдикционная).

При осуществлении данных функций, так или иначе, проявляется публичный характер нотариальной деятельности, то есть органы нотариата выступают в правоотношении не на принципе диспозитивности и

равноправия - характерном для института гражданского общества. Фискальная функция нотариата призвана способствовать решению целого ряда государственных задач. В Республике Казахстан всеобщая обязанность платить законно установленные налоги и сборы установлена ст. 57 Конституции Республики Казахстан.

Предупредительно-профилактическая функция нотариата приобретает значение в условиях судебно-правовой реформы в Республике Казахстан и для поиска оптимальной модели взаимодействия нотариата и судебных органов гражданской юрисдикции. Нотариат как несудебная форма защиты гражданских прав и охраняемых законом интересов является согласно Резолюции Европейского парламента «О нотариате в Европейском Сообществе» 1994 г. институтом превентивного правосудия¹⁰. В соответствии с документами Конгресса Международного союза судей функция нотариата заключается прежде всего в удостоверении юридических актов, беспристрастном информировании сторон о их существовании и правовых последствиях, предотвращении гражданско-правовых споров¹¹.

Следует согласиться с мнением, что на современном этапе развития института нотариата его следует признать органом превентивного, предупредительного правосудия и вся нотариальная деятельность направлена на предупреждение возникновения конфликтов и обращения в суд, что в итоге делает нотариат инструментом обеспечения стабильности и безопасности в обществе.

Правоохранительная функция нотариата характеризует его и целом как институт, осуществляющий публично-правовую деятельность по обеспечению законности и правомерности юридических действий граждан и юридических лиц в сфере гражданского оборота. Правоохранительная деятельность представляет собой властно-распорядительную оперативную работу органов государства (а также негосударственных органов и организаций, каким является нотариат) по защите норм права от нарушений, защите предоставленных гражданам субъективных прав и обеспечению выполнения возложенных на них юридических обязанностей.

Нуждаются в существенной корректировке функции нотариата в условиях переходного периода экономики Республики Казахстан, нет четкого функционирования нотариата как социально-правового института, слабо проработаны правовые принципы и особенности проведения реформы нотариата, в связи с чем не в полном объеме определены его функции и аспекты взаимодействия с другими институтами правового государства.

В третьем параграфе третьего раздела «Проблемы совершенствования института нотариата в Республике Казахстан».

Действующий закон Республики Казахстан «О нотариате», принятый в 1997 г., уже не отвечает стандартам закрепления статуса нотариуса как высококвалифицированного независимого профессионала в сфере права,

¹⁰ Мерлотти М. Основные принципы свободного нотариата и роль государства в его организации и деятельности. // Нотариальный вестник. 1997. - №5, - С.16-21.

¹¹ Там же.

деятельность которого в сфере бесспорной юрисдикции направлена на защиту субъективных прав граждан.

Современный казахстанский нотариат, лишенный правовой основы деятельности, отвечающей указанным критериям, не обладает достаточно широкими полномочиями для осуществления полноценной и эффективной защиты субъективных прав. Эти обстоятельства настоятельно требуют обратить внимание на роль и место нотариата в системе органов, обеспечивающих защиту прав, как института, осуществляющего правоохранительную деятельность.

Серьезной проблемой является недооценка и не использование всего позитивного потенциала института нотариата в правовой системе, способного по своим содержательным характеристикам на решение значительного числа проблем современного гражданского оборота. Необходимо полное использование предупредительного и профилактического потенциала нотариата как одного из важных институтов гражданского общества. Необходимо создать нормативно-правовую базу для систематического взаимодействия органов правоохранительной системы с нотариатом для снижения уровня криминальности в гражданском обороте в сфере собственности, облегчению раскрытия преступлений, обеспечению юридической безопасности граждан и организаций.

Проблемы нотариата в целом отражают социально-правовую ситуацию в стране. Современное законодательство, нормативно-правовые документы зачастую нестабильны, противоречивы, имеют значительные пробелы. Многие документы приняты в период ломки старых правовых институтов. Их отличает недостаточная концептуальная ясность и отсутствие четких представлений о всех социальных последствиях реализации новых правовых предписаний. Все это не могло не сказаться на состоянии нотариального дела в стране и вызвало необходимость поставить вопрос о реформировании организационно-правовых механизмов функционирования нотариата. Основные проблемы нотариата, отражающие его организацию и функционирование, сводятся к необходимости определения места нотариата в системе гражданской юрисдикции, недооценке потенциала нотариата во взаимодействии с правоохранительной системой.

