

Отзыв на проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи

Общий смысл проекта Концепции регулирования «рынка профессиональной юридической помощи» (далее – Концепция) сводится к предложению реформировать его путем введения исключительного права адвокатов оказывать квалифицированную юридическую помощь (со ссылкой на ст. 48 Конституции Российской Федерации¹).

Предлагается установить порядок, согласно которому для того, чтобы оказывать юридическую помощь, статус адвоката должны получить представители юридического бизнеса, а также юридические консультанты, осуществляющие деятельность в составе некоммерческих организаций. Для этого предполагается реорганизовать адвокатуру, в частности, предоставить право вступления адвокатского образования от своего лица в договорные отношения с доверителями по оказанию квалифицированной юридической помощи, а также возможность найма адвоката другим адвокатом или адвокатским образованием (раздел 3.2 Концепции).

Также предусматривается, что деятельность по оказанию квалифицированной юридической помощи не будет являться предпринимательской, при этом адвокатские образования получат возможность использовать и распределять финансовый результат деятельности в порядке, установленном их учредительными документами (раздел 4.1 Концепции). Соответственно в качестве новации предлагается введение новой организационной формы адвокатской деятельности – адвокатского партнерства, имеющего некоммерческий характер деятельности, но позволяющего более гибко регулировать вопросы распределения гонораров между адвокатами, корпоративного управления, оформления взаимоотношений адвокатов между собой и с клиентами (раздел 4.2 Концепции).

Нельзя не признать, что рынок юридических услуг действительно нуждается в реформировании.

Вместе с тем Концепция вызывает следующие принципиальные замечания:

1) отсутствие учета правовых позиций Конституционного Суда РФ по поводу ограничений на судебное представительство;

2) концептуально неверные походы к определению предмета и выбору приемов правового регулирования.

¹ Российская Федерация – далее РФ.

I. Отсутствие учета правовых позиций Конституционного Суда РФ по поводу ограничений на судебное представительство

Вопрос об ограничениях на судебное представительство только адвокатами уже неоднократно был предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ.

Основным из принятых решений является Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан», в котором этот вопрос рассматривался применительно к представительству интересов организаций в арбитражном процессе.

Следует отметить, что ссылка на данное Постановление отсутствует в разделе 2 Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи, а содержащиеся в нем положения Конституционного Суда РФ не учтены при ее разработке.

В указанном Постановлении Конституционный Суд РФ выработал следующие правовые позиции:

1. Часть 5 ст. 59 Арбитражного процессуального кодекса РФ (в настоящее время отменена) является не соответствующей Конституции РФ в той мере, в какой она в системной связи с п. 4 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в действующей системе правового регулирования исключает для выбранных организациями лиц, оказывающих юридическую помощь, возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей, если они не относятся к числу адвокатов или лиц, состоящих в штате этих организаций (п. 1 резолютивной части).

Причиной этого послужило то, что законодатель избрал критерием для ограничения допуска к участию в качестве представителей в арбитражном процессе не квалификационные требования, связанные с качеством юридической помощи и необходимостью защиты соответствующих публичных интересов, а лишь организационно-правовую форму, в которой выступает участник судопроизводства, нуждающийся в юридической помощи (абз. 2 п. 4 мотивировочной части).

2. Институт судебного представительства является одним из правовых средств (способов) реализации конституционного права на судебную защиту,

через который обеспечивается получение квалифицированной юридической помощи и доступ к правосудию (абз. 2 п. 2 мотивировочной части).

Соответственно прерогативой законодателя является установление критериев квалифицированной юридической помощи и обусловленных ими особенностей и условий допуска тех или иных лиц в качестве защитников или представителей в конкретных видах судопроизводства (абз. 4 п. 2 мотивировочной части).

3. Правило диспозитивности распространяется и на процессуальные отношения, возникающие в связи с выбором лицами, участвующими в деле, представителей для отстаивания своих интересов и допуском выбранных ими представителей к участию в судебном заседании (абз. 5 п. 3 мотивировочной части).

Отступление от принципа диспозитивности при выборе представителя в процессе возможно лишь, если ограничения, установленные федеральным законодателем, продиктованы конституционно значимыми целями, закрепленными в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ (абз. 6 п. 3 мотивировочной части).

При этом следует обратить внимание, что Конституционный Суд РФ разделяет защитников (адвокатов) и иных представителей, а, самое главное, подчеркивает право стороны в процессе на выбор между ними (см., например, абз. 2 п. 2, абз. 5 п. 3 мотивировочной части). Данное право не объявляется безусловным и может быть ограничено, но обязанностью законодателя является не допускать несоразмерных ограничений при определении условий и критериев допуска представителей организации для участия от ее имени в арбитражном процессе (абз. 6 п. 2 мотивировочной части).

