

НЕМОЖЛИВІ ФІГУРИ, АБО РОЗДУМИ ЩОДО СТАТУСУ ПРИВАТНОГО НОТАРІУСА

Ірина Лихолат,
приватний нотаріус Київського міського нотаріального округу,
кандидат юридичних наук

Під час знайомства із сучасними мистецькими тенденціями я натрапила на зображення неможливих фігур, основою яких є парадокс як художній засіб. На перший погляд, ці фігури – звичайні проекції тримірних об'єктів. Але якщо уважніше придивитися, можна побачити суперечливі поєднання окремих елементів неможливої фігури, завдяки чому створюється оптична ілюзія неможливості її існування у тримірному просторі. Фокус полягає у тому, що всі паперові зображення є проекціями тримірних об'єктів, а отже, можна створити такий тримірний об'єкт, який при проекції на площину виглядатиме неможливим. Стрижнем цього художнього ефекту є парадоксальність – риса, притаманна витворам різних жанрів мистецтва, яка через власну незвичність та неочікуваність одразу привертає увагу. Коли я придивилася до зображення уважно, мені ці фігури почали когось нагадувати. Кого саме?

Парадокси присутні не тільки в мистецтві, де використовуються навмисно як художній засіб, вони є іманентною та невід'ємною рисою людського мислення та містяться в усіх його продуктах. Парадоксальність притаманна і сучасному законодавству. Парадокси законодавства являють собою вихідні засади, які суперечать за змістом та формою загальноприйнятим, традиційним правовим поглядам, а іноді – і здоровому глузду. З цим

явищем українські юристи зустрічаються чи не щодня. Отже, законодавчі парадокси не є чимось надприродним і випадковим: вони завжди існували, існують та, напевно, існуватимуть. Але це не означає, що в процесах побудови системи законодавства та формування механізму правового регулювання, як логічно несуперечливих та змістовно збалансованих систем, не має бути прагнення до уникнення парадоксальності. Парадокси в законодавстві існують у найрізноманітніших формах (прогалини, колізії) та рівнях (конкуренція правових систем, неузгодженість між окремими галузями та інститутами, суперечності в механізмі правого регулювання, розбіжності у змісті актів однакової юридичної сили, конфлікти між нормами актів різної юридичної сили тощо). Так само парадокси проявляються у врегулюванні правових статусів окремих осіб, що має свій вираз у дисбалансі їхніх прав та обов'язків.

Серед представників юридичних професій нотаріус, мабуть, більше за інших залежить від парадоксів законодавства та, зокрема, «нестиковок» теорії і практики – надто багато функцій він виконує, надто значна відповідальність, зокрема й матеріальна, на нього покладена, надто багато різноманітних обов'язків він має. За словами віце-президента Федеральної нотаріальної палати Російської Федерації, доктора юридичних наук,

професора Яркова В.В., «нотаріат генетично увібрав в себе риси, властиві іншим юридичним професіям»¹. Поліфункціональність нотаріальної діяльності проявляється у виконанні нотаріусами таких видів діяльності, які притаманні адвокатам, слідчим, судовим виконавцям, медіаторам тощо. До того ж, якщо громадянин тривалий час та з різноманітних питань користується послугами одного й того ж нотаріуса, той нерідко стає для цього громадянина особою на кшталт духовника, оскільки майнові відносини тісно пов'язані із особистісними та родинними. І тому часто-густо до нотаріуса приходять не тільки по юридичну консультацію, але й по життєві поради, які іноді дуже складно відрізнити одну від іншої. Отже, сучасний нотаріус є найважливішою фігурою правових та суспільно-економічних відносин: їхній бурхливий розвиток за останні 20 років у цілому та розвиток інституту приватної власності зокрема істотно змінили роль цього представника юридичної професії – від звичайного реєстратора, яким він був нещодавно, до незамінного учасника таких відносин, яким він є зараз.

Специфіка нотаріальної діяльності полягає ще й у тому, що нотаріус має дотримуватися балансу інтересів усіх сторін, а іноді й тих осіб, які не є учасниками нотаріальної дії, та навіть не зверталися до нього по допомогу. Так, наприклад, нотаріус при посвідченні правочинів з нерухомим майном завжди має піклуватися та враховувати інтереси не тільки титульних власників, а і співвласників, які безпосередньо не є сторонами правочину. Водночас нотаріус повинен зважати і на інтереси малолітніх та неповнолітніх дітей, які можуть взагалі не бути власниками майна, що є предметом договору, а мають лише право користування таким майном. Нотаріус не повинен керуватися тією нормою законодавства, яка є корисною та вигідною одному із учасників правовідносин, чи надавати оцінки правам та фактам, з точки зору захисту інтересів конкретної особи, приймаючи одні аргументи та відкидаючи інші. Врахування та дотримання балансу всіх сторін, незалежність та неупередженість – ключові завдання нотаріуса.

