

Научно-практический журнал Федеральной нотариальной палаты

НОТАРИАЛЬНЫЙ ВЕСТНИКЪ



08
2006

Документы – Информация – События и факты – Теория – Практика –
Обмен опытом – Историческая справка – Арт-объектив

www.notariat.ru

Публично-правовая нотариальная деятельность



Тарас Калиниченко:
Особый статус нотариуса предполагает
особый порядок ответственности, которую он
несет перед гражданами и организациями за
нарушение законодательства с. 14



ISSN 1819-6624



9 771819 662772 >

Публично-правовая нотариальная деятельность

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

Нотариальная деятельность — это деятельность нотариусов, осуществляемая в целях защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, действующих от имени государства на возмездной основе, заключающаяся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством¹.

Следует отметить, что хотя в правоведении широко употребляется термин «деятельность», практически отсутствует сколько-нибудь состоятельное его определение. Даже в тех случаях, когда речь идет о регулировании конкретных видов деятельности, например банковской, инвестиционной, биржевой, законодательство ограничивается только общим ее описанием, не давая ее понятия. Между тем необходимо определить, что подразумевается под термином «деятельность».

Прежде всего, под деятельностью понимается целесообразное изменение в интересах людей окружающего мира². Деятельность представляется как совокупность элементов, к которым относятся: субъект, наделенный активностью и направляющий ее на объект или на других субъектов; объект, на который направлена активность субъекта, и сама активность, выражающаяся в том или ином способе овладения объектом или в установлении коммуникативного воздействия между субъектами.³

Следовательно, нотариальную деятельность можно представить как совокупность постоянно или систематически осуществляемых публичных действий, направленных на юридическое закрепление бесспорных гражданских прав и фактов и исполняемых в целях обеспечения защиты прав и законных интересов обратившихся к нотариусу лиц и организаций⁴.

Свойство нотариальной деятельности появляется при наличии определенных признаков, к числу которых можно отнести следующие:

1. Постоянство, длительность осуществления нотариальных действий, осуществляемых нотариусом в течение сроков, установленных в лицензии на право занятия нотариальной деятельностью и полномочиях нотариуса. Общим принципом но-

тариальной деятельности является защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц, предотвращение правонарушений в сфере имущественных и неимущественных прав граждан и юридических лиц путем правильного и своевременного удостоверения договоров и других сделок, оформления наследственных прав, а также совершения иных нотариальных действий.

2. Нотариальная деятельность осуществляется от имени государства, является разновидностью профессиональной юридической деятельности. В российской юридической литературе понятие профессиональной деятельности введено в понятийный научный оборот А.Э. Жалинского применительно к профессиональной юридической деятельности или профессиональной деятельности юриста⁵. «Любой вид деятельности, — пишет он, — ... должен осуществляться именно профессионально, а не дилетантски, не случайными, мало что знающими и еще меньше умеющими людьми. ...Признак профессионализма деятельности отражает осуществление деятельности по принятым методикам, соблюдение требований к ее процессу и результатам, возмездность деятельности, влияние субъекта на осуществляемую им работу»⁶.

О профессионализме в нотариальной деятельности писал В.В. Ярков в книге «Настоящая книга нотариуса». Он определил ряд признаков профессии нотариуса. Во-первых, нотариус работает в сфере доказательственного права. Во-вторых, нотариальная деятельность осуществляется в бесспорной форме. В-третьих, установлен особый доступ к нотариальной профессии, связанный с повышенными квалификационными требованиями к нотариусу и характеру его подготовки к исполнению своей профессии. В-четвертых, нотариус осуществляет публично-правовые функции от имени государства — Российской Федерации, что отражает его правовой статус. В-пятых, нотариуса характеризует работа в режиме самофинансирования и самостоятельной организации своей деятельности. В-шестых, профессия нотариуса относится к ряду тех, которые характеризуются

¹ Романовский Г.Б., Романовская О.В. Организация нотариата в Российской Федерации. — М., 2001. — С. 9.

² Большой энциклопедический словарь. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. — СПб, 1997. — С. 348.

³ Кляш М.С. Человеческая деятельность. — М., 1972. — С. 45–46.

⁴ Власов Ю.Н. Нотариат в Российской Федерации. — М., 2000. — С. 21.

⁵ Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста. — М., 1997. — С. 4–10.

⁶ Там же. — С. 36.

