

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

В данном учебнике использован обширный эмпирический материал, данные социологических исследований, судебная практика. Приводятся примеры участия адвокатов в конкретных гражданских и уголовных делах. Эмпирический материал, содержащийся в работе, был использован преподавателями кафедры адвокатуры международно-правового факультета при чтении студентам лекций по проблемам адвокатуры в 2013—2014 и 2014—2015 учебных годах. Основные разделы публикации подготовлены с учетом пожеланий и замечаний студентов этого факультета при чтении им курса лекций по адвокатуре.

Предлагаемый уважаемому читателю учебник является плодом труда многочисленных авторов, представляющих как практикующих адвокатов, членов научного юридического сообщества, так и правоприменителей.

В работе над учебником приняли участие Постоянный представитель РФ в Европейском Суде по правам человека — заместитель министра юстиции РФ, к. ю. н. Г.О. Матюшкин и Генеральный прокурор РФ в почетной отставке, к. ю. н. В.Г. Степанков, которым весь авторский коллектив выражает искреннюю благодарность за плодотворное сотрудничество.

*А.А. Клишин,
А.А. Шугаев*

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации;
ВАС РФ — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации;
ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации;
ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации;
ЖК РФ — Жилищный кодекс Российской Федерации;
Закон об адвокатуре — Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;
ЗК РФ — Земельный кодекс Российской Федерации;
КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;
НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации;
СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации;
ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации;
УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации;
УПК РФ — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации.

ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И АДВОКАТУРЫ

§ 1. Общие вопросы

Адвокат (от лат. *advocatus* — «призванный»; англ. *lawyer, barrister, advocate*) — юрист, оказывающий профессиональную правовую помощь посредством консультаций, рекомендаций, защиты обвиняемого на всех стадиях следствия и суда, представления интересов потерпевшего и т. д.

В Древнем Риме (доимперский период) «адвокатами» называли родственников и друзей тяжущегося, которых он просил сопровождать его на суд. Во времена Римской империи этим термином стали обозначать судебных защитников.

В Европе, как в научном, так и в повседневном языке, термином «адвокатура» (*advocatio, avvocatio, abogacia, advocacy* и др.) обозначают понятие деятельности, отличной от деятельности поверенных, что подразумевает функционирование специального сословия профессиональных юристов.

В русском разговорном языке термин «адвокатура» стал означать с середины XIX в. профессию адвоката, отличающегося от оказывающих юридическую помощь поверенных, которые могут и не быть юристами, а также объединение адвокатов в какую-либо структуру.

В советский период (1917—1991) этот термин стал обозначать юристов-профессионалов, объединенных в коллегии для оказания юридической помощи физическим и юридическим лицам (разъяснение правовых вопросов, составление договоров, жалоб, представительство в суде и т. п.), так как коллегии адвокатов являлись практически единственной формой объединения лиц, оказывающих юридическую помощь на профессиональной основе.

В соответствии с Законом СССР от 30 ноября 1979 г. «Об адвокатуре в СССР» коллегия адвокатов являлась добровольным объединением

лиц, занимавшихся адвокатской деятельностью. Но что такое адвокатская деятельность — Закон не уточнял¹.

Большинство современных ученых, занимающихся исследованиями в области адвокатуры и адвокатской деятельности, сходятся во мнении, что адвокатской деятельностью является юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе физическим и юридическим лицам путем правового консультирования, организации защиты или представительства интересов в конституционном, гражданском, арбитражном, административном и уголовном судопроизводстве, предоставления иных видов юридической помощи в соответствии с законодательством РФ. В принципе можно согласиться с подобной формулировкой.

Адвокатская деятельность не является предпринимательской.

Не является адвокатской деятельностью юридическая помощь, оказываемая клиентам:

- работниками правовых служб предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности, а также сотрудниками органов государственной власти и органов местного самоуправления;
- владельцами и работниками зарегистрированных в установленном порядке организаций, хозяйственных обществ и товариществ, оказывающих юридические услуги, а также индивидуальными предпринимателями;
- нотариусами, патентными или частными поверенными либо другими лицами, которые законом специально уполномочены на ведение своей профессиональной деятельности, не связанной с адвокатской.

