
Е. В. Семеняко

кандидат юридических наук,
Президент федеральной палаты адвокатов

ОСНОВНЫЕ НАУЧНЫЕ ПОДХОДЫ К ТЕОРИИ «СВОБОДНОЙ» АДВОКАТУРЫ

E. Semenyako

MAJOR SCIENTIFIC APPROACHES TO THE THEORY OF INDEPENDENT ATTORNEYS' PRACTICE

The paper analyzes state management of attorneys' practice as an alternative to coordination of attorneys'

associations as well as the scientific feasibility of the issue.

В юридической литературе имеет место вполне обоснованное мнение о том, что адвокатура является особым правовым институтом, сочетающим в себе как публично-правовые, так и частно-правовые начала. В деятельности адвокатуры при оказании юридической помощи одновременно присутствуют и частные интересы (защита прав конкретного доверителя), и публичные интересы (пресечение нарушений прав и свобод граждан, установление режима законности, предупреждение нарушений в будущем, обеспечение принципа состязательности процесса). Адвокат оказывает особую услугу в силу того, что он является специальным субъектом, на которого законом возложена конституционная обязанность оказывать квалифицированную юридическую помощь, в том числе и бесплатно, в установленных законном случаях, в результате чего оказание этой помощи является уже не правом, а обязанностью адвоката. Адвокатура представляет собой тот механизм, без которого невозможно нормальное обеспечение защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц. Тем самым, как считают ученые, проявляется особый публично-правовой и частно-правовой статус адвокатуры.

Однако в научной среде начинает доминировать позиция, согласно которой осуществление адвокатом представительства, тесный, доверительный характер отношений между ним и теми, кто нуждается в его помощи, предопределяет существование адвокатуры именно в качестве

самоуправляемой независимой организации.¹ В последние годы исследователи все чаще акцентируют внимание на частно-правовом 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».²

Автор статьи полагает, что любой «односторонний» подход к столь сложному и многогранному феномену, коим является адвокатура, вряд ли приемлем. В том случае, если исследователь сосредоточит свое внимание исключительно на частных аспектах, он может придти к достаточному спорному выводу о «полной самоуправляемости» института адвокатуры, нецелесообразности и даже недопустимости какой-либо координации ее деятельности. По справедливому мнению некоторых ученых, одна из серьезных проблем в том, что имеет место умаление роли управления (менеджмента) в адвокатуре. Они верно, пусть и несколько 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

¹ См.: Авдеева М.А. Современные проблемы адвокатуры России: Автореф. дисс...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 10.

² См.: Игнатов С.Д. Концептуальные основы организации адвокатуры в России (вопросы теории и практики). - Ижевск: ИД Удмуртский университет, 2006. С. 12.

какой бы специфической ни была корпорация, на нее распространяются общие законы менеджмента. Качественной юридической помощи не может быть без качественного управления адвокатурой как организацией».³

Для того, что более детально разобраться в обоснованности подобного рода утверждений следует обратиться к теории саморегулируемых структур. Так, многие исследователи на основе соответствующего исторического анализа приходят к выводу о наличии институтов, способных к саморегуляции и «реализующих эти способности в жизнь».⁴ По их мнению, сознательное начало в регулировании не доминирует над стихийным. Более того, саморегулирующиеся структуры не противопоставляются государственным, 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».⁵

Иными словами, изначально господствующим фактором порядка в обществе является само поведение индивидов, обусловленное интересами, целями, желаниями.⁶ 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 самодеятельности 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 бытия.⁷

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 исследователь противопоставит одно другому; саморегулирование и регулирование неотделимы друг от друга, являются отражением объективных потребностей общества, детерминированных необходимостью в этом обществе пребывать. 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 с потенциальными моделями социальных отношений. Исследователи, занимающие указанную позицию, считают невозможным связывать нормативность исключительно с законом, в котором воплощена воля законодателя.⁸

Что касается непосредственной характеристики института «саморегулирования», то под ним принято понимать регулирование определенных рынков и сфер самими экономическими агентами без вмешательства государства.⁹ 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 конфликтов.¹⁰

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

³ См.: Гаврилов С.Г. Стержневая триада адвокатуры: квалифицированность, качество, корпоративность //Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. М., 2008, № 1. С. 12.

⁴ См.: Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование и закон: исторический аспект взаимоотношения //Адвокатская практика. М., 2007. № 6. С. 26.

⁵ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. - М.: Мысль, 1977. С. 238.

⁶ Скоробогатов В.Ю. Указ. соч. С. 27.

⁷ См.: Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. - М.: Мысль, 1977. С. 237.

⁸ Скоробогатов В.Ю. Указ. соч. С. 28.

⁹ См.: Крючкова П.В. Саморегулирование хозяйственной деятельности как альтернатива избыточному государственному регулированию. - М., 2002. С. 6.

¹⁰ См.: Ростовцева Н.В. Правовое положение саморегулируемых организаций в Российской Федерации //Журн. рос. права. М., 2006. № 1. С. 29.

судебное разбирательство.¹¹ 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).¹²

Таким образом, как отмечает Ю.А. Тихомиров, в течение веков в общественной жизни наблюдалось противоборство двух систем управления - государственной и самоуправленческой.¹³ 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 дела, замечает ученый, «метались» между этими главными доминантами. А право 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 веке «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 трудах.¹⁴

Итак, по мнению Ю.А. Тихомирова, нормативная регуляция является компонентом жизни любого общества.¹⁵ 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 - пра-

вовые 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 мотивами.¹⁶

Фактически все указанные размышления не игнорируются и при научном анализе института адвокатуры, отношение к которой, как считает Ю.И. Стецовский - своеобразный барометр, по которому определяется правовой климат общества.¹⁷ Ее функционирование, замечает данный 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 бесправии 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 службе.¹⁸ 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, получающими определенное жалованье, для сбора которого плату, получаемую за защиту, следовало сдавать в общую кассу.¹⁹ 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

¹¹ См.: Крючкова П.В. Саморегулирование: Пособие для предпринимателей. - М., 2002. С. 11 - 12.

