

Статья Т.Г. Калиниченко и С.В. Смирнова "Необходим постепенный переход к концепции активного федерального нотариата" (журнал "Нотариальный вестник, 2008 г., N 2)

Необходим постепенный переход к концепции активного федерального нотариата

26.02.2008

Т.Г. Калиниченко, член Комиссии Федеральной нотариальной палаты, нотариус Химкинского нотариального округа, кандидат юридических наук,
С.В. Смирнов, вице-президент Московской областной нотариальной палаты, нотариус г. Реутов Московской области, государственный советник юстиции 2 класса

Становление российского нотариата проходит в сложных условиях, развивается российский нотариат не последовательно и отстаёт от общего темпа реформ правовой системы. Это вызвано не только недостатками в организации его деятельности, несовершенным законодательством, но и отсутствием научно обоснованной концепции развития нотариата. В основе концепции должны стать две позиции – развитие активного федерального нотариата¹ и понимание «нотариальной деятельности» только как публично-правовой².

В настоящее время реально видно существование как публично-правовых, так и частноправовых начал в нотариальных отношениях. Это выражено и в устаревшем законодательстве о нотариате, и в несовершенной практике нотариальной деятельности, несогласованности методической части и в неясной позиции теории нотариального права, и в публикациях. Всё это существенным образом тормозит развитие нотариального права и процесса, создаёт нездоровые и неверные представления о деятельности нотариата в нашем обществе.

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

Большое значение приобретают установление приоритета публично-правовых начал и постепенное изжитие частных отношений в нотариальной деятельности, а также переход к концепции развития активного нотариата России³.

Необходимо скорректировать главные задачи Федеральной нотариальной палаты по реализации, утверждённые Постановлением Собрания представителей нотариальных палат субъектов Российской Федерации «Приоритетные направления Федеральной нотариальной деятельности палаты на 2006–2009 годы» от 31 марта 2006 года в связи с изменением ситуации, связанной с проведением конференции «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы» и положением, сложившимся в нотариате России до 2008 года.

Главными задачами на данный момент являются:

1. Принятие мер по ускорению внесения в установленном порядке законодательной инициативы в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации по

принятию новых проектов двух федеральных законов о нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации, а также закона о нотариальных производствах в Российской Федерации.

- В первом необходимо определить понятие и статус нотариуса, учитывая федеральный характер нотариальной деятельности, активизировать концепцию активного нотариата⁴. Необходим переход к определению федерального правового статуса нотариуса и более активной модели нотариата, которая не ограничивалась бы возложением на нотариусов только удостоверительных функций – это потребует изменения понятия «нотариальной деятельности».

Понятие «федеральный нотариус» должно исходить, прежде всего, из положений ст. 71 Конституции РФ о защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц, порядке наделения нотариуса полномочиями от имени государства, осуществлении деятельности от имени государства, использовании государственной гербовой печати и своего имени. В настоящее время нет чёткого понимания того, кто наделяется полномочиями от имени государства. Формально оно осуществляется органами юстиции.

Именно этот факт даёт возможность лоббировать определённые кандидатуры на конкурсах, проводимых совместно с нотариальными палатами. Министерство юстиции РФ не осуществляет основные функции специально уполномоченного государственного органа по управлению нотариальной деятельностью. В его обязанности входят только назначение на должность нотариуса, ведение реестра нотариусов и т.д. Деятельность Минюста РФ носит не властный характер, а скорее, координационный. К тому же Минюст РФ не имеет права наделения полномочиями от имени государства. Это не закреплено законом. Вероятно, такое право имеет Президент РФ как глава государства. Поэтому в своё время мы предложили законодательно урегулировать наделение полномочиями от имени государства представителей Президента РФ в федеральных округах.

Минюст РФ не осуществляет и реального государственного контроля за нотариальной деятельностью – он сводится лишь к проверке делопроизводства. Таким образом, деятельность Минюста РФ не основана на понятиях «власти и подчинения», где одна сторона правоотношения выступает в роли управляющего (субъекта, наделённого властными полномочиями), а другая – в роли управляемого (субъекта, обязанного подчиняться). Власть и подчинение не проявляются в сущности управленческой деятельности Минюста РФ, включая финансовую. Наконец, Министерство юстиции РФ – это орган исполнительной власти, а не государство. В соответствии с Конституцией РФ только Президент РФ является главой государства, а это означает, что функция наделения полномочиями от имени государства находится в компетенции Президента РФ и его полномочных представителей.

Необходимо внести эти положения в новое законодательство об организации нотариальной деятельности. Думаем, что это изменит подход и к кадровой политике нотариата.

