



ФЕДЕРАЛЬНАЯ НОТАРИАЛЬНАЯ ПАЛАТА

ул. Долгоруковская, д. 15, стр. 4-5, г. Москва, 127006,
Тел.: +7 (495) 981-43-66. Факс: +7 (495) 981-43-67. E-mail: fnp@notariat.ru

02.04.2013 № 717/01-01-1

на _____ от _____

**Заместителю министра юстиции
Российской Федерации
Е.А. Борисенко**

Уважаемая Елена Адольфовна!

Федеральная нотариальная палата (далее – ФНП) направляет аналитическую справку, подготовленную в связи с предложениями Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС), к состоявшемуся 12 марта 2013 года заседанию рабочей группы по проекту федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации».

Необходимость тщательного анализа внесенных ФАС предложений вызвана тем обстоятельством, что позиция ФАС по законопроекту была опубликована в электронных средствах массовой информации и вызвала негативное восприятие со стороны нотариального сообщества и представителей органов законодательной, исполнительной и судебной власти, а также недоумение представителей юридической науки, принимавших участие в обсуждении проекта названного закона в Министерстве юстиции Российской Федерации, Совете Федерации, Президиуме Ассоциации юристов России, субъектах Российской Федерации.

Работа над проектом данного закона ведется более трех лет, и вопросы концептуального характера давно разрешены, они получили поддержку и одобрение в ходе указанных обсуждений. Большинство замечаний ФАС необоснованны и неконструктивны. Некоторые замечания могут быть учтены при доработке проекта, о чем подробно указано в прилагаемой справке.

Участие представителей Министерства иностранных дел Российской Федерации (далее – МИД России) и ФАС в данной стадии работы над проектом закона о нотариате предусматривало необходимость согласования некоторых вопросов совместной компетенции с МИД России и методики расчета нотариальных тарифов с ФАС.

Следует отметить, что с представителями МИД России состоялась конструктивная работа, в ходе которой были внесены необходимые дополнения и изменения, а также изменена редакция некоторых положений проекта закона.

К сожалению, плодотворного сотрудничества с представителями ФАС не получилось, хотя со стороны ФНП были предоставлены материалы, с которыми хотели ознакомиться сотрудники ФАС, в том числе подготовленное кафедрой труда и социальной политики Академии государственной службы и народного хозяйства при Президенте Российской Федерации исследование по расчету нотариальных тарифов. В процессе обсуждения стало очевидно, что типовые методики, имеющиеся в ФАС, для расчета нотариальных тарифов непригодны, а какой-либо оценки работы, подготовленной Академией, не дано.

Материалы, которые обсуждались и обсуждаются на заседании рабочей группы более чем за три года, ни разу не были опубликованы ее участниками для рекламирования собственной позиции, подобные действия, по-нашему мнению, недопустимы с точки зрения этики, так как работа над проектом не завершена. В данном случае публично заявлена позиция, которая не согласована с уполномоченным в сфере нотариата федеральным органом исполнительной власти и не имеет научного обоснования.

Учитывая указанные обстоятельства, ФНП проанализировала предложения по проекту федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации», изложенные ФАС в открытом письме, размещенном на ее сайте, и полагает необходимым довести результаты проделанной работы до Вашего сведения.

Приложение: на 9 л. в 1 экз.

С уважением,
Президент палаты

Handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by the name 'азонова' in lowercase Cyrillic script. Below the signature is a small checkmark.

М.И. Сазонова

**Справка по вопросу совершенствования проекта федерального закона
«О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации»
на предложения, высказанные в открытом письме ФАС РФ
б/н в редакции от 11.03.2013 года**

1. Определение понятий. Законодательство о нотариате и нотариальной деятельности носит сложный, комплексный характер. Определение основных юридических понятий и терминов в его тексте, безусловно, необходимо в интересах однозначного их толкования, выступая в качестве условия стабильного и качественного применения его положений. В то же время, это не означает, что все они должны быть сосредоточены в одной норме: качество закона только выиграет от того, что соответствующие определения будут рассредоточены по его тексту, размещаясь там, где это соответствует логике и предполагаемому объёму регулирования. В этом смысле, представляются бесперспективными попытки «утоптать» в одну лаконичную норму такие многогранные институты как «нотариальное действие», «нотариальная тайна», «нотариальный тариф» и ряд других, определению которых посвящены отдельные статьи и даже разделы законопроекта.

