

“демосом” современного дома в парижском пригороде. Причем некоторые историки утверждают, что Рим в 410 году разграбили вовсе не вестготы Алариха, ложе которого вам с удовольствием покажут кузминские краеведы, а граждане Западной Римской империи, тот самый римский народ, потомки доморощенных варваров, что издавна жили в Вечном городе.

Но вернемся, как говорится, к нашим баранам, к “офранцузившейся” России. Уж что нас действительно разделяет с французами, так это французенки. Дело даже не в принципиальном различии русского и французского матриархатов (у нас он ласковый, но авторитетный, а у французов скандально-феминистский). Просто не верится, что французенка способна полюбить трансцендентально, на манер русских дам:

Он уехал, меня не взял.

Я кричала на весь вокзал.

Женева, декабрь 1998 года.

С. Рогожин

ФУНКЦИИ ЗАЩИТЫ В ПРАВОВОМ ГОСУДАРСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ОСВОЕНИЯ НЕЗАВИСИМЫМ НОТАРИАТОМ

В номере 9 за 1996 г. “Российской юстиции” была опубликована интересная статья начальника отдела государственного нотариата управления юстиции администрации Томской области Ю. Филимонова “Нотариус — лицо должностное?”. Затронутые в ней проблемы являются отражением тех доминирующих тенденций, которые определяют направление и темпы развития правового государства и реформируемых правоохранительных структур. Предлагая свою статью к публикации в вашем издании, надеюсь на то, что это поможет выявлению дополнительных аспектов поднятой проблемы и их быстрейшему творческому освоению в обществе, государстве, да и на международной арене вообще.

Сколь ни странным это может показаться в современных российских условиях, единственным моральным принципом, дающим реальную возможность развития передовой цивилизации в России, может служить предположение, что индивид в своих решениях руководствуется не чьими-то распоряжениями, а только правилами справедливого поведения. Как писал лауреат Нобелевской премии по экономике Ф. А. Хайек в своей работе “Общество свободных”, “всеми своими достижениями мы обязаны тому, что индивиду обеспечена возможность создавать для себя защищенную сферу (“собственность”), в пределах которой он волен использовать свои ресурсы для собственных целей. Носители социалистических идей не располагают никакими принципами индивидуального поведения и мечтают о таком положении вещей, к которому не могут привести никакие морально обусловленные действия индивидов”.

Следует помнить, что еще задолго до вмешательства социалистичес-

кого государства (а именно — монополизации чиновниками сферы обслуживания частных интересов в нотариальной области после переворота 1917 года) многие коллективные блага обеспечивались свободными профессиональными цехами. “Для здоровья общества исключительно важно, чтобы между коммерческим и государственным секторами существовал еще и третий, независимый сектор, который может взять на себя и выполнять более эффективно задачи, в силу инерции мысли перелагаемые нами на государство” (Ф. А. Хайек).

Реальные и возможные достижения независимого нотариата могут послужить хорошей иллюстрацией этих положений, но при изложении своих доказательств мы будем исходить из тех опасных явлений неосознанного противодействия осуществлению общественных функций, которые мешают в конечном счете тем самым гражданам, о которых пекутся обе стороны.

Любая система правления как сложная система социально значимых отношений — прежде всего продукт интеллектуального труда. Вот и автор статьи в “Российской юстиции” 9/96 “Нотариус — лицо должностное?” Ю. Филимонов, казалось бы, по всем правилам правового анализа старательно доказывает основной тезис своего исследования: частно-практикующий нотариус и с созданием свободного нотариата остался “элементом в механизме осуществления одного из направлений исполнительно-распорядительной деятельности государственного аппарата”, и, следовательно, “контроль государства за осуществлением нотариальной деятельности, включая привлечение к уголовной ответственности за служебные правонарушения виновных уполномоченных лиц”, предопределен. Оставаясь носителем идеи монопольного государственного нотариата, Ю. Филимонов по-своему логически, со ссылкой на мнения Пленума Верховного Суда СССР от 30 марта 1990 года, относит правонарушения в нотариальной деятельности к категории должностных преступлений, в частности по признаку обязательности осуществления нотариусом властных полномочий для неопределенного круга лиц, что фактически приравнивает нотариуса к представителю власти как потенциальному субъекту должностного преступления. Однако тот же Пленум Верховного Суда требовал выполнения еще одного неременного условия: исполнение властных полномочий должно осуществляться в государственных или (пока) общественных организациях, учреждениях или на предприятиях, о чем мой заочный оппонент предпочел умолчать.