При цьому найбільша складність та найбільша суперечливість у роботі нотаріуса полягає не в особливостях його функцій або недосконалості законодавства, яким він керується та яке застосовує. Вже безпосередньо фігура приватного нотаріуса – своєрідний юридичний парадокс, оскільки є поєднанням приватно-правової природи його організаційної форми та публічно-правового змісту функцій, які він виконує. Природний дисонанс між приватним та публічним детермінує складність у врегулюванні нотаріальної діяльності в цілому та статусу нотаріуса зокрема. Гармонійного поєднання між публічним та приватним можна досягнути лише завдяки створенню досконалого та виваженого механізму правового регулювання нотаріальної

діяльності, що є одним з дуже складних завдань державного регулювання в галузі права. Створення ефективного нотаріату, за якого б громадяни отримували якісних та фінансово доступних юридичних послуг, а нотаріус почувався впевнено і захищено та отримував би від своєї діяльності належну його професіоналізму та ризикам фінансову винагороду – справа аж ніяк не проста. Напевно, саме через цей дуалізм між приватним та публічним навіть європейський нотаріат, окрім юридично-нормативних засобів регулювання, врегульовується ще й моральними нормами: етичні кодекси нотаріусів є невід'ємним джерелом нотаріального права всіх країн нотаріату латинського типу. До того ж вимога дотримуватися правил професійної поведінки носить зовсім не декларативний характер: порушення деяких етичних норм призводить до застосування конкретних санкцій – аж до позбавлення права на зайняття нотаріальною діяльністю! В цілому пошук нових форм та змістів, постійне вдосконалення, пристосування до потреб часу є загальною тенденцією сучасного європейського нотаріату. Навіть виважені та несуперечливі системи нотаріатів Франції та Німеччини, які мають тривалу вікову історію, постійно мусять розвиватися та вирішувати дедалі нові проблеми, які вимальовує перед ними час. Щодо українського нотаріату, новітній час якого відраховується з прийняття Закону України «Про нотаріат» у 1993 році, тобто який нещодавно відсвяткував 19 років, то він, безперечно, має набагато більше проблем. Дисбаланс у статусі нотаріуса – одна з найскладніших, яка зумовлює і багато інших, похідних від неї. Отже, не претендуючи на повноту та глибину дослідження, хочу запропонувати замислитися над деякими нормами сучасного українського законодавства щодо врегулювання статусу приватного нотаріуса, які мені здаються парадоксальними.

Приватний нотаріус в Україні – фігура, яка поєднує публічні та приватні функції: він не є державним службовцем, службовою або посадовою особою, але вчиняє дії від імені держави, має на своїй печатці зображення Державного Герба України. При цьому нотаріус перебуває на повній «самоокупності», тобто сам організовує та фінансує своє робоче місце або контору. При цьому він має численні обов'язки – контрольні та інформаційні – перед фіскальними органами, Пенсійним фондом, Державною службою фінансового моніторингу, судом, прокуратурою, органами дізнання і досудового слідства, державним нотаріальним архівом тощо. Беззаперечним є те, що суспільні відносини розвиваються, з'являються щоразу нові права та обов'язки, але статус нотаріуса з урахуванням його публічно-правової природи має бути чітко визначений саме в Законі України «Про нотаріат», а вже інші законодавчі акти мають відповідати нормам спеціального закону. Але ця

гармонія виникає далеко не завжди: законодавча невизначеність статусу нотаріусів у Законі України «Про нотаріат» створює простір для нав'язування нотаріусу виконання численних обов'язків та функцій, у тому числі йому не властивих, а іноді навіть таких, що суперечать природі нотаріальної діяльності. Відсутність у спеціальному законі жорстко та однозначно закріплених прав та обов'язків нотаріуса створює простір для того, що інші нормативні акти подають свої власні підходи до статусу нотаріуса, а іноді нав'язують неприродні обов'язки та приписують виконання невластивих йому функцій. Термінологічна плутанина у визначенні статуту нотаріуса суперечить мові законодавства в принципі, а її категоріальний апарат має бути чітким, логічно виваженим та однозначним за своєю термінологічною структурою.

Чинне законодавство містить багато різноманітних визначень нотаріальної діяльності, нотаріуса та його прав і обов'язків.

