
**СУД, ПРОКУРАТУРА,
АДВОКАТУРА**

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА:
ТЕОРИЯ “СВОБОДНОГО” САМОУПРАВЛЕНИЯ И
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И
СВОБОД ЧЕЛОВЕКА КВАЛИФИЦИРОВАННОЙ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩЬЮ**

© 2009 г. Е.В. Семеняко¹

В юридической литературе существует мнение, что адвокатура – особый правовой институт, сочетающий в себе как публично-правовые, так и частноправовые начала. В деятельности адвокатуры при оказании юридической помощи одновременно присутствуют и частные (защита прав конкретного доверителя), и публичные интересы (пресечение нарушений прав и свобод граждан, установление режима законности, предупреждение нарушений в будущем, обеспечение принципа состязательности процесса). Кроме того, в последнее время в научной среде доминирует позиция, согласно которой осуществление адвокатом представительства, тесный, доверительный характер отношений между ним и теми, кто нуждается в его помощи, предопределяют существование адвокатуры именно в качестве самоуправляемой независимой организации². Исследователи все чаще акцентируют внимание на частноправовом аспекте статуса адвокатуры, которая “является некоммерческой организацией, одной из многочисленных организаций в российском обществе, одним из институтов гражданского общества, таких как политические партии, различного рода некоммерческие организации и другие общественные объединения”³.

По нашему мнению, любой “односторонний” подход к столь сложному и многогранному феномену, коим является адвокатура, вряд ли приемлем. Более того, зачастую исследователи допускают фактическое отождествление понятий “деятельность адвоката” и “оказание юридической помощи”. В настоящее время имеется попытка детализировать их легальный статус,

ибо в Государственную Думу РФ внесен на рассмотрение законопроект “Об оказании квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации”. Авторы законопроекта предлагают разрешить оказывать платные юридические услуги на постоянной профессиональной основе только физическим лицам, имеющим статус адвоката, нотариуса, патентного поверенного или ученую степень кандидата или доктора юридических наук. Под услугами в данном случае подразумевается консультирование (как письменное, так и устное), подготовка и составление любых юридически значимых документов (договоров, контрактов, заявлений, жалоб, ходатайств), представительство и защита интересов в суде, в органах власти, представительство в исполнительном производстве, налоговых правоотношениях и пр.⁴

Указанный законопроект вызвал многочисленные дискуссии в сообществе юристов⁵. Некоторые исследователи категорично заявляют, что он имеет целью монополизировать рынок юридических услуг. По их мнению, частнопрактикующего юриста, не желающего идти в адвокаты, лишают права выбора, а членство в адвокатском сообществе России сопряжено с большими “поборами”⁶. Более того, высказываются мнения, что “адвокатское сообщество решило поправить собственное положение (в том числе и финансовое), попросту уничтожив своих конкурентов”⁷. Некоторые

¹ Президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, кандидат юридических наук.

² См.: *Авдеева М.А.* Современные проблемы адвокатуры России. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 10.

³ *Игнатов С.Д.* Концептуальные основы организации адвокатуры в России (Вопросы теории и практики). Ижевск, 2006. С. 12.

⁴ См.: Проект федерального закона “Об оказании квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации” // СПС “КонсультантПлюс”.

⁵ См., например: *Черненко Д.М.* Адвокаты в законе // *ЭЖ-Юрист*. 2008. № 9. С. 15; *Мирзоев Г.Б.* А проблемы остались // *Росс. адвокат*. 2007. № 5. С. 15; *Муранов А.* Юристы в режиме конкуренции // *ЭЖ-Юрист*. 2008. № 10; *Бардин Л.* Юристы и юристы. Адвокаты и адвокаты // *ЭЖ-Юрист*. 2008. № 10 и др.

⁶ *Черненко Д.* Адвокаты против юристов // *ЭЖ-Юрист*. 2008. № 43.

⁷ Там же.

юристы опасаются, что введение новых правил на качество юридических услуг не повлияет, а вот «цена на них однозначно пойдет на повышение»⁸.

Имеют место и менее негативные оценки. Так, по мнению президента Гильдии российских адвокатов Г.Б. Мирзоева, «законопроект неплохой и достаточно передовой, но для нашего рынка юридических услуг преждевременный. Сейчас достаточно сложно представить, как разработчики законопроекта планируют внедрять его в жизнь. Очень настораживает упрощенный порядок получения адвокатского статуса для лиц, проработавших не менее двух лет юрисконсультами и отвечающих требованиям, которые предъявляются к адвокатам. С ними проводится собеседование, комиссия изучает их документы, после чего они приносят присягу перед палатой и получают статус адвоката. Это означает, что они должны вести себя так же, как адвокаты, т.е. не заниматься предпринимательской деятельностью, не состоять в штате других организаций. Но абсолютно понятно, что они все равно будут продолжать заниматься бизнесом и получать заработную плату там же, где получают ее сейчас»⁹.

