

РЕГИОНАЛЬНЫЙ ОБЩЕСТВЕННЫЙ ФОНД ИНДЕМ

ДОКЛАД

**Роль нотариата в противодействии
коррупции и теневой экономике**

Москва – 2003

Оглавление

<u>ГЛАВА 1. НОТАРИАТ И КОРРУПЦИЯ</u>	3
<u>1.1. Разнообразие видов коррупции и нотариат</u>	3
<u>1.2. Почему коррупция в нотариате опасна</u>	4
<u>ГЛАВА 2. АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ СПОСОБЫ ОРГАНИЗАЦИИ НОТАРИАТА И КОРРУПЦИЯ</u>	4
<u>2.1. Коррупция и государственный нотариат</u>	4
<u>2.2. Модернизация нотариата в контексте административной реформы</u>	7
<u>2.3. Англосаксонский вариант организации нотариата</u>	11
<u>2.4. Внебюджетный нотариат</u>	13
<u>2.4.1. Квазирыночный внебюджетный нотариат</u>	16
<u>2.4.2. Регулируемый внебюджетный нотариат</u>	30
<u>ГЛАВА 3. НОТАРИАТ И ТЕНЕВАЯ ЭКОНОМИКА</u>	34
<u>ГЛАВА 4. НОТАРИАТ И ТЕНЕВАЯ ЮСТИЦИЯ</u>	45

ГЛАВА 1. НОТАРИАТ И КОРРУПЦИЯ

1.1. Разнообразие видов коррупции и нотариат

Коррупция – универсальное социальное явление. Оно свойственно обществу на всех этапах его развития и различным сегментам общественной жизни. Подобная универсальность феномена обуславливает разнообразие его видов. Коррупция в сфере предоставления нотариальных услуг почти ничем не отличается от коррупции в других сферах.

Если в нотариальной конторе выстроилась очередь, а в её хвосте клиент судорожно записывает, что он – 65-й по счету, вероятнее всего, мы обнаружим в этой нотариальной конторе коррупцию как **средство сокращения временных издержек** (speed-money), а также коррупцию как **средство доступа к дефицитной услуге**. Ведь что такое очередь, как не показатель дефицитного характера услуги.

Если нотариус ничего не делает для комфортности своего клиента, то коррупция неминуемо возникнет как **средство повышения качества предоставляемых услуг**.

Если нотариус заверяет документ, заведомо зная о незаконности операции, коррупция возникает как **средство преодоления запретов, налагаемых правом**.

Если нотариус обслуживает интересы членов организованных преступных группировок, именем Российской Федерации помогая им совершать экономические преступления, коррупция выступает **стратегией поведения криминальных групп**.

Если в результате жесткого централизованного регулирования этого сегмента рынка правовых услуг нотариус начинает работать себе в убыток, коррупция становится **стратегией выживания** представителей нотариального сообщества.

Однако, в отношениях коррупция-нотариат есть одна особенность. В отличие от коррупции в государственных органах коррупция в нотариате **может быть практически полностью преодолена**. В данном случае многое зависит от качества государственной политики, которая будет проводиться в отношении нотариата.

1.2. Почему коррупция в нотариате опасна

Последнее десятилетие как в науке, так и среди потребителей нотариальных услуг был распространен старый стереотип советской правовой культуры: нотариат – лишнее звено в цепи защиты прав личности. На наш взгляд, необходимость и чрезвычайная важность института нотариата доказывается тем массивом негативных последствий, которые неминуемо обрушатся на наше общество в том случае в случае создания условий для коррумпированности данного института. Можно выделить следующие последствия коррумпированности нотариата:

1. Расширяется объем теневой экономики.
2. Нарушаются конкурентные механизмы рынка, поскольку часто в выигрыше оказывается не тот, кто конкурентоспособен, а тот, кто смог получить преимущества за взятки.
3. Замедляется появление эффективных частных собственников, в первую очередь – из-за нарушений в ходе приватизации.
4. Повышаются транзакционные издержки ведения бизнеса как за счет коррупционных «накладных расходов», так и за счет дисфункциональности системы охраны прав предпринимателей.
5. У агентов рынка снижается уровень доверия. Это ведет к замедлению деловой активности и замедлению экономического роста.
6. Закрепляются и увеличиваются резкое имущественное неравенство, бедность большей части населения. Коррупция подстегивает несправедливое перераспределение средств в пользу узких олигархических групп за счет наиболее уязвимых слоев населения.
7. Дискредитируется право как основной инструмент регулирования жизни государства и общества. В общественном сознании формируется представление о беззащитности граждан.

ГЛАВА 2. АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ СПОСОБЫ ОРГАНИЗАЦИИ НОТАРИАТА И КОРРУПЦИЯ

2.1. Коррупция и государственный нотариат

Существует множество определений коррупции, и все они верны, поскольку коррупция сложна и многообразна. Однако, как правило, большинство

исследователей считают целесообразным прибегнуть к определению, вытекающему из известной модели отношений «принципал-агент»¹.

Модель отношений «принципал-агент»

Принципал - лицо (или организация), обладающее самостоятельными целями и ресурсами для их реализации. В качестве принципала могут выступать избиратели, президент страны, ее законодательный орган, министр, любое крупное должностное лицо, совет директоров фирмы и т.п. Для реализации имеющихся целей принципал нанимает другое лицо - агента. Агенту задаются цели, передаются некоторые ресурсы (деньги, властные полномочия и т.п.) и назначается вознаграждение.

Коррупцией называются такие действия агента, которые сопряжены с изменой целям принципала ради личных целей агента, сопровождающейся использованием переданных агенту ресурсов для достижения этих целей. В этом смысле чиновник-растратчик и менеджер, крадущий деньги акционеров компании, являются в одинаковой степени коррупционерами. Часто в коррупционных действиях принимает участие третье лицо, которое называют клиентом. По сути, это обычный взяточник, который добивается от агента своих целей за передаваемую ему взятку.

Данное определение неполно, однако, более универсально, чем другие. Существенным ограничением данного определения является то, что оно охватывает коррупцию бюрократической природы. Ведь именно бюрократии – место концентрации принципал-агентских отношений. Принципал-агентская теория, – таким образом, лучший инструмент анализа коррупции в такого рода структурах.

Государственный нотариат функционирует как традиционная бюрократическая структура. В такой системе нотариусы – это чиновники (агенты), которые получают заработную плату вне зависимости от результата своей деятельности и не несут никакой имущественной ответственности за нарушение норм права в её осуществлении. Нотариат встроен в систему исполнительной власти, будучи структурным подразделением какого-либо министерства, чаще всего – юстиции.

Согласно этой модели, коррупция в государственном нотариате возникает по причине того, что институциональная структура не препятствует сдерживанию личного интереса нотариуса. Она не создает стимулов для эффективного

¹ См., например: Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики \Пер. с англ. — М.: Фонд экономической книги «Начала». 1997. С.51; Rose-Ackerman. Corruption: A Study in Political Economy. — N.Y.: Academic Press, 1978; Cartier-Bresson Jean. Corruption Networks, Transaction Security and Illegal Social Exchange//Political Studies, 1997, XLV. PP. 463-476.

осуществления полномочий, поскольку нотариус в такой системе получает фиксированную заработную плату вне зависимости от результатов своей деятельности и не несет ответственности за некачественную работу. В бюрократической институциональной структуре личный интерес нотариуса не сопряжен с общественным интересом. В этом случае, нотариус, используя переданные ему принципалом ресурсы, злоупотребляет своим должностным положением, либо получая взятки за нарушение закона, либо вымогая взятку за предоставление услуг и повышение их качества.

Но самый главный недостаток такой системы предоставления нотариальных услуг состоит в неискоренимости коррупции. Ведь последняя существует постольку, поскольку личный интерес должностного лица не сориентирован на одновременную реализацию общественного интереса. Тем самым коррупция укоренена в институциональную структуру государственного нотариата.

Государственный нотариат нормально вписывался в систему централизованной экономики, при которой просто не было сколь-нибудь крупного гражданского оборота. В условиях же экономики рыночной обслуживать крупные имущественные сделки исключительно государственным нотариатом, значит открывать зеленую улицу подкупу госчиновников – как самих нотариусов, так и стоящих над ними должностных лиц. Когда заключаются *крупные сделки*, у должностных лиц появляется соблазн давать указания об удостоверении или свидетельствовании одних сделок и блокировании других.

Противодействие коррупции в государственном нотариате, как и в любой другой бюрократической системе, может реализовываться только с помощью усиления контроля за деятельностью нотариуса. Крайняя неэффективность этого метода, его тупиковый характер обусловлена следующими факторами

- возникает проблема контроля над контролерами;
- контроль может использоваться для ликвидации конкурентов на коррупционном рынке;
- противодействие коррупции носит циклический характер, так как причины, порождающие коррупцию в нотариате, сохраняются.

В лучшем случае «парадигма контроля» приведет к сдерживанию роста коррупции, в худшем и наиболее вероятном – к её институционализации.

Поскольку бороться с коррупцией в рамках бюрократии бесполезно, ряд исследователей предположили, что наиболее эффективным средством противодействия коррупции является полный отказ от бюрократии как таковой. Иными словами, речь идет о **реструктуризации принципал-агентских отношений – основе любой бюрократической структуры.**

Ключевой проблемой этого подхода является возможность демонтажа бюрократического механизма и замены его альтернативной формой управления. В этом контексте поиск альтернативных форм управления и предоставления публичных услуг (по сути дела, проведение административной реформы) составляет одну из необходимых частей антикоррупционной политики государства.

2.2. Модернизация нотариата в контексте административной реформы

Для многих участников современного российского дискурса, посвященного административной реформе, характерно скептическое отношение к самой возможности такой реформы в России. Надо признать, что подобное отношение имеет под собой веские причины. Однако при этом забывают тот факт, что в некоторых сегментах административная реформа в России идет с 1993 года.

Основы законодательства о нотариате, введенные в действие именно тогда, предусматривали передачу осуществления государственной функции институту **независимого нотариата.** Такая «дезинтеграция» государства является основным направлением современной административной реформы. Общая направленность последней состоит в экономии государственных средств, повышении качества обслуживания государством своих клиентов. Для достижения этих целей административная реформа предусматривает реализацию следующих стратегий:

- приватизацию (отказ от государственного предоставления некоторых услуг и передача возможности коммерческим, квазикommerческим и некоммерческим организациям предоставлять эти услуги);
- дерегулирование управления персоналом (отказ от жестких норм и правил трудового законодательства, введение принципов оплаты по результатам);

- изменение культуры государственных учреждений (постепенный переход на акцентирование результата, а не процесса);
- делегирование права принимать решения.

Приватизация в рамках административной реформы понимается чрезвычайно широко и включает в себя передачу не только собственности государства, но и государственных функций.

Возможность приватизации функций обусловлена несколькими факторами. В числе них наиболее существенными являются два: во-первых, тип предоставляемой услуги (конкурентна-неконкурентна²; исключаемая-неисключаемая³); во-вторых, возможность непосредственной (т.е. минуя налоговый механизм) оплаты предоставляемых услуг.