Так, наприклад, Кримінальний кодекс України у статті 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» визначає нотаріуса як особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. У цій статті нотаріуса зараховано до осіб, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Згідно з частиною першою статті 365-2 КК нотаріус опинився в «компанії» з аудитором, оцінювачем, іншою особою, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, зокрема, послуг експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді. За зловживання своїми повноваженнями з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб для названих осіб встановлені доволі жорсткі санкції. Це положення у цілому відповідає нормі частини третьої статті 3 Закону України «Про нотаріат», якою для нотаріусів теж встановлюється заборона використовувати свої повноваження з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки чи пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб. І це є, безумовно, виправданим, з огляду на широкі повноваження нотаріуса та публічний характер функцій, що він виконує. Але факт надання нотаріусу статусу особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, та не закріплення такого статусу в головному законі – Законі України «Про нотаріат» – не є виправданим, з точки зору юридичної логіки та теорії права. До того ж, у Кримінальному кодексі України відсутнє законодавче визначення поняття «публічна послуга» та не зазначені ознаки професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Інший приклад. У підпункті «б» пункту 2 частини першої статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» нотаріуси поряд із аудитором, оцінювачами, експертами, арбітражними керуючими, незалежними посередниками, членами трудового арбітражу, третейськими суддями прирівняні до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та є суб'єктами корупційних правопорушень. Причому корупція визначається як використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, а неправомірна вигода – як грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Тобто згідно з цим Законом приватні нотаріуси, які не є ані державними службовцями, ані посадовими особами, прирівнюються до таких осіб. Отже, цим Законом для нотаріусів встановлена відповідальність за використання неіснуючих у нього службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або, відповідно, обіцянки/пропозиції чи надання неправомірної вигоди – тобто корупцію. Так, на нотаріусів розповсюджуються обмеження, встановлені статтею 6 Закону: забороняється використовувати свої службові повноваження та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди або у зв'язку з прийняттям обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, зокрема, неправомірно сприяти фізичним або юридичним особам у здійсненні ними господарської діяльності, одержанні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг, укладанні контрактів (у тому числі на закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти); неправомірно сприяти призначенню на посаду особи; неправомірно втручатися до діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування або посадових осіб; неправомірно надавати переваги фізичним або юридичним особам у зв'язку з підготовкою проектів, виданням нормативно-правових актів та прийняттям рішень, затвердженням (погодженням) висновків. Слід зазначити, що переважна більшість з перерахованих заборон апіорі не стосується та не може стосуватися діяльності нотаріуса, а саме: одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг, неправомірне сприяння у призначенні на посаду, втручання до діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування або посадових осіб, надання переваги фізичним або юридичним особам у зв'язку з підготовкою

проектів, виданням нормативно-правових актів та прийняттям рішень, затвердженням (погодженням) висновків.

Також для нотаріусів встановлені обмеження щодо одержання дарунків (пожертв). Їм забороняється безпосередньо або через інших осіб одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами та органами, або якщо особа, яка дарує (здійснює) дарунок (пожертву), перебуває в підпорядкуванні такої особи (частина перша статті 8 Закону). Нотаріуси мають право приймати дарунки та пожертви, які відповідають загальноновизначаним уявленням про гостинність, якщо вартість таких дарунків (пожертв) не перевищує 50 відсотків мінімальної заробітної плати, встановленої на день прийняття дарунка (пожертви), одноразово, а сукупна вартість таких дарунків (пожертв), отриманих з одного джерела протягом року, – однієї мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року (частина друга статті 8 Закону). Гарною звісткою є те, що законодавець «дозволив» приймати нотаріусам дарунки на більшу суму від близьких осіб (пункт 1 абзацу другого частини другої статті 8 Закону). Оптимізму додає й той факт, що для нотаріусів, як для всіх пересічних громадян, «діють» загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси (пункт 2 абзацу другого пункту другої частини статті 8 Закону)! На мій погляд, «вторгнення» законодавчого регулювання до сфери виключно приватно-правових відносин, зокрема, до сфери відносин нотаріуса з особами, які не мають жодного відношення до здійснюваних ним професійних обов'язків, виглядає дещо абсурдно, а законодавця відволікає від вирішення дійсно важливих та наболілих питань.

Як можна переконатися з аналізу зазначених нормативних актів, вони наводять різні тлумачення природи нотаріальної діяльності та функцій нотаріуса. Об'єднує їх те, що в галузі фінансових порушень для нотаріуса встановлюється відповідальність аналогічна відповідальності посадових та службових осіб. А це означає, що нотаріуси, не отримуючи тих численних переваг та можливостей, яких надає статус посадової та службової осіб, натомість одержують елементи цього статусу виключно у вигляді підвищеної відповідальності.