презумпцией знания российского законодательства. В-седьмых, для работы в качестве нотариуса необходимы определенные психологические характеристики и соблюдение режима ряда личных ограничений как правового, так и этического свойства, беспристрастность.⁷ Таким образом, профессия нотариуса в целом составляет ту специфику деятельности, которая называется нотариальной. Применительно к нотариальной деятельности в соответствии с приведенными положениями можно утверждать, что профессионализм нотариуса состоит в ведении этой деятельности людьми, имеющими определенную квалификацию, необходимую для принятия и реализации решений, при этом в значительном количестве случаев наличие профессиональной подготовки рассматривается как необходимое условие для осуществления нотариальной деятельности, подконтрольности деятельности нотариуса государственным органам, наличие государственных гарантий, самостоятельность осуществления и безвозмездный характер нотариальной деятельности.

3. Профессия нотариуса не считается предпринимательством, не преследует цели извлечения прибыли — в этом ее отличие от частноправовой деятельности. В соответствии со ст. 22 Основ о законодательстве о нотариате (далее — Основы), нотариальное действие признается совершенным после уплаты государственной пошлины или суммы согласно тарифу.

Определение нотариальной деятельности дает основания для введения требований, предъявляемых к процессу ее осуществления, а несоблюдение требований, предъявляемых именно к нотариальной деятельности, влечет меры ответственности.

4. Важным признаком нотариальной деятельности является ответственность нотариуса. По общему правилу нотариус в хозяйственном обороте несет полную имущественную ответственность. Но необходимо отличать ответственность нотариуса, осуществляющего нотариальную деятельность, и ответственность лиц, выполняющих деятельность, приравненную к нотариальной (консульские работники, командиры воинских частей, капитаны судов, главные врачи и т. д.).

5. Одним из важнейших признаков нотариальной деятельности является ее публичный характер. Сущность этого признака состоит в том, что нотариус уполномочен на ведение нотариальной деятельности государством. Нотариальная деятельность представляется как объект правового регулирования. Традиционно для любой отрасли

права в качестве предмета принято рассматривать те общественные отношения, которые регулируются нормами данной отрасли. Относительно нотариальной деятельности можно выделить определенные отношения, складывающиеся в процессе ее осуществления, определить их круг и дать характеристику нотариальных правоотношений. Как в нотариальной деятельности, так и в нотариальных действиях можно выделить и материальный аспект, то есть систему или совокупность правоотношений, прав и обязанностей, установленных правовыми нормами, и процессуальный, который состоит в порядке определения нотариальных действий, которые должен совершать нотариус.

Нотариальная деятельность отлична от иных видов деятельности. Особую актуальность приобретает соотношение понятий «нотариальная деятельность» как публично-правовая и «предпринимательская деятельность» как частноправовая, их разграничение и содержание. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. категорично отделяют нотариальную деятельность от предпринимательской. В ст. 1 говорится: «Нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли».

Вместе с тем на практике и в юридической литературе существуют разные точки зрения на деятельность нотариуса. Одни авторы считают нотариальную деятельность предпринимательской⁸, другие — что нотариус обладает специальным правовым статусом, не имеющим отношения к предпринимательству⁹. В частности, С.Э. Жилинский, относя нотариальную деятельность к предпринимательской, пишет: «Наряду с государственными нотариальными конторами нотариальные действия от имени Российской Федерации совершают нотариусы, занимающиеся частной практикой. Нотариус, занимающийся частной практикой, вправе иметь контору, открывать в любом банке расчетный и другие счета, в том числе валютный, иметь имущественные и личные неимущественные права и обязанности, нанимать и увольнять работников, распоряжаться поступившим доходом, выступать в суде, арбитражном суде от своего имени и совершать другие действия в соответствии с законодательством Российской Федерации и республик в ее составе. За совершение нотариальных действий он взимает плату по тарифам, соответствующим размерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в

⁷ Дюков В.В. *Настоящая книга нотариуса*. — С. 4.

⁸ Жилинский С.Э. *Предпринимательское право*. — Учебник для юристов.

⁹ Романовский Г.Б., Романовская О.В. *Указ. соч.* — С. 153–155.

государственной нотариальной конторе. В других случаях тариф определяется соглашением между физическими и (или) юридическими лицами, обратившимися к нотариусу, и нотариусом. Денежные средства, полученные нотариусом, занимающимся частной практикой, после уплаты налогов, других обязательных платежей поступают в собственность нотариуса и полное его распоряжение. А средства эти огромные. Редкий нотариус зарабатывает менее 1 тыс. руб. в день»¹⁰.