Как известно, три года спустя после Пленума Суда СССР российский законодатель в ст. 24 Основ о нотариате императивно обязал нотариуса, занимающегося частной практикой, состоять членом только своей профессиональной (необщественной, поскольку нет элемента добровольности членства) некоммерческой организации — Нотариальной Палаты. Требуя ли доказательств очевидное: нотариус исполняет свои функции от имени Российской Федерации? Но эта посылка вовсе не дает право представителю исполнительной ветви власти государства отменить установленный законодательной властью негосударственный характер организации нотариусов Нотариальной Палаты. Понимание современной концепции, согласно которой **нотариальная функция** по своей социальной сущности **есть** не государственно-управленческая

деятельность, а **функция защиты** населения от мошенничества, позволило законодательно еще в 1993 году лишить Министерство юстиции мандата на монополию защитника законных прав и интересов граждан и юридических лиц¹.

Последующим обоснованием такой перемены воззрений законодателя стала и Статья 3 Конституции РФ: “Носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ”, от имени которого и осуществляется власть в Российском государстве.

До принятия законодателем 11 февраля 1993 года Основ законодательства о нотариате нотариат действительно был частью государственного аппарата. Но те нотариусы, которые получили после введения Основами о нотариате особого порядка назначения на должность “нотариуса, занимающегося частной практикой”², это высокое положение защитника общественных интересов, одновременно вошли в независимую от государства и коммерческого сектора структуру Нотариальную Палату.

Полагаю, что за всем многообразием риторики специалистам видно существо спора, где речь идет на самом деле о том, кому принадлежит право в осуществлении “контроля” и о наполнении содержанием вопросов “как?”, “что?” и “для чего контролировать?”.

Вопрос о том, кому рациональней и логичней поручить контроль, был исчерпан в 1993 году верховной законодательной властью страны, передавшей контролирующие полномочия Палатам, и он не может долго оставаться предметом ностальгических переживаний в практике и теории нотариального дела, кроме случаев активного практического игнорирования требований законодательства.

Другой вопрос — о содержании контроля действительно до сих пор ни в теории нотариата, ни на практике не решен окончательно. При обосновании пределов и форм контроля нельзя забывать, что, *подобно судьбе*, нотариус независим в первую очередь от государства и во вторую — от сторон нотариально оформляемой сделки. Теоретизируя очевидную для всех эмпирику, можно сформулировать следующее правило: **соблюдение нотариусом федеральных законов и решений Палаты при исполнении его должностных обязанностей не подлежит проверке на целесообразность**; нотариус принимает процедурные решения в рамках ходатайства сторон, независимо от чьих-либо указаний, за что и ответственен, то есть несет риск оказаться ответчиком в суде перед понесшими убытки (в том числе, кстати, и перед государством).

При таком положении дел очевидно, что как только нотариуса заботливо причисляют к субъекту должностных преступлений, от гарантий независимости не остается и следа. Правоотношения с государством становятся не равноправными, а административными, т. е. основанными на иерархии и волевом применении санкций к нотариусу.

Если придерживаться окончательного критерия справедливости (заключающегося в положительном ответе на вопрос: благоприятствует ли то или иное действие сохранению общественного сотрудничества?), то лишь цивилизованная **конкуренция** независимого профессионала с исполнительскими структурами государства за общественные службы позволяет надеяться на наиболее эффективный результат. Главное при

этом, чтобы механизм центрирования функций не повредил рыночному механизму, от которого зависит удовлетворение других (часто более важных) потребностей общества (социальных, политических, культурных).

Получив свободу и освободившись от тоталитарного механизма власти, новому общественному институту не сразу удалось осознать, что в работе с клиентом мало что изменилось. Внутренний цензор, сидящий в каждом из нас, с большой неохотой позволяет даже рассуждать о том, что долгие годы было догмой. Естественно, требуется определенное время для оформления идейной позиции свободного нотариата. К тому же, к концу третьего года существования в условиях свободы с позиции общероссийского масштаба мы имеем запущенные вопросы поддержания и отстаивания концептуальных признаков свободного нотариата: законодатель, продекларировав гарантии независимости, объективности, тайны нотариального действия, полной материальной ответственности свободных нотариусов, не торопился обязать исполнительную власть наполнить государственные гарантии практическим содержанием³, а нотариальный корпус в регионах не имел должной материальной базы и четкой стратегии для обеспечения этих гарантий. В результате соблюдение основных начал Гражданского законодательства практически никак не поощрялось и не поддерживалось профессиональными участниками общественных отношений. Общество без инициативной власти правоохранительных органов само оказалось неспособно поддерживать даже такие основные правовые принципы, как равенство участников гражданских экономических правоотношений, неприкосновенность собственности, свобода заключения договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные права, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Согласно принципам политической экономии, нотариальное производство организует через правовые нормы в первую очередь экономические интересы сторон, то есть нотариат является составной частью экономической системы в государстве, где признаются равными все виды собственности. Находясь в системе экономических отношений, мы как правило не осознаем, какими “окольными путями” идут производственные процессы. Посторонний наблюдатель видит, что чуть ли не все люди заняты трудом **подготовительного** характера. Обязанности нотариуса сводятся в этой системе к тому, чтобы делать свое дело и не беспокоиться о том, куда в конце концов пойдут имущество и капитал экономических субъектов, проходящих через его руки, которым его затраченная энергия **добавляет стоимость**. Именно поэтому затраты клиентов на нотариальные пошлины включаются в себестоимость их (клиентов) продукции.