В то же время, приватизация не означает полного и бесповоротного поворота к частному сектору. Рыночные принципы организации работы не рассматриваются как панацея от всех болезней, которыми страдает современное государство. Признается, что экспорт рыночных отношений в области, где ранее господствовало государство, может привести к существенным проблемам, в том числе в области подотчетности и соблюдения принципа равенства.

По этой причине были разработаны различные модели приватизации. Их применение положило начало образованию новой сферы управленческих организаций, которые не являются ни частными, ни государственными (т.н. сумеречная зона – twilight zone).

² Иными словами, влияет ли факт потребления данной услуги одним гражданином на потребление другим, или нет. Так, например, потребление услуг национальной обороны гражданином А никак не влияет на возможности пользования этими услугами гражданина Б. В отношении нотариальных услуг ситуация другая: за некоторый промежуток времени потреблять услуги нотариуса способен только один клиент.

Модели приватизации государственных функций

Контрактация (out-sourcing)

Государственные ведомства оставляют за собой общий контроль и собственность, но передают её предоставление в частные руки. Более 75% услуг, оказываемых на уровне штатов США предоставляются частными фирмами. Наиболее распространенные области контрактации: уборка мусора, обработка информации, социальные услуги населению

Франчайзинг

Государство оставляет за собой контроль над качеством предоставляемой услуги, само полномочие предоставления которой передается в частные руки. Основным механизмом контроля является регулирование процедуры предоставления услуги, возможно – ценообразование на рынке. В отличие от контрактации, франчайзинг применяется в том случае, если тип предоставляемой услуги требует соблюдения определенных процедурных норм, а также выполнения сопутствующих публично-правовых обязанностей.

Публично-частные партнерства

Гибридные организации такого рода построены на более тесных отношениях между государственной организацией и частной. Между ними заключается договор, по которому ведомство обязуется предоставлять услуги, а частная фирма – их производить. классический пример – управление программой борьбы со СПИД. Непосредственной управляющей компанией является частная фирма, а государство предоставляет одноразовые шприцы и образовательные материалы.

«Тотальная» приватизация

Как следует из названия данной опции, государство полностью самоустраивается из сферы производства/предоставления той или иной услуги. Оно не участвует в производстве необходимых материалов, как в случае с ПЧП, не устанавливает стандартов (франчайзинг), а также не стремится хоть как-то проконтролировать предоставление товаров. Примеры тотальной приватизации государственных услуг редки, но все же они есть. Приватизируются больницы, а также тюрьмы.

(Источник: Johnston V., Seldenstat P. Privatization policy and public management. In: Public Management, NY, 2000. PP. 389-403).

Нотариальные услуги не обладают свойствами неконкурентности и неисключаемости. Иными словами, потребление нотариальной услуги одним гражданином никак не влияет на потребление данной услуги другим гражданином. Индивидуализация оплаты нотариальной услуги вполне возможна и осуществляется в реальности с помощью непосредственных выплат потребителями услуги (в виде нотариального тарифа или госпошлины).

Следовательно, нотариат относится к институтам такого типа, где принципал-агентские отношения поддаются реструктуризации, а нотариальные

³ Иными словами, существуют ли определенные механизмы индивидуализации потребления данной услуги. Нельзя исключить гражданина Б из числа пользователей услугами национальной обороны.

услуги – к услугам такого типа, которые не требуют исключительно бюрократического механизма распределения.

Приватизация нотариата, таким образом, означает преодоление проблемы неискоренимости коррупции. Исходя из практики приватизации института нотариата в зарубежных странах и различных моделей приватизации, предположим, что реструктуризация принципал-агентских отношений возможна в двух организационных формах: англосаксонского (тотальная приватизация функции) и латинского нотариата (франчайзинг-функции частному институту).

Все возможные способы организации предоставления нотариальных услуг показаны в таблице № 1.

Предложение

		Публичный интерес	Частный интерес
Спрос	Налоги	Внебюджетный нотариус	-
	Непосредственная оплата	Государственный нотариус	Нотариус-адвокат

Критерием выбора той или иной модели нотариата является минимизация негативных последствий экспорта рыночных отношений.

Административную реформу всегда сопровождает эскорт недоброжелателей, которые находят в ней исключительно негативные последствия. Так, реформа нотариата критикуется теми, для кого «много государства» – это однозначно хорошо, а его уход из той или иной области воспринимается как ослабление государства. Реформа нотариата с этих позиций ведет к исключительно негативным последствиям просто потому, что она приводит к «уменьшению государства», но не к его ослаблению в негативном смысле слова.

Однако более опасна критика, принципиально исходящая из интересов граждан, а не государства. Опыт модернизации государства в западных странах показывает, что она приводит к ряду негативных последствий, например, к проблемам в соблюдении принципа доступности услуги для всех категорий граждан, независимо от их имущественного положения. Эффективность преодоления негативных последствий и должна стать критерием выбора англосаксонской модели или модели латинского нотариата

Рассмотрим преимущества и недостатки каждой из них.

2.3. Англосаксонский вариант организации нотариата

Нотариальные услуги предоставляются в странах этой традиции (США, Великобритания) на рыночных основаниях. Иными словами, можно говорить о полной приватизации рынка нотариата. Нотариальные услуги в этой традиции рассматриваются как товар, который должен завоевать рынок. Нотариат, таким образом, зависит от маркетинговых усилий по поиску клиентов, предполагает возможность свободного обсуждения вопросов оплаты, не содержа тем самым, понятия обязательного нотариального тарифа.

Нотариус в Новом Свете (его роль играет адвокат) освобожден от обязанности быть беспристрастным. Наоборот, большая степень ассоциации себя с интересами клиента является залогом успеха его деятельности. Подобная форма полностью **свободна от коррупции**, так как выплаты клиента за «продавливание» своего интереса полностью легализованы. Естественно, что в этом случае от нотариуса не ожидается беспристрастного поведения.

Обсуждение и исполнение контрактных договоренностей основано не столько на поиске сбалансированности, равенства и справедливости, сколько на соотношении сил между профессионалами.

Освобождение «страсти к погоне за наживой», превращает англосаксонскую систему права в настоящую адскую машину по созданию споров, стоящих экономике страны огромных денег. Для доказательства этого факта приведем ряд цифр. В США сосредоточено 30% адвокатов всего мира. На 300 человек приходится один адвокат. Предполагается, что к 2005 году их число возрастет на 28%. С 1984 по 1989 годы число споров по договорам возросло на 26, 7%, а споров по недвижимому имуществу на 44,2%, с 1977 по 1989 годы оборот у американских адвокатов вырос на 382%, то есть более чем в 10 раз превысил рост автомобильной промышленности за тот же период времени. Общая стоимость юридических услуг (включая стоимость страховых премий, покрывающих связанную с ними ответственность) составляла для физических лиц, предприятий и органов власти ежегодно 300 млрд. долларов. «Каждая сторона соглашения при помощи адвоката пытается добиться для себя максимума преимуществ и никого не заботит справедливость», - бросают очередной камень в огород англосаксонского нотариата, французские исследователи Ж.-Ф. Пиепу и Ж. Янгр.

Однако вопрос о реализации англосаксонского нотариата в РФ не следует вычеркивать из списка альтернатив при выборе той или иной формы предоставления нотариальных услуг. Так, в литературе уже отмечалось, что разработчики ГК РФ сделали «реверанс в сторону англосаксонской правовой системы»⁴, резко ослабив значение латинского нотариата.

Несомненным преимуществом полной приватизации нотариальных услуг в соответствии с англосаксонской моделью является радикальное решение проблемы коррупции. Однако, следует учесть, что коррупция опасна не сама по себе. Она опасна теми последствиями, которые вызывает. При этом следует учесть, что противодействие коррупции также влечет за собой необходимость затрат, порой очень существенных. Поэтому, исследователи в области коррупции говорят о существовании оптимального уровня коррупции, то есть уровня, при котором реализация антикоррупционных мер чрезвычайно вредно для общества⁵.

В нашем случае выбора различных нотариальных систем издержками противодействия коррупции в независимом нотариате являются издержки введения англосаксонской модели предоставления нотариальных услуг.

Стоимость внедрения института англосаксонской модели нотариальных услуг необходимо рассчитывать исходя из следующих факторов:

В рамках систем публично-правового характера нотариата нотариус осуществляет функцию предварительного правосудия. В условиях чрезвычайной загруженности судов перевод нотариата на англосаксонскую систему продуцирования юридических конфликтов, а не снижения их числа, приведет к расцвету взяточничества уже в судебной системе (где оплачиваться будет формально бесплатное право доступа граждан и юридических лиц к правосудию). Иными словами, потери от коррупции просто примут другую форму и будут возникать в другом секторе рынка по предоставлению правовых услуг.

Затраты на осуществление прав в судебном порядке существенно различаются между странами с англосаксонской системой нотариата и странами с латинским нотариатом (*таблица №2*).

⁴ Коровин Е. Богатенький нотариат, или Внебрачный сын закона // Нотариальный вестник, 2002, №5, С.31.

⁵ Klitgaard Robert. 1988. Controlling Corruption, Berkeley CA: University of California Press. P.25-26.

Страна	Затраты на реализацию права на судебную защиту (в % к ВВП)
Испания	0,4%
Италия	0,5%
Германия	0,5%
Франция	0,6%
Швейцария	0,8%
США	2,6%

(Источник: Tort cost trend: an international perspective. Tillinghast, 1989).

Таблица № 2 показывает, что затраты, которые несет общество на «сутяжников» в США, превышает такие же затраты в государствах с континентальной системой права в 3-6,5 раз. Подобные различия объясняются не только системой нотариата, но и различием в степени конфликтности правовой культуры, другими факторами. Однако рискнем предположить, что львиную долю различий объясняется именно функция нотариата как предварительного правосудия.

Таким образом, полная приватизация рынка нотариальных услуг – как раз тот случай, когда реализация политики противодействия коррупции приведет к обратным последствиям – к росту валового объема коррупционного рынка РФ, прежде всего за счет повышения интенсивности коррумпирования судов.

2.4. Внебюджетный нотариат

«Невидимая рука» правового рынка независимого нотариата создает условия для того, чтобы частный интерес нотариуса совпал с интересами всего общества и конкретных клиентов нотариуса.

Нотариальный тариф, который взыскивает независимый нотариус, после всех необходимых вычетов принадлежит ему. Тем самым он заинтересован в результате своей работы. Заботясь о росте своего дохода, он естественным образом заинтересован в поддержании комфортных условий для клиентов. Такой заинтересованности нет в государственных нотариальных конторах, и в случае ликвидации внебюджетного нотариата местным властям надо быть вновь готовыми к давно забытым огромным очередям у нотариальных контор, а значит, к дополнительному фактору коррупции.

Независимый нотариус:

- заинтересован в поддержании своей репутации;
- заинтересован в предоставлении нотариальных услуг;
- заинтересован в предоставлении **качественных** нотариальных услуг.