Предложенный ФАС линейный подход к определению понятий вместо искомого упрощения закона приведёт к его загромождению сложными для восприятия формулировками и неизбежными в таких случаях противоречиями при их толковании. В отличие от антимонопольного законодательства, где с определёнными оговорками и может использоваться подобный приём законодательной техники, характерный скорее для стран системы общего права, закон о нотариате в большей степени должен быть ориентирован на использование традиционных подходов, известных национальной правовой культуре.

По существу же, отдельные формулировки, предложенные ФАС в своём письме, упречны и свидетельствуют о некоторой отдалённости писавшего от предмета:

- нотариус – не должностное лицо, как считает ФАС: он не входит в систему органов государственной власти и/или муниципальной власти. Публичные полномочия передаются нотариусу от государства посредством делегирования;

- нотариальная тайна – действительно, как указывает ФАС, «охраняемая законом информация...». Однако, подобная банальность, не добавляющая ничего к нашим знаниям о данном институте, не заслуживает специального указания среди прочих определений. Более того, ст.ст.11, 118, 119 проекта закона в полной мере определяют как нотариальную тайну в совокупности её существенных признаков, так и перечень составляющих её сведений;

- нотариальный тариф – определяется ФАС на том же уровне, что и предыдущее понятие – указанием на его общеизвестные, «обывательские» признаки. В проекте закона нотариальному тарифу – комплексному правовому институту – посвящается целая глава (гл.43, ст.294 и след.),

досконально определяющая как его правовую природу, так и процедуру взимания;

- услуги правового и технического характера – определяются ФАС как не являющиеся нотариальными действиями. Однако, только за счёт указания на позитивные признаки возможно определение правовой природы (сути) искомого понятия. Негативное определение – свидетельство казуистичного (УПТХ – также не процессуальные действия, не административные действия, не юридические действия и т.д. и т.п.) и низкокачественного подхода к законотворчеству;

- нотариальные действия – никак не определяются ФАС, что лишает дискуссию предмета. В законопроекте – нотариальное действие – ключевое понятие, составляющее существо деятельности нотариуса (цель и результат), которому посвящено значительное количество норм в его общей и особенной части, позволяющие в совокупности безошибочно определить его многоплановое правовое содержание.

- независимость нотариуса – содержательное предложение в письме ФАС снова отсутствует. В проекте закона независимости нотариуса посвящён ряд положений, на достаточном уровне, позволяющих определить правовой режим данной гарантии нотариальной деятельности (ст.9 проекта).

2. Доступ к профессии. ФАС полагает, что участие органов нотариального сообщества в процедурах отбора и подготовки будущих нотариусов делает их непрозрачными, неподконтрольными государству, которое лишается возможности влиять на процесс формирования кадрового потенциала российского нотариата. Подобный вывод сделан, на наш взгляд, на основе недостаточно глубокого изучения и/или непонимания федеральной службой положений законопроекта, которые только усиливают и так преобладающую сегодня роль уполномоченного органа государства при формировании нотариального корпуса. Все без исключения нормы проекта закона, посвящённые доступу к профессии устанавливают принцип решающего голоса представителя государства при принятии соответствующих решений (см. например, ст.ст.45, 48, 52 проекта): председателем всех комиссий по допуску (квалификационных, конкурсных, апелляционных) является руководитель органа юстиции, голос которого является решающим, а сами комиссии создаются и функционируют при органах юстиции. В этом смысле, у государства при решении вопросов доступа конкретных лиц к осуществлению нотариальных функций всегда в наличии «золотая акция»: в отсутствие его одобрения ни один кандидат не станет нотариусом.