Применительно к уголовному процессу Конституционный Суд РФ в Определении от 05.12.2003 № 446-О отмечал, что лишение потерпевшего, гражданского истца, частного обвинителя «права обратиться за юридической помощью к тому, кто, по их мнению, вполне способен оказать квалифицированную юридическую помощь, фактически приводило бы к ограничению свободы выбора, к понуждению использовать вопреки собственной воле только один, определенный способ защиты своих интересов, и противоречило бы статье 52 Конституции РФ, согласно которой права потерпевших от преступлений подлежат охране законом, а государство обеспечивает им доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба» (абз. 4 п. 3 мотивировочной части).

4. Конституция РФ гарантирует возможность оказания юридической помощи другим организациям и гражданам, в том числе путем судебного

представительства, как организациям, так и частнопрактикующим юристам на основании соответствующих гражданско-правовых договоров (абз. 1-2 п. 4 мотивировочной части).

5. Предоставление возможности осуществления судебного представительства только адвокатам нарушает конституционный принцип юридического равенства, поскольку адвокаты и их объединения произвольно ставятся в привилегированное положение по отношению к частнопрактикующим юристам и организациям, предметом деятельности которых является оказание юридических услуг, включая представительство в суде (абз. 3 п. 4 мотивировочной части).

6. Обозначенные выше выводы касаются не только арбитражного судопроизводства, но и конституционного, гражданского, административного, уголовного (применительно к потерпевшим), что вытекает из абз. 4 п. 2 и из абз. 3-8 п. 3 мотивировочной части.

Кроме того, ни в одном из решений Конституционного Суда РФ, указанных в разделе 2 Концепции (постановления от 28.01.1997 № 2-П, от 26.12.2003 № 20-П, от 09.07.2012 №17-П, определения от 05.12.2003 № 446-О и № 447-О, от 05.02.2004 № 25-О), нет упоминания о возможности введения адвокатской монополии, напротив, везде подчеркивается право выбора участниками судопроизводства своего судебного представителя, которое законодатель ликвидировать не может даже в уголовном процессе.

Исходя из изложенного, можно сделать следующие выводы:

1) отступления от принципа диспозитивности в части судебного представительства могут быть только частичными, а не полными. В противном случае изменяется содержание этого принципа, поскольку устраняется право выбора участниками судопроизводства своего судебного представителя (законодательные ограничения не могут полностью ликвидировать конституционное право);

2) под установлением критериев квалифицированной юридической помощи Конституционный Суд РФ не подразумевал лишение права выбора судебного представителя между адвокатами и иными лицами. Примером повышения качества юридической помощи без введения адвокатской монополии является ч. 2 ст. 53 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которой представителями сторон (помимо представителей по должности) могут быть адвокаты или лица, имеющие ученую степень по юридической специальности. Причем данное правило не может быть изменено федеральным законом;

3) предоставление возможности осуществления судебного представительства только адвокатам нарушает конституционные принципы диспозитивности, юридического равенства, а также конституционные гарантии охраны прав граждан и их судебной защиты, осуществления деятельности по оказанию юридических услуг;

4) можно говорить о подмене используемых Конституционным Судом РФ понятий «квалификационные требования, связанные с качеством юридической помощи», «критерии квалифицированной юридической помощи», «критерии допуска к участию в процессе» на условия получения статуса адвоката, а также об искажении логики правового регулирования: поскольку нельзя устанавливать преимущества одним, то осуществление деятельности запрещается другим и тем самым устраняются объекты для сравнения и выявления преимуществ.

II. Концептуально неверные походы к определению предмета и выбору приемов правового регулирования

Это выражается в следующем:

1. В предложении об установлении одинакового правового режима для судебного представительства и для юридического консультирования со ссылкой на конституционно закрепленное право на квалифицированную юридическую помощь. Однако то, что государство обязано обеспечивать реализацию этого права, не означает, что предоставление квалифицированной юридической помощи может осуществляться только одним способом – через адвокатов.

Юридические консультации являются разновидностью гражданско-правовых услуг, оказание которых основано на частноправовых принципах регулирования, в частности, на свободе договора и недопустимости произвольного вмешательства государства в частные дела. Кроме того, дачу консультаций по правовым вопросам невозможно отделить от других видов консультирования, например, без учета правовых аспектов невозможно давать консультации ни по бухгалтерскому учету, ни по налогообложению, ни по корпоративному управлению. Также консультационные услуги оказываются в рамках целого ряда видов профессиональной деятельности, например, банковской (п. 7 ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»), аудиторской (пп. 2, 4 и 5 ч. 7 ст. 1 Федеральный закон от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»).

При осуществлении судебного представительства, где адвокаты традиционно играют ведущую роль, выполняется публичная функция.