Багато нетрадиційних положень щодо статусу нотаріуса містить і Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму». Згідно з підпунктом «г» пункту 8 частини другої статті 5 цього Закону нотаріусів зараховано до спеціально визначених суб'єктів первинного

фінансового моніторингу. Нотаріус як спеціально визначений суб'єкт первинного фінансового моніторингу має допомагати здійснювати фінансові операції(!), тобто будь-які дії щодо активів (пункт 4 частини першої статті 1 Закону). На мій погляд, між допомогою у здійсненні фінансових операцій, тобто тим, чим нотаріуси мають займатися, на думку авторів Закону, та посвідченням правочинів, тобто тим, що є притаманною нотаріусу функцією та невід'ємною складовою нотаріальної діяльності, – різниця. Це два зовсім різні види діяльності за своєю природою, предметами та правовими наслідками. Неможливо одній і тій самій особі допомагати у проведенні фінансової операції, тобто бути зацікавленою в дотриманні чітких конкретних фінансових інтересів, та посвідчувати правочин, тобто здійснювати незалежну та неупереджену правову допомогу, дотримуючись балансу інтересів усіх сторін. Обов'язок нотаріуса – слідкувати за дотриманням законності, зокрема, і в галузі фінансового права, попереджати можливі порушення з боку сторін правочину та відмовляти у посвідченні правочину у випадку, коли сторони не бажають усунути відповідних порушень. Однак, це зовсім не одне й те саме, що й проведення фінансової операції. До того ж нотаріус за визначенням не може нікому допомогти у проведенні фінансових операцій, оскільки сам він не є фінансистом, не володіє належними знаннями в фінансовій сфері, а є особою, яка має юридичну освіту (стаття 3 Закону України «Про нотаріат»).

У якості ще одного яскравого прикладу можна навести норму пункту 11.3 статті 11 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб», що вже втратив чинність на підставі Податкового кодексу України, що зобов'язувала нотаріуса виконувати функції податкового агента при здійсненні операцій з відчуження об'єктів нерухомого майна, незважаючи на те, що функція нотаріуса як податкового агента докорінно суперечить природі нотаріальної діяльності. Про це і нотаріуси, і науковці неодноразово не тільки говорили, а навіть кричали. Та хоча у Податковому кодексі України і відсутнє закріплення статусу нотаріуса як податкового агента, однак, ті самі функції нотаріуси все одно продовжують виконувати.

Податковий кодекс України, на відміну від цитованих нормативних актів, навпаки, підкреслює приватноправовий статус нотаріуса. Так, відповідно до пункту 14.1.226 Кодексу нотаріус є самозайнятою особою, тобто платником податку, який провадить незалежну професійну діяльність. Серед осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, окрім нотаріусів, зазначені інші категорії осіб, які займаються науковою, літературною, артистичною, художньою, освітню або викладацькою діяльністю, а також лікарі, адвокати, аудиторі, бухгалтері, оцінщики, інженери чи архітектори,

особи, зайняті релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю. В галузі сплати податків нотаріус прирівняний до підприємців, які перебувають на загальній системі оподаткування, але має навіть більше проблем за підприємців. Йдеться про вже наболілу витратну частину. Податковий кодекс України, на жаль, не врегулював однозначно питання витратної частини для самозайнятих осіб, зокрема, для нотаріусів. У результаті склалася дуже хибна практика, коли законність віднесення до витратної частини конкретних витрат вирішується волею конкретного податкового інспектора, залежить від ступеню його професіоналізму та досвідченості і сміливості власне нотаріуса. Навіть у межах Києва питання щодо витратної частини вирішується по-різному у кожній районній податковій інспекції – територіальні податкові органи не мають єдиної точки зору з цього приводу. Якось мені податковий інспектор намагалася довести, що відносити до витратної частини можна лише придбання тих професійних видань, які рекомендовані для нотаріусів Міністерством освіти та науки України і Міністерством юстиції України, а щодо витрат на відвідування конференцій та семінарів, то «легальними» є тільки ті, що проводяться головними управліннями юстиції та безпосередньо Міністерством юстиції України! Коментувати такі доводи, взяті з повітря, вважаю зайвим.

Так, різні нормативні акти наділяють нотаріуса різними, іноді навіть суперечливими, правами та обов'язками, що аж ніяк не сприяє гармонізації законодавства та значно ускладнює роботу власне нотаріуса. Нотаріус, неначебто, вдягає щоразу нову маску: то він особа, яка здійснює публічні функції, професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то визнається особою, яка може використовувати службові повноваження та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди, то проводить фінансові операції, то є податковим агентом, то – самозайнятою особою, яка провадить незалежну професійну діяльність та сплачує при цьому податки за загальною системою тощо. Гірше за все, що і цей перелік є невичерпний.