Правильное понимание сущности современных экономических отношений предполагает, что и взносы нотариусов на содержание управленческого аппарата Палаты представляют из себя именно **производственные**, т. е. включенные в себестоимость, затраты для самого нотариуса. Это проблема концептуального характера, и без законодательного решения ее каждый из нотариусов вынужден либо возмещать убытки от уплаты взносов в Палату в конце концов за счет клиента (увеличивая время работы с клиентом из-за невозможности воспользоваться профессиональными услугами Палаты), либо, отказываясь вооб-

ще уплачивать взносы в Палату, все более и более становиться зависимым от негативного внешнего воздействия (речь идет о реальных проблемах отстаивания представительным органом нотариусов интересов нотариусов перед субъектами, распоряжающимися информационными, экономическими и социальными ресурсами).

Признавая, что экономическая сторона деятельности нотариуса — это внутренняя проблема отношения законодатель — нотариат, предметом нашей центробежной деятельности мы ставим сугубо правоохранительные задачи нотариата, которые со всей очевидностью осуществляются через самоорганизационные процессы. Мы признаем, что обеспечение гарантий, прописанных за свободным нотариатом, начинается прежде всего с государства, от чьего имени они и гарантированы. Управления юстиции в регионах выпала наиболее ответственная задача утвердить такую регламентацию внутрикорпоративных правоотношений в Уставе Палаты, которая бы гарантировала способность нотариата исполнять возложенные на нее законом обязательства и права наиболее эффективным способом, исключив возможность слишком буквального толкования новой для многих бывших нотариальных клерков идеи свободы от государственного аппарата.

Формирование и отбор административных, функциональных, межличностных связей — прерогатива и задача руководства. Таковыми в Палате являются Общее собрание, Президент и Правление. Нотариусы, за редким исключением, никогда не обучались и не осуществляли руководящих функций. Практика пошла по пути привлечения в основном бывших главных специалистов управлений юстиции на должностях идейных вдохновителей и организаторов палат. То ли своеобразный опыт, накопленный бывшими чиновниками-нотариусами в исполнительских структурах тоталитарного государства, то ли малый опыт общения в самостоятельных структурах повлияли на то, что нотариусы-руководители не смогли должным образом выстроить свои профессиональные организации на основе единой продуманной концепции. Мало кто себе представлял тогда все особенности потенциала новой философии, принципам деятельности профессиональной организации нотариусов. Осложняла процесс становления и непредсказуемость внешних воздействий, а также буквально понятое организаторами Палат указание в Законе о нотариате о регистрации Уставов профессиональных объединений в порядке, установленном для **общественных объединений**⁴.

Налаживанию внутреннего контроля за профессиональной деятельностью нотариусов мешал также невысокий уровень правовой культуры в среде самих нотариусов. Кажется, что не было доводов в пользу защитников идеи достаточности внутренних потенций нотариусов на самодисциплину. Скептики утверждали, что частному сектору нельзя поручить ту или иную службу, потому что невозможно заставить его соблюсти общую дисциплину по поддержке интереса потребителя к нотариальным услугам. И на самом деле, экстернальные эффекты (отражающиеся на деятельности не объединенных концепцией независимых нотариусов таким образом, что нельзя с наибольшей вероятностью предсказать, благом или ущербом для большинства явится тот или

иной способ функционирования), с одной стороны, вынуждают нас пока прибегать именно к низшему (по степени организованности) методу центрирования функций достижения цели, то есть к **обращению к силе государства** в случаях, когда в отношении нарушителя не срабатывают требования внутрикорпоративного права.