¹² См.: Грачев Д.О. Саморегулируемые организации: проблемы определения правового статуса // Журн. рос. права. М., 2004. № 1. С. 122.

¹³ См.: Тихомиров Ю.А. Право и саморегулирование // Журн. рос. права. М., 2005. № 9. С. 65.¹²

¹⁴ См., например: Социалистическое самоуправление: опыт и тенденции развития. - М., 1986.

¹⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Право и саморегулирование // Журн. рос. права. М., 2005. № 9. С. 65.

¹⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Закон, стимулы, экономика. - М.: Юридическая литература, 1989. С. 252 - 270.

¹⁷ Стецовский Ю.И. Огосударствление адвокатуры несовместимо с правом. Юридическая природа адвокатуры // Адвокат. М., 2007. № 7. С. 18.

¹⁸ Стецовский Ю.И. Указ. соч. С. 20.

¹⁹ Там же. С. 20-22.

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 изъятий и не считаясь с тем, какой стороне их сообщения могут принести пользу или вред».²⁰ 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».²¹

По мнению автора статьи, саморегулирование - достаточно сложный и вместе с тем гибкий механизм воздействия на деятельность хозяйствующих субъектов, сочетающий административное и корпоративное регулирование; он должен быть основан на правовой корпоративной культуре, включающей осознание субъектами рынка необходимости соблюдения установленных ими стандартов и правил деятельности, содержащих повышенные требования по сравнению с административными нормами.²² Исследователи справедливо обращают внимание, что юридическое сообщество не всегда позитивно определяет перспективы саморегулирования в России.²³ 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».²⁴

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 регулирования.²⁵ Нередко звучат и столь 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».²⁶

Автор статьи, не будучи, безусловно, противником института самоуправления полагал бы необходимым обратить, к примеру, внимание на то обстоятельство, что Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ не игнорирует вопросы взаимодействия таких структур и уполномоченных федеральных органов исполнительной власти.²⁷ Более того, система управления саморегулируемых организаций все же установлена и 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 Закона о саморегулируемых организациях устанавливает порядок применения мер дисциплинарного воздействия в отношении членов таких организаций специализированным органом. Перечень таких мер включает выдачу предписания, предупреждение, штраф, рекомендацию об исключении лица из членов организации.

В целом, видится небезынтересным мнение о том, что качество обеспечивается не только уровнем квалификации (квалифицированностью), но и правильной организацией процесса на всех стадиях и уровнях корпоративного управления, в том числе, адвокатских образований, адвокатских палат субъектов, Федеральной палаты; в этих целях необходимо создание единой системы менеджмента качества юридической помо-

²⁰ Цит. по: Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. - М., 1927. С. 25.

²¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. - СПб., 1912. С. 483, 484.

²² См.: Соколова О.С. Правовые основы саморегулирования // Юрист. М., 2008. № 4. С. 12.

²³ См.: Ростовцев Н.В. Правовое положение саморегулируемых организаций в Российской Федерации // Журн. рос. права. М., 2006. № 11. С. 78.

²⁴ См.: Романихин А.В. Саморегулирование по-российски // Законодательство и экономика. М., 2004. № 3. С. 35.

²⁵ См.: Доронина Н.Г., Семилитина Н.Г. Комментарий к Федеральному закону «Об инвестиционных фондах». М.: Юстицинформ, 2003. С. 56.

²⁶ Петров А. Интервью // Коммерсантъ. 2003. 18 окт. С. 9.

²⁷ Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

щи.²⁸ Эта система должна вбирать в себя как традиции, наработанные адвокатурой, так и инструменты современного управления, обеспечивающего качество юридической помощи.

Такой научный подход фактически используют и очень многие зарубежные исследователи, которые не игнорируют анализ всего спектра проявлений сущности адвокатуры.²⁹ Так, немецкий профессор К. Штерн в докладе, посвященном столетию немецкой свободной адвокатуры, особо выделил «публично-правовую природу института адвокатуры». Точки зрения о том, что институт адвокатуры выражает пуб-

личный интерес, придерживаются и другие зарубежные исследователи западноевропейской адвокатуры.³⁰

Таким образом, автору статьи видится неприемлемым полное игнорирование возможности и оправданности координации деятельности адвокатуры, ибо аргумент относительно ее «абсолютной самоуправляемости» не основан на научном анализе сущности анализируемого института, не учитывает всего диапазона актуальных тенденций и представлений в теории самоуправления.

²⁸ См.: Гаврилов С.Г. Стержневая триада адвокатуры: квалифицированность, качество, корпоративность // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. М., 2008, № 1. С. 12.

²⁹ См.: Stern K. Anwaltschaft und Verfassungsstaat. Festrede bei der "100 Jahre freie Advokatur" in der Frankfurter Paulskirche. - C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. - Munchen, 1980.

³⁰ См.: Ostler F. Die deutschen Rechtsanwälte 1871 - 1971. Essen, 1971; Langewiesche D. Liberalismus und Demokratie. - Dusseldorf. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 УПК РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 2.