Однако при всех своих недостатках анализируемый законопроект представляет собой определенный шаг в направлении совершенствования механизмов обеспечения граждан качественной юридической помощью. В Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г.¹⁰ (в ред. от 24 июля 2007 г., с изм. от 3 декабря 2007 г.) адвокатской деятельностью названа «*квалифицированная* (курсив наш. – Е.С.) юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном указанным Федеральным законом, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию; адвокатская деятельность не является предпринимательской».

В настоящее время юридические услуги может оказывать практически любой субъект, будь то юридическое или физическое лицо, в рамках как предпринимательской, так и некоммерческой деятельности. Причем он может вообще не иметь

юридического образования и опыта работы по специальности. В этом плане уместно обратиться к позиции проф. Ю.А. Тихомирова, который на основе комплексной характеристики публичных услуг и проблем, возникающих в процессе их реализации, высказывает обоснованную озабоченность тем, что наряду с легальными в «тени» неофициального права процветают квазиуслуги, навязываемые клиентам за плату, ложные услуги¹¹.

Впрочем, в ближайшее время статус федерального закона указанный законопроект вряд ли получит. В этом плане видятся актуальными научные исследования, преследующие цель оптимизации деятельности по оказанию юридической помощи. В случае, если исследователь сосредоточит внимание исключительно на «частных» аспектах такой деятельности, он может прийти к достаточно спорному выводу о ее «полной самоуправляемости», нецелесообразности и даже недопустимости какой-либо координации. Некоторые ученые, например, эмоционально отмечают, что «можно упиваться собственной уникальностью, говоря о том, что адвокатура – очень специфический институт. Это действительно так. Но при решении вопросов управления корпорацией нельзя отбрасывать наработки современного менеджмента. Нужно помнить, что адвокатура – это не только институт гражданского общества, это организация (система организаций). И какой бы специфической ни была корпорация, на нее распространяются общие законы менеджмента. Качественной юридической помощи не может быть без качественного управления адвокатурой как организацией»¹².

Для того чтобы более детально разобраться в обоснованности подобного рода утверждений, следует обратиться, в частности, к теории саморегулируемых структур. Так, многие исследователи на основе соответствующего исторического анализа приходят к выводу о наличии институтов, способных к саморегуляции и «реализующие эти способности в жизнь»¹³. По их мнению, сознательное начало в регулировании не доминирует над стихийным. Более того, саморегулирующиеся структуры не противопоставляются государ-

⁸ Бодрягина О., Терешко Ю., Фетисов А. Адвокатская экспансия // ЭЖ-Юрист. 2008. № 39.

⁹ Мирзоев Г.Б., Галоганов А.П. Автоматом в адвокаты // ЭЖ-Юрист. 2008. № 42.

¹⁰ См.: Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

¹¹ См.: Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. Учебник. М., 2008. С. 99.

¹² Гаврилов С.Г. Стержневая триада адвокатуры: квалификация, качество, корпоративность // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. 2008. № 1. С. 12.

¹³ Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование и закон: исторический аспект взаимоотношения // Адвокатская практика. 2007. № 6. С. 26.

ственным, а внешнее регулирование “через закон является продолжением спонтанно складывающегося порядка”. Такая позиция предполагает, что постепенно социальное регулирование приобретает качество абстрактности, “правовая норма и идея отделяются от правоотношения, становятся относительно самостоятельными сущностями, способными влиять на процесс реализации права в обществе”¹⁴.

Иными словами, изначально господствующим фактором порядка в обществе является само поведение индивидов, обусловленное интересами, целями, желаниями¹⁵. По мере усложнения общественных связей растет потребность во всеобщих социальных регуляторах абстрактного характера, образом которых становится закон как воплощение воли. Переход от способа правового регулирования, основанного на обычае, когда нормы и институты права возникают органически и стихийно внутри самого общества, в порядке нормотворческой самостоятельности участников социального общения, к формам сознательного и организованного руководства правовой действительностью через закон – такова, как отмечает Г.В. Мальцев, историческая закономерность становления права, которая отражает общую всемирно-историческую тенденцию к возрастанию степени господства человека над природными и общественными условиями его бытия¹⁶.