Положение усугубляется еще и тем, что во второй части Налогового кодекса РФ нотариусы отнесены к категории предпринимателей, осуществляющих свою деятельность без образования юридического лица.

Необходимо проанализировать указанную ситуацию, рассмотрев соотношение понятий предпринимательской и нотариальной деятельности.

Исходным в понимании предпринимательской деятельности является норма ч. 2 ст. 34 Конституции РФ, гласящая, что предпринимательская деятельность есть разновидность деятельности экономической. Нотариальная деятельность ни в коем случае не является экономической деятельностью, поскольку преследует публично-правовые цели защиты прав граждан и юридических лиц. К сожалению, ст. 34 Конституции РФ является единственной, определяющей понятие деятельности, которая сужена рамками только экономической деятельности.

По действующему законодательству предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (ст. 2 ГК РФ).

Остановимся на основных положениях, позволяющих разграничить предпринимательскую деятельность с нотариальной.

Предпринимательскую деятельность в основном представляют как совокупность постоянно или систематически осуществляемых действий по производству материальных и нематериальных благ, реализуемых на рынке в качестве товара, по выполнению работ или оказанию услуг.

Если говорить о нотариальной деятельности, то она носит совсем иной публично-правовой характер — это деятельность нотариусов, осуществляемая в целях защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, действующих от

имени государства на возмездной основе, заключающаяся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством. Естественно, что нотариус не осуществляет деятельность по производству материальных и нематериальных благ, реализуемых на рынке в качестве товара. Предмет его деятельности — умственная профессиональная деятельность. Характер работы нотариуса возмездный. Вопрос может ставиться о выполнении определенных работ или оказании услуг. Однако деятельность нотариуса реализуется в совершении специально предусмотренных в законе нотариальных действиях, которые не являются ни работой, ни услугой. Консультационная деятельность нотариуса осуществляется нотариусом бесплатно, имея в виду дублично-правовой характер нотариальной деятельности. Как предпринимательство, так и нотариальную деятельность характеризует самостоятельность их осуществления¹¹. В этом смысле деятельность нотариуса, которая также является самостоятельной, более ограничена — с позиции государственного контроля со стороны органов юстиции и профессионального контроля нотариальных палат, а также органов прокуратуры и суда. Таким образом, самостоятельность нотариуса ограничена законодательством о нотариате, нотариус может заниматься только нотариальной, научной и преподавательской деятельностью. Такого рода ограничения носят для нотариуса абсолютный характер, они действуют на протяжении всей его деятельности. Ограничения относятся как к нотариусу, работающему в государственной нотариальной конторе, так и нотариусу, занимающемуся частной практикой. Вместе с тем нередко в печати можно встретить термин «нотариальные услуги»¹², что является неправомерным по отношению к публично-правовой нотариальной деятельности.

Важным признаком предпринимательства является его целевое назначение. Целью предпринимательской деятельности является систематическое извлечение прибыли, в отличие от нотариуса, целью деятельности которого является защита прав граждан и организаций. Извлечение прибыли — не единственная цель предпринимательской деятельности. Несомненно, любой субъект, начиная указанную деятельность, надеется получить от вложений труда и капитала тот или иной доход, позволяющий ему сформировать прибыль. Получение прибыли как цель предпринимательства предполагает уяснение двух аспектов. Пер-

¹⁰ Жилинский С.Э. Указ соч. — С. 45.

¹¹ Предпринимательское (хозяйственное) прот. — С. 21.

¹² Котенко М.А. Нотариальные услуги // Галибуз. — 2001. — № 3.

вый — это определение данного понятия, имеющего экономическую природу. В экономической теории принято выделять нормальную прибыль как элемент издержек или минимальную плату, необходимую для того, чтобы удержать предпринимателя в рамках данного вида предпринимательской деятельности; и экономическую, или чистую, прибыль, представляющую собой выручку за вычетом всех издержек (внешних и внутренних, включая нормальную прибыль предпринимателя). Но и эта чистая прибыль не идет на личное потребление, а расходуется на такие цели, как подготовка кадров, социальная помощь, защита окружающей среды и прочее.