До того ж, серед осіб, які є самозайнятими та провадять незалежну професійну діяльність, саме нотаріуси мають найбільш жорсткі обмеження щодо виконання іншої оплачуваної роботи. Наприклад, стаття 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлює заборону для адвокатів бути посадовими та службовими особами органів державної влади, нести військову або альтернативну (невійськову) службу, а також займатися нотаріальною та судово-експертною діяльністю. Обмеження щодо зайняття підприємницькою діяльністю законодавством встановлено і для аудиторів, при цьому їм надано

права отримувати дивіденди від акцій та доходи від інших корпоративних прав, тобто бути засновниками юридичних осіб. Щодо нотаріусів, то згідно з нормою частин другої та третьої статті 3 Закону України «Про нотаріат» їм заборонено займатися підприємницькою або адвокатською діяльністю, бути засновниками адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі або на службі в органах місцевого самоврядування, перебувати у штаті інших юридичних осіб, входити самотійно, через представника або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів господарських організацій, кредитно-фінансових установ, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої, у вільний від роботи час. Отже, саме нотаріальна діяльність є єдиним законним джерелом отримання прибутку нотаріусами. Щодо можливості займатися творчою, викладацькою або науковою діяльністю я, маючи досвід роботи викладача вищого навчального закладу та співробітника науково-дослідного інституту, тобто саме у викладацькій та науковій сферах (а отже, й у творчій, оскільки наука та творчість є нерозривно поєднаними), можу впевнено сказати, що одночасно займатися приватною нотаріальною та викладацькою або науковою діяльністю, та отримувати від останніх двох видів діяльності більш-менш значний дохід просто неможливо. Таке поєднання має сенс, з міркувань інтелектуального та професійного розвитку, підвищення рівня кваліфікації, але аж ніяк – з точки зору істотного збільшення своєї дохідної частини.

Відтак, для приватних нотаріусів чинні дуже суворі обмеження щодо доступу до інших джерел доходу. Чи є це виправданим? Безумовно, так, оскільки нотаріус діє від імені держави та має бути незаангажованим та нейтральним, з точки зору захисту інтересів усіх громадян, проте, робота на державу або окрему фізичну чи юридичну осіб може, врешті-решт, вплинути на незаангажованість нотаріуса. До того ж існують певні традиції професії: поєднання нотаріальної діяльності з іншими видами діяльності, наприклад, адвокатською або підприємницькою, є, перш за все, порушенням правових засад та етичних принципів нотаріату.

Звернемося до аналізу іншого боку проблеми – що має право за законом нотаріус отримувати в якості оплати за надання своїх послуг? Стаття 31 Закону України «Про нотаріат» встановлює підстави оплати нотаріальних дій: приватні нотаріуси за вчинення нотаріальних дій справляють плату, розмір якої визначається за домовленістю між нотаріусом та громадянином або юридичною особою. Оплата додаткових послуг правового характеру, що надаються приватними нотаріусами і не належать до вчинюваної нотаріальної дії, також провадиться за домовленістю сторін. Так, стаття 4 Закону України

«Про нотаріат» надає права приватному нотаріусу одержувати плату за:

- а) вчинення нотаріальних дій;
- б) надання консультацій правового характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями;
- в) надання додаткових інформаційно-технічних послуг.

Кожен нотаріус, окрім того, що надає консультацій з питань, які не пов'язані із вчиненням нотаріальних дій (наприклад, роз'яснює порядок звернення до суду у випадку, коли питання громадянина неможливо вирішити шляхом вчинення нотаріальної дії), надає численних та, як правило, безкоштовних консультацій, які безпосередньо і пов'язані із вчиненням нотаріальних дій. Іноді саме на такі консультації витрачається чимало часу. Однак, факт надання подібних консультацій зовсім не обов'язково призводить до вчинення нотаріальної дії. Мабуть, кожному нотаріусу знайома ситуація: після того, як він витратив час використав на вислуховування проблем громадян, проведення правового аналізу документів, пошук оптимальної моделі вирішення іноді дуже складних питань, здійснення необхідних попередніх перевірок за даними Єдиних та Державних реєстрів, підготовку проекту нотаріального документа, громадяни йому раптом повідомляють, що необхідності у послугах нотаріуса з тих або інших причин вже зникла. Зайвим буде нагадування, що всі ці приготування займають лівову частину робочого часу. Наприклад, навіть поверхневе ознайомлення із пакетом статутних документів іноземної юридичної особи, які містять іноді сотні сторінок, вимагає чимало часу на їхнє вивчення та пошук інформації стосовно особливостей законодавства країни походження таких документів, а підготовка проектів «нетипових» договорів, таких, як, наприклад, шлюбний, аліментний, доручення тощо, узгодження їхніх умов між сторонами та роз'яснення змісту та правових наслідків займає набагато більше часу за сам факт їхнього посвідчення. В моїй практиці була ситуація, коли на узгодження проекту аліментного договору було витрачено майже два місяці, протягом яких два-три рази на тиждень сторони договору – батьки дитини, які, до того ж, проживали в різних містах, змінювали свою думку щодо його істотних умов. І щоразу я мусила працювати над новим формулюваннями тексту проекту договору, вносити відповідні виправлення та погоджувати їх зі сторонами. При цьому чинне законодавство фактично не надає законної можливості нотаріусу отримувати плату ні за надання консультацій правового характеру, які пов'язані із вчиненням нотаріальної дії, ні за проведення правового аналізу документів, ні за проведення необхідних перевірок

