

Бочковенко В.А.ⁱ
Калиниченко Т.Г.ⁱⁱ
Смирнов С.В.ⁱⁱⁱ

О контроле в сфере нотариата в свете грядущей реформы

В преддверии нового Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», проект которого сегодня подготовлен рабочей группой Министерства юстиции РФ, нотариусы страны ожидают ответа на вопрос: как будет организован контроль их профессиональной деятельности? Ответ на него во многом зависит от избранной разработчиками организационной модели нотариата, от того, будет ли новый закон предусматривать переход нотариата страны на принципы саморегулирования.

Как отмечалось в статье «Нотариат - публично-правовая саморегулируемая организация» (Российская юстиция № 5, 2011 г.), организационная реформа нотариата должна иметь своей целью переход нотариальных палат всех уровней на саморегулирование, что позволит им взять на себя в полном объеме осуществление делегированных государством полномочий, а значит, по-новому организовать контроль профессиональной деятельности нотариусов. Это будет соответствовать базовому Федеральному закону «О саморегулируемых организациях» (далее - ФЗ), статья 9 которого определяет контроль со стороны саморегулируемой организации за осуществлением своими членами профессиональной деятельности как предмет саморегулирования.

Контроль за осуществлением профессиональных обязанностей нотариусов имеет ряд особенностей, обусловленных статусом нотариусов и спецификой их деятельности.

Действующее правовое регулирование

Контроль профессиональной деятельности нотариусов долгое время является предметом дискуссий в связи с недостаточной четкостью действующих правовых норм. В первую очередь, это касается определения самого предмета контроля и разграничения контрольных полномочий между контролирующими органами.

Необходимо отметить, что Основы устанавливают 3 конкретных вида контроля в сфере нотариата и определяют соответствующие контролирующие органы:

- контроль за исполнением нотариусами правил нотариального делопроизводства, осуществляемый совместно органами юстиции и нотариальными палатами (статья 9);
- контроль за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей, осуществляемый нотариальными палатами (статья 34).
- судебный контроль за совершением нотариальных действий, предусматривающий судебный порядок обжалования нотариального действия или отказа в его совершении (статьи 33, 48, 49).

Согласно Положению о Министерстве юстиции Российской Федерации, утверждённым Указом Президента Российской Федерации от 13 октября 2004 г. № 1313, к компетенции Министерства и его территориальных органов отнесены вопросы нормативно-правового регулирования, а также надзор и контроль в сфере нотариата. Между тем, Минюстом России какие-либо правовые механизмы осуществления контроля в сфере нотариата не разрабатывались, нормативные правовые акты по вопросам контроля за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей в развитие статьи 34 Основ законодательства РФ о нотариата (далее - Основы) не принимались. Очевидно, это объясняется тем, что глава VII Основ "Контроль за деятельностью нотариусов" не предусматривает принятие Минюстом

России каких-либо подзаконных актов по вопросам контроля, а статья 34 Основ относит контроль профессиональных обязанностей нотариуса к исключительной компетенции нотариальных палат.

Здесь уместно вспомнить, что еще в 1995г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в законодательство Российской Федерации о нотариате» (проект № 95009174-1), который устанавливал совместный контроль за деятельность нотариусов органов юстиции и нотариальных палат. Однако он не был подписан Президентом Российской Федерации Б.Н.Ельциным и был возвращен в Госдуму на доработку (вето Президента РФ от 27 ноября 1995г, № Пр-1711). В частности, были высказаны следующие замечания: *«...Не совсем понятно, что из себя представляет совместный контроль. Как представляется государственный контроль должен осуществлять соответствующий государственный орган, а не некоммерческая организация, выражающая профессиональные интересы, которая по своей сути представляет собой ничто иное как профессиональное объединение».*

Такой подход, имеющий скорее политический, чем правовой характер, имел место в 90-х годах прошлого столетия, наряду с инициативами о возврате старой системы государственного нотариата. Однако сегодня эта позиция утратила актуальность. Время идет, спустя десятилетие в стране началась административная реформа, в результате которой возникло саморегулирование как противодействие избыточным функциям госаппарата. Поэтому не вызывает сомнений, что придание нотариальным палатам статуса саморегулируемой организации - юридического лица публичного права позволит сосредоточить контрольные функции в одних руках. В этом случае контрольные полномочия будут осуществляться непосредственно нотариальными палатами субъектов РФ в полном объеме, как за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей, так и правил нотариального делопроизводства, за исключением вопросов судебного контроля.