Нотариус в отличие от предпринимателя не извлекает и не получает прибыль, поскольку занимается особым видом деятельности, взимая за ее осуществление государственную пошлину — нотариальный тариф, который после уплаты налогов и различного рода отчислений остается не как прибыль, а как денежные средства, находящиеся в распоряжении нотариуса и направленные на осуществление нотариальной деятельности. Естественно, что с развитием профессиональной деятельности нотариуса и увеличением количества нотариальных действий размеры взимаемой государственной пошлины (тарифа) увеличиваются, тем самым увеличиваются и указанные денежные средства нотариуса. Одновременно увеличивается и налогооблагаемая масса с указанных денежных средств.

Вместе с тем в действующем налоговом законодательстве не совсем верно показано понятие прибыли, используемой при определении объекта налогообложения применительно к деятельности нотариуса. Если в предпринимательской деятельности прибылью считается экономическая прибыль, то есть выручка предпринимателя, уменьшенная на сумму внешних и внутренних издержек, то в нотариальной деятельности это денежные средства нотариуса как физического лица, обладающего определенным правовым статусом, уменьшенная на сумму внешних и внутренних издержек. Например, согласно ч. 5 ст. 13 Основ, государственные нотариальные конторы содержатся за счет отчислений из федерального бюджета. Нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе, являются служащими, получающими зарплату. Зарплата нотариуса состоит из оклада, устанавливаемого в зависимости от разряда Единой тарифной сетки, надбавки за классный чин и других надбавок за руководство нотариальной конторой, руководство стажерами и т.д. Согласно ст. 23 Основ, источником финансирования деятельности нотариуса, занимающегося

частной практикой, являются денежные средства, полученные им за совершение нотариальных действий и оказание услуг правового и технического характера, другие финансовые поступления, не противоречащие законодательству РФ. Иными словами, основой финансового обеспечения выступают средства, взимаемые нотариусом за совершение нотариальных действий, или нотариальный тариф. Нотариус, работающий в государственной нотариальной конторе, взимает за совершение нотариальных действий государственную пошлину, которая достаточно четко определена в Налоговом кодексе РФ. Нотариус, занимающийся частной практикой, взимает тариф, причем законодатель не определяет его именно как нотариальный тариф. Тариф устанавливается исходя из двух принципов, в зависимости от того, какое нотариальное действие совершает нотариус: предусмотренное законом как обязательное либо не указанное в законе. Так, ст. 22 Основ закрепляет: «за выполнение действий, когда для них законодательными актами РФ предусмотрена обязательная нотариальная форма, нотариус, занимающийся частной практикой, взимает плату по тарифам, соответствующим размерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в государственной нотариальной конторе». Существует запрет на взимание тарифа за консультирование нотариусом граждан и организаций, которое является основным атрибутом адвокатской предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 333.16 НК РФ, государственной пошлиной является сбор, взимаемый с лиц, указанных в ст. 333.17 настоящего Кодекса, при их обращении в государственные органы, органы местного самоуправления, иные органы и (или) к должностным лицам, которые уполномочены в соответствии с законодательными актами Российской Федерации, законодательными актами субъектов Российской Федерации и нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, за совершение в отношении этих лиц юридически значимых действий, предусмотренных настоящей главой, за исключением действий, совершаемых консульскими учреждениями Российской Федерации. Статья 333.18 устанавливает порядок и сроки уплаты государственной пошлины при обращении за совершением нотариальных действий.

В соответствии со ст. 13 Налогового кодекса РФ (ч. 1), государственная пошлина относится к федеральным налогам и сборам. Сбор (ст. 8 Налогового кодекса РФ) — это обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в

отношении плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий).

Подводя итог, можно сказать, что при совершении нотариусом действий, на обязательность которых указывается в законе, взимается взнос, служащий условием совершения нотариального действия. В случае неоплаты тарифа нотариус вправе отказать в совершении действия. Изменить размер вноса нотариус не вправе, если только закон не предусматривает, например, нижнего и верхнего пределов тарифа, с учетом которых нотариус устанавливает конкретную сумму. Несоблюдение данного требования является нарушением действующего законодательства и может повлечь как административное реагирование органов контроля, так и обжалование действия нотариуса лицом, к нему обратившимся в суде.

Таким образом, говорить о доходе от нотариальной деятельности не приходится, и считать в качестве дохода объем всего «хозяйственного оборота» нотариуса необоснованно. Доход в данном случае — это то, что облагается налогом по результатам предпринимательской деятельности, это — выгода. Нотариус как физическое лицо в своей деятельности не извлекает выгоды, поскольку осуществляет постоянную уполномоченную государством публичную деятельность, получая денежные средства в виде взимания нотариального тарифа за совершение нотариальных действий.