за даними Єдиних та Державних реєстрів, ні за підготовку проекту документів, ні в якості авансу. До речі, стаття 4 Закону України «Про внесення змін до Закону України "Про нотаріат" щодо державного регулювання нотаріальної діяльності» № 5208-VI від 06.09.2012 «Права нотаріуса» передбачає, що нотаріус має право: «...одержувати плату за надання додаткових послуг правового та технічного характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями, а також за вчинення приватними нотаріусами нотаріальних дій». Як кваліфікувати послугу як таку, що не пов'язана із вчиненням нотаріальних дій? Чи пов'язані із вчиненням нотаріальних дій правовий аналіз документів або підготовка проекту нотаріально посвідченого документа? На сьогодні ці та ще багато інших питань залишаються невирішеними.

Не підлягає сумніву, що нотаріус має обов'язок за навіть незначного порушення закону категорично відмовляти в учиненні нотаріальної дії. При цьому нотаріус зобов'язаний знехтувати своєю фінансовою зацікавленістю. У ситуації, коли громадянин, який звернувся по вчинення нотаріальних дій, не бажає сприймати пояснення нотаріуса щодо неможливості їхнього вчинення у конкретному випадку з обґрунтованим посиланням на норми чинного законодавства України, нотаріуси нерідко використовують останній аргумент: відмова від вчинення нотаріальної дії невігідна, перш за все, власне нотаріусу, оскільки він завдяки цьому втрачає певну частку свого доходу. Адже іншого джерела доходу, відмінного від здійснення нотаріальної діяльності, нотаріус не має права мати. За словами Яркова В.В., «...нотаріус має вміти промовляти тверде «ні» в тих випадках, коли, незважаючи на матеріальну вигоду від тієї або іншої дії, вона є незаконною або містить у собі зерно майбутнього конфлікту, який нотаріус не в силах попередити»².

Таким є законодавче сьогодні приватного нотаріуса. Чи можлива за умов настільки складно та суперечливо сконструйованого законодавства ефективна робота нотаріуса, який наділений дійсно величезними повноваженнями, на благо суспільства та на своє власне? В принципі, можлива. Але у тому випадку, коли у нотаріуса вистачатиме роботи, а отже, і доходу на забезпечення достатнього життєвого рівня для себе та своєї родини, стаття 48 Конституції України гарантує всім громадянам України: кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї. Ефективний нотаріат можливий за умови, коли перед нотаріусом не стоїть дилеми: або прийняти не досить «чисті» документи (підкреслюю – йдеться не про порушення цивільного або кримінального законодавства – то вже тема для іншої розмови, а про якість та скрупульозність

2 – Ярков В.В. Эволюция роли нотариуса в современном мире: взаимоотношение с обществом и государством / Журнал «Закон», май 2012. – С. 115

дотримання порядку вчинення нотаріальних дій та правил ведення нотаріального діловодства), або залишитися без доходу. До речі, робота нотаріуса значно ускладнюється ще й тим, що іноді необхідний документ відповідний уповноважений орган не видає з найрізноманітніших причин, або отримати його вкрай важко. Наприклад, така ситуація тривалий час переважала у деяких регіонах України, зокрема, у Києві – щодо видачення витягів з поземельної книги. Що за таких випадків робити: наполягати на поданні такого документа або заплющити очі? Подібні «гамлетівські» запитання постають перед нотаріусом чи не щодня. Нотаріуси відповідають на них по-різному – це вже сфера професійного та морального вибору, а також – фінансового. Але кожен неодмінно несе відповідальність за свої дії.

Отже, законодавство вимальовує вельми цікаву фігуру: приватний нотаріус, який діє від імені держави, маючи при цьому серйозний перелік обов'язків, що накладає на нього статус особи, печатка якої містить Державний Герб України, також має доволі суворі зобов'язання зі сплати податків та зборів, та у галузі оподаткування фактично прирівнений до особи, яка займається приватною підприємницькою діяльністю. До того ж здійснення нотаріальної діяльності потребує дотримання та виконання багатьох вимог, які, врешті-решт, потребують значних фінансових витрат: облаштування та утримання робочого місця, зокрема, орендна плата та комунальні платежі, ведення діловодства та архіву, користування Єдиними та Державними реєстрами, заробітна платня працівникам за трудовими та цивільно-правовими договорами, витрати на охоронну та пожежну сигналізацію, спецбланки, книги та реєстри, призначені для ведення нотаріального діловодства, відвідування семінарів, конференцій, форумів з метою підвищення кваліфікації тощо.