Таким образом, **внебюджетный принцип организации нотариата делает излишней коррупцию** и как плату за улучшение качества услуг, и как суррогат цены на централизованно регулируемых рынках. Введение института внебюджетного нотариата сужает коррупционный рынок нотариальных услуг, лишая коррупцию её основной функции – служить механизмом возврата естественных социальных отношений в сферы, подвергнутые человеческому вмешательству.

Преодолима ли коррупция в нотариате с помощью введения квазирыночных принципов его функционирования?

Введение института внебюджетного нотариата не устраняет полностью источники коррупции в нем. Ведь внебюджетный нотариат – «квазирыночная» конструкция, на которую государство возложило осуществление ряда публичных функций. Этот факт отражен в самом названии – не «частный», а «внебюджетный» (или «независимый») нотариат. Иными словами, внебюджетный нотариат – это деятельность двойственной природы. С одной стороны, внебюджетные нотариусы функционируют на чисто рыночных принципах: «сколько заработал – столько получил»; оплата зависит от результата. С другой стороны, внебюджетный нотариус осуществляет целый ряд публично-правовых функций, его деятельность **не является частнопредпринимательской**. Так, кроме осуществления клиентоориентированных функций (помощь в составлении документов, разъяснение правовых последствий сделки, изменение ложного представления клиента о правовых последствиях, осуществление доверительных заданий: представление в регистрах, запросы, истребование и представление документов) нотариус осуществляет и публично-правовые функции:

- благодаря беспристрастности и обязательству по консультированию нотариус обеспечивает равные возможности и для лиц, не знакомых с законодательством, разъясняя при этом и

действие международного частного права при столкновении разных правовых порядков;

- задача нотариуса заключается в выяснении воли всех причастных лиц, беспристрастной селекции существенных юридических обстоятельств, относящихся к делу, которые необходимы для дачи правовой оценки и которые следует включить в соглашение по правовой сделке и зафиксировать объективно в документе. Для обычного гражданина это превосходящая его силы задача, а консультант одной из сторон направляет выборкой данных интересы сторон односторонне;
- через консультирование и разъяснение нотариус защищает более слабой стороны от обмана со стороны более сильной. Если бы, например, кредиторы могли устанавливать условия кредитов только в свою пользу или диктовать свои условия залога и ипотеки, то в определенном смысле из-за их личной заинтересованности господствовала бы опасность злоупотребления. При особенно важных и рискованных сделках гражданина следует защищать от поспешного заключения договоров. Обязательность привлечения нотариуса выполняет здесь предупредительную функцию. Интересам защиты потребителя служит и право клиента на выбор нотариуса.

Деление функций на два вида не случайно. Если функции первой категории не содержат потенциала для коррупции, то объем публично-правовых функций нотариуса как раз и определяет емкость коррупционного рынка. Ведь у внебюджетного нотариуса всегда есть искушение нарушить требования, предъявляемые к нему законом:

- встать на сторону одного из клиентов в ущерб другому за определенную плату;
- за определенную плату подготовить документ с нарушениями законодательства;
- скрыть информацию от налоговых органов, за взятки способствуя тем самым уходу от налогов.

Сохраняющаяся опасность коррумпирования внебюджетного нотариата ставит вопрос о выборе наиболее эффективной **технологии рыночной организации предоставления нотариальных услуг**.

Можно выделить две основные технологии организации внебюджетного нотариата: 1) квазирыночный внебюджетный нотариат; 2) регулируемый внебюджетный нотариат. Рассмотрим преимущества, недостатки, и коррупциогенность каждого из видов.

2.4.1. Квазирыночный внебюджетный нотариат

Основы законодательства о нотариате РФ, принятые в 1993 году, положили начало эксперименту по реформированию отдельного сегмента государственного управления – предоставления нотариальных услуг. Согласно ст.1 Основ на территории РФ нотариальные услуги предоставляются с помощью как государственных нотариусов, так и нотариусов, занимающихся частной нотариальной практикой. Основы последовательно реализовали принцип единого подхода к внебюджетным и государственным нотариусам. Однако различия в статусе нотариусов все-таки есть. Во-первых, компетенция внебюджетного нотариата более узкая: выдача свидетельств о праве на наследство и принятие мер к охране наследственного имущества находится в ведении исключительно государственного нотариата. Во-вторых, внебюджетный нотариус, согласно ст. 17 Основ, обязан по решению суда возместить ущерб, причиненный вследствие умышленного разглашения сведений о совершенном нотариальном действии или совершения нотариального действия, противоречащего законодательству РФ. Иными словами, внебюджетный нотариус несет ответственность всем своим имуществом.

Внебюджетный нотариус в РФ занимает промежуточное положение между сферой государства и бизнеса. Он осуществляет правоохранительные функции, действуя при этом как бизнесмен. Публично-правовой характер его деятельности накладывает существенные ограничения:

- жесткая регламентация деятельности нотариуса;
- широкая сфера социальных льгот;
- широкий перечень обязанностей – например, содержать и формировать нотариальный архив;

- отсутствие экономического планирования, бизнес-стратегии развития нотариата (поскольку извлечение прибыли не является основной целью нотариуса);
- нотариальные действия совершаются не по воле нотариуса, а в силу закона или по воле участников гражданского оборота.

Преимущественно рыночный механизм функционирования этого типа нотариата делает практически невозможной его коррумпируемость. Нотариус имеет личную заинтересованность, несет ответственность своим имуществом и вынужден конкурировать со своими коллегами. Приставка «квази» здесь применена для того, чтобы отразить специфику этого института, который не только предоставляет услуги, но и выполняет ряд публично-правовых функций. Рыночный нотариат, кроме этого, предполагает достаточно осторожное вмешательство государства в вопросы ценообразования нотариальных услуг.

Что такое квазирынок?

Квазирынки возникают тогда, когда предоставление услуги или производство товара коммерческой фирмой или государственной организацией приводит к аллокативной неэффективности.

Условия возникновения:

высокая степень неприятия риска со стороны потребителей услуги
широкие возможности для оппортунизма со стороны поставщика услуги.

Характеристики квазирынка:

регулирование цены (установление жестких стандартов её расчета);
ограниченный характер конкуренции: ценовые факторы значат менее, чем репутационные,
разрешение конкуренции приводит к нарушению принципа доступности услуг для всех.

Результаты институционализации квазирынков:

высокий уровень аллокативной эффективности;
преодоление проблемы X-неэффективности.

Основная коррупциогенная опасность квазирыночного нотариата исходит от чрезмерного государственного вмешательства, которое предусмотрено этим типом нотариата. Рынок нотариальных услуг, как уже было указано выше, имеет принципиальные отличия от рынка частного блага:

- государственное регулирование цены нотариальных услуг;
- обязывание нотариуса к осуществлению ряда действий (содержанию нотариального архива, например);
- осуществление ряда нотариальных действий на льготных основаниях. При этом льготы не носят рыночного характера, не

представляют собой механизма привлечения клиентов, в отличие от скидок и льгот в частном секторе. Эти льготы являются социально значимыми;

- недопустимость неограниченной конкуренция между нотариусами.

Цены на квазирынках в той или иной мере регулируются государством. Рынок частных нотариальных услуг не является исключением. Дело в том, что цена на квазирынках не выполняет своих главных функций: выявлять различные предпочтения граждан в отношении того или иного товара и свидетельствовать о качестве услуги. Больному человеку врач просто необходим. Следовательно, он будет готов платить любые деньги за выздоровление. Ряд сделок требует обязательной нотариальной формы. Следовательно, потребительское предпочтение определяется в данном случае не самим потребителем услуги, а задается экзогенно.

В том случае, если отнять установление цены на нотариальном рынке на откуп «невидимой руке», равновесие спроса и предложения может установиться на уровне, недоступном большинству граждан. Нотариус же осуществляет публично-правовые функции, то есть функции, доступ к которым должен быть открыт вне зависимости от материального достатка.

Кроме того, в области нотариата, как и в области здравоохранения, потребители услуг готовы платить большую плату для снижения риска плохого качества. Они чрезвычайно опасаются риска. Они ищут услуги лучшего качества. В этом смысле опора на рыночные механизмы ценообразования с большой вероятностью может явиться Парето-неоптимальными (улучшающими положение нотариусов и ухудшающими положение пользователей услуг).

Таким образом, государственное регулирование цен на услуги нотариуса, с одной стороны, Парето-оптимальна, а с другой – является средством борьбы с рентоориентированным поведением нотариуса. В то же время, государственное регулирование цены нотариальных услуг является и наиболее опасным коррупциогенным фактором рыночного нотариата. Ведь нотариус выполняет государственные функции на рыночных принципах: он ведет дела на свой страх и риск. В отличие от государственных служащих, ему не понаслышке знакомы понятия «прибыль» и «убыток». Он должен платить налоги, содержать свой офис, закупать компьютерную и иную оргтехнику, нанимать помощников и

консультантов. Наконец, за неправильное (незаконное) совершение нотариальных сделок ему грозит ответственность. И отвечать он будет собственным имуществом.

Государство, регулируя тарифы, рискует установить их на таком уровне, когда нотариус столкнется с необходимостью работать себе в убыток. В этом случае **коррупция станет стратегией выживания внебюджетного нотариата**. Кроме того, институт нотариата столкнется с проблемами, возникающими в любом неконкурентоспособном сегменте трудового рынка:

- негативный естественный отбор нотариусов, когда в нотариат будут идти низкоквалифицированные и склонные к коррупционным практикам юристы;
- миграция лучших кадров в смежные сегменты рынка труда (адвокатура, юридические консультации, аудиторские фирмы и т.п.).

Именно поэтому необходимо продуманно подходить к вопросу установления нотариального тарифа. Существует несколько моделей такого установления.

Метод пропорциональной шкалы нотариального тарифа (прогрессивной или регрессивной). Установление пропорциональной шкалы нотариального тарифа следует считать существенной антикоррупционной мерой. Ведь природа коррупции вытекает из существенного дисбаланса между уровнем ответственности и компенсацией за него. Чем больше различие между ответственностью и компенсацией, тем больше вероятность коррупционной сделки.

И в этом смысле наиболее эффективной антикоррупционной мерой следует признать установление регрессивной шкалы нотариального тарифа по сделкам имущественного характера, подлежащих оценке. Он позволит снизить финансовое бремя участников гражданского оборота и одновременно сохранить размер нотариального тарифа, адекватный ответственности удостоверяющего лица и содержанию оказываемых им услуг и выполняемых публично-правовых функций.

Метод твердой ставки нотариального тарифа. Твердая ставка нотариального тарифа возможна в отношении стандартных действий, которые не

отличаются друг от друга мерой ответственности, которую они налагают на нотариуса (заверение копий документов, заверение подписи и т.д.). Установление твердых тарифов на сделки, которые могут отличаться друг от друга в денежном измерении в сотни и тысячи раз, следует признать коррупциогенной практикой. Такой порядок установления тарифа может привести к двум негативным последствиям:

- отказу от нотариального заверения крупных сделок;
- обращению к коррупции как средству выживания в том случае, если нотариус привлекается к имущественной ответственности по крупной сделке.