В отличие от действующего законодательства сама процедура доступа прописана в законопроекте досконально, создавая равные и прозрачные условия для всех кандидатов. Ограниченное же участие в ней представителей нотариального сообщества не только соответствует двойственной, частно-публичной природе самого нотариата, но и способствует содержательному,

предметному контролю знаний и практических навыков кандидатов. Многоэтапность доступа (предварительный экзамен → стажировка → квалификационный экзамен → конкурсный отбор) неизбежно, в интересах обретения соответствующих профессиональных навыков кандидатами, требуют участия в данной процедуре действующих нотариусов. Данное предложение ФАС игнорирует, таким образом, выраженный юридико-технический аспект в нотариальной деятельности, требующей целенаправленного накопления и адаптации навыков работы в профессии.

Наконец, потенциально коррупционно-ёмкие предложения ФАС о проведении всех отборочных процедур на базе одного из ведущих вузов (например, РАНХиГС) свидетельствует, по всей видимости, о незнании их авторами элементарных социально-экономических и территориальных условий нашей страны: организационные и материальные издержки такого решения огромны. С учётом необходимости обеспечить равный доступ к нотариусу на всей территории страны такой синдром «садового кольца» утопичен по своей сути.

3. Контроль за нотариальной деятельностью. ФАС полагает, что проект закона неоправданно сужает предмет и пределы государственного контроля за нотариальной деятельностью. Однако, в действительности, законопроект только усиливает такой контроль по сравнению с действующим законодательством: полномочия органов юстиции по проведению проверок и, в особенности, по применению мер воздействия к нотариусам, нарушившим закон при осуществлении нотариальной деятельности, существенно расширены (ст.60 приостановление полномочий нотариуса; ст.64 лишение полномочий нотариуса по инициативе органа юстиции). При этом, ФАС, видимо не владея информацией об актуальном состоянии профессионального контроля, рассматривает в качестве признаков его ослабления в законопроекте то, что в действительности служит гарантией качества контрольных мероприятий (абз.2 ч.1 ст.107 проекта).

С точки зрения ФАС, непосредственный государственный контроль за осуществлением нотариальной деятельности не должен ничем и никем ограничиваться. Однако, служба в очередной раз игнорирует очевидный факт: нотариат не входит в систему органов исполнительной власти и, поэтому, применение к нему административно-командных методов регулирования и контроля недопустимо. Следует также напомнить, что нотариус, совершая нотариальные действия от имени Российской Федерации, реализует переданные ему юрисдикционные полномочия, оставаясь независимым и беспристрастным. В этом смысле, невмешательство в непосредственную деятельность нотариуса являет собой необходимую гарантию его независимости и защиты от административного произвола, установленную в интересах обращающихся к нему за помощью лиц. При этом, последующий судебный контроль законности действий нотариуса, действительно, ничем и никем не ограничен (гл.37 ГПК РФ).

Также основано на казуистичном и узко-позитивистском прочтении проекта возражение ФАС, связанное, якобы, с невозможностью налогового контроля за нотариальной деятельностью. Вопреки этому мнению, от того, что в проекте закона специально не указано на возможность такого контроля, нотариус не исключается из числа налогоплательщиков, со всеми вытекающими отсюда последствиями, включая необходимость претерпевать налоговые проверки. Принцип един: налоговый кодекс, как впрочем и иное законодательство, в полной мере действует в при осуществлении нотариусами профессиональной деятельности, если специальным законом не установлено иное.

4. Гарантии осуществления нотариальной деятельности в малонаселённых и труднодоступных территориях. ФАС полагает возможным решить проблему доступности нотариальной помощи в малонаселённых и труднодоступных территориях за счёт восстановления государственного нотариата. При этом каких-либо аргументов по существу, почему регулярные, с заранее определённой периодичностью, выезды нотариусов из других нотариальных округов снижают, по сравнению с действующим порядком, доступность нотариуса на этих территориях, авторы письма не приводят. Видимо не знакомые с ещё советским опытом функционирования государственного нотариата, особенно на его излёте – на рубеже 80-90 годов 20 века – они наивно рассчитывают на его востребованность в современных условиях, предлагая ряд паллиативных мер по внеэкономическому стимулированию прихода возможных кандидатов на работу в депрессивных районах (обязательная отработка 5-10 лет, приоритет при проведении конкурса в экономически развитых округах). Не говоря о концептуальной порочности раздвоения нотариата на государственный и небюджетный, полагаем, что в основном именно экономические меры способны как привлечь квалифицированных кандидатов, так и обеспечить надлежащий уровень качества нотариальной помощи населению в отдалённых округах. В этой связи, обращает на себя внимание отсутствие даже минимального экономического обоснования предложения ФАС по введению государственного нотариата: сколько общественных денег на эту прихоть уйдёт из государственного бюджета служба не уточняет, похоже, в расчёте на популистский эффект от своего заявления.