Так, до тех пор, пока государство “держит” цены на нотариальные услуги и, следовательно, нет условий для более эффективного рыночного обеспечения выполнения общей цели, соответствующим механизмом будет служить сознательное и волевое внутрикорпоративное регламентирование прав и обязанностей членов Палаты. Уставные нормы и положения должны неукоснительно соблюдаться всеми членами Палаты, для чего необходима возможность определения Палатой видов наказания провинившимся нотариусам, вплоть до подачи иска в суд на лишение нотариуса лицензии. При этом нахождение в распоряжении нотариуса таких средств регулирования, как минимальный потолок нотариальных тарифов, законодательное закрепление особой доказательной силы нотариальных документов, обязательность исполнения всеми юридическими органами требований и запросов нотариуса, право интерпретации свобод участников гражданкой сделки⁵, должно поддерживаться государством не только в виде запрещения иным субъектам пользоваться такими правомочиями, но и в обязывании всех официальных органов исполнять законные требования независимого нотариуса на получение информации, и наконец, в виде запрета кому-либо (до момента решения суда о противном) вмешиваться в нотариальную деятельность и иметь доступ к нотариальным документам.

Именно поэтому государству не нужна никакая специальная контролирующая власть, кроме власти взыскивать с населения через нотариуса обязательные суммы в соответствии с некоторыми универсальными принципами.

Ввиду появления попыток со стороны отдельных ретроградов из среды нового нотариального чиновничества обратить старую либеральную традицию, ограничивающую вмешательство в дела независимого нотариуса как со стороны Палаты, так и со стороны государственного аппарата, в требование конкретных благ (вплоть до “свободы” от конкуренции, изобретенной каким-то величайшим демагогом), следует подчеркнуть, что в условиях правового государства и свободного общества коллективные действия могут преследовать только одну цель: обеспечить анонимным индивидам благоприятные условия для удовлетворения их собственных частных интересов.

Поэтому вторая проблема, стоящая перед заинтересованными субъектами — организовать (то есть определить нормативные правила поведения) нотариальное сообщество, способное к наиболее успешному достижению целей, которые нотариусы хотят достичь посредством общественного сотрудничества.

При этом мало выбрать власть всем нотариальным составом: власть надо ограничить, т. е. добиться, чтобы не только центральная власть принимала решения о справедливости того или иного результата и тем более произвольно сменяла правила согласно субъективному представлению о целесообразности той или иной цели. Поэтому корпорация

нотариусов должна выработать прежде всего Кодекс Справедливости, содержащий общие ценности, универсальные **правила** поведения для **всех**, **общие запреты**, а не указания конкретным внутринотариальным группам. При этом не надо создавать новых правил, необходимо суметь открыть реальное содержание правил справедливого поведения.

Этот свод справедливых правил должен быть равно приложим ко всем, включая руководящие органы Палаты. Ожидается, что нотариусы будут действовать согласно универсальным правилам, а не подчиняться приказам, издаваемым с целью получить конкретный результат. Правила внутрикорпоративной игры должны быть фиксированы, однако они не должны пытаться определить заранее, кто должен выйти в ней победителем и каков будет конечный результат. Только этот принцип сможет удержать отношения между свободными профессионалами от возможности произвола и извращенных демагогических толкований, с очевидностью присутствующих в самой природе власти.

Первые попытки создать такой Кодекс Справедливости свердловскими нотариусами позволяют надеяться на очищение нотариата от груза тоталитарного опыта представителя бюрократической системы.

В нотариальном Уставе же в свою очередь должны быть отражены **административные** правила, предписывающие содержание и образ действий для всех субъектов внутрикорпоративных правоотношений, исходя из ограничений Кодекса Справедливости как высшего суверена.

Широко распространенное убеждение в том, что представительное собрание, имея большинство, может принимать любые меры, которые сочтет нужным, приводит, как опять же показала практика в свердловском нотариате, к еще худшим последствиям. Поэтому мы и предлагаем такую корпоративную систему, которая подчиняет каждого и всех вместе нотариусов внутрикорпоративному Кодексу Справедливости и лишает административную власть Палаты возможности служить интересам отдельных групп и подавлять меньшинство.

Для наиболее успешной структуризации такого рода баланса регулирующих отношений представляется наиболее оправданным существование двух представительных органов: первый — Общее собрание для разработки Кодекса Справедливости, иначе говоря, для кристаллизации универсальных правил поведения, которые будут обеспечивать исправную заботу свободного сообщества нотариусов; второй — Президент и Правление для осуществления полномочий Палаты с неизбежной принудительной властью в пределах ограничительных правил, вырабатываемых первым органом.