Важной задачей является осуществление перехода нотариальной деятельности на федеральный уровень, на единую организационную форму федерального нотариата. Это может быть достигнуто путём распространения норм ст. 71 Конституции РФ на федеральный нотариат и нотариальный процесс. Данные нормы должны утвердить исключительные полномочия Федерации в вопросе организации деятельности нотариата и нотариального процесса, предусмотрев систему федерального нотариата, обеспечивающего специальный федеральный статус нотариуса, включающий не только уровень его полномочий, но и систему ответственности нотариусов и их сообществ, судебного контроля за осуществлением нотариального процесса и т.д.

- Необходимо отличать нотариусов от государственных служащих и должностных лиц иных органов, деятельность которых лишь приравнивается к нотариальной, но таковой не является. Это, к примеру, консульские учреждения и их должностные лица, командиры

воинских частей и капитаны судов дальнего плавания, начальники исправительных учреждений Министерства юстиции РФ, главные врачи лечебных заведений. Отличие нотариуса от должностных лиц указанных учреждений состоит в том, что нотариус не является государственным служащим и должностным лицом, а нотариат – государственным учреждением. Включение указанных должностных лиц также способствует «государствлению» нотариата. Поэтому необходимо исключить понятие «должностное лицо» и указанных должностных лиц из проекта нового законодательства об организации нотариальной деятельности.

- Активная модель нотариата не включает оказание юридической помощи, медиацию, посредничество, а в ней происходит расширение понятия «нотариальная деятельность», которая включает полномочия по сбору всех необходимых документов для совершения нотариального действия, проверку достоверности всего фактического состава путём активных действий, тем самым освобождение граждан и организаций от необходимости обращения к органам власти и различным посредникам за сбором документов⁵.

На нотариусе должна лежать установленная законом обязанность сбора необходимых документов, проверки фактических обстоятельств и создания нотариального акта, обладающего при этих условиях особой доказательственной силой. Насущным поэтому является наделение в законодательстве нотариуса правом не только запроса, но и личной проверки, и правом непосредственного сбора необходимых документов для совершения нотариальных действий. Осуществляя полномочия по сбору документов, проверке их достоверности, консультируя по всем аспектам возможности совершения нотариального действия, занимаясь работой по передаче документов и получению их с регистрации, нотариус тем самым освободит граждан и организации от необходимости обращения как к разным государственным органам, органам местного самоуправления, так и к риэлторам, и другим посредникам. Активная модель федерального нотариата будет способствовать снижению уровня коррупции в системе государственного управления.

Вся нотариальная деятельность должна соединиться с фиксированными размерами нотариальных тарифов в сторону их увеличения за счёт расширения деятельности нотариуса и коллективных гарантий возмещения ущерба от ошибок нотариуса. Необходимо исключить участие в подготовке федеральных законопроектов по вопросам, касающимся порядка проведения примирительных досудебных процедур между сторонами сделки медиации, посредничества, юридической помощи, учитывая, что они не отражают публично-правовой характер нотариальной деятельности.

- Во втором законе о нотариальных производствах необходимо определить сущность нотариального процесса, понятия времени, места, нотариального действия и нотариального акта, стадии и виды производств по отдельным нотариальным действиям.

Публично-правовая нотариальная деятельность проявляется в разнообразии нотариальных производств, опосредующих нотариальные действия. Их более десяти, каждое из которых придаёт нотариальной деятельности публичный характер: это удостоверение от имени Российской Федерации фактов, сделок, выдача различных свидетельств, заверение копии и т.д. Все производства создают нотариальный процесс, который по своему объёму и значимости не уступает административному и судебному процессам. Публичный характер процессуальных действий нотариуса создаёт и особого рода ответственность, которая должна быть сформулирована в уголовном, гражданском, административном, нотариальном законодательствах дифференцированно, в зависимости от конкретного нотариального производства. В новом законодательстве должна присутствовать во всей полноте процессуальная часть. К сожалению, в проектах нового законодательства о нотариате недостаточно полно и чётко отражены нотариальные производства. Поэтому требуется не только принятие закона об организации нотариальной деятельности, но и отдельного закона о нотариальных производствах. Ещё более усилило бы публично-

правовое содержание нотариальной деятельности принятие Нотариального и Нотариально-процессуального кодексов РФ.

Необходимо организовать общую дискуссию среди всех нотариусов России по разработке процессуальных положений отдельных нотариальных производств: нотариального делопроизводства, нотариального архивного производства, нотариального производства по сделкам, копиям и т.д. Результаты дискуссии необходимо унифицировать, и они должны стать основой нового нотариально-процессуального законодательства.

- В двух указанных законах должна быть также разработана процедура назначения на должность нотариуса, которая может осуществляться в порядке, похожем на назначение на должность судьи. Существующий в настоящее время порядок не учитывает действительные потребности населения, а способствует увеличению числа нотариусов, не принимая во внимание их профессиональный уровень. Кроме того, сам порядок учреждения и ликвидации должности нотариуса должен носить в первую очередь более открытый характер вплоть до обязательной публикации в определённых изданиях соответствующей информации об открывшихся вакансиях.