5. Имущественная ответственность нотариуса. Возражения ФАС относительно определения оснований имущественной ответственности нотариуса при осуществлении им профессиональной деятельности лишены смысла, так как полностью учтены в проекте. Законопроект содержит, по сути, бланкетную норму (ст.34) и, следовательно, исходит из общих принципов деликтной ответственности нотариусов, установленных ГК РФ (ст.1064, 1068), к соблюдению которых и призывает ФАС:

- ответственность наступает за противоправные действия нотариуса;

- презумпция вины нотариуса;
- ответственность за работников;
- полнота возмещения вреда;
- ответственность как перед гражданами, так и перед организациями на одинаковых условиях.

Поэтому, какой-либо угрозы ограничения размера возмещения вреда нотариусом или усложнения порядка его взыскания с нотариуса, по нашему мнению, не существует. Более того, полагаем, что установление в качестве основания имущественной ответственности нотариусов правил аналогичных ст.1069 ГК, как это предложено ФАС, привело бы к её существенному сокращению, по аналогии с ответственностью органов государства.

6. Беспристрастность нотариуса. Предлагаемое ФАС уточнение формулировки «беспристрастность нотариуса», на наш взгляд, не требуется: дополнительное указание на членов семей, близких родственников, имеющих личную имущественную или неимущественную заинтересованность в результате нотариального действия полностью охватывается диспозицией ст.10 проекта в его последней редакции и не добавляет ничего нового с точки зрения объёма устанавливаемого запрета. Напротив, предложенная ФАС казуистичная редакция может при её буквальном толковании привести к ограничению действия данного правила, что вряд ли желательно.

7. Нотариальная тайна. Как уже указывалось выше, уточнение режима нотариальной тайны, детальным образом описанного в диспозиции целого ряда норм (ст.11, 28, 31, 40, 107, 118, 119, 120) вряд необходимо при условии систематического их прочтения. Вопреки позиции ФАС полагаем позитивным закрепление открытого перечня субъектов, которые обязаны сохранять нотариальную тайну, коль скоро соответствующие сведения им стали известны в силу служебных или трудовых обязанностей. Упрёк ФАС относительно отсутствия норм об ответственности нотариуса за разглашения сведений, составляющих нотариальную тайну, его работниками со всей очевидностью не релевантен (см. выше, №5): ответственность нотариуса неизбежна в силу применения ст.1068 ГК и ст.34 проекта.

8. Публикация сведений об имуществе, доходах и страховании нотариусов. Распространение на нотариусов в полном объёме требования об обязательном опубликовании сведений об их имуществе и доходах, как это предлагает ФАС, вряд ли оправданно: нотариус непосредственно не состоит на государственной службе и не получает от государства соответствующее денежное содержание. Финансирование нотариальной деятельности осуществляется нотариусом самостоятельно за счёт ресурсов, получаемых от оплаты заинтересованными лицами нотариального тарифа. В отношении своих доходов и имущества нотариус, как любой налогоплательщик, отчитывается в налоговых органах, уполномоченных проверять соответствие

действительности указанных им в декларации и иных документах сведений. Соответственно, правовая логика в опубликовании данных сведений неподотчётным с точки зрения бюджетных и служебных отношений лицом отсутствует. В то же время, полагаем возможным поддержать предложенные ФАС изменения, требующие опубликования сведений о сумме страхового покрытия нотариуса, как направленные на информирование заинтересованных лиц о непосредственных финансовых гарантиях нотариальной деятельности.