Однако ученые задаются вопросом: можно ли утверждать, что с течением времени происходит механическое вытеснение саморегулирования сознательным регулированием, основанным на законодательстве? Они, впрочем, считают, что утвердительно ответить на него можно лишь тогда, когда исследование противопоставимо одно другому; саморегулирование и регулирование неотделимы друг от друга, являются отражением объективных потребностей общества, детерминированных необходимостью пребывать в этом обществе. Законодательное регулирование зачастую не учитывает способностей общества принять навязываемые образцы социального взаимодействия, пусть даже связанные с такими ценностями, как свобода, собственность. Формы регулирования должны быть созвучны потенциальным моделям социальных отношений. Ученые, занимающие указанную позицию, считают невозможным связывать нормативность исклю-

чительно с законом, в котором воплощена воля законодателя¹⁷.

Что касается непосредственной характеристики института “саморегулирования”, то под ним принято понимать регулирование определенных рынков и сфер самими экономическими агентами без вмешательства государства¹⁸. Участники имущественного оборота в определенных сферах деятельности создают саморегулируемые организации, которым делегируют часть своих прав. В рамках подобных организаций устанавливаются определенные правила и стандарты поведения на рынке, система контроля за соблюдением этих правил, порядок внесудебного разрешения конфликтов¹⁹.

В юридической литературе указывается на ряд преимуществ саморегулирования по сравнению с государственным регулированием. В частности, нормы саморегулирования, как правило, “гибче” норм, устанавливаемых государством, легче адаптируются к изменяющимся обстоятельствам; участникам рынка легче воздействовать на политику организаций саморегулирования, чем на политику государственных органов; механизмы разрешения споров обычно дешевле для сторон и занимают меньше времени, чем судебное разбирательство²⁰. Кроме того, развитие системы саморегулирования позволяет государству экономить значительные бюджетные средства в случае передачи отдельных функций государственных органов саморегулируемым организациям, финансируемым самим бизнесом. Так, государство может осуществлять контроль не за каждым профессиональным участником рынка, а за саморегулируемыми организациями, которые обеспечивают соблюдение их членами правил поведения на рынке. Именно по этому пути на определенном историческом этапе пошло законодательство США и Великобритании, где появились первые саморегулируемые организации (*self-regulatory organization*)²¹.

Таким образом, как отмечает проф. Ю.А. Тихомиров, в течение веков в общественной жизни наблюдалось противоборство двух систем управ-

¹⁴ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 238.

¹⁵ См.: Скоробогатов В.Ю. Указ. соч. С. 27.

¹⁶ См.: Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 237.

¹⁷ См.: Скоробогатов В.Ю. Указ. соч. С. 28.

¹⁸ См.: Крючкова П.В. Саморегулирование хозяйственной деятельности как альтернатива избыточному государственному регулированию. М., 2002. С. 6.

¹⁹ См.: Ростовцева Н.В. Правовое положение саморегулируемых организаций в Российской Федерации // Журнал рос. права. 2006. № 1. С. 29.

²⁰ См.: Крючкова П.В. Указ. соч. С. 11–12.

²¹ См.: Грачев Д.О. Саморегулируемые организации: проблемы определения правового статуса // Журнал рос. права. 2004. № 1. С. 122.

ления – государственной и самоуправленческой²². В институциональном плане речь шла о меняющемся соотношении власти и самоуправления (местного, производственного и т.п.), о перемене методов управления государственными и общественными делами. Политико-социальная мысль и общественная практика, по сути, отмечает ученый, “метались” между этими главными доминантами. Право же использовалось для целей победивших сил и вводилось то жесткое, то мягкое регулирование, то поддержка, то “оставление правовых позиций” и “уход в сторону”. В России в XX в. “любовь” к самоуправлению и саморегулированию проявлялась “вспышками” – в начале 20-х, в 60-х и 80-х годах, что находило свое отражение в отдельных научных трудах²³.

Итак, по мнению Ю.А. Тихомирова, нормативная регуляция является компонентом жизни любого общества²⁴. Причем социальные нормы, рассчитанные на должное и возможное поведение, исходят из признания ценностей и критериев оценки поступков людей. Либо они усваиваются и переводятся в цели и мотивы поведения человека, либо соблюдается лишь внешняя оболочка нормативных требований, либо нормы реально нарушаются. “Пересечение” норм и индивидуальных актов поведения трудно обнаруживать. Да и сами нормы разнообразны – правовые нормы, нормы общественных организаций, нормы морали, обычаи, нравы и традиции. Эти правила являются способом передачи информации и закрепления ее в сознании и поведении людей. Нормы саморегуляции отличаются добровольным и заинтересованным отношением людей и соответственно мощными стимулами и мотивами²⁵.