- Повышение профессионального ценза, предъявляемого к кандидатам на должность нотариуса (расширение предмета экзаменационного тестирования, наличие профильной практики, предполагающей наличие у кандидата необходимых навыков, увеличение срока стажировки и т.п.).

- Совершенствование и унификация норм, регулирующих делопроизводство в нотариальных конторах.

- Законодательное регулирование в части совершенствования статуса и расширения компетенции помощника нотариуса.

- Разработка проекта законодательства о тарифах, создание единых ставок, учитывающих имущественную ответственность нотариуса и затраты, связанные с осуществлением им профессиональной деятельности, а также обеспечивающих разумную доступность нотариальных услуг.

- Законодательное расширение сферы нотариальной деятельности с учётом требований, предъявляемых к нотариально удостоверенным документам.

- Законодательное регулирование вопросов, связанных с нотариальным архивом⁶.

2. Необходимо начать подготовку предложений по разработке нового Устава Федеральной нотариальной палаты в части приведения его в соответствие с законодательством Российской Федерации о некоммерческих организациях, нового законодательства о нотариате и нотариальных производствах, совершенствования порядка определения состава Правления палаты и восполнения пробелов в функционировании органов управления палаты, учитывая, что наше государство недооценило роль нотариата в переходный период.

Необходимо направить деятельность нотариальной палаты в сфере развития нотариата. Поэтому необходимо надлежащее, хорошо отработанное правовое регулирование и саморегулирование, то есть внедрение соответствующих правил, вырабатываемых самой корпорацией нотариусов на основе элементов самоуправления. **В этом смысле деятельность Федеральной нотариальной палаты должна быть направлена на развитие самоконтроля нотариального самоуправления⁷.**

Необходима разработка соответствующих правил, связанных с самоконтролем и их соблюдением. Тем самым сократятся государственное регулирование и государственный контроль. Следует преодолеть вакуум в сфере нотариального самоуправления. **Оставлять нотариальную деятельность без саморегулирования, соответствующего государственного регулирования и контроля невозможно.**

В сфере контроля и надзора за осуществлением нотариусами нотариальной деятельности необходимы:

- организация нотариальной деятельности с возможностью реализации самоконтроля, а также обеспечение возможности самостоятельного устранения незначительных нарушений;
- регламентация дисциплинарных процедур, обеспечивающих возможность каждому нотариусу быть заслушанным;
- предоставление полномочий по вынесению решения о ликвидации должности нотариуса беспристрастному и независимому органу или инстанции типа Европейской конвенции по правам человека.

Публичные начала нотариальной деятельности строятся на принципах субординации субъектов нотариально-правовых отношений, им должен быть свойственен централизованный характер, поэтому это предполагает усиление полномочий и функций системы Федеральной нотариальной палаты, построенных на началах самоуправления. В настоящее время нотариальное самоуправление приобретает качество самоорганизованной публичной власти, которое в идеале характеризуется как «органическое сочетание власти и свободы, внешнего (вертикального) управления и внутренней самоорганизации нотариусов». Нотариальное самоуправление может характеризоваться как новая, доселе неизвестная форма публичной власти и управления. Вместе с тем органы нотариального самоуправления ещё не наделены государством соответствующими полномочиями, пока эти полномочия предоставляются только отдельным нотариусам.

Таким образом, федеральное нотариальное самоуправление в лице Федеральной нотариальной палаты и палат субъектов Федерации должно выполнять две функции:

- общественную, основанную на независимости каждого нотариуса и членстве, и
- государственную, при которой нотариальное самоуправление может рассматриваться как одна из форм организации государственного управления нотариальной деятельностью, исходящей из наделения сообщества полномочиями от имени государства.

Органы нотариального самоуправления не входят в систему органов государственной власти, поскольку нотариусы не являются должностными лицами. Необходимо заметить, что нотариальное самоуправление, являясь особой формой реализации публичной власти, должно гарантироваться государством. При этом речь должна идти не только о «невмешательстве», «непрепятствовании» нотариальному самоуправлению, а о его государственной поддержке.

Государственная власть, осуществляемая на федеральном уровне и уровне субъектов Российской Федерации, и нотариальное самоуправление находятся не только в тесном взаимодействии, но и в органическом единстве. Таким образом, оба подхода к определению сущности нотариального самоуправления отражают его публично-правовую природу.