Именно поэтому с переходом на саморегулирование все дискуссии о совместном контроле нотариальной палаты и органа юстиции должны остаться в прошлом, а такая функция Минюста России, как государственный надзор и контроль в сфере нотариата, должна проявляться не в проведении конкретных проверок нотариусов, а в государственном регулировании вопросов организации и осуществления профессионального контроля, проще говоря, - в издании совместно с Федеральной нотариальной палатой нормативных правовых актов на основе обобщения и анализа правоприменительной и судебной практики.

Такая совместная нормотворческая функция имеет место и сегодня. Подзаконные акты в сфере нотариата принимаются Минюстом России совместно с Федеральной нотариальной палатой. Это предусмотрено Основами и обусловлено правовой природой небюджетного нотариата, сочетанием публично-правового характера деятельности нотариусов с частным началом – принципами организационной самостоятельности и независимости нотариусов и самоуправлением нотариальных палат.

В определенном Основами перечне видов контроля особое место занимает судебный контроль (ст.33, 49 Основ). Нотариальное действие, как и отказ в его совершении, не могут быть предметом проверок даже со стороны саморегулируемой некоммерческой организации, поскольку любой нотариально удостоверенный документ является государственным актом: он совершен от имени Российской Федерации и в этом его специфика, главная особенность.

Следовательно, нотариальное действие априори не может подвергаться корпоративному контролю, правовой оценке на соответствие законодательству со стороны проверяющих (также являющихся нотариусами), даже если контролирующая организация будет иметь статус саморегулируемой. Это компетенция суда.

Представляется, что эти принципиальные положения должны быть положены в основу Общей части проекта Федерального закона О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации» при разработке глав, посвященных контролю.

Вместе с тем, сегодня направленный в нотариальные палаты проект Общей части закона по существу предлагает классический вариант госконтроля эпохи развитого

социализма. Налицо полный отказ от идеи саморегулирования. В частности, проектом определяются контролирующие органы: федеральный орган юстиции (Министерство юстиции РФ), его территориальные органы, нотариальные палаты, а также предмет контроля: организация работы нотариуса, делопроизводство, соблюдение правил совершения нотариального действия, исчисление и взимание нотариального тарифа. Какое-либо распределение контрольных функций по предметному принципу между органами юстиции и нотариальными палатами не предлагается, а нормы о судебном контроле и вовсе отсутствуют.

Таким образом, по законопроекту любая из перечисленных контролирующих организаций вправе проверить любой аспект деятельности нотариуса: от совершения нотариального действия, применения Правил нотариального делопроизводства (качество которых стало притчей во языцах), до правильности исчисления и взимания нотариального тарифа. Фактически это означает полномасштабную проверку работы нотариуса, в том числе и на соответствие законодательству совершенного нотариального действия, т.е. судебный контроль. При осуществлении контрольных полномочий территориальный орган Минюста России фактически становится вышестоящим органом для нотариальной палаты. Он не будет самостоятельно проводить проверки. Его руководящая роль – это пересылка в нотариальную палату поступающих обращений и жалоб на действия нотариусов, постановка их на контроль с последующей оценкой результатов проверки. Территориальный орган не лишается права и самостоятельно провести проверку по поступившему обращению.

Особенно удивляют положения проекта, дающие право территориальным органам и самому Министерству инициировать вопрос о переизбрании исполнительных органов нотариальной палаты в случае несогласия с принятым нотариальной палатой решением по любому вопросу, порученному органом юстиции. В советское время это называлось снятие с должности не оправдавших доверие руководителей. Правда непонятно, как эта норма может быть применена на практике, поскольку такое решение должно приниматься самой нотариальной палатой в лице его высшего органа – собрания.