В дальнейшем мы будем рассматривать более подробно факторы, влияющие на адвокатскую деятельность, делающие ее более профессиональной, юридически оформленной и находящейся под внутренним контролем сообщества адвокатов. Адвокат — это лицо, которое в установленном законом порядке получило статус адвоката и право на осуществление адвокатской деятельности. Адвокат не может состоять на государственной службе или занимать оплачиваемую должность в органах местного самоуправления. В этом вопросе мнение ученых и практических работников одинаково. Споры вызывает занятие адвокатом коммерческой деятельностью. Здесь мнения расходятся. На наш взгляд, возможность для адвоката заниматься предпринимательской деятельностью должна находиться под его внутренним контролем, ее границы определяются адвокатской этикой.

Правовой статус адвоката подводит нас к формулировке понятия «адвокатура» в современном звучании, и мы можем сказать, что адво-

¹ Свод законов СССР. М., 1985. Т. 10. С. 109.

катура является профессиональным сообществом лиц, получивших статус адвоката и занимающихся адвокатской деятельностью.

Не входя в структуру органов государственной власти и органов местного самоуправления, адвокатура может и должна служить инструментом гражданского общества, с помощью которого общество сохраняет баланс между общественными и государственными интересами и интересами отдельных граждан. В этом и состоит главная задача адвокатуры, решение которой достигается через определенные правовые механизмы, в соответствии с тем принципом, что человек, его права и свобода являются высшей ценностью.

Таким образом, основой и центром правовой системы России должен быть человек. Защита его прав и свобод и есть задача адвокатуры, которая должна этому содействовать как инструмент гражданского общества.

В настоящее время в мире насчитывается около 5 млн адвокатов. Сюда входят примерно 1 млн адвокатов из США, 500–600 тыс. — из стран Европейского сообщества, 500 тыс. — из Индии, 350 тыс. — из Бразилии и примерно 2,5 млн — из остального мира. В целом, включая Японию, можно сказать, что, чем более развита страна, тем большее количество адвокатов в ней работает. За последнее время в западном полушарии количество представителей этой профессии значительно возросло. И если, скажем, в 1970 г. только несколько юридических фирм имели в своем штате 100 адвокатов и более, то сейчас в мире насчитывается около 1,5 тыс. мегафирм. Существенно возрос и объем сумм, на которые были оказаны юридические услуги¹.

В России до принятия Закона об адвокатуре² было 47 288 адвокатов, объединенных в 145 коллегий адвокатов³.

В настоящее время в реестры адвокатов субъектов Российской Федерации включено свыше 65 тыс. адвокатов, организованных в коллегии, бюро и адвокатские кабинеты. Самое большое количество адвокатов — свыше 10 тыс. — зарегистрировано сегодня в Москве⁴.

Суть адвокатуры и адвокатской деятельности как института, призванного представлять интересы личности и частного капитала, долгое время по политическим причинам в СССР замалчивалась. Адвокат обязан был «служить социалистическому правосудию и делу укрепления социалистической законности», что превращало его в лицо, состоящее

¹ Mylletat R. *Law and practice* // Juriste International. 2008. Aug.

² СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

³ Российский адвокат. 2002. № 5. С. 2.

⁴ <http://www.advokatymoscow.ru>

на службе государства и выполняющее определенные политические функции¹. Сегодня в связи с тенденцией к построению в России правового государства понятие адвокатуры, ее социальный статус существенно меняются, происходят сложные процессы осмысления своей роли и в самом адвокатском сообществе.

Долгое время считалось, что адвокат как человек, разбирающийся в юридических науках, нужен только тогда, когда возникают проблемы с уголовным законом. В Юридическом словаре 1953 г. утверждалось, что деятельность адвокатуры является одной из форм претворения в жизнь права обвиняемого на защиту². До сих пор бытует мнение, что адвокат в России — это необходимая фигура только в уголовном процессе. Российская ментальность такова, что зачастую россияне считают себя крупными специалистами в трех областях: здравоохранении, политике и юриспруденции. И по этой причине многие полагают для себя зазорным обратиться, скажем, к адвокату за помощью по жилищным, бракоразводным, трудовым делам, хозяйственным спорам и т. п. и, отметим, очень многое для себя в связи с этим теряют. И речь в этом случае идет не только о гражданах, но и о юридических лицах. Исходя из опыта работы различных коллегий адвокатов России можно утверждать, что очень часто к адвокатам обращаются руководители хозяйственных обществ, товариществ, которые вовремя не обратились за юридической помощью к квалифицированным юристам и из-за этого проиграли все мыслимые и немыслимые судебные процессы. Когда начинаешь разбираться в сути их проблем, убеждаешься, что всех этих проигрышей можно было избежать, если бы эти лица не поленились сходить предварительно на прием к адвокату.