Необходимо предусмотреть в законодательстве порядок наделения определёнными полномочиями от имени государства и Федеральной нотариальной палаты как основного органа нотариального самоуправления. Этими полномочиями могут являться государственный контроль за деятельностью федеральных нотариусов, подготовка нотариальных кадров, полномочия по представлению кандидатов в федеральные нотариусы, законодательная инициатива и т.д. На практике право на осуществление нотариальной деятельности реализуется только при проведении конкурса, в котором видна борьба между Минюстом РФ и нотариальными палатами за каждое место. Несколько слов о существующей внутренней системе **саморегуляции** нотариальной деятельности. **Федеральная нотариальная палата и нотариальные палаты субъектов Федерации должны строить свои отношения не горизонтально, что наблюдается в настоящее время и что характеризует их частноправовой характер, а вертикально – на**

публично-правовом принципе субординации деятельности. На сегодняшний день этого нет. Практически все вопросы финансирования, методические вопросы, толкование законодательства, вопросы наделения полномочиями нотариусов и прочие решаются нотариальными палатами регионов. Нередко в некоторых палатах решения собраний нотариусов усиливают частнопроводимые начала в нотариальной деятельности, вот почему наблюдаются различные толкования законов, разнообразие форм нотариальных актов, порой идущих в разрез с существующим законом. Это является одной из проблем Федеральной нотариальной палаты, которая нередко оторвана финансово и методически от регионов и не прислушивается к их мнению. С другой стороны, существует и обособленность самой Федеральной нотариальной палаты. Нередко многие комментарии и разъяснения ФНП не согласуются с мнением большей части нотариусов. Некоторые палаты не выполняют обязательства по взносам и т.д. Учитывая тот факт, что полномочные представители Президента РФ расположены в семи округах, на мой взгляд, необходима координация деятельности региональных палат по указанному принципу. Такое движение уже наблюдается в Центральном федеральном округе РФ – недавно был создан Координационно-методический совет нотариальных палат Центрального федерального округа Российской Федерации.

Нужна сильная Федеральная нотариальная палата, которая отражала бы интересы всех регионов, а не части их представителей. Назрела необходимость изменения внутренней системы и структуры Федеральной нотариальной палаты и её отношений с региональными палатами. Необходимо подумать о создании новой структуры Федеральной палаты, это может быть создание представительств Федеральной нотариальной палаты в федеральных округах.

Всё это должно быть зафиксировано не только в новом нотариальном законодательстве, но и в новом Уставе Федеральной нотариальной палаты. Усиление роли Федеральной нотариальной палаты вызвано и небольшим численным составом нотариусов России – более 7 500 человек, воля которых должна быть реально выражена на федеральном уровне.

3. Недостаточно активна роль Федеральной нотариальной палаты в области науки. Научные исследования не носят комплексного, академического, обобщающего, концептуального характера. По большей части видно желание издать учебные пособия и учебники. Статьи в основном посвящены частным вопросам нотариата, без глубоких обобщений. В сфере науки ФНП планировала разработать программу по исследованию проблем неэффективного использования нотариата в государственном регулировании общественных отношений. Однако до сих пор этого не произошло. Федеральная нотариальная палата должна вернуться к поднятой теме. Результатом проведённой работы, на наш взгляд, могли бы стать доклад Правительству России о создании эффективной активной системы нотариата в нашей стране и докладная записка Президенту РФ о реформировании российского нотариата.

4. В международной деятельности должна быть активная позиция российского нотариата. Надо более активно развивать отношения с нотариатами русскоговорящих соседних государств, в которых накоплен определённый положительный опыт. Необходимо развитие отношений со странами Восточной Европы, с которыми установлены дружественные отношения (Польша, Венгрия, Словакия, Сербия и т.д.), а не только изучение опыта нотариата Франции и Германии.

В целом необходим учёт тех положительных инструментов, которые существуют в законодательстве стран Международного союза нотариата:

- установление постоянных контактов по вопросам деятельности и возможностей нотариата;
- участие в подготовке предложений по реформированию нотариата;

- взаимодействие с Министерством иностранных дел РФ;
- участие в Межгосударственной комиссии Евразийского экономического сообщества по вопросам гармонизации законодательства о нотариате;
- организация и проведение Международной конференции с участием стран Восточной Европы и соседних государств;
- исполнение членских обязанностей в Международном союзе нотариата и продолжение работы в комиссиях союза.

¹ Ярков В.В. От бюрократического к активному нотариату (актуальные проблемы нотариального права) / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

² Калиниченко Т.Г. Развитие публично-правовых начал в нотариальной деятельности / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

³ Ярков В.В. От бюрократического к активному нотариату (актуальные проблемы нотариального права) / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

⁴ Ярков В.В. От бюрократического к активному нотариату (актуальные проблемы нотариального права) / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

⁵ Ярков В.В. От бюрократического к активному нотариату (актуальные проблемы нотариального права) / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

⁶ Герасимова Г.К., Жукова А.В. Развитие отношений института нотариата с государственной властью и гражданским обществом // Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.

⁷ Яковлев В.Ф. Давайте объединим усилия... / Матер. конф. «Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы». – М., 2007.