9. Плата за услуги правового и технического характера, нотариальный тариф. Какие-либо мотивы изменений, указанные ФАС для включения в ст.13 законопроекта, а также касающиеся исключения из него абз.2 ст.294, ч.4, 5, 9 ст.295 в письме службы не приводятся. Аналогичным образом ФАС умалчивает и о своих мотивах применительно к её позиции об исключении оплаты тарифа в полуторном размере при совершении нотариальных действий вне помещения нотариальной конторы. Это не позволяет провести содержательную дискуссию по данным вопросам и лишает ценности сделанные таким образом предложения.

Кроме того, ФАС предлагает унифицировать нотариальную деятельность, выработав стандартный набор услуг ПТХ по каждому виду нотариальных действий, утверждаемый актами Правительства РФ. Полагаем, что данная задача нереализуема и бесперспективна в принципе: даже по одному и тому же нотариальному действию набор, содержание, последовательность, сроки вспомогательных процедур и действий, осуществляемых нотариусом и/или его сотрудниками по просьбе заинтересованных лиц, могут существенно различаться. На это оказывают влияние множество разнообразных и *a priori* непредвидимых факторов: состав документов и иных материалов представленных заинтересованными лицами, их доказательственная ценность (относимость, допустимость, достоверность и достаточность), наличие сомнений в существовании тех или иных фактов и/или субъективных прав, необходимость осуществить дополнительные проверки указаний на факты, позиция сторон по делу относительно его дальнейшего движения и участия в подготовительных процедурах, необходимость в консультациях, наличие профессионального представителя, необходимость извещения иных лиц, помимо обратившихся к нотариусу за совершением нотариального действия, обстоятельства места и времени, и т.д. и т.п. Соответственно, любой «стандарт» никогда не учтёт всего многообразия реальной жизни, а станет лишь абстрактным набором факультативных пожеланий относительно возможного наполнения вспомогательных процедур.

Рациональное зерно в предложениях ФАС присутствует лишь в части указания на необходимость обязательного предварительного и добровольного согласования между нотариусом и обращающимися к нему лицами конкретного набора УПТХ по каждому нотариальному действию с

учётом особенностей его совершения, за исключением самых элементарных. Разумным представляется также идея о разработке единой методики расчёта размера платы за услуги ПТХ, утверждаемой правительством и применяемой нотариусами с учётом региональных коэффициентов.

10. Кодекс профессиональной этики нотариуса. Невозможно согласиться и с исключением из числа источников регулирования нотариальной деятельности Кодекса профессиональной этики нотариуса, предлагаемом ФАС. Именно указание в законе на него в качестве источника общеобязательных норм позволит не только формально придать ему квазинормативный характер, но и обеспечит лучшую координацию между морально-этическими и чисто правовыми обязанностями нотариусов. Уже сегодня положения данного кодекса регулярно используются в правоприменительной практике не только самих органов нотариального сообщества (комиссий по этике, дисциплинарных комиссий и т.п.), но и судов при решении вопросов профессиональной ответственности. Полагаем, что в публично-правовой сфере, к которой относится и нотариальная деятельность, профессиональный кодекс этических норм намного «перерастает» некую частную компиляцию *best practices*, представляя непосредственное руководство к действию и обязательный ориентир для всех членов сообщества. Нет ничего удивительного в том, что члены публично-правовой корпорации, заинтересованные в её развитии и повышении стандартов работы, формируют, в рамках заложенных законодательством (*hard law*), набор обязательных поведенческих норм (*soft law*). К сожалению, формально-позитивистский и казуистический подход, исповедуемый ФАС в данном письме, в очередной раз не позволил ему снизойти до понимания этой достаточно простой и признанной истины.