Таким образом, отношениям контролирующих органов придается вертикальный властный характер: орган юстиции поручает, а нотариальная палата выполняет и отчитывается о выполнении. Предложенная законопроектом модель напоминает государственный и партийный контроль времен советской административно-командной системы.

Практическое осуществление контрольных функций нотариальными палатами

Анализ состояния практической реализации действующих правовых норм о контроле в сфере профессиональной деятельности нотариусов позволяет сделать вывод о том, что сегодня контрольные функции реально осуществляются силами нотариальных палат, что вполне естественно и объяснимо. Для того, чтобы осуществлять полноценную и качественную проверку профессиональной деятельности нотариуса, дать объективную оценку его работы, проверяющему необходимо обладать соответствующей квалификацией и необходимой профессиональной подготовкой. В полной мере подобным требованиям могут отвечать только нотариусы, но не специалисты государственной службы. Иными словами, профессионала должны проверять профессионалы, что на практике и происходит.

При отсутствии нормативных документов Минюста России по вопросам контроля, этот вакуум давно стал заполняться нотариальными палатами. Ими стали приниматься регламенты проверок, создаваться соответствующие комиссии. Начавшийся ещё прошлым веке стихийный процесс организации проверок работы нотариусов приобрел упорядоченный характер после принятия Методических рекомендаций по проведению проверки исполнения нотариусом, занимающимся частной практикой, профессиональных обязанностей (утверждены Правлением Федеральной нотариальной палаты, протокол № 04/05 от 17 июня 2005г.). Во всех нотариальных палатах сегодня действуют контрольные комиссии, приняты регламенты проверок. Таким образом, нотариальными палатами давно осуществляется контрольные функции, аналогичные предусмотренным ФЗ «О саморегулируемых организациях», причем

задолго до принятия этого ФЗ. Эти полномочия подтверждены Конституционным Судом РФ (Постановление от 19 мая 1998г. № 15-П) и правомочность их осуществления не вызывают сомнений в правоприменительной практике, в том числе и судебной. Однако и здесь не обходится без издержек, как правовых, так и организационных.

Как отмечалось выше, речь идет об определении предмета контроля и его пределов, т.к. содержание примененного в статье 34 Основ термина «профессиональные обязанности нотариуса» ни в самих Основах, ни в иных документах нормативного характера не раскрывается.

Исследуя данный вопрос, Г.Г.Черемных считает, что предоставление Основами нотариальным палатам права контроля профессиональных обязанностей нотариуса без регламентации, что это такое – «профессиональные обязанности», без установления предмета и пределов такого контроля, является серьезной ошибкой законодателя. По его мнению, понятие "профессиональная деятельность" включает в себя весь спектр действий нотариуса по обеспечению совершения нотариального действия, приобретение или аренда помещения, оснащение его мебелью, средствами оргтехники и материалами, заключение соответствующих договоров с хозяйствующими субъектами, наем сотрудников, организация приема граждан, ведение делопроизводства, содержание архива, предоставление обязательной информации в нотариальную палату, государственные органы, уплата налогов и иных обязательных платежей, страхование риска профессиональной ответственности, повышение профессионального уровня, участие в общих собраниях и других мероприятиях палаты и многое-многое другое, без чего невозможно совершение качественного, основанного на законе нотариального действия. Иными словами, профессиональная деятельность – это, в первую очередь, само нотариальное действие и вся многогранная работа нотариуса по его обеспечению. Основы, к сожалению, такого четкого, очевидного понятия не дают»^{iv}. Данный подход разделяется в иных исследованиях^v и с этой позицией нельзя не согласиться.

Однако сегодня при комплексной проверке нотариуса проверяется весь спектр вопросов, касающихся как организации работы, постановления нотариального делопроизводства, а также подвергаются проверке на соответствие законодательству совершенные нотариальные действия. Причем последнее является одним из главных направлений проверки. Таким образом, в предмет контроля исполнения профессиональных обязанностей нотариуса, занимающегося частной практикой, входит и проверка совершенных нотариальных действий на соответствие их законодательству, хотя, строго говоря, в силу закона это отнесено к предмету судебного контроля (ст.ст.33, 49 Основ).