Тем не менее ситуация с оказанием гражданам и юридическим лицам адвокатами квалифицированной юридической помощи начинает постепенно меняться. С возрождением в России гражданского общества и хозяйственного оборота возникла острая необходимость в квалифицированных юристах, которые в состоянии разрешать возникающие в этих условиях юридические проблемы. Сегодня, по мере развития рыночных отношений, можно с уверенностью утверждать, что центр тяжести в работе адвокатов переместился с защиты прав отдельного человека (в основном в уголовном процессе) к защите экономических прав и интересов бизнеса в гражданско-правовых отношениях.

¹ Хаски Ю. Российская адвокатура и Советское государство: Происхождение и развитие советской адвокатуры (1917–1939). М., 1993. С. 45.

² Юридический словарь. М., 1953. С. 15.

При этом юридический императив «каждый гражданин имеет право на адвоката» является фактически частным случаем общепризнанного права, гарантирующего каждому доступ к правосудию. Именно в таком контексте определена роль адвоката Европейским Судом по правам человека в деле «Голдер (*Golder*) против Соединенного Королевства».

В своей жалобе Голдер утверждал, что отказ министра внутренних дел разрешить ему, заключенному, проконсультироваться у адвоката, является нарушением Конвенции, гарантирующей каждому право доступа к правосудию. Суд, истолковав п. 1 ст. 6 Конвенции, пришел к выводу, что невозможность воспользоваться услугами адвоката является нарушением права доступа к правосудию. Было подтверждено, что обеспечение доступа к правосудию является повсеместно признанным принципом права. Суд установил, что отказ заключенному вступить в переписку с адвокатом в свою очередь является нарушением права на доступ к правосудию, поскольку контакт с адвокатом является предварительным шагом к возбуждению гражданского дела. Довод правительства о том, что после выхода из тюрьмы Голдер имел возможность обратиться в суд по своему выбору и таким образом реализовать право на доступ к правосудию, был отклонен ЕСПЧ в связи с тем, что создание препятствий для действенного осуществления права, даже если такое препятствие носит временный характер (на период нахождения Голдера в тюрьме), может оказаться равносильным нарушению указанного права¹.

Закон об адвокатуре установил официальные определения понятий «адвокат», «адвокатура» и «адвокатская деятельность». В соответствии с ч. 1 ст. 3 Закона адвокатура признана профессиональным сообществом адвокатов, являющимся институтом гражданского общества, не входящим в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Адвокат — лицо, получившее в установленном Законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность, независимый профессиональный советник по правовым вопросам (ч. 1 ст. 2 Закона).

Адвокатская деятельность в свою очередь определена как квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном Законом об адвокатуре, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию (ч. 1 ст. 1 Закона).

¹ Европейский Суд по правам человека: Избр. решения: В 2 т. М., 2000. Т. 1. С. 39–80.

Рассмотрим предложенные законодателем трактовки подробнее:

Понятие «адвокат» состоит из двух частей: первая определяет его правовую (статусную) сторону, вторая — функциональную, т.е. предназначение адвоката.

Адвокат — это лицо, получившее в порядке, установленном Законом, статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность.

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам. Здесь раскрывается функциональная сторона понятия, определяющая профессиональное позиционирование адвоката.

Таким образом, законодатель прямо указывает на необходимость единства законности приобретения адвокатского статуса и независимости адвокатской деятельности как основополагающего условия адвокатской профессии в Российской Федерации.

Также четко Закон регламентирует и порядок осуществления адвокатом своей профессиональной деятельности, права и обязанности адвоката. Так, адвокату запрещено помимо адвокатской заниматься другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской или иной творческой деятельности. Законодатель также предусматривает возможность совмещения адвокатской деятельности с работой в качестве руководителя адвокатского образования, а также с работой на выборных должностях в адвокатской палате субъекта Федерации, Федеральной палате адвокатов РФ и общероссийских и международных общественных объединениях адвокатов.

Федеральный закон не ограничивает адвоката территорией, на которой он вправе осуществлять свою деятельность. При этом никто не может требовать от адвоката, проживающего на другой территории или внесенного в иной региональный реестр, какого-либо разрешения для выполнения своих обязанностей на «чужой» территории. Это дает лицу (физическому или юридическому) возможность приглашать адвокатов из других регионов, что служит в свою очередь дополнительной гарантией правовой защиты лица.