Именно в силу своей целесообразности кристаллизация ценностей профессионального сообщества в нормах Кодекса позволит существовать и развиваться свободному нотариату.

При этом надо еще суметь освободиться от побочной идеи (по типу Британской Конституции) абсолютного суверенитета любого властного органа Палаты, будь то даже внутренний суд Палаты, vs. суверенитета Кодекса. Принцип “правления внутрикорпоративного закона” (естественно, коррелированного с общегражданским) не должен подменяться принципом правил справедливости, где не могут не пригодиться отра-

ботанные положения знаменитой “теории справедливости” Джона Ролза.

После отработки Кодекса Справедливости нотариальной корпорации следует, очевидно, позаботиться и об учете общих законов развития и функционирования, свойственных любой организации (законов композиции и пропорциональности, законов информированности, самосохранения, единства, развития). Прежде всего, так как нотариат в условиях рынка, это своеобразный “фильтр” защиты от мошенничества, от несанкционированного неправового давления на процесс согласования разнополюсных экономических интересов сторон, то требуемое вмешательство независимого нотариуса в дела экономических индивидов должно обладать как минимум рядом обязательных свойств, а именно: компетентностью, императивностью, надежностью, за соблюдение которых и должна отвечать (перед своим Кодексом и большинством заинтересованных коллег) Палата.

Существующие цели нотариального удостоверения (предотвращение возникновения в будущем обязательств, дающих одной из сторон чрезмерные привилегии, обеспечение возможности обдумывания, функция предупреждения, обеспечение доказательств, обеспечение разъяснений в интересах юридической действительности сделки и внутренней справедливости договора, защита потребителя как функция компенсации в интересах слабой с правовой или экономической точки зрения стороны) требуют совместных целенаправленных усилий со стороны всех нотариусов и заинтересованных государственных органов (БТИ, МВД, Прокуратура и другие административные структуры), а также суда.

Все это позволит в конечном итоге не только создать формально действительный документ с повышенной силой доказательств, но и воздействовать на улучшение климата бизнеса и стабильности правовых гарантий. В условиях становления рынка это позволит переместить центр деятельности нотариуса с функции просто освидетельствования нотариального оформления на действительно важную задачу: реальную и ответственную защиту интересов граждан и юридических лиц в экономических сделках. Вместе с обретением ответственности станет наконец возможным и решение сложной проблемы защиты клиентов от риска при совершении нотариально удостоверяемых сделок, проблемы, которая в настоящее время решается лишь фиктивно.

Возможность открыто доказать свою позицию означает способность к выбору лучшего профессионального решения. Нотариату предназначено доказать свою способность выступать перед обществом в качестве системы, обеспечивающей свободное правовое пространство для равноправных экономических персон, вступающих в рыночные правоотношения.

Усилиями лишь нотариальной власти, без поддержки всеми ветвями власти государства, решение проблемы создания цивилизованной и надежной нотариальной системы защиты не представляется вероятным. Засим, господа, нам необходимо сотрудничество, и пусть нашим девизом станет призыв: “*Salus populi suprema lex esto*”!⁶

А. А. Баганов,
нотариус г. Екатеринбурга,
экс-президент Нотариальной Палаты Свердловской области

¹ Положение о государственной природе происхождения подобных функций — всего лишь один из постулатов социалистической доктрины, обосновывающей идею экономического планирования, даже для малого объема которого требуется создание целой машины принуждения, заставляющей людей действовать по указке разработанного коллективом плана.

² Явно неудачная дефиниция с позиции функциональной семантики: усекается полнота полномочий независимого, т. е. свободного нотариата, концентрирующихся всякий раз в конкретных волеизъявлениях нотариуса. Предпочтительней акцентировать внимание на природе возможностей (свободе) нотариуса истолковывать справедливость применяемых сторонами законов, т. е. называть его “свободным”.

³ Необходимо, к примеру, незамедлительно восстановить действие Указа о введении в действие Основ законодательства о нотариате в части передачи Нотариальным Палатам необходимых помещений.

⁴ Понятно, что в 1993 году это положение оправдывалось отсутствием четкого категориального инструментария в нестабильных условиях реформирования общества и государства и необычайно широко, не поддающимся немедленной систематизации круге новообразованных социальных структур. Развитие и неизбежное упорядочение, структуризация общественных отношений в последующие годы показали несостоятельность причисления нотариата к “общественным объединениям”.

⁵ К настоящему времени назрел также вопрос о развитии степеней иммунитета нотариуса в уголовном и административном судопроизводстве.

⁶ “Благоденствие народа верховным законом да будет!”