Публічно-приватна природа нотаріальної діяльності вимагає суворого утримання балансу між правами та обов'язками нотаріуса: відсутність збалансованості здатна перетворити нотаріуса на таку собі «неможливу» фігуру, в якій окремі елементи виглядають логічними та природними, а їхнє поєднання – неможливими. Адже збалансоване законодавство у галузі нотаріату та надання нотаріусу необхідного обсягу прав, необхідних для якісного та ефективного здійснення прямих, безпосередніх обов'язків, зрозумілого та логічно виваженого кола обов'язків – запорука відсутності зловживань у багатьох сферах суспільно-економічного життя та, перш за все, в галузі регулювання відносин власності на нерухоме та рухоме майно, що, у свою чергу, значно спростить роботу правоохоронних органів та судів. Адже порушення з боку нотаріусів завжди будуть дорого коштувати суспільству, навіть тоді, коли сам нотаріус за них, врешті-решт, розрахується.

Жорстка конкуренція в галузі надання нотаріальних послуг порушує вкрай необхідний баланс. Нотаріус, який чітко дотримується норм чинного законодавства України, вчиняє нотаріальні дії у відповідності до законодавства України, який відмовляє у їхньому вчиненні у разі невідповідності поданих документів, та який не погоджується йти на "фінансові компроміси", залишається і без достатньої кількості роботи. На жаль, останнім часом до витратної частини у нотаріусів, окрім сплати всіх обов'язкових платежів, додалася ще одна стаття: аби отримати роботу, нотаріусам пропонується «влитися» до добротно сформованої та зарекомендованої системи «відкатів». На жаль, сьогодні така практика існує в багатьох галузях суспільно-економічних відносин. Однак, нотаріальна діяльність за своєю природою не є підприємницькою, а тому не має підпорядковуватися законам ринку.

Нотаріат латинського типу, до якого прагне й український, не визнає конкуренції в нотаріальному середовищі і розглядає це невизнання як базовий принцип своєї будови та діяльності. Етичні кодекси багатьох країн нотаріату латинського типу містять безпосередню заборону ділитися своїми гонорарами з іншими особами або занижувати свої гонорари з метою залучення клієнтів. Так, наприклад, пункт 4.2 Етичного кодексу нотаріусів Європи зі змінами, прийнятими 11 грудня 2009 року Генеральною Асамблеєю Ради нотаріусів Європейського Союзу (CNUe), проголошує, що нотаріус має використовувати для залучення клієнтів тільки свої професійні навички та ніколи не знижувати розміру зборів, використовувати агентів або інші засоби, які не відповідають авторитету та честі нотаріату. Етичні правила нотаріусів Франції, викладені у статті 28 Національного регламенту, затвердженого у 1979 році, забороняють нотаріусам ділитися своїми гонорарами з третіми особами, наприклад, з агентом з нерухомості, або отримувати винагороду за будь-яку операцію. Пункт 3.04.04 Етичного кодексу нотаріусів Квебека (Канада) містить норму про те, що нотаріус повинен утримуватися від поділу своїх гонорарів з особою, яка не є нотаріусом, або передавати їх їй. В деяких країнах подібні заборони чітко прописані у спеціальному законі про нотаріат. Так, у статті 167 Закону Латвійської Республіки «Про нотаріат» зазначено: «...нотаріусу винагороду за роботу на своїй посаді заборонено ділити з третіми особами». І цей перелік можна продовжувати ще довго.

Українське законодавство наразі не встановлює жодних подібних заборон. Навіть якщо їх встановлять – за теперішньої ситуації такі заходи ефективно спрацюватимуть: надто сильні конкурентні відносини склалися серед українських нотаріусів. Слід вказати, що і тепер хтось із українських нотаріусів відмовляється від поділу своїх прибутків, а хтось – погоджується. Власне я наразі не поділяю думки про те, що «винні самі

нотаріуси»: доволі непростим, з економічної точки зору, є сьогоднішня, та, врешті-решт, спрацьовує інстинкт самозбереження: «неможливі фігури» виживають, хто як може, адже жорстке дотримання професійних та етичних принципів призводить до того, що нотаріус залишається, на жаль, без достатньої кількості роботи, а отже – без доходу.