В заключении диссертационного исследования были сделаны следующие выводы:

1. Исторически возникновение нотариата связано с развитием гражданского оборота, необходимостью содействия его субъектам в совершении сделок и закреплении приобретенных прав в юридической форме. Нотариат возник как институт гражданского общества, обеспечивающий защиту частной собственности и бесспорность имущественных прав, охрану прав всех участников гражданского оборота. На протяжении всей истории развития государства и права нотариат является составной частью правовой системы любой страны, поскольку осуществляемые нотариусами функции

объективно необходимы и востребованы обществом, особенно с развитыми экономикой и гражданским оборотом.

2. Проведенное исследование показало, что реформирование экономических отношений, становление правового государства повлияли на реализацию функций нотариата и стратегию его преобразования и развития. В процессе становления рыночной экономики в Республике Казахстан впервые за многие годы встал вопрос о формировании рациональной нотариальной системы.

3. Развитие законодательства в Республике Казахстан в части регулирования данного института было противоречивым: от закрепления только системы государственного нотариата до «вкрапления» в казахстанскую действительность такого понятия как частнопрактикующий нотариус.

4. Государственный нотариат уже не может выполнять возложенные на него функции защиты имущественных прав физических и юридических лиц. Возникла настоятельная потребность введения нотариата, занимающегося частной практикой, заинтересованного в результатах своего труда, лично ответственного за законность совершенных нотариальных действий и гарантирующего их законность своим страховым вкладом и имуществом.

5. Исследование показало, что концептуальной основой развития казахстанского нотариата должно быть создание правовых, экономических и организационных принципов и механизмов, обеспечивающих выполнение институтом своих задач.

6. Требуется также создание правовой базы по нотариату, обеспечивающей реализацию стоящих перед ним задач. Необходимо расширить влияние государства на развитие и функционирование системы нотариата на законодательном уровне и на уровне исполнительных органов. Следует принять меры, препятствующие возникновению в системе нотариата криминальных явлений и негативных факторов.

Основные положения диссертации опубликованы в следующих научных статьях автора:

1. Проблемы деятельности нотариата в условиях переходного периода // Современность: философские и правовые проблемы. – Б.: ИФППИ НАН КР.- 2009.- С.140-146.
2. Ответственность за нарушение нотариальных действий // Современность: философские и правовые проблемы. - Б.: ИФППИ НАН КР.- 2009.-С.146-151.
3. Правовая природа нотариата // Право и политика. Б.-2009. - №2.- С.76-81.
4. Современное состояние нотариата в Казахстане // Сб. мат.- IV.- Джекказганский университет.-2004. - с.68-75.
5. История становления и развития нотариата // Сб. мат.-VI.-Джекказганский университет.- 2006.- С.120-124.

6. Социальные функции нотариата // Сб. мат.-VI.-Джезказганский университет.- 2006.- С.124-127.
7. Компетенция органов юстиции в области регулирования нотариата // Вестник университета им. Д.А. Кунаева.- №3(32).- 2009.-С.74-78.
8. Ахашева А.К. Административно-правовое регулирование нотариата // Вопросы истории Кыргызстана. -Бишкек, 2010.-№1,- С.88-97.
9. Проблемы правового закрепления ответственности нотариусов // Право и политика. - Б.: 2010.- №1.- С.160-163.

Ахашева Ардак Кажиевнанын

12.00.01 – укук жана мамлекеттин теориясы жана тарыхы, укуктук окуулардын тарыхы адистиги боюнча юридикалык илимдердин кандидаты окумуштуулук даражасын изденип алуу үчүн «Казак Республикасындагы нотариаттын өнүгүшүнүн жана калыптануусунун теоретикалык-укуктук проблемалары» темасындагы диссертациялык изилдөөсүнө берилген

РЕЗЮМЕСИ

Түйүндүү сөздөр: нотариат бүтүмү, нотариалдык мыйзамдуулук, нотариалдык иш, нотариаттын латын бүтүмү, нотариаттын англосаксон бүтүмү, нотариаттын бүтүмү.

Диссертациялык иштин максаты болуп нотариаттын өнүгүшүнүн жана калыптанышынын тарыхый аспекти комплексстик жана бардык жагынан кароо, азыркы шарттардагы Казак Республикасындагы нотариат ишинин өзгөчөлүктөрү, нотариат институтунун андан ары өркүндөтүү боюнча жана актуалдык проблемаларды чечүү сунуштарды иштөөдө жатат.

Изилдөөнүн объектиси болуп Казак Республикасынын шарттарындагы социалдык-саясий жана экономикалык реформаларды өткөрүүдөгү нотариалдык иш жүргүзүүнүн практикасынын тарыхый- укуктук өбөлгөлөрү түзөт.