Метод договорного тарифа. В ряде стран государство не устанавливает цены нотариальных услуг, вводя договорные начала определения тарифа. Договорной тариф позволяет ввести некоторые элементы конкуренции на квазирынке нотариальных услуг. Сторонники этой идеи считают, что как на любом рынке, потребители будут обращаться к тому нотариусу, который может оказывать услугу дешевле.

Однако следует заметить, что в условиях, когда существует обязательная нотариальная форма, договорной порядок установления тарифа будет приводить к отказам осуществлять нотариальные сделки на основании недостижения соглашения по сумме тарифа (отметим, кстати, что свободное установление цены не характерно ни для одного из известных типов квазирынков). Кроме того, как уже отмечалось выше, низкие нотариальные тарифы не свидетельствуют о применении нотариусом, их установившим, технологических новаций или иных способов сокращения издержек. Единственное, о чем может свидетельствовать пониженный в сравнении с другими тариф, – о низкой квалификации нотариуса.

В Российской Федерации действует правило (ст. 22 Основ), согласно которому за выполнение действий, требующих *обязательной нотариальной формы*, нотариус, занимающийся частной практикой, взимает плату по тарифам, соответствующим размерам государственной пошлины, предусмотренной за совершение аналогичного действия в государственной нотариальной конторе. В других случаях тариф определяется соглашением между физическими и (или) юридическими лицами, обратившимися к нотариусу, и нотариусом. Полученные денежные средства остаются в распоряжении нотариуса.

Федеральный закон «О государственной пошлине» устанавливает тарифы для ограниченного ряда сделок, которые подлежат обязательному нотариальному оформлению. Таким образом, федеральное законодательство восприняло договорной метод установления тарифа. Государственный нотариус за совершение нотариальных действий взимает государственную пошлину по ставкам, установленным законодательством РФ. Полученные денежные средства направляются в государственный бюджет.

Следует отметить, что метод договорного тарифа в отношении большинства сделок применяется благодаря функционированию государственных нотариальных контор, которые взимают государственную пошлину. Существование этих контор приводит к тому, что частные нотариусы не могут поднять цены слишком высоко. В случае перехода на единую организационную основу нотариата необходимо перейти к практике установления тарифов на все сделки, а не только на те, которые требуют обязательной нотариальной формы

Таким образом, в законодательстве о нотариате целесообразно установить тарифы на все виды нотариальных действий, пользуясь, насколько это возможно, пропорциональной ставкой нотариального тарифа.

Регулирование численности нотариусов

Как и на любом другом квазирынке (образование, здравоохранение и т.д.) в нотариате **фактор численности поставщиков услуги** является весьма значимым антикоррупционным фактором. Ведь небольшая численность может приводить к очередям и, следовательно, взяткам как средству минимизации временных потерь. С другой стороны, слишком большое количество нотариусов будет приводить к криминализации нотариата, который не сможет выжить без коррупционных инъекций. Согласно ст. 12 Основ должность нотариуса учреждается и ликвидируется органом юстиции совместно с нотариальной палатой. То есть, количество должностей нотариусов в нотариальном округе определяется органом юстиции совместно с нотариальной палатой.

Вообще, возможно несколько вариантов определения численности нотариальных контор (нотариусов).

Принцип государственного установления местоположения численности нотариусов. Согласно этому принципу, в законе должны быть прописаны критерии нарезки нотариальных округов и определения численности нотариусов. При этом необходимо избежать ряда заблуждений. Одно из них состоит в том, что

при определении численности нотариусов нужно исходить из необходимости обеспечения их финансовой самостоятельности. С осмысленностью такого критерия трудно спорить. Однако его совершенно невозможно применить на практике: нужно разрабатывать четкие критерии того, как определить финансовую самостоятельность нотариуса. В реальности ссылка на этот критерий может послужить легальным инструментом сокращения численности нотариусов с целью извлечения взяток для преодоления возникших очередей⁶.

Кроме того, численность населения следует считать недостаточным критерием. Ведь нотариат служит не только интересам граждан: юридические лица также активно обращаются за помощью в контору нотариуса. При этом, как правило, хозяйственный оборот концентрируется в городах. Следовательно, в отношении городов должен быть введен «поправочный» критерий, который позволил бы учесть концентрацию сделок именно там.

Еще одним «категорическим императивом» установления численности нотариусов является исключение из этого процесса организаций нотариального сообщества. Причина – конфликт интересов, который непременно будет сопровождать установление численности с участием нотариальных палат. Последние являются сосредоточием двух разнонаправленных интересов: увеличении доходов нотариусов и поддержании солидного имиджа нотариата в обществе. Чаша весов вполне может склониться в сторону преследования эгоистических интересов.

Принцип свободы местоположения нотариусов. Согласно этому принципу, право нотариуса учреждать свою контору в любом населенном пункте ничем не ограничено. Однако реализация этого принципа будет приводить к неограниченной конкуренции на квазирынке нотариальных услуг. Кроме того, принцип свободы местоположения нотариальных контор обострит проблему, известную в экономике общественного сектора, как «неполнота рынков»: нотариусы не будут обосновываться там, где объем рынка нотариальных услуг невелик. Ведь в этом случае нотариусы будут получать меньшее вознаграждение в сравнении с крупными поселениями и городами. Результат этого очевиден: ряд

⁶ Ряд ученых доказали существование феномена эндогенной коррупции, то есть коррупции, причина которой состоит в принятии бюрократами таких норм права, которые позволяет им извлекать взятки. (См.: Kaufmann D. Does greasy money speed up the wheels of commerce // IMF WP №6405).

граждан будет вынужден преодолевать огромные расстояния для того, чтобы получить нотариально удостоверенный документ.

Таким образом, наиболее оптимальной следует признать реализацию принципа государственной нарезки нотариальных округов и установления численности нотариусов в них. В то же время необходимо исключить нотариальные палаты из комиссий, которые будут определять нарезку округов и ввести туда представителей антимонопольного органа, а также представителей общественности.

Регулирование конфликта интересов в нотариальной деятельности

Согласно ст. 6. Основ нотариус не вправе: заниматься самостоятельной предпринимательской и никакой иной деятельностью, кроме нотариальной, научной и преподавательской; оказывать посреднические услуги при заключении договоров. Целесообразно уточнить в законе, что имеется в виду под понятием «никакая иная деятельность». Чересчур широкий запрет теряет смысл в приложении к конкретным ситуациям.

Кроме того, согласно ст. 14 Основ нотариус обязан принести присягу: «торжественно присягаю, что обязанности нотариуса буду исполнять в соответствии с законом и совестью, хранить профессиональную тайну, в своем поведении руководствоваться принципами гуманности и уважения к человеку». Присяга издавна считалась одним из механизмов противодействия коррупции. По словам исследователя средневековой бюрократии К.А.Левинсона, считалось, что «произнеся клятвы в ритуальной обстановке, чиновник лучше запомнит свои обязанности, нежели по контракту, который хранился в ратуше». Клятва винных писарей содержит такие слова: «Вы поклянитесь, что ...не будете неподобающим образом отдавать предпочтение перед остальными; ни от возчиков, ни от кого-либо еще ради службы вашей не будете брать ни мзды, ни подарков, ни угощений, ни чего либо другого ни сами, ни через кого-то»⁷.

Современная присяга нотариусов составлена с акцентом на общечеловеческие ценности. Однако сама конкурентная среда будет побуждать нотариуса уважительно относиться к человеку. Необходимо доработать текст присяги, основной упор сделав на указание важности недопущения конфликта интересов.

Кроме внесения «косметических» улучшений в нормы закона, регулирующие конфликт интересов, необходимо изменить концепцию такого регулирования. Речь идет о введении процессуальных норм, которые наряду с запретительными положениями Основ, будут регулировать конфликт интересов. Зачем они необходимы и что означают? Рассмотрим следующую ситуацию.

Крупной риэлторской фирме необходимо продать сразу 100-200 квартир в одном из строящихся домов. Нотариусу от риэлтеров поступает предложение следующего характера: со всеми договорами мы обратимся именно к Вам. Но мы хотели бы, чтобы в договоры были внесены определенные условия (которые соответствуют интересам риэлторов и противоречат интересам покупателей недвижимости).

Заключая такие сделки, нотариус никоим образом не нарушает запрет на осуществление иной деятельности, кроме нотариальной. И в то же время очевидно, что он попадает в ситуацию конфликта интересов.

Рассматриваемая проблема не решается с помощью введения запретов. Необходимо детально прописать процесс возникновения конфликта интересов и ответственность нотариуса на каждой стадии этого процесса. Можно выделить, по крайней мере, две таких стадии:

- определенная ситуация может подтолкнуть нотариуса к конфликту интересов. На данном этапе необходимо обязать нотариуса обратиться с информацией о такой ситуации в комиссию нотариальной палаты по конфликту интересов (по контролю за деятельностью нотариусов), а она решит, представляет ли данная ситуация угрозу принципу беспристрастности или нет;
- в том случае, если нотариус не выполнил данной обязанности и совершил сомнительную с точки зрения принципа беспристрастности нотариальную сделку, он подлежит ответственности налагаемой корпоративными органами.

Ответственность нотариуса в квазирыночном нотариате

По известной формулировке Р. Клитгаарда, коррупция – это монополия, плюс дискреционные полномочия, минус ответственность. Исходя из этого

⁷ Левинсон К.А. Бюрократия немецкого города. М. 2002. С.104.

определения можно заключить, что чем четче ответственность должностного лица, чем она неотвратимее, тем менее коррумпированным он является.

Управленческая теория утверждает, что ответственность на квазирынках отличается от системы ответственности в бюрократических структурах. В бюрократии осуществляется принцип иерархии и подконтрольности нижних этажей иерархии верхним, ответственность носит по преимуществу эндогенный, внутренний характер. В случае государственного нотариата это выражается в системе дисциплинарных взысканий, проверок, которые проводятся вышестоящими должностными лицами. Иными словами, подотчетность обществу практически полностью отсутствует.

В системе внебюджетного нотариата применение таких технологий невозможно. Нотариус – независимая фигура. Он не подлежит дисциплинарным взысканиям. Его ответственность должна носить экзогенный, внешний характер. В принципе, потребители его услуг «наказывают» нотариуса, обращаясь к его коллеге-конкуренту. Иными словами, если к нотариусу начинают обращаться меньше людей, мигрируя к другим нотариусам, это указывает на проблемы с качеством предоставляемых услуг. Однако способен ли потребитель нотариальных услуг «откочевать» к конкурентам нерадивого нотариуса? Ответ будет положительным, если потребитель – житель крупного города. А что делать, если до ближайшего нотариуса можно добраться только на самолете? Надо отметить, что проблема привлечения к ответственности с помощью обращения к другим поставщикам услуги также остро стоит в здравоохранении: как обеспечить жителей небольших поселений правом на альтернативное лечебное учреждение? В Великобритании в настоящий момент даже реализуется программа предоставления специальных транспортных ваучеров, которые удешевляют поездки в больницы, расположенные вдалеке от местонахождения пациента.