Понятие «адвокатура» является производным, образованным как объединяющая и определяющая трактовка всего адвокатского сообщества и выступающая в демократическом, правовом обществе основным институтом по оказанию профессиональной юридической помощи. При этом правоопределяющей особенностью адвокатуры является то, что она является институтом не государственной власти, а гражданского общества (т.е. обладает публично-правовым характером), пользуется автономией, независимостью, самоуправлением. Таким образом, адвокатура занимает центральное место в числе органов, призванных оказывать юридическую помощь без использования властных полномочий.

§ 2. Признаки адвокатской деятельности

Основными признаками **адвокатской деятельности** согласно определению, данному Законом об адвокатуре (ст. 1), являются:

- оказание квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам;
- оказание такой помощи лицами, работающими на профессиональной основе;
- лица, оказывающие юридическую помощь, должны иметь статус адвоката, который получается в порядке, установленном Законом об адвокатуре;
- целями этой деятельности являются:
 - защита прав, свобод и интересов доверителей;
 - обеспечение доступа к правосудию.

При этом, следуя букве закона, только наличие в деятельности одновременно всех указанных выше признаков дает основание к признанию ее адвокатской. Так, не может быть признана адвокатской деятельностью деятельность, не связанная с оказанием квалифицированной юридической помощи (например, регистрация предприятий в регистрационных органах, хождение по инстанциям с целью получения различных документов или их копий, участие в переговорах, не несущих квалифицированного правового характера, выполнение иных поручений доверителей неюридического характера, в том числе дача экономических, финансовых и иных не основанных на законодательных нормах разъяснений и консультаций, и др.).

Также не может являться адвокатской деятельностью, хотя и связанная с оказанием квалифицированной юридической помощи, однако оказываемая лицами, не имеющими статуса адвоката, полученного в установленном Законом порядке. В качестве примера здесь можно привести профессиональную деятельность известных зарубежных юридических фирм, имеющих офисы на территории нашей страны.

Не является адвокатской деятельностью лица, имеющего статус адвоката, не связанная с защитой прав, свобод и интересов заявителей, а также с обеспечением доступа к правосудию (например, наведение справок коммерческого характера о партнере клиента, частная детективная работа либо работа, связанная с выполнением других технических, вспомогательных, организационных, распорядительных, административных функций в интересах доверителя). В связи с этим выполнять подобные обязанности на платной основе адвокат не вправе.

Понимание этого деления важно, поскольку подобная деятельность адвоката входит в противоречие с Законом об адвокатуре и может рассматриваться правоохранительными органами как иная (не адвокатская) деятельность лица, имеющего соответствующий статус. То есть в этом случае ст. 8 Закона об адвокатуре, определяющая правовые гарантии профессиональной деятельности адвоката, не может быть применена.

Здесь необходимо сказать об иных видах юридической помощи, не относящихся к адвокатской деятельности. Это юридическая помощь, оказываемая работниками юридических служб организаций, работниками органов государственной власти и местного самоуправления, участниками и работниками юридических фирм, индивидуальными предпринимателями, нотариусами и патентными поверенными (за исключением случаев, когда в качестве патентного поверенного выступает адвокат) и другими лицами, специально уполномоченными законом на ведение своей профессиональной деятельности.

На практике может возникнуть вопрос: является ли адвокатской деятельностью деятельность адвоката, получившего статус адвоката, но не состоящего ни в одном из адвокатских образований. Дело в том, что нормы Закона об адвокатуре, устанавливая порядок приобретения статуса адвоката, нигде не упоминают об обязательной принадлежности адвоката к той или иной адвокатской структуре (адвокатскому кабинету, адвокатскому бюро, коллегии адвокатов).

Тем не менее адвокатской деятельностью деятельность адвоката, не состоящего ни в одном адвокатском образовании, признана быть не может. В соответствии со ст. 20 Закона об адвокатуре перечень форм адвокатских образований является исчерпывающим. Если адвокат отказался от участия в каком-либо из адвокатских образований (коллегия, бюро), он вправе осуществлять адвокатскую деятельность индивидуально. В этом случае он может учредить только адвокатский кабинет. Таким образом, осуществлять адвокатскую деятельность в иных, не предусмотренных Законом формах адвокат не вправе.

Кроме того, адвокат оказывает юридическую помощь только на основании соглашения с клиентом, а существенным условием соглашения наряду с другими является и указание на принадлежность адвоката к адвокатскому образованию. Таким образом, в случае отсутствия в соглашении такого существенного условия договор с клиентом будет считаться недействительным, а значит, не порождающим никаких взаимных прав и обязанностей. Следовательно, для адвоката будет отсутствовать основной критерий, характеризующий адвокатскую деятельность: сама юридическая помощь.