Варто зазначити, що позиції юристів та економістів з питання, чи може існувати і чи повинна існувати конкуренція в нотаріальному середовищі, сильно відрізняються. Нерозуміння природи та специфіки нотаріальної діяльності, поверхневе вивчення її особливостей іноді нашоухе на думку про те, що вона є різновидом підприємницької діяльності. Однак, не можна не погодитися із завідувачем кафедри цивільного права Кубанського державного університету, доктором юридичних наук Щенніковою Л.В., що «...нотаріат працює з нормами приватного права, захищає приватний інтерес, сприяє розвитку ринкових відносин. Проте, у своїй системі він не уособлює ринку та не може жити за його законами розвитку, які передбачають монополізм, конкуренцію, картелі та усі необхідні атрибути боротьби із ними нормами конкурентного права»³. Таким чином, абсолютно очевидною є істина, на якій ґрунтується нотаріат латинського типу, а саме: нотаріат і конкуренція – поняття несумісні⁴. В якості підтвердження Щеннікова Л.В. наводить три економічних аргументи: по-перше, нотаріус не може бути самостійним суб'єктом підприємницької діяльності, оскільки він підпорядковується тільки закону та діє суворо в його межах; по-друге, в органах нотаріату немає свободи входу та виходу, як на звичайному товарному ринку, та, по-третє, нотаріуси не можуть, не повинні за визначенням бути суперниками: будь-яке суперництво тут одразу відобразиться на законності, гарантіях прав та інтересів громадян⁵. Отже, проблема конкуренції є актуальною не тільки для українських нотаріусів.

З огляду на те, що головна мета діяльності нотаріуса – захист прав громадян на принципах безспірності та незаангажованості, стає зрозумілим, що про конкурентні умови просто не може йтися. До речі, у статті 1 Закону Української Радянської Соціалістичної Республіки прямо зазначалося, що завданнями державного нотаріату є охорона соціалістичної власності, прав і законних інтересів громадян, державних установ, підприємств і організацій, колгоспів, інших кооперативних та інших громадських організацій, зміцнення соціалістичної законності і правопорядку. На жаль, чинне законодавство України не визначає захист прав та інтересів громадян за мету нотаріальної

діяльності. На жаль. Оскільки саме це є справжньою її метою, а не посвідчення прав, а також фактів, що мають юридичне значення, та вчинення інших нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності. Адже вчинення конкретних дій – це тільки засіб, інструмент для досягнення певної мети.

Усі неможливі фігури можуть існувати в реальному світі, попри художню парадоксальність, яка ґрунтується на ілюзії. Так само існують у реальному сучасному світі нотаріуси, незважаючи на законодавчі парадокси. Нотаріат, безумовно, живий, живе і житиме. Але яким він буде завтра – залежить від того, що буде зроблено вже сьогодні. Проблеми в галузі нотаріату є не тільки в українському законодавстві: наші сусіди росіяни, поляки, казахи теж мають багато болючих проблем... Це подекуди пов'язано із загальними політичними та економічними тенденціями: адже, наприклад, перехід права власності та всі побічні трансакції, пов'язані з оформленням такого переходу, торкаються фінансових інтересів багатьох суб'єктів. Дехто в цьому бачить можливість швидкого збагачення. Тому для подолання таких тенденцій існують перевірені шляхи – проведення ґрунтовних статистичних та економічних досліджень, відстоювання власних інтересів усіма законними засобами та, як наслідок, підвищення ролі нотаріату у сучасному суспільстві, підвищення статусу нотаріуса.

Парадокси – це іманентна та невід'ємна риса людського мислення, що міститься в усіх його продуктах та притаманна сучасному законодавству, зокрема, в галузі нотаріату. Це стосується нотаріальної техніки, визначення статусу нотаріуса та мети нотаріальної діяльності. В існуванні цих парадоксів немає нічого надзвичайного, неприродного: науки, побудовані на принципах класичної логіки та які використовують її як основний свій інструмент, якою є й юридична наука, нерідко натрапляють на протиріччя між теорією та практичним досвідом. А безпосередньо наявність парадоксів іноді виступає стимулом до подальших досліджень, глибшого осмислення теорії, її аксіом та принципів та нерідко призводить до повного перегляду своїх підвалин. Хочеться вірити, що сучасні пошуки правди у сфері регулювання нотаріату, врешті-решт, призведуть до справжніх покращень як для громадян, так і власне для нотаріусів. Хочеться вірити, що вже найближчим часом нотаріус з двомірної та пласкої фігури, яка посвідчує права та факти, перетвориться на повноправного захисника прав та свобод громадян. І буде для цього мати і бажання, і можливості, і відповідний статус!

3 – Щеннікова Л.В. Нотариат и конкуренция – понятия несовместимые /Нотариальный вестник. – 2012. – № 5. – С. 31

4 – Там само. – С. 30

5 – Там само. – С. 30