Однако еще неизвестно, эффективна ли эта программа или нет. Под сомнением также вопрос о применимости такой практики к нотариальным услугам. В любом случае очевидно, что экзогенный контроль потребителей над поставщиками нотариальных услуг ограничен. Следовательно, необходимо обращаться к модифицированным бюрократическим формам контроля. Возможны два типа такого контроля – корпоративный (цеховой) и государственный. Обе формы таят под собой коррупционные ловушки.

В том случае, если возложить все контрольные полномочия на нотариальные палаты как корпоративные органы саморегулирования нотариальной деятельности (как это сделано в современной России), возникнет существенная опасность конфликта интересов. Один из участников круглого стола в Администрации Президента РФ, посвященного проблемам нотариата, так описал эту проблему: «как, кто меня может проконтролировать? Сегодня ко мне пришел Петров проверять, а я завтра Петрова проверяю. И это мы говорим о контроле. Петров никогда не напишет то, что он думает, потому что завтра к нему я приду проверять».

Да, нотариальные палаты поставлены в такие условия, когда они просто вынуждены заботиться об имидже нотариата, который складывается из имиджа отдельных нотариусов. Однако есть существенная вероятность того, что нотариус-контролер не сможет беспристрастно выполнить свои функции: он либо чрезмерно мягко отнесется к нарушениям в деятельности контролируемого (предвидя то, что и его деятельность когда-нибудь будет проверяться), либо использует свои контрольные полномочия как средство конкурентной борьбы.

Возложение контрольных полномочий на органы власти (юстиции, например) также чревато коррупцией: взятка чиновнику контролирующего органа послужит либо средством сокрытия действительных нарушений законодательства, либо способом предотвращения «наездов» и рэкета со стороны тех же контролирующих органов.

В целях ограничения коррупции можно предложить следующие варианты организации контроля за деятельностью нотариусов:

1. Разграничить контрольные полномочия нотариальных палат и органов государственной власти, четко прописав его частоту, порядок проведения и порядок наложения взысканий. За нотариальными палатами закрепить обязанность контролировать профессиональную деятельность нотариуса, за органами юстиции – организационную основу деятельности внебюджетного нотариата (соблюдение графика приема, правильность начисления нотариального тарифа и т.д.). Иными словами, за органом власти закрепить полномочия по контролю степени доступности нотариальных услуг, а за

нотариальным сообществом – по контролю за степенью юридической корректности деятельности нотариуса.

2. Закрепить принцип совместных проверок как профессиональной деятельности нотариуса, так и организационной основы его работы. Защита интересов проверяемого будет реализована благодаря системе «сдержек и противовесов», лежащей в основе этой модели. Каждый участник проверки независим друг от друга и благодаря этому будет препятствовать реализации корыстного интереса своего коллеги по проверке (будь то боязнь самому оказаться в качестве проверяемого или желание извлечь из проверки ренту).

Основы законодательства о нотариате вводят принцип полной имущественной ответственности нотариуса. Причиненный им вред подлежит возмещению за счет средств страхования ответственности, а при их недостаточности – путем обращения взыскания на его имущество.

Основаниями ответственности является умышленное разглашение сведений и совершении нотариального действия, противоречащего закону. В иных случаях, говорит закон, ущерб возмещается только в том случае, если он не может быть возмещен иным способом.

С механизмом ответственности нотариуса тесно связано обязательное имущественное страхование его деятельности. Ведь реализация принципа полной имущественной ответственности может привести к тому, что нотариусы будут закреплять своё имущество за родственниками, иными доверенными лицами. Попытка привлечь к ответственности в этом случае ни к чему не приведет, так как с «бедного нотариуса» ничего взыскать не удастся.

Таким образом, по российскому праву ответственность нотариуса носит «многослойный» характер. В судебном порядке обжалуются отказ в совершении нотариального действия или неправильное совершение нотариального действия. Контроль за исполнением нотариусами профессиональных обязанностей осуществляют нотариальные палаты. Проверка организации работы нотариуса осуществляется один раз в четыре года. Однако в обороне интересов пользователя услуг нотариуса существуют значительные бреши.

Во-первых, разглашение сведений и совершение действия, противоречащего законодательству, существенно ограничивают сферу применения принципа полной имущественной ответственности.

Целесообразнее было бы определить объективную сторону деликта как любые незаконные действия (бездействие). Эта формулировка позволит привлекать нотариуса за незаконный отказ в совершении нотариального действия, повлекший материальный ущерб для клиента. Подобная ситуация может иметь место в случае отказа в удостоверении завещания и последующей смерти наследодателя с оставлением имущества не завещанным. В таком случае предполагавшийся по проекту завещания наследник будет обладать полным правом предъявления иска о возмещении ущерба в размере стоимости имущества, не перешедшего по наследству.

Во-вторых, Основы установили, что страховая сумма не может быть менее 100-кратного установленного законом размера минимальной месячной оплаты труда. В настоящее время это 45.000 рублей. В то же время неправомерное действие нотариуса может привести к более значительным потерям. И в ситуации, когда нотариус все своё имущество «записал» на доверенных лиц, принцип полной имущественной ответственности может превратиться в свою противоположность – материальную безответственность нотариуса.

В-третьих, в Основых не решен вопрос об имущественной ответственности внебюджетного нотариуса после прекращения его практики. Ведь вполне жизненной следует признать ситуацию, когда нотариус совершил противоречащее закону нотариальное действие и вышел после этого в отставку. Не будучи нотариусом, данный гражданин не является субъектом имущественной ответственности. Выход в отставку, таким образом, вполне может рассматриваться нотариусами как средство избежать значительную имущественную ответственность.

В-четвертых, целесообразно рассмотреть возможность распространения действия законодательства о защите прав потребителей на деятельность нотариусов. Это позволит возлагать на нотариальные органы гражданско-правовую ответственность за причиненный вред при отсутствии вины исполнителя, использовать 10-летний срок исковой давности, а также требовать возмещения морального вреда.

Итак, можно выделить следующий **набор мер противодействия коррупции в квазирыночном нотариате:**

- регулирование конфликта интересов;
- государственное регулирование популяции нотариальных контор;
- регулирование цены нотариальных услуг;
- институционализация мер корпоративного (цехового) и государственного контроля за деятельность нотариусов;
- установление мер ответственности нотариуса.

Следует, однако, еще раз обратить внимание читателя на то, что само введение квазирыночного нотариата является основным компонентом преодоления коррупции в этом сегменте предоставления публично-правовых услуг.

Предложения по снижению коррупциогенного потенциала института нотариата в современной России

В области правил нарезки нотариальных округов и установления численности нотариусов:

пересмотреть процедуру нарезки нотариальных округов, исключив нотариальные палаты из состава группы, выполняющей данную функцию;
ввести в состав группы представителей антимонопольного ведомства и представителей гражданского общества;
закрепить в законе четкие критерии установления численности нотариусов.

В области ответственности нотариусов:

расширить объективную сторону деликта нотариуса;
увеличить сумму минимальной страховой сумм ввести принцип совместного проведения проверок органами юстиции и нотариальными палатами, четко прописав его процедуру, сроки и частоту контрольных мероприятий;
рассмотреть возможность распространения действия законодательства о защите прав потребителей на деятельность нотариусов.

В области регулирования конфликта интересов:

наряду с запретами на занятие тех или иных видов деятельности ввести процедурные правила разрешения конфликта интересов;
уточнить список ограничений за занятие другими видами деятельности;
пересмотреть текст присяги нотариуса

В области оплаты труда нотариусов:

вместе в переходом на единую организационную основу нотариата установить цены на все типы нотариальных услуг;
при установлении нотариального тарифа приоритет отдавать методу пропорциональной шкалы.

2.4.2. Регулируемый внебюджетный нотариат

В ходе модернизации нотариата возникают разного рода институциональные «мутанты». В лучшем случае предложения по созданию таких «мутантов» отклоняются (случай РФ, где в 1999 году был отклонен законопроект о превращении нотариата в орган государственной власти), в худшем – создаются и функционируют (вариант Республики Беларусь, о нотариате которой речь пойдет ниже).

Появление институциональных мутаций обусловлено целым рядом причин. С одной стороны, они возникают как реакция на несовершенные технологии реформы нотариата (например, на волне приватизации и либерализации нотариат освобождают от всех форм государственного регулирования и отпускают в «свободное плавание»). Результатом этого могут стать следующие последствия:

1. Частному нотариусу выгодно обслуживать состоятельных лиц, совершая сделки с высокой государственной пошлиной. Бывают случаи, когда некоторые частные нотариусы под любым предлогом пытаются отказывать в удостоверении сделок лицам, имеющим льготы при их совершении.
2. Частный нотариус стремится располагать свой офис в местах, где будет гарантирован поток клиентов, что обеспечит прибыльность предприятию. Однако этот интерес нотариуса не всегда совпадает с интересами граждан, которые проживают в местностях невысокой плотности населения.
3. Поскольку нотариус рискует всем своим имуществом, некоторые представители новой профессии отказываются удостоверять многомиллионные сделки.
4. Появление «своей» клиентуры в ущерб всем остальным.

Таким образом, к большой радости критиков внебюджетного нотариата создается неэффективный институт, само существование которого является наглядной иллюстрацией необходимости возврата «назад в СССР», под крыло государства, которое «ничего такого никогда не допускало».

С другой стороны, попытки жесткого регулирования нотариата, как правило, обусловлены преобладанием особой экономической ментальности, для которой характерны следующие особенности:

- единственный общественный институт, заслуживающий доверия – это государство;
- внедрение рыночных механизмов должно неминуемо сопровождается мощным государственным контролем;
- различие доходов от трудовой, производительной деятельности, и деятельности непроизводительной, получение больших денег за которую является «неправедным»;
- приоритет уравнилельных и нестяжательских ценностей.

Широкое распространение экономической ментальности такого типа, характерное для многих переходных обществ, представляет существенную угрозу существованию независимого нотариата. С одной стороны, оно приводит к попыткам вернуть нотариат в лоно государства, с другой – лишить нотариусов «неправедных доходов». Другими манифестациями экономической ментальности такого рода в отношении нотариата являются:

- ограничение категории дел, подведомственных внебюджетному нотариусу;
- установление жестких пределов заработной платы внебюджетного нотариуса;
- установление жесткого государственного контроля над деятельностью нотариуса, включая использование разрешительно-лицензионной системы для отсева «подозрительных»;
- искусственное «поддержание жизни» государственных нотариальных контор.