Отсутствие в законе критериев разграничения предмета профессионального контроля на составляющие, позволяет нотариусам – членам комиссии, особенно в рамках комплексной проверки, фактически зачастую «судить» своего коллегу – другого нотариуса, т.к. при проведении проверок одними нотариусами дается правовая оценка нотариальных действий, совершенных другим нотариусом. Таким образом, нотариальная палата в лице проверяющих нотариусов по существу вторгается в сферу судебного контроля, т.е. компетенцию суда, поскольку по закону правильность совершенного нотариального действия проверяется судом (статья 49 Основ, глава 27 ГПК РФ).

В этом плане показательна практика Московской городской нотариальной палаты.

Законом города Москвы "Об организации и деятельности нотариата в городе Москве" (статья 21) установлено, что проверяющие не вправе давать оценку законности и обоснованности нотариальных действий. Однако в Регламенте проверок МГНП, принятом через полтора года после вступления этого Закона в силу, в качестве основной задачи проведения проверки прямо указывается «проверка соответствия совершаемых нотариусами нотариальных действий требованиям действующего законодательства и иным нормативным актам, регулирующим нотариальную деятельность».

Аналогичная ситуация и в других нотариальных палатах. Это не удивительно, поскольку формулировки регламентов проверки многих нотариальных палат заимствованы из Методических рекомендаций Федеральной нотариальной палаты.

Но не во всех субъектах РФ принят такой как в Москве закон о нотариате, которым разграничен предмет контроля и, казалось бы, внесена полная ясность в вопросе «кто и что должен проверять». Однако для правоприменителей из МГНП утвержденный правлением нотариальной палаты регламент, как оказалось, имеет большую юридическую силу, чем закон.

Таким образом, вопрос о том, как разграничить вопросы судебного и профессионального контроля, а главное, – как определить предмет контроля профессиональных обязанностей нотариуса, сегодня остается открытым и эту неопределенность, безусловно, должен устранить новый федеральный закон о нотариате и нотариальной деятельности.

О дисциплинарной ответственности нотариуса

Преобладающим видом контроля, введенным более десяти лет назад и практически ставшим традиционным, является контроль дисциплинарный, осуществляемый в соответствии с кодексами этики, принятыми в нотариальных палатах субъектов РФ, а также принятым в 2001г. Собранием представителей нотариальных палат субъектов РФ Профессиональным кодексом нотариусов Российской Федерации. Практика применения к нотариусам мер дисциплинарного характера давно сложилась в нотариальных палатах.

Однако надо сказать честно, что она не имеет под собой достаточной правовой базы, что признает и руководство Федеральной нотариальной палаты. Так, 18 октября 2010г. на заседании Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации гражданского законодательства при обсуждении вопросов стратегии развития нотариата Президент Федеральной нотариальной палаты М.И. Сазонова в своём выступлении отметила, что «какие-либо формы дисциплинарной ответственности нотариусов отсутствуют»^{vi}.

Немного теории. Как известно, дисциплинарная ответственность вводится в законодательном порядке для лиц наемного труда нормами Трудового кодекса РФ. Имеются также специальные акты о дисциплинарной ответственности для лиц определенных профессий (государственные служащие, военнослужащие и др.). Однако нотариус не является ни лицом, работающим по найму, ни государственным служащим. Поэтому Основы не установили дисциплинарную ответственность нотариуса.

Вместе с тем, статья 12 Основ говорит **о неоднократном совершении дисциплинарных проступков** как об основании прекращения полномочий нотариуса.

Интересен тот факт, что Основы, только единожды упоминая о дисциплинарных проступках нотариусов (статья 12), определения этих проступков не дают, не предусматривают ни оснований, ни порядка наложения дисциплинарных взысканий, да и самого института дисциплинарной ответственности нотариуса. Более того, в действующем законодательстве о нотариате нет и бланкетных норм, указывающих на возможность принятия подзаконных актов, которые регулировали бы вопросы дисциплинарной ответственности нотариусов и определяли органы, правомочные принимать соответствующие подзаконные акты. Конечно, это недоработка Основ.