Фактически все указанные размышления не игнорируются, как правило, исследователями, и при научном анализе института адвокатуры отношение к ней, как считает Ю.И. Стецовский, – своеобразный барометр, по которому определяется правовой климат общества²⁶. Ее функционирование, замечает ученый, может быть успешным лишь в качестве института, не входящего в систему государственных органов и органов местного

самоуправления. В цивилизованных государствах деятельность адвокатуры поддерживается, в них адвокат-чиновник не нужен. В государствах же тоталитарных, заинтересованных в беспрепятствии человека, адвокатура искореняется или влачит жалкое существование.

В целях аргументации своей позиции Ю.И. Стецовский обращается к историческому анализу, ибо известно время, когда адвокат не был членом общественной организации и состоял на государственной службе²⁷. Например, адвокатура республиканского периода Древнего Рима была свободной профессией, и лишь с IV в. н.э. началось “очиновничество” адвокатов. Для них стали создаваться подчиненные правительственные должности. Затем “штатные” адвокаты в отличие от “нештатных” получили ряд привилегий.

Сторонником государственной адвокатуры был, как указывает Ю.И. Стецовский, такой реакционер, как прусский король Фридрих II. В 1780 г. он уничтожил адвокатуру в Пруссии, заменив ее чиновниками – ассистентами суда, получавшими определенное жалованье, для сбора которого плата за защиту следовало сдавать в общую кассу²⁸. Об этих чиновниках в объяснительной записке говорилось: “Они никоим образом не наемники и не простые управляющие делами, но пособники и помощники судьи; существо их обязанности состоит в том, чтобы содействовать суду в его стремлениях к отысканию истины, соединиться с ним для этой цели и честно и открыто указывать суду на все, что они при этом обнаружат, без малейших изыятий и не считаясь с тем, какой стороне их сообщения могут принести пользу или вред”²⁹. Но государственная адвокатура вскоре породила адвокатуру подпольную, так как “помощники судей” не оправдывали доверия населения. “Превращаясь в должностных лиц, – писал И.Я. Фойницкий, – адвокаты утрачивают независимость и самостоятельность, необходимые для стойкого охранения на суде доверенных им интересов. Включение их в состав суда вредит и независимости последнего: можно опасаться, что открытая борьба в заседании будет дополняема закулисными соглашениями с влиятельными членами суда”³⁰.

Итак, саморегулирование – достаточно сложный и вместе с тем гибкий механизм воздействия

²² См.: Тихомиров Ю.А. Право и саморегулирование // Журнал рос. права. 2005. № 9. С. 65.

²³ См., например: Социалистическое самоуправление: опыт и тенденции развития. М., 1986.

²⁴ См.: Тихомиров Ю.А. Право и саморегулирование. С. 65.

²⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Закон, стимулы, экономика. М., 1989. С. 252–270.

²⁶ См.: Стецовский Ю.И. Огосударствление адвокатуры несовместимо с правом. Юридическая природа адвокатуры // Адвокат. 2007. № 7. С. 18.

²⁷ См.: там же. С. 20.

²⁸ См.: там же. С. 20–22.

²⁹ Цит. по: Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. М., 1927. С. 25.

³⁰ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб., 1912. С. 483–484.

на деятельность субъектов, сочетающий различные способы регулирования. Он должен быть основан на правовой корпоративной культуре, включающей осознание субъектами необходимости соблюдения установленных ими стандартов и правил деятельности, содержащих повышенные требования по сравнению с административными нормами³¹. Исследователи справедливо обращают внимание на то, что юридическое сообщество не всегда позитивно определяет перспективы саморегулирования в России³². Они замечают, что «в стране, которая не имеет никаких традиций в области самоорганизации бизнеса, где в течение ряда лет все саморегулирование заключалось в “семибанкирщине”, навязывающей правительству свою волю, нет никаких предпосылок для появления демократичных и независимых саморегулируемых организаций, отражающих интересы большинства своих членов»³³.

Важно также подчеркнуть, что в ряде стран наметилась тенденция в сторону усиления прямого государственного регулирования. Так, принятый в 2000 г. в Великобритании Закон о рынке финансовых услуг, не запрещая деятельность уже существующих саморегулируемых организаций, предусматривает, что новых лицензий на осуществление деятельности в качестве саморегулируемых организаций выдаваться больше не будет. При этом ряд функций, ранее осуществлявшихся саморегулируемыми организациями, были переданы органу государственного регулирования³⁴. Нередко звучат и эмоциональные высказывания: “Весь мир сегодня уже отсаморегулировался – он уже идет к тому, чтобы либо вернуться к госрегулированию, либо к регулированию через полугосударственные организации или публичные институты”³⁵.

Необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что Федеральный закон “О саморегулируемых организациях” от 1 декабря 2007 г.³⁶ не игнорирует вопросы взаимодействия таких структур и уполномоченных федеральных органов исполнительной власти. Более того, систе-

ма управления саморегулируемых организаций установлена в ст. 15 указанного Закона и включает общее собрание, постоянно действующий коллегиальный орган управления и исполнительный орган. При коллегиальном органе обязательно должны быть созданы два специализированных органа – орган, осуществляющий контроль за соблюдением членами саморегулируемой организации принятых ими стандартов и правил; орган по рассмотрению дел о применении в отношении ее членов мер дисциплинарного воздействия. Статья 10 устанавливает порядок применения этих мер специализированным органом в отношении членов таких организаций. Перечень мер включает выдачу предписания, предупреждение, штраф, рекомендацию об исключении лица из членов организации.

Однако ключевая проблема, по нашему мнению, заключается в обосновании возможности тождественного подхода при оценке степени необходимой и достаточной “самоуправляемости” ко всем видам оказания юридической помощи. Адвокат является особым субъектом, на которого законом возложена конституционная обязанность оказывать квалифицированную юридическую помощь (в том числе и бесплатно в установленных законом случаях), в результате чего оказание этой помощи является уже не правом, а обязанностью адвоката. В этом плане его деятельность представляет ключевой элемент того механизма, без которого невозможно эффективное обеспечение защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц. Соответственно, не видится бесспорным мнение о необходимости создания, например, “единой системы менеджмента” качества юридической помощи³⁷. Такой научный подход, возможно, и приемлем для тех “участников юридического рынка”, которые практически не несут ответственности за совершаемые действия и не участвуют, например, в оказании правовой помощи малоимущим лицам.

Аналогичных взглядов придерживаются многие зарубежные ученые, которые не игнорируют специфику статуса адвокатской деятельности. Так, немецкий проф. К. Штерн в докладе, посвященном столетию немецкой свободной адвокатуры, особо выделил ее “публично-правовую природу”³⁸. Подобной точки зрения придерживаются

³¹ См.: Соколова О.С. Правовые основы саморегулирования // Юрист. 2008. № 4. С. 12.

³² См.: Ростовцев Н.В. Правовое положение саморегулируемых организаций в Российской Федерации // Журнал рос. права. 2006. № 11. С. 78.

³³ Романихин А.В. Саморегулирование по-русски // Законодательство и экономика. 2004. № 3. С. 35.

³⁴ См.: Доронина Н.Г., Семлютина Н.Г. Комментарий к Федеральному закону “Об инвестиционных фондах”. М., 2003. С. 56.

³⁵ Петров А. Интервью // Коммерсантъ. 2003. 18 окт.

³⁶ См.: Собрание законодательства РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

³⁷ См.: Гаврилов С.Г. Указ. соч. С. 12.

³⁸ См.: Stern K. Anwaltschaft und Verfassungsstaat. Festrede bei der “100 Jahre freie Advokatur” in der Frankfurter Paulskirche. München, 1980.

и другие зарубежные исследователи западноевропейской адвокатуры³⁹.

Таким образом, по нашему мнению, неприемлемо отождествление адвокатской деятельности с любым “функционированием” на “рынке юридических услуг”. Кроме того, “абсолютно самоуправляемые” субъекты, которые не несут никаких обязательств в части обеспечения публичной обязанности по оказанию квалифицированной юридической помощи, в принципе не могут составлять конкуренцию адвокатскому сообществу. Полноценное их “состязание” возможно лишь при условии наделения всех субъектов, оказывающих юридическую помощь, не только правами, но и обязанностями по отношению не только к физическим лицам и организациям, но и к обществу

в целом. Причем основная обязанность должна состоять в оказании ими именно квалифицированной юридической помощи в соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции РФ. В этом плане вряд ли можно обеспечить воплощение конституционных норм при “автоматическом” наделении статусом адвоката длительно практикующих юристов и тем более при легализации полного самоуправления того сложнейшего механизма обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина, который нередко именуют “рынком юридических услуг”. Напротив, целесообразно повышать требования к лицам, претендующим на выполнение этой почетной, но ответственной миссии путем закрепления соответствующих образовательных, профессиональных и иных цензов. Основной аргумент, подтверждающий данную позицию, автор связывает с апробацией временем “свободного юридического рынка” и его негативной оценкой со стороны российского населения.

³⁹ См., например: *Ostler F.* Die deutschen Rechtsanwälte 1871–1971. Essen, 1971.