

ISSN 0131-6761



LEGALITAS REGNORUM FUNDAMENTUM



РОССИЙСКАЯ ЮСТИЦИЯ

Журнал основан в 1922 г.

№ 9 (сентябрь 2011 г.)

АКТУАЛЬНЫЕ ИНТЕГРАЦИОННЫЕ ПРОЦЕССЫ
И ОБЩИЙ ВЕКТОР МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ СИСТЕМЫ ОРГАНОВ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ В РОССИИ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МНОГОАСПЕКТНОСТЬ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ
РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

ОБЗОР ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ФЕДЕРАЛЬНЫХ СУДОВ
ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ И МИРОВЫХ СУДЕЙ ЗА 2010 ГОД



О КОНТРОЛЕ В СФЕРЕ НОТАРИАТА В СВЕТЕ ГРЯДУЩЕЙ РЕФОРМЫ

С.В. СМИРНОВ, Президент Московской областной нотариальной палаты,

Т.Г. КАЛИНИЧЕНКО, кандидат юридических наук,
нотариус Химкинского нотариального округа
Московской области,

В.А. БОЧКОВЕНКО, советник Президента Московской
областной нотариальной палаты

Ключевые слова: нотариат, Федеральный закон о нотариате, реформа нотариата, контроль в сфере нотариата

В преддверии нового Федерального закона о нотариате нотариусы страны ожидают ответа на вопрос: как будет организован контроль их профессиональной деятельности? Ответ на него будет зависеть от того, будет ли новый закон предусматривать переход нотариата страны на принципы саморегулирования.

In anticipation of the new Federal Law on Notaries notary countries expect an answer to the question: How is the control of their professional activities? Answer will depend on whether the new law provide for the transition countries of Notaries on the principles of self-regulation.

Как отмечалось в статье «Нотариат — публично-правовая саморегулируемая организация»¹, реформа нотариата должна иметь своей целью переход нотариальных палат на саморегулирование, что позволит им по-новому организовать контроль профессиональной деятельности нотариусов. Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» определяет контроль саморегулируемой организации за профессиональной деятельностью своих членов как предмет саморегулирования. Вместе с тем

контроль за осуществлением профессиональных обязанностей нотариусов имеет ряд особенностей, обусловленных статусом нотариусов и спецификой их работы.

Действующее правовое регулирование

Вопросы профессионального контроля долгое время являются предметом дискуссий в связи с нечеткостью действующих правовых норм. В первую очередь, это касается определения 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 (ст. 9);

— контроль за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей, осуществляемый нотариальными палатами (ст. 34);

— судебный контроль за совершением нотариальных действий, предусматривающий судебный порядок обжалования нотариального действия или отказа в его совершении (ст.ст. 33, 48, 49).

Согласно Положению о Министерстве юстиции Российской Федерации (Указ Президента России от 13 октября 2004 г. № 1313), к компетенции Министерства отнесены вопросы надзора и контроля в сфере нотариата. Однако Минюстом России правовые механизмы осуществления контроля в сфере нотариата не разрабатывались, нормативные правовые акты по вопросам контроля профессиональных обязанностей нотариусов не принимались. Очевидно, это объясняется тем, что глава VII Основ законодательства РФ о нотариате (далее — Основы) «Контроль за деятельностью нотариусов» не предусматривает издания Минюстом России актов по вопросам контроля, а ст. 34 Основ относит вопросы профессионального контроля к исключительной компетенции нотариальных палат.

Здесь уместно вспомнить, что еще в 1995 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в законодательство Российской Федерации

о нотариате» (проект № 95009174-1), который устанавливал совместный контроль за деятельностью 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 1995 г. № Пр-1711). В частности, было высказано следующее: «...Как представляется, государственный контроль должен осуществлять соответствующий государственный орган, а не некоммерческая организация, которая представляет собой не что иное, как профессиональное объединение».

Такой подход, имевший 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, сплести десятилетие в стране началась административная реформа, в результате которой и возникло саморегулирование как противодействие избыточным функциям госаппарата. Поэтому не вызывает сомнений, что приращение 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 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 проявиться 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.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 указанные принципиальные положения должны быть положены в основу Общей части проекта нового Федерального закона при разработке глав, посвященных контролю.

Однако сегодня 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 языцех), до правильности исчисления и взимания нотариального тарифа. Фактически это означает полномасштабную проверку работы нотариуса, в том числе и на соответствие законодательству совершения 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 ее высшего органа — собрания.