Изилдөөнүн предмети болуп нотариат институтунун тарыхый –укуктук жана теоретикалык аспектилеринин калыптануусу, чет өлкөлүк жана ата-мекендик тажрыйбаны эсепке алуудагы нотариалдык иш жүргүзүүнүн уюштуруу- укуктук негиздерин иштеп чыгуу жана ишке ашыруу, нотариалдык мыйзамдуулукту реформалоо жана өркүндөтүү саналат.

Изилдөөнүн методологиялык негиздерин социалдык-укуктук кубулуштарды таанып билүүдөгү негиздөөчү философиялык ыкмадагы диалектикалык ыкма, бирдиктүү илимий ыкмалар, илимий ыкмалар, жеке илимий юридикалык изилдөө ыкмалары түзөт.

Изилдөөнүн илимий жаңылыгы нотариалдык мыйзамдуулуктун прикладдык аспектилерин иштеп чыгууда жана тарыхый, теоретикалык-методологиялык изилдөөнү комплекстүү логикалык тараптан бүткөн жана Казак Республикасынын шарттарындагы масштабдык реформаларды ишке ашырууда турат.

Диссертациялык иштин материалдарынын колдонуу даражасы болуп диссертациянын ичиндеги негизги жоболор жана корутундулар мамлекет жана укук теориясы окуу курстарында, ошондой эле ата-мекендик жана дүйнө жүзүнүн нотариат тарыхынын предметин сабак берүүдө жана иштеп чыгуу процессинде, мамлекеттин мыйзамдык жана норма чыгармачылык ишинде практикалык колдонууга ээ.

РЕЗЮМЕ

на диссертационное исследование Ахашевой Ардак Кажиевны на тему: «Теоретико-правовые проблемы становления и развития нотариата в Республике Казахстан» на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности: 12.00.01- теория и история права и государства; история правовых учений

Ключевые слова: система нотариата, нотариальное законодательство, нотариальное дело, латинская система нотариата, англосаксонская система нотариата, функции нотариата, Закон о нотариальной деятельности, сделки, недвижимость, наследство.

Объект исследования составляют историко-правовые предпосылки практики нотариальной деятельности в Республике Казахстан в условиях проведения экономических и социально-политических реформ.

Цель исследования - комплексно и всесторонне исследовать исторический аспект становления и развития нотариата, особенности его деятельности в Республики Казахстан в современных условиях, выработать рекомендации по решению актуальных проблем и дальнейшему совершенствованию института нотариата.

Методы исследования: диалектический метод как основополагающий философский метод познания социально-правовых явлений, общенаучные методы, частонаучные юридические методы.

Научная новизна. Диссертация представляет собой комплексное, логически завершенное исследование исторических, теоретико-методологических и прикладных аспектов разработки нотариального законодательства и его реализации в условиях проведения масштабных реформ в Республике Казахстан.

Практическое значение исследования состоит в том, что выводы, полученные в ходе диссертационного исследования, можно использовать в теории права и государства, в отраслевых юридических науках, а также в процессе разработки и преподавания предмета мировой и отечественной истории нотариата, могут найти практическое применение в законодательной и нормотворческой деятельности.

**Summary for dissertation research Ahashevoy Ardak Kazhievny
on the topic: "Theoretical and Legal Problems of formation and development
of Notaries in Republic Kazakhstan" for the degree of Candidate of Sciences
in the specialty: 12.00.01 - Theory and History of Law and State, the history
of legal doctrines.**

Keywords: system of notaries, notary law, notary activities, such as Latin notaries, notaries Anglo-Saxon-type function of notaries, Republic of Kazakhstan Law "On Notary" transactions, inheritance, principles of Notaries.

The object of study are the historical and legal background notarial practices in the Republic of Kazakhstan vusloviyah of economic and socio-political reforms.

The purpose of the study, a comprehensive and fully explore the historical and legal aspects of formation and development of Notaries, especially his activities in the Republic of Kazakhstan in the current conditions, develop rekmenratsii on solving urgent problems and further improve the institution of notaries.

Methods: the dialectical method as a fundamental philosophical method of knowledge of socio-legal phenomena, scientific methods, chastnonauchnye legal methods.

The scientific novelty. The thesis is a comprehensive, logically completed study of historical, theoretical, methodological and applied aspects of the development of the notarial law and its implementation in the context of large-scale reforms in Kazakhstan.

The practical significance of research Soto that the findings obtained in the course of the research can be used in the theory of law and the state, in the branch of jurisprudence, as well as developing and teaching the subject of world and national history of notaries can find practical application in the legislative and rulemaking.