И все-таки одним из наиболее опасных мотивов «рационализации» нотариата, установления жесткого административного контроля над его деятельностью является плохо скрываемое *раздражение доходами нотариусов*. Так, А.П.Починок высказывался таким образом: «Среди самых богатых людей России нотариусы сейчас составляют почти треть» и еще: «Люди богатеют не

потому, как они работают, а потому, что они удостоверяют дорогие сделки людей, которые к ним приходят. Заслуги нотариуса в этом нет никакой». Нельзя не заметить – если так думают и говорят те, кто относит себя к реформаторам, чего тогда можно требовать сторонников «уравнительного счастья»?..

Независимые нотариусы зачастую действительно неплохо зарабатывают. Однако:

а) не следует забывать, что на эти деньги они обязаны содержать нотариальную контору, штат помощников, перечислять взносы в нотариальную палату, откладывать определенные суммы в страховой фонд, чтобы иметь возможность нести *полную имущественную ответственность* за ошибки или в случае недобросовестности, да и подоходный налог у них гораздо больше, чем у государственных нотариусов;

б) далеко не везде в России заработки нотариусов так уж высоки;

в) нужно радоваться, а не сетовать, что появился и укрепляется хоть один нормальный отряд среднего класса;

г) нотариусы фигурируют в списках как раз крупных *плательщиков*, а не укрывателей налогов. По данным налоговых служб, нотариусы – наиболее прозрачная и наиболее дисциплинированная категория налогоплательщиков.

Одна из последних попыток «рационализации» оплаты труда нотариусов предпринята в 2003 году, когда Государственная Дума рассматривала законопроект по изменению той части Налогового кодекса РФ, которая посвящена государственной пошлине. Размеры пошлины на нотариальные действия установлены на уровне, который гораздо ниже существующего. При этом законопроект исходит из приоритета твердой ставки над пропорциональной. Так, за договор ренты полагается взыскивать 300 рублей. Однако договоры ренты существенно отличаются друг от друга в том числе и по такому параметру, как цена. Следовательно, норма закрепляет несоответствие ответственности нотариуса той компенсации, которую он получает.

Существенное понижение тарифа, закрепленное в этом законопроекте, вынудит нотариуса работать в убыток. В этом случае **коррупция станет стратегией выживания внебюджетного нотариата**. Кроме того, поскольку квазирынок нотариальных услуг станет неконкурентоспособным, работать нотариусами будут приходиться низкоквалифицированные и склонные к

коррупционным практикам юристы, а это является еще одной причиной роста коррумпированности нотариата.

Как показывает российский опыт, поначалу практика функционирования независимых нотариусов действительно была не очень радужной. Некоторые независимые нотариусы не смогли преодолеть соблазн быстрого обогащения и оказались связанными с криминальными элементами; часть нотариусов предпочитала иметь дело с юридическими лицами либо только с состоятельными людьми.

Хотя ситуация на рынке нотариальных услуг России к настоящему времени существенно изменилась, в некоторых переходных странах опасения в отношении недостатков частного нотариата были сильнее опасений неэффективной работы государственных нотариусов. В результате этого там и появился жестко регулируемый нотариат. Примером является Белоруссия, где частные нотариусы оставляют себе лишь 23% взысканного нотариального тарифа.

В Республике Беларусь эксперимент по введению независимого нотариата начался 1 февраля 1993 года. В соответствии с установленным порядком нотариус, занимающийся частной нотариальной практикой, взыскивал нотариальный сбор, равный по величине государственной пошлине. Из полученных средств нотариус выплачивал предусмотренные законодательством налоги, платил за аренду помещения, приобретал необходимую оргтехнику. Через год эксперимент был распространен на всю территорию Республики. В результате результативность предоставления нотариальных услуг повысилась в 2-3 раза, исчезли очереди, качество предоставляемых услуг заметно улучшилось. Иными словами, в Беларуси в отношении нотариата был применен тот же метод приватизации этого рынка правовых услуг, что и в РФ. Единственным ограничением конкуренции между государственными и внебюджетными нотариусами явилось изъятие из производства последних нескольких категорий дел.

Однако впоследствии государственная политика в отношении нотариата сделала крутой поворот. Дело в том, что размер нотариального тарифа, взыскиваемого внебюджетными нотариусами после уплаты налогов, был сочтен *чрезвычайно высоким доходом* по сравнению с заработной платой государственных нотариусов. Было решено, что ситуация, когда за одну и ту же работу внебюджетный нотариус получает гораздо больше государственного,

неприемлема. Конечно, считалось в Республике, государство, «ставшее на путь рыночных преобразований», не вправе препятствовать получению трудовых доходов. Однако подобная несправедливость нарушает-де принципы равенства стартовых условий всех членов общества.

И вместо того, чтобы просто-напросто устранить все препятствия для развития частных нотариальных контор (ведь признали уже, что они работают лучше), Президент Республики 3 мая 1997 г. принимает Декрет «О некоторых мерах по совершенствованию адвокатской и нотариальной деятельности в Республике Беларусь». Согласно Декрету, в доход частного нотариуса поступает не более 23% взыскиваемой ими нотариальной пошлины.

Указанный процент отчислений выбран не случайно. Именно столько идет на содержание государственного нотариата от взыскиваемой государственными нотариусами пошлины. Однако разработчики решения совершенно забыли о том, что в отличие от нотариуса государственного, его частнопрактикующий коллега должен платить налоги, содержать свой офис и нести ответственность в случае ошибки при нотариальном удостоверении сделки. Получается следующая ситуация: статус государственного и внебюджетного нотариусов после нововведения ничем не отличается, кроме того, что внебюджетный нотариус несет дополнительные обязанности. В то же время, если за ошибки (злоупотребления) государственного нотариуса расплачивается государство, то за ошибки (злоупотребления) независимого нотариуса расплачивается он сам.

Вся «проработанность вопроса» и лицемерие его количественного решения (с цифрами в руках показали, какая у нотариуса «справедливая» заработная плата) решения очевидна: ведь гораздо более эффективным решением был бы перевод всего нотариата на внебюджетную основу. Таким образом, созданы все условия для тихого отмирания контор внебюджетных нотариусов, ибо жесткое регулированием оплаты труда, закрепленной на столь низком уровне, делает бессмысленным функционирование некредитоспособного и тем самым безответственного внебюджетного нотариата.

ГЛАВА 3. НОТАРИАТ И ТЕНЕВАЯ ЭКОНОМИКА

Если в первой части нашей работы речь шла о том, как разные формы организации нотариата способствуют или препятствуют коррумпированности

самих нотариусов, то ниже мы исследуем проблему того, как нотариат препятствует коррупции и теневым отношениям.

Нотариус осуществляет ряд публично-правовых функций, которые непосредственным образом направлены на усиление прозрачности экономических отношений. Кроме функции налогового контроля, нотариат обладает мощным потенциалом для противодействия легализации преступных доходов. Ряд исследователей считают позитивной практикой «вменения нотариусам обязанности сообщать компетентным органам о совершении юридических действий, за которыми, вероятней всего, стоит отмывание преступных доходов»⁸. Однако следует отметить, что в этом случае необходимо соблюсти тонкую грань, которая отделяет стремление повысить прозрачность экономического оборота от сопутствующих этому стремлению повышения коррумпированности внутри самого нотариата. Ведь наложение чрезмерных правовых ограничений на нотариуса в виде публично-правовых функций может стимулировать рост коррупции самих нотариусов, которая будет выражаться в покупке их молчания.

Роль нотариата в противодействии теневой экономике проявляется не столько в передаче нотариусам ряда контрольных публично-правовых функций, сколько в самом существовании независимого и развитого института нотариата. **Развитость института, в свою очередь, выражается в объеме гражданско-правовых действий, требующих обязательной нотариальной формы.**

Известно, что действующий Гражданский кодекс РФ ограничил круг гражданско-правовых действий, требующих *обязательной* нотариальной формы. В результате объективно расширились возможности для злоупотреблений и криминализации гражданского оборота.

Приведем для начала небольшой пример: ст. 185 ГК РФ разрешила составлять доверенность на распоряжение имуществом в простой письменной форме. Тем не менее, как показывает практика, ряд учреждений, в частности, банки не принимают доверенности в простой письменной форме. Но главное, раньше, когда нотариус *обязательно* удостоверял доверенность на распоряжение автомобилем, он устанавливал подлинность личности доверителя, техпаспорта, уплату всех налогов и сборов, факт регистрации, определял, не является ли сделка

⁸ Медведев И.Г. Современный латинский нотариат // Нотариальный вестник, 2003 №2. С.51.

мнимой. Ведь не секрет, что часто доверенность на распоряжение имуществом прикрывает собой фактический акт купли-продажи. Другими словами, нотариус стоял на страже прав и законных интересов граждан и государства, в том числе разъясняя права и обязанности сторон. Теперь же внешнее упрощение в этой сфере приводит к издержкам как для частных, так и публичных интересов.

В настоящее время в литературе выдвигаются различные предложения по расширению перечня сделок, требующих обязательного нотариального удостоверения. Так, предлагается закрепить обязательное нотариальное удостоверение договоров отчуждения крупных пакетов акций предприятий и других ценных бумаг⁹. Предлагается также закрепить процедуру обязательного участия нотариуса как беспристрастного представителя государства на собраниях акционеров с наложением на него обязанности ведения протокола собрания¹⁰.

С этим можно согласиться. Однако во всех этих случаях речь идет о защите интересов субъектов гражданского оборота, которые могут за себя постоять: нанять адвокатов для судебной защиты своих прав, проконсультироваться у юристов своих предприятий. Гораздо более важна, на наш взгляд, защита законных прав и интересов людей, которые не имеют беспрепятственного доступа к юридической консультации. Вероятность обмана, введения в заблуждение таких людей, а следовательно, и вероятность мошенничества в этом случае гораздо более существенна. Поэтому критерием определения круга сделок, требующих обязательного нотариального удостоверения является возможность или невозможность получения помощи юриста. С этой точки зрения, необходимо:

- ввести обязательную нотариальную форму договоров с участием слепых, глухих, немых, глухонемых, недееспособных и ограниченно дееспособных граждан, за исключением мелких бытовых сделок;
- ввести обязательную нотариальную форму договоров дарения и продажи недвижимости.

⁹ См.: Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Нотариат в Российской Федерации. М. Норма, 2002. С.236.

¹⁰ Там же. С.237.

Особенно ярко негативно проявляет себя исключение обязательного нотариального удостоверения **из сферы сделок с недвижимостью**. Негативный эффект этого исключения особенно значим в условиях массовой приватизации. Рассмотрим более подробно, как это воздействует на криминализацию данной сферы, в том числе – как расширяет коррупционные возможности, а также приводит к другим негативным последствиям.

Устойчивое состояние гражданского оборота невозможно без принятия государством мер, с помощью которых создаются нормальные условия для реализации признаваемых за субъектами гражданских прав. Поддержание правопорядка и обеспечение законности в сфере имущественных отношений отвечает как частным, так и публичным интересам. Для участников гражданского оборота при официальной проверке сделок с недвижимостью, имеющих большую суммарную стоимость, устраняется риск негативных последствий, связанных с их недействительностью, сводятся к минимуму сделки, порожденные правовой неосведомленностью или недостаточным жизненным опытом субъектов. Интересам общества отвечает предупреждение сделок, преследующих цели, противные основам правопорядка и нравственности, а также недопущение других противоправных действий. Но, к сожалению, действующее законодательство нередко препятствует реализации данных задач.