В этом заключается своеобразие правового статуса нотариуса и, естественно, специфика его налогообложения как физического лица, имеющего специальный правовой статус. В связи с этим правильным является позиция Г.Г. Черемных о том, что взимание тарифа не следует рассматривать как доход нотариуса. «Представляется, — считает Г.Г. Черемных, — что средства, поступающие к нотариусу, не являются его доходом и не могут облагаться налогами в таком объеме, как это происходит сейчас. В противном случае нужно исключить из законодательства полную материальную ответственность нотариуса перед клиентом, сохранив ее лишь в объеме обязательного страхования риска профессиональной ответственности нотариуса. Правильным же, на наш взгляд, будет придание этим средствам статуса средств обеспечения нотариальной деятельности, имущественных интересов граждан и юридических лиц,

обратившихся к нотариусу. Именно так решен этот вопрос в странах, где традиционно действует свободный нотариат (Франция, Италия, Германия и др.)»¹³. Именно поэтому в законодательстве необходимо предусмотреть увеличение тарифа за осуществление нотариальной деятельности, а не стимулирование развития предпринимательства нотариусом за счет взыскания денежных средств за технические работы.

Предпринимательская деятельность в отличие от нотариальной, по сути, является рискованной деятельностью или, как сказано в ГК РФ, она осуществляется на свой риск. Риск в предпринимательской деятельности — это вероятность получения запланированного или ожидаемого положительного результата, равно как возможность получения отрицательных последствий тех или иных действий, в чем бы они ни состояли. Предприниматель несет риск неполучения прибыли, инновационные и инвестиционные валютные и кредитные риски, технические и иные виды рисков. Можно также упомянуть о моральных рисках в сфере бизнеса.

В отличие от предпринимательской деятельности на свой страх и риск особый статус нотариуса предполагает особый порядок ответственности нотариуса, которую он несет перед гражданами и организациями за нарушение законодательства. В этом случае говорить о рисковом характере нотариальной деятельности не приходится. Взаимоотношения нотариуса и лиц, обратившихся к нему за совершением нотариального действия, имеют не частноправовую, как это есть в предпринимательской деятельности, а публично-правовую основу¹⁴. Статья 17 Основ предусматривает возмещение ущерба нотариусом. Согласно ст. 15 ГК РФ, убытки включают реальный ущерб и упущенную выгоду. Однако нотариус возмещает упущенную выгоду и понесенный моральный вред, что отличает его от предпринимателя.

Нотариус страхует свою деятельность на случай возмещения вреда, причиненного нарушением законодательства. Однако это не страхование риска нотариуса, а страхование его профессиональной деятельности на случай возмещения вреда, причиненного нарушением законодательства.

И, наконец, последним признаком предпринимательской деятельности является ее легализованный характер¹⁵. Статья 51 ГК РФ предусматривает обязательную государственную регистрацию юридических лиц и предпринимателей без образования юридического лица. В настоящее время этим занимаются налоговые органы. Предприни-

¹³ Черемных Г.Г. Параллельные нотариальные конторы — акт закона // Российская юстиция. — 1997. — № 9.

¹⁴ Ярков В.В. Настольная книга нотариуса. — С. 45.

¹⁵ Предпринимательской (хозяйственной) право. — С. 25.

матель обязан совершить действия по регистрации, вправе требовать, чтобы регистрация была произведена на основании установленных документов и с соблюдением установленных сроков. В отличие от предпринимателя у нотариуса существует специальное право на занятие нотариальной деятельностью, которое требует от лица, претендующего на занятие нотариальной деятельностью, определенных качеств и профессиональных навыков. Наделению полномочиями нотариуса предшествуют специальные процедуры прохождения стажировки, сдачи квалификационных экзаменов, получения лицензии на право заниматься нотариальной деятельностью и наделения нотариуса полномочиями на определенной территории. Все

нотариусы регистрируются в специальном Реестре нотариусов, который ведется органами юстиции. Естественно, что легализация предпринимательской деятельности существенно отличается от процесса наделения государством полномочиями на занятие нотариальной деятельностью. Таким образом, публично-правовая нотариальная деятельность существенно отличается от частноправовой — предпринимательской. Исходя из этого необходимо внести существенные коррективы в налоговое законодательство, а также определить специфику правового статуса нотариуса и его деятельности как не экономической, а публичной в новом законодательстве о нотариальной деятельности.