При исследовании этого вопроса авторам настоящей публикации удалось выяснить, что в 1993г. проект Основ содержал отдельную главу о дисциплинарной ответственности нотариусов. Однако в ходе работы над законопроектом в Комитете по законодательству Верховного Совета РФ она была исключена в силу названных причин. А вот в статье 12 Основ слова «за неоднократное совершение дисциплинарных проступков» почему-то были сохранены. Таким образом, сегодня имеет место парадоксальная ситуация. Основы упоминают о дисциплинарных проступках при отсутствии в законе института дисциплинарной ответственности нотариусов.

А на практике дисциплинарные взыскания применяются повсеместно, но за нарушение профессиональных обязанностей.

В это связи возникает вопрос о соотношении понятий «нарушение профессиональных обязанности» и «дисциплинарный проступок». Как показывает наш достаточно длительный опыт, особенно после принятия Профессионального кодекса нотариусов Российской Федерации, эти понятия по своему правовому содержанию стали идентичны.

На протяжении многих лет имеют место критические замечания относительно Профессионального кодекса нотариусов Российской Федерации, ставится под сомнение его юридическая сила и обязательность применения. Критики приводят достаточно серьезную и разнообразную аргументацию, которая заключается в следующем:

1) В отличие от сообщества адвокатов, где наличие Кодекса профессиональной этики адвокатов прямо установлено ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», в Основах подобной нормы нет. Профессиональный кодекс нотариусов Российской Федерации не может иметь силы нормативного правового акта, т.к. не опубликован и не зарегистрирован в установленном порядке. Это и невозможно, поскольку Федеральная нотариальная палата не является федеральным органом исполнительной власти и вправе принимать совместно с Минюстом России только нормативные правовые акты, прямо предписанные Основами.

2) Профессиональный кодекс нотариусов Российской Федерации, призванный регулировать вопросы **дисциплинарной ответственности нотариусов**, по существу является единственным документом общероссийского уровня, на основании которого сегодня реально осуществляется полномасштабный контроль всей работы нотариуса.

Так, Кодексом под дисциплинарным проступком понимается *«виновное ненадлежащее выполнение или невыполнение нотариусом своих профессиональных обязанностей, а также нарушение этических норм поведения нотариуса и иных требований, установленных законодательством Российской Федерации и субъектов Российской Федерации и настоящим Кодексом»*, т.е. область применения Кодекса не ограничивается только вопросами дисциплины и выполнения нотариусами членских обязанностей. Между тем статья 12 Основ говорит о совершении дисциплинарных проступков, а не о нарушениях профессиональных обязанностей. Тем самым происходит подмена понятий.

К числу дисциплинарных проступков Кодексом отнесены практически все возможные нарушения в деятельности нотариуса, в том числе и нарушения законодательства (*совершение нотариальных действий, противоречащих требованиям законодательства, занятие предпринимательской и иной деятельностью, кроме нотариальной, научной и преподавательской, осуществление нотариальной деятельности без страхования риска профессиональной ответственности, нарушение нотариусом тайны совершения нотариального действия и др.*).

3) Кодекс не может регулировать вопросы ответственности нотариусов, поскольку они не являются членами Федеральной нотариальной палаты. Непосредственное применение Профессионального кодекса нотариусов Российской Федерации невозможно при наличии аналогичных кодексов, принятых в нотариальных палатах субъектов РФ. В принципе, этот Кодекс может иметь лишь статус примерного для принятия соответствующих кодексов

Можно по-разному относиться к приведенным доводам, но необходимо признать, что они достаточно убедительны, и это подтверждает необходимость серьезной проработки и переосмысления вопросов организации профессионального контроля. Необходимо также отметить, что судами не исследовался вопрос о правомерности принятия Федеральной нотариальной палатой самого Кодекса, поскольку такого рода иски и жалобы отсутствуют.