В настоящее время на основе Гражданского кодекса РФ принят и действует **Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»** (далее - Закон о регистрации).

Создание системы учреждений юстиции по регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним должно осуществляться субъектами Российской Федерации. Согласно гражданскому законодательству право собственности и другие вещные права на недвижимое имущество, их возникновение, ограничение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в едином государственном реестре (ст. 131 ГК РФ). Регистрации подлежат:

- право собственности на недвижимость;
- право хозяйственного ведения и оперативного управления объектами недвижимости;
- право пожизненного наследуемого владения или постоянного пользования;

- сервитуты (право ограниченного пользования чужим земельным участком).

Процесс рыночных преобразований в России значительно расширил сферу имущественных отношений и особенно в части перехода права собственности на недвижимость. В настоящее время в свободном обращении находятся земельные участки, квартиры, здания, сооружения и другие запрещенные ранее к отчуждению виды недвижимого имущества. Изменения, происходящие в экономике, обусловили необходимость совершенствования механизмов, обеспечивающих соблюдение прав и законных интересов участников гражданского оборота. Проводимая в этом направлении правовая реформа затронула не только судебные, но и иные формы охраны гражданских прав, к числу которых относятся *нотариальное обслуживание и государственная регистрация*.

В соответствии с нормами ГК РФ права на недвижимость, их возникновение, ограничение, прекращение и переход подлежат регистрации в государственном реестре. *Регистрация призвана обеспечивать стабильность и прозрачность оборота недвижимости*. Обеспечение стабильности и прозрачности достигается посредством вынесения сделок и иных актов с недвижимостью за рамки сугубо частных интересов сторон и создания особой информационной системы, позволяющей получать достоверные данные о правовом статусе того или иного объекта.

Устанавливая в Гражданском кодексе РФ обязательную государственную регистрацию недвижимого имущества, законодатель не определил сразу же механизм их реализации, в связи с чем некоторые его положения не могли найти практического применения. Поэтому в Федеральном законе «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» (ст.ст. 6 и 7) устанавливалось, что впредь до введения в действие закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним применяется действующий порядок регистрации сделок с недвижимым имуществом. В отношении формы договоров продажи недвижимости и ее дарения предусматривалось, что впредь до введения в действие закона о регистрации сохраняют силу правила об обязательном нотариальном удостоверении таких договоров. В самом же ГК РФ (ст.ст. 550, 560 и 574), отсутствует положение об обязательном нотариальном удостоверении сделок с недвижимостью.

Таким образом, с введением в действие Закона о регистрации утратили силу правила об *обязательном* нотариальном удостоверении договоров о продаже и дарении имущества, поскольку часть вторая Гражданского кодекса РФ *не предусматривает обязательного участия нотариуса в оформлении подобного рода сделок*. Исключение в сфере сделок с недвижимостью сделано только для договоров *об ипотеке*, поскольку еще в части первой ГК РФ (ст. 339) это было прямо предусмотрено наряду с государственной регистрацией. Трудно объяснить такую избирательность законодателя. Вряд ли договор о залоге намного юридически сложнее иных договоров при обороте недвижимости.

Одной из причин существенного сужения круга отношений, требующих обязательной нотариальной формы, послужило мнение, что введение государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с недвижимостью делает излишним нотариальное удостоверение таких сделок. Поэтому необходимо выяснить, *являются ли нотариальное удостоверение и государственная регистрация дублирующими друг друга формами выражения и закрепления воли участников сделки или каждая из названных форм направлена на решение присущих ей задач?*

Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее - государственная регистрация) заключается во внесении записей в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – Реестр), совершении надписей на правоустанавливающих документах и выдаче удостоверений о произведенной государственной регистрации прав. Государственная регистрация проводится *учреждением юстиции по государственной регистрации прав* (ст.ст. 9, 13, 14 Закона о регистрации).

Предлагаемое определение государственной регистрации согласуется с общими положениями ГК РФ, регуливающими оборот недвижимости и прав на нее. Так, в соответствии со ст. 131 ГК РФ вещные права на недвижимость, их ограничение, возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации. *Момент* же возникновения прав может по времени *не совпадать с их государственной регистрацией*, что предусмотрено как исключение в п. 2 ч.1 ст. 8 ГК РФ. Более того, указанная норма не связывает со временем государственной регистрации момент возникновения ограничений, например в виде наложения ареста.

Под государственной регистрацией перехода права собственности на недвижимость подразумевается внесение в Реестр записей о праве собственности на имущество, приобретенное по договору, совершенному *в письменной форме* между сторонами. Обязательства между участниками возникают при его заключении, но на взаимоотношения с третьими лицами это не влияет, так как покупатель до регистрации своего права на недвижимость не получил ещё «титула» собственника.

Нотариальное удостоверение базируется на подготовке нотариусом текста документа, в котором излагается содержание сделки, или на правовой оценке и редактировании проекта соглашения, представленного сторонами. Нотариус обязан проверить право- и дееспособность субъектов сделки, их полномочия по распоряжению имуществом, правомерность его приобретения и отсутствие на нем обременений. Нотариус должен уточнить намерения сторон, разъяснить им последствия совершаемых действий, установить соответствие содержания сделки правовым предписаниям. При выявлении противоправности сделки он *отказывает* в ее нотариальном удостоверении с приложением письменного объяснения своего решения. Отказ в совершении нотариального действия отменяется только судом.

Таким образом, если нотариальное удостоверение содействует правильному оформлению документов, ***точно отражающих содержание*** сделки, то при государственной регистрации происходит ***лишь фиксация*** вытекающего из неё перехода права собственности на недвижимое имущество к другому лицу. Следовательно, госрегистрация и нотариальное удостоверение никак не заменяют друг друга. Тем не менее нотариальная форма удостоверения исключена из обязательных элементов процесса легализации сделок с недвижимостью.

Рассмотрим, каковы **негативные последствия исключения обязательной нотариальной формы из оборота недвижимости.**

Первое. Органы, осуществляющие государственную регистрацию, обязаны проверять законность сделок, сведения о которых вносятся в Реестр. Но данный контроль в соответствии с Законом о регистрации затрагивает проверку подлинности правоустанавливающих документов, полномочий лиц, представивших их на регистрацию, и наличие ограничений по распоряжению

передаваемым имуществом. Однако *консультирование* участников сделки в отношении правовых *последствий* своих действий, *выявление и закрепление подлинной воли сторон на органы регистрации не возлагается.*

Второе. *Основаниями для регистрации* наличия, возникновения, прекращения, перехода, ограничения (обременения) прав на недвижимость и сделок с ним служат:

- акты органов государственной власти или местного самоуправления в пределах их компетенции;
- договоры и другие сделки с недвижимостью;
- свидетельства о приватизации жилых помещений, совершенные в соответствии с законодательством;
- свидетельства о праве на наследство;
- вступившие в законную силу судебные решения и др.

Обязательным приложением к документам, которые требуются для регистрации прав, являются план земельного участка и (или) план объекта недвижимости. План земельного участка, а также планы другого недвижимого имущества должны быть удостоверены соответствующими органами. Документы, которые необходимы для государственной регистрации прав, представляются не менее чем в двух экземплярах, один из которых должен быть подлинником (кроме актов органов власти и местного самоуправления).

Одним из наиболее широко распространенных на практике является договор продажи недвижимости (ст.ст. 549-558 ГК РФ). По этому договору продавец обязуется передать в собственность покупателя земельный участок, здание, сооружение, квартиру или другое недвижимое имущество.

Что касается земельных участков, то их правовой режим закреплен земельным законодательством, которое признает право частной собственности на них только за гражданами, ведущими крестьянское, личное подсобное, дачное хозяйство, садоводство или получившими земельный участок для индивидуального жилищного строительства, а также за коммерческими предприятиями, которые приобрели земельные участки при приватизации государственных и муниципальных предприятий. Но сделки с земельными участками могут совершаться лишь в той мере, в какой их оборот допускается

земельным законодательством (ч. 3 ст. 129, ч. 3 ст. 209 ГК РФ, ст. 13 Вводного закона к части второй ГК РФ от 26 января 1996 г.).

Постановлением Правительства РФ от 30 мая 1993 г. № 503 утвержден Порядок купли-продажи гражданами Российской Федерации земельных участков, а Комитетом РФ по земельным ресурсам и землеустройству (Роскомземом) 2 июня 1993 г. - Типовой договор купли-продажи (купчая) земельного участка.

Одной из особенностей договора продажи недвижимости является придание существенного значения таким его условиям, как предмет, цена, порядок передачи и некоторые другие. В нем должны быть указаны данные, которые позволяют точно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие расположение его на земельном участке либо в составе другой недвижимости (ст. 554 ГК РФ). В отличие от других договоров он обязательно должен предусматривать цену имущества (ст. 555 ГК). Существенным условием этого договора в отличие от других договоров следует считать его форму. Он должен заключаться в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами.

Как видно из изложенного, полномочия органов регистрации *не охватывают стадию возникновения имущественных правоотношений*. В случаях фактического (но до акта регистрации) исполнения сделки – передачи имущества, внесения за него оплаты, последующее выявление ее недействительности неизбежно создает трудности по реализации приведения сторон в исходное положение. *Особенно большой ущерб* вероятен от действий недобросовестных лиц, прибегнувших к обману своих контрагентов.

Третье. На первый взгляд, не сложно наделить органы регистрации дополнительными *правами по пресечению недействительных сделок как в момент внесения записей в Реестр, так и на стадии составления документов*. Однако объединение в одном органе двух разных по содержанию функций (проверка законности и фиксация прав) обуславливает возможность коррупции.

Результатом устранения нотариата из сферы имущественного оборота недвижимости может стать (и в ряде случаев уже стало):

- реальная возможность собственника лишится своего имущества не по своему волеизъявлению;

- ограничение возможностей граждан и юридических лиц получения помощи юридической при заключении сделок;
- подписание договора об отчуждении имущества от имени собственника не уполномоченным лицом;
- существование возможности недобросовестного продавца неоднократно распорядиться своей недвижимостью до регистрации первого договора об её отчуждении;
- лишение реальной возможности удостоверения в законности и добровольности заключаемого договора.

В конечном итоге отмена обязательной нотариальной формы приводит к росту транзакционных издержек заключения имущественных сделок из-за роста обращений к суду как инструменту разрешения конфликтов.