11. Прекращение полномочий нотариуса. Представляется, что предложение ФАС, высказанное в письме, о необходимости прекращения полномочий нотариуса и в случае совершения преступления, которое с субъективной стороны, характеризуется неосторожной формой вины, требует дополнительного обоснования. В отсутствие пояснений ФАС непонятно, каким образом, по мнению службы, уровень общественной опасности таких деяний ведёт к несовместимости с осуществлением нотариальной деятельности. Возможно, более оправданно рассмотреть отдельные составы преступлений или же, вообще, оставить данный вопрос на усмотрение компетентного суда, уполномоченного, в том числе, решить вопрос о применении в качестве дополнительного наказания иных ограничительных мер к лицу, совершившему по неосторожности преступление (ст.47 УК РФ, запрет занимать определённую должность или заниматься определённой деятельностью)

12. Административная ответственность нотариуса. Предложения ФАС о специальном включении в законопроект ряда отдельных запретов противоправного поведения нотариуса (недопустимость необоснованного отказа в совершении нотариального действия, запрет вымогательства и взимания сумм сверх установленных, запрет навязывания нотариальных действий, услуг ПТХ, работ и услуг) находится в том же русле формирования вместо общих нормативных предписаний «лоскутного одеяла» бессвязных казусов, которые объединяет только беззаветная любовь службы к распространённым в непрофессиональной среде заблуждениям и желание понравиться толпе. На неполноценность технического исполнения подобного законодательного решения уже неоднократно обращалось внимание выше.

По существу, будет достаточным лишь заметить, что закон санкционирует любое противоправное поведение нотариуса, включая то, на котором делает акцент ФАС. Меры ответственности – имущественной, дисциплинарной и уголовной – определяются в каждом случае исходя из конкретных характеристик противоправного деяния.

Что касается административной ответственности за необоснованный отказ в совершении нотариального действия и другие вышеназванные деяния, то каких-либо мотивов, которые, по мнению службы, обосновывают введение данной, дополнительной к уже существующим видам юридической ответственности нотариуса, меры воздействия, как обычно, в письме ФАС не приводятся. Само по себе данное предложение выглядит довольно парадоксальным, поскольку соответствующие составы в полной мере охватываются иными мерами воздействия восстановительного и/или принудительного характера в отношении преступившего закон нотариуса:

- необоснованному отказу в совершении нотариального действия соответствует полное возмещение убытков нотариусом и дисциплинарная ответственность вплоть до лишения полномочий;
- вымогательство и взимание нотариусом сумм сверх установленных тарифов опять же санкционируется мерами, идущими от взыскания необоснованно полученного нотариусом, до мер дисциплинарной и, даже, уголовной ответственности.

Установление здесь административной ответственности – ничем не оправданная роскошь в применении государственного принуждения: по аналогичной схеме следовало бы установить в КоАП ответственность за отказ в правосудии или ещё – за необоснованный отказ в рассмотрении жалобы на нарушение антимонопольного законодательства комиссией ФАС.

13. Лишение полномочий нотариусов. Установление открытого перечня оснований для лишения полномочий нотариуса, как обычно для данного письма – немотивированно предлагает ФАС, лишило бы правоприменителя чётких ориентиров при решении данного вопроса, способствовало бы распространению административного произвола и привело бы к снижению гарантий независимости нотариуса, а с ними – к

общему падению качества и эффективности нотариальной деятельности. В тоже время, заслуживает внимание довод службы об установлении обязанности уполномоченного органа обратиться в суд с требованием о лишении нотариуса полномочий при наличии к этому соответствующих оснований.

14. Обязательное страхование ответственности нотариуса. Указывая на необходимость доработки положений законопроекта в части установления обязательных условий страхования гражданской ответственности нотариуса, единых на все территории РФ, ФАС не уточняет суть своих претензий к соответствующим положениям проекта закона (гл.7, ст.66-75). При таких обстоятельствах конструктивное обсуждение данного вопроса становится невозможным.

15. Предоставление льгот нотариусами. Предлагая переход от принципа внутреннего субсидирования нотариусами льгот по бесплатному совершению нотариальных действий за счёт перераспределения сумм, полученных от более доходных действий к принципу компенсации нотариусам (налоговые вычеты), понесённых ими затрат с одновременным выравниванием тарифов, ФАС не представила экономического обоснования для него. В отсутствие экономического расчёта невозможно с достаточным уровнем достоверности оценить как уровень бюджетных потерь от перехода к «уравнительно-компенсационной» модели, так и риски, связанные с возможностью осуществления нотариальной деятельности на условиях её самофинансирования при прежних гарантиях для заинтересованных лиц.