Судебная практика, связанная с применением этого Кодекса, противоречива. Член комиссии ФНП по этике О.А. Стукалова отмечает ее «половинчатость», приводя в качестве примера известные решения Верховного Суда Российской Федерации: от 15 февраля 2008 года по иску М.А. Кореновой к Кировской областной нотариальной палате и от 26 марта 2010 года по иску Письменюк Л.Г. к Управлению Министерства юстиции РФ по Омской области^{vii}.

Как известно, первый иск был удовлетворен. Но особый интерес вызывает последнее решение, а точнее, - вывод Судебной Коллегии по гражданским делам Верховного Суда

Российской Федерации о возможности применения к нотариусу мер дисциплинарного воздействия в соответствии с Профессиональным кодексом нотариусов Российской Федерации, поскольку это «предусмотрено пунктом 7.3.19 Устава НП Омской области...».

Таким образом, Верховный Суд РФ делает вывод, что обязательный характер для нотариусов Профессиональный кодекс нотариусов Российской Федерации приобретает только при условии специального указания об этом в Уставе нотариальной палаты.

Выводы и предложения

Понятно стремление разработчиков законопроекта ввести жесткие меры, направленные на наведение порядка в нотариате, снизить количество жалоб. Однако это не оправдывает реанимирование механизма контроля времен советской административно-командной системы. Эта попытка не является организационным реформированием нотариата и, скорее всего, обречена на провал.

С другой стороны, несовершенство действующего правового регулирования вопросов контроля не должно являться поводом к латанию дыр в законе посредством введения не основанных на законе, но «обязательных для применения» квазинормативных актов.

Вполне очевидно, что говоря о реформе нотариата, необходимо иметь в виду пересмотр механизма контроля всей профессиональной деятельности нотариусов.

По нашему мнению, новый закон должен четко определить, что такое нарушение профессиональных обязанностей нотариуса, дать четкое определение этих обязанностей. Эти нарушения не могут квалифицироваться как дисциплинарные проступки. По всей видимости, к дисциплинарным проступкам должны относиться нарушения, связанные именно с дисциплиной, т.е. с режимом работы нотариальной конторы и приемом граждан, с культурой поведения и этикой общения с обратившимися к нотариусу лицами, исполнением членских обязанностей, но не касающиеся совершения нотариальных действий и правил нотариального делопроизводства.

Вполне очевидно, что между нарушителями закона и нарушениями дисциплины нельзя ставить знак равенства и применять к нарушителям дисциплины те же меры ответственности, что и к нарушителям закона, и наоборот. Проще говоря, вещи надо называть своими именами: новое правовое регулирование должно разделить дисциплинарные проступки и нарушения профессиональных обязанностей.

Вполне очевидно, что сегодня такую область делегированных нотариальным палатам государственных полномочий, как контроль профессиональных обязанностей нотариусов, необходимо совершенствовать, а точнее сказать – создавать новый правовой механизм.

Все названные проблемы можно решить только через саморегулирование, тем более что для этого есть необходимый законодательный базис – ФЗ «О саморегулируемых организациях». Это даст возможность нотариальным палатам получить полный объем полномочий в сфере контроля, позволит определить предмет профессионального контроля и его пределы, выработать критерии разграничения дисциплинарной ответственности от нарушений профессиональных обязанностей и нарушений законодательства.

Нужно переосмыслить и узаконить практику контроля, и на этой основе выработать стандарты контроля, причем непосредственно самим сообществом, а не по указанию сверху.

ⁱ Советник Президента Московской областной нотариальной палаты

ⁱⁱ Нотариус Химкинского нотариального округа Московской области, кандидат юридических наук

ⁱⁱⁱ Нотариус Реутовского нотариального округа Московской области, Президент Московской областной нотариальной палаты

^{iv} Г.Г.Черемных. Организация контроля деятельности нотариуса должна быть изменена радикально. "Российская юстиция", 2009, N 2.

^v см. Черкасов К.В. и Расказчикова А.П. О некоторых проблемах осуществления территориальными органами юстиции контроля и надзора в сфере нотариата. Российская юстиция. 2010. N 3. С. 63 - 65.

^{vi} см. сайт ФНП 19 октября 2010г. <http://www.notariat.ru/>.

^{vii} Нотариальный Вестник № 10 2010г.