Отношениям контролирующих органов придается вертикальный властный характер: орган юстиции поручает, а нотариальная палата выполняет и отчетывается 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

качественную проверку работы нотариуса, дать ей объективную оценку, проверяющему необходимо обладать необходимыми знаниями и подготовкой. Этим требованиям могут отвечать только нотариусы. Профессионалы должны проверять профессионалы, что сегодня 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 еще прошлым леке стихийный процесс организации проверок приобрел упорядоченный характер после принятия Методических рекомендаций по проведению проверок (утверждены Правлением Федеральной нотариальной палаты, протокол № 04/05 от 17 июня 2005 г.). В 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. Они подтверждены Конституционным Судом РФ (Постановление от 19 мая 1998 г. № 15-П) и их правомерность не вызывает сомнений в правоприменительной практике. Однако и здесь не обходится без издержек, как правовых, так и организационных. Как отмечалось, речь идет о предмете контроля и его пределах, т.к. содержание примененного в ст. 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 дают². Данный подход разделяется в иных исследованиях³ и с этой позицией нельзя не согласиться.

Однако сегодня при комплексной проверке нотариуса проверяется весь спектр вопросов, касающихся как организации работы, постановки 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. в компетенцию суда, поскольку по закону правильность совершенного нотариального действия проверяется судом (ст. 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» (ст. 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, 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. Именно его и должен решить новый федеральный закон.

О дисциплинарной ответственности нотариуса

Преобладающим видом контроля, практически ставшим традиционным, является контроль дисциплинарный, осуществляемый в соответствии с кодексами этики, принятыми в нотариальных палатах субъектов РФ, а также принятым в 2001 г. 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 2010 г. 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 своем выступлении отметила, что «какие-либо формы дисциплинарной ответственности нотариусов отсутствуют»⁴.

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 (государственные служащие, военнослужащие и др.). Однако нотариус не является ни наемным работником, ни служащим. Поэтому Основы и не установили дисциплинарную ответственность нотариуса.

Вместе с тем ст. 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 (ст. 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 о дисциплинарной ответственности нотариусов. Конечно, это недоработка Основ.

При исследовании этого вопроса авторам настоящей публикации удалось выяснить, что в 1993 г. 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 ст. 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 вот на практике дисциплинарные взыскания применяются повсеместно, но за нарушение профессиональных обязанностей.

В это связи возникает вопрос о соотношении понятий «нарушение профессиональных обязанностей» 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 РФ, 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 Основях подобной нормы нет. Профессиональный кодекс нотариусов РФ не может иметь силы нормативного правового акта. Федеральная

нотариальная палата не является федеральным органом исполнительной власти и вправе принимать только те нормативные документы, которые предписаны Основами.

2) Профессиональный кодекс нотариусов РФ под дисциплинарным проступком понимает «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 ст. 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 за нарушения законодательства.

3) Кодекс не может регулировать вопросы ответственности нотариусов, поскольку они не являются членами Федеральной нотариальной палаты. Непосредственное применение Профессионального кодекса нотариусов РФ невозможно при наличии аналогичных кодексов, принятых в нотариальных палатах субъектов РФ.

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.

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 г. по иску М.А. Кореневой к Кировской областной нотариальной палате и от 26 марта 2010 г. по иску Письменюк Л.Г. к Управлению Министерства юстиции РФ по Омской области⁵. Здесь особый интерес вызывает последнее решение, а точнее, — вывод Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации о возможности применения Профессионального кодекса нотариусов РФ, 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. Однако это не оправдывает реализацию механизма контроля времен советской административно-командной системы. Эта попытка не является реформированием нотариата и 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 их четкое понятие. Они не должны 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: новый закон должен разделять

дисциплинарные проступки и нарушения профессиональных обязанностей.

Также 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.

¹ Российская юстиция. 2011. № 5.

² Г.Г. Черемных. Организация контроля деятельности нотариуса должна быть изменена радикально // Российская юстиция. 2009. № 2.

³ См.: Черкасов К.В., Расказникова А.П. О некоторых проблемах осуществления территориальными органами юстиции контроля и надзора в сфере нотариата // Российская юстиция. 2010. № 3. С. 63-65.

⁴ см. сайт ФНП 19 октября 2010г: <http://www.notariat.ru/>.

⁵ Нотариальный вестник. 2010. № 10.