Еще одним существенным негативным моментом подобного выбора стало увеличение коррупции среди регистраторов прав на недвижимое имущество. В отличие от нотариуса – грамотного и профессионального юриста, который разъяснит, проконсультирует, в любом случае – окажет правовую помощь, регистратор – это помеха, которую необходимо преодолеть. Функционируя в рамках бюрократической структуры, некоторые органы регистрации начинают специально создавать неблагоприятные условия для своих клиентов с целью извлечения взяток (сокращают часы работы, например). Иными словами, начинают работать механизмы эндогенной коррупции, -- то есть коррупции, условия которой создает сам чиновник

В литературе сложилось несколько точек зрения в отношении того, как необходимо решать проблему криминализации имущественного оборота. Сторонники *первого подхода* считают, что необходимо вернуть обязательную нотариальную форму сделок с недвижимым имуществом и отменить государственную регистрацию. Однако, осуществимость проекта ликвидации целой армии чиновников-регистраторов представляется пока маловероятной. Кроме того, устранение из сферы оборота недвижимости контрольного инструмента может привести к менее эффективной защите имущественных прав граждан.

Согласно *второму подходу*, необходимо оставить текущее положение дел неприкосновенным. «Утверждение о том, что вся проблема в отсутствии в

Гражданском кодексе нужной записи, от которой зависит судьба и положение нотариата, достаточно наивно»¹¹. Главное, с точки зрения авторов, придерживающихся этой позиции – в культуре гражданского оборота. Конкурентный гражданский оборот способствует тому, что даже если нет обязательного нотариального удостоверения сделок с недвижимостью, как в Австрии и Франции, люди все равно идут к нотариусу, поскольку он имеет непререкаемый авторитет и квалификацию. Он предоставляет гарантии и надежность сделкам. Поэтому к нему обращаются без принуждения (такая практика существует и в России). Однако надежда на повышение культуры гражданского оборота представляется довольно наивной. В странах с низким уровнем правовой культуры, с особым типом экономической ментальности, выражаемой в общем недоверии к нотариусам, ждать повышения уровня культуры гражданского оборота означало бы попустительствовать криминализации сделок с недвижимостью.

Сторонники *третьего подхода* полагают, что государственная регистрация и обязательное нотариальное удостоверение вполне уживутся друг с другом. Но при этом необходимо разграничить полномочия регистратора и нотариуса. Один из вариантов разграничения: регистрация носит исключительно информационный аспект. Причем обязанность уведомить орган регистрации возлагается на нотариуса. Заключая договор купли-продажи недвижимости, стороны получают от нотариуса и нотариально заверенные нотариусом документы, и свидетельство о государственной регистрации. Таким образом, сдерживается рост транзакционных издержек заключения сделок с недвижимостью, а также коррупция в регистрационных органах. Ведь, во-первых, регистрация носит исключительно информационный характер; во-вторых, подобная схема не предполагает контакта потенциального взяткодателя (гражданина, обращающегося к регистратору) и потенциального взяткополучателя (регистратора), без которого коррупция невозможна.

На наш взгляд, целесообразно:

¹¹ Интервью с В.В. Ярковым, президентом Нотариальной палаты Свердловской области // Нотариальный вестник, 2002 № 12. С. 46.

- организовать регистрацию оп принципу «одного окна» (передача нотариусом для регистрации нотариально удостоверенных документов);
- возложить ответственность за содержательную сторону сделки только на нотариуса;
- повысить страховую ответственность нотариуса.

ГЛАВА 4. НОТАРИАТ И ТЕНЕВАЯ ЮСТИЦИЯ

Особенность института нотариата состоит в том, что одна из его существенных сторон деятельности никак не зафиксирована в законе или ином нормативно-правовом акте. Она возникает в ходе практического функционирования этого института. Речь идет о функции *предварительного правосудия*, то есть предотвращения судебных разбирательств со всеми вытекающими из этого последствиями – сокращением издержек хозяйствующих субъектов, разгрузкой судов с последующей минимизацией судебной коррупции.

В контексте настоящей работы необходимо выделить еще один эффект действия нотариата как института предварительного правосудия – сокращение области действия теневой юстиции. Под термином «теневая юстиция» понимается, как правило, криминальные формы возврата долгов, уголовно-наказуемые способы исполнения гражданских обязательств и привлечения к гражданско-правовой ответственности. Основной причиной возникновения теневой юстиции является несоответствие формальных механизмов разрешения споров требованиям и ожиданиям участников гражданского оборота, неэффективность суда и иных формальных юрисдикционных институтов в области гражданского оборота.

Альтернативные юрисдикционные институты

Согласно представлениям теоретиков институционализма, социальные отношения по урегулированию споров представляет собой рынок, где на стороне предложения выступают конкурирующие между собой продавцы услуг улаживания конфликтов, а на стороне спроса – граждане и юридические лица, нуждающиеся в таких услугах. В роли продавцов выступают:

- суды;
- нотариусы;
- криминальные группировки, предоставляющие «крышу» и решающие проблемы по уплате долгов.

Выбор альтернативных институтов урегулирования споров будет диктоваться сравнением издержек обращения к тому или иному институту. Иными словами, согласно институциональной теории предприниматель будет выбирать тот или иной механизм разрешения споров, оценивая цену подчинения закону и цену доступа к закону (суды и нотариат) или цену внезаконности (криминальные группировки).

Цена доступа к закону включает в себя государственную пошлину (или нотариальный тариф), различного рода дефвейт-издержки (стояние в очереди, риск обжалования исполнительной надписи, риск отмены судебного приказа и т.д.).

Цена внезаконности состоит из риска неисполнения оплаченного криминального действия по взысканию долга, издержек исключительно двухстороннего характера сделки и т.д. Превышение цены доступа к закону цены внезаконности приведет к укреплению позиций теневой юстиции.

Источник: Олейник А. Институциональная экономика. Тема 6. Внезаконная экономика. Вопросы экономики, 1999, №6; Скобликов П. Имущественные споры и криминал в современной России. М. Дело, 2001.

В этом контексте теневая и официальная юстиция рассматриваются как конкурирующие друг с другом формы привлечения к гражданско-правовой ответственности. Следовательно, оптимизация дизайна формальных институтов рассматривается как средство борьбы с теневой юстицией.

В настоящее время у кредитора есть три варианта взыскания долга:

- исполнительная надпись нотариуса;
- судебный приказ;
- обращение к криминальным группировкам за услугой по взысканию долга.

Рассмотрим издержки обращения к формальным способам взыскания долга. Институт судебного приказа в гражданском процессе появился с 1995 года. Взыскание может производиться как по исполнительной надписи, так и по судебному приказу в двух случаях: нотариально удостоверенный договор и письменный договор. Сравнению издержек за доступ к закону при обращении к нотариусу или в суд посвящена таблица № 3.

	Нотариат	Суд
Денежные издержки	1% от суммы сделки	2,5% от суммы сделки
Время	Несколько часов	Пять дней (плюс издержки на очередь к судье и вероятную задержку сроков)
Оцениваемая эффективность действия	Невысокая	Невысокая

Таблица № 3 показывает, что издержки нотариальной формы истребования задолженности гораздо меньше судебных. Следовательно, институт исполнительной надписи нотариуса способен сыграть существенную роль в минимизации теневой юстиции.

Однако, дизайн процедуры исполнительной надписи, закрепленный в российском законодательстве, не оптимален, что заставляет кредиторов обращаться к альтернативным способам взыскания задолженности.

Во-первых, исполнительная надпись нотариуса не включена в ст.7 Федерального закона от 21 июля 1997 г. «Об исполнительном производстве», которая содержит перечень документов, на основании которых производится принудительное судебными приставами-исполнителями. Данный список содержит:

- исполнительные листы, выдаваемые судами;
- судебные приказы;
- нотариально удостоверенные соглашения об уплате алиментов;
- удостоверения комиссий по трудовым спорам.

Поскольку список *numerus clauses*, следовательно, исполнительная надпись нотариуса не входит в число таких документов.

Департамент судебных приставов Минюста РФ в Письме от 26 марта 1998г. предложил не принимать к исполнению исполнительные надписи нотариусов, так как они «являются исполнительным документом только для добровольного исполнения между взыскателем и должником». Подобное положение существенно ограничивает возможности нотариуса по истребованию долгов. Это, в свою очередь, ведет к расширению сферы теневой юстиции.

Судебная практика по делам, когда судебные приставы отказываются исполнять надпись нотариуса, различны. Одни говорят, что тем самым приставы поступили правильно, другие – что нет.

Во-вторых, исполнительная надпись нотариуса осуществляется исключительно в отношении тех документов, которые предусмотрены в «Перечне документов, по которым взыскание задолженности производится в беспорном порядке на основании исполнительных надписей». Данный акт был утвержден в 1976 году и в настоящее время создает больше проблем, чем их решает.

Так, нотариусы постоянно испытывают затруднение при применении нормы, определяющей условие совершения исполнительных надписей по кредитным договорам, договорам о залоге. Действительно, определить на основании кредитного договора и заверенной взыскателем выписки из лицевого счета должника с указанием суммы задолженности беспорность задолженности в современных условиях, характеризующихся развитой структурой банковских учреждений, представляется проблематичным. Поэтому практически все исполнительные надписи по такого рода документам обжалуются в суд, что в итоге приводит к дополнительным потерям времени.

Таким образом, вместо сокращения транзакционных издержек, связанных с взысканием задолженности, обращение к нотариусу как институту взыскания влечет дополнительные потери субъектов имущественного оборота и стимулирует их обращение к теневым механизмам урегулирования конфликтов.

В-третьих, предпринимаются попытки снизить тариф за осуществление исполнительной надписи с 1% до 0,5%. С одной стороны, уменьшение тарифа совершения исполнительной надписи должно привести к сокращению издержек доступа к закону. Тем самым, формальные институты будут более конкурентоспособными в сравнении с теневой юстицией.

Однако дело в том, что институт беспорного взыскания вступает в противоречие с положением ч.3 ст.35 Конституции РФ, согласно которому никто не может быть лишен имущества иначе как по решению суда. Судебная практика подтверждает реальное действие этой нормы Конституции: имели место случаи, когда должники предъявляли иски к нотариусам и оспаривали произведенные ими надписи.

Снижение размера пошлины ниже 1% в этом контексте приведет к тому, что рынок услуг по легальному взысканию долгов просто не возникнет:

нотариусы не будут заинтересованы в осуществлении рискованных нотариальных действий.

Иными словами, понижение цены доступа к закону, доступа к легальным процедурам приводит к атрофии легального рынка этих услуг. Государство, установив цену ниже равновесной, искусственно создает дефицит на данном сегменте рынка и толкает предпринимателей и граждан в руки криминальным группировкам, которые и предоставляют услуги по взысканию долгов.

Подобные действия будут приводить к тому, что криминальный бизнес по выбиванию долгов не только не исчезнет, но и сохранит свое значение.

Таким образом, *для оптимизации дизайна института исполнительной надписи*, необходимо:

- в ст.7 Федерального закона «Об исполнительном производстве» внести изменение, дополнив перечень исполнительной надписью нотариуса;
- обновить Перечень документов, по которым взыскание задолженности производится в бесспорном порядке на основании исполнительных надписей Перечень;
- сохранить нотариальный тариф за совершение исполнительной надписи на прежнем уровне.