Например, в отношении адвокатов Конституционный Суд РФ отмечает, что «будучи независимым профессиональным советником по правовым вопросам, на которого законом возложена публичная обязанность обеспечивать защиту прав и свобод человека и гражданина (в том числе по назначению судов), адвокат ...осуществляет деятельность, имеющую публично-правовой характер, реализуя тем самым гарантии права каждого на получение квалифицированной юридической помощи (абз. 4 п. 2 мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ от 17.12.2015 № 33-П «По делу о проверке конституционности пункта 7 части второй статьи 29, части четвертой статьи 165 и части первой статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А.В. Баляна, М.С. Дзюбы и других»).

При этом выделение публичных функций адвокатов не просто декларация. Их наличие налагает серьезные особенности осуществления адвокатской деятельности: в отношении с клиентом вступает адвокат, а не адвокатское образование; адвокат сам получает вознаграждение за свою деятельность; суд может пожаловаться в адвокатское образование на нарушение адвокатом профессионально-этических норм; необходимость соблюдения адвокатской тайны и др.

У представителей юридического бизнеса другая структура отношений и статус. Они, в основном, осуществляют сопровождение бизнеса по всему комплексу возникающих вопросов и соответственно для этого привлекается целый ряд специалистов, которые не обладают правами и обязанностями адвокатов и действуют от имени юридического лица, с которым клиенты и заключают договоры.

Введение адвокатской монополии на юридические услуги тут же повлечет за собой необходимость изменения структуры адвокатской деятельности по аналогии с бизнес-структурами.

2. В попытке искусственно преобразовать предпринимательскую деятельность в непредпринимательскую.

Оказание юридических услуг на систематической основе является предпринимательской деятельностью со всеми присущими ей признаками и психологией осуществления.

Адвокатская деятельность по оказанию правовой помощи не является предпринимательской (ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Установление одинакового правового режима для адвокатской деятельности по оказанию правовой помощи и для деятельности хозяйствующих субъектов по оказанию юридических услуг приведет к тому,

что предпринимательская деятельность будет просто директивно объявлена непредпринимательской, хотя ее суть не изменяется. Отсюда в Концепции заложены два серьезных противоречия: во-первых, рынок юридических услуг назван рынком юридической помощи, хотя известно, что продуктом предпринимательской деятельности являются товары, работы, услуги, а не помощь; во-вторых, деятельность по оказанию юридических услуг провозглашается непредпринимательской, но при этом адвокатские образования получают возможность использовать и распределять финансовый результат деятельности в порядке, установленном их учредительными документами, что характерно для коммерческих организаций (п. 1 ст. 50 Гражданского кодекса РФ).

3. В нарушении законодательства о конкуренции.

При введении адвокатской монополии получится, что осуществление деятельности по оказанию юридических услуг запрещается другим субъектам и тем самым конкуренция между хозяйствующими субъектами разных видов (осуществляющих предпринимательскую деятельность и некоммерческих организаций) преобразуется в конкуренцию между некоммерческими организациями одного вида (адвокатскими образованиями) и адвокатами, а коммерческие организации и индивидуальные предприниматели из конкурентной среды устраниются.

В то же время государственным органам запрещается введение ограничений в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов или введение ограничений в отношении осуществления отдельных видов деятельности (п. 1 ч. 1 ст. 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

4. В предложении ввести новую организационно-правовую форму адвокатской деятельности – адвокатского партнерства, имеющего некоммерческий характер деятельности, но позволяющего регулировать вопросы распределения гонораров между адвокатами, корпоративного управления, оформления взаимоотношений адвокатов между собой и с клиентами (т. е. имеющего статус юридического лица).

Однако в результате реформы гражданского законодательства от такой организационно-правовой формы некоммерческой организации как некоммерческие партнерства отказались. Они подлежат преобразованию в ассоциации или союзы (части 5, 7, 8 ст. 3 Федерального закона от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»).

5. В Концепции не предлагается никаких альтернативных способов повышения качества юридической помощи.

Вместе с тем такой способ, который в данном случае может рассматриваться как альтернативный, уже действует применительно ко многим видам предпринимательской и иной профессиональной деятельности. Это институт саморегулирования (см. Концепцию совершенствования механизмов саморегулирования, утвержденную распоряжением Правительства РФ от 30.12.2015 № 2776-р).

Использование данного института на рынке юридических услуг (кроме лиц, для которых уже установлено лицензирование или членство в саморегулируемых организациях) с учетом уже наработанного опыта в других сферах позволит без кардинальной перестройки этого рынка решить вопросы повышения качества юридических услуг и ответственности лиц, их оказывающих, за нарушение законодательства и профессионально-этических правил. Соответственно для субъектов, оказывающих юридические услуги, но не являющихся адвокатами, критерием качества их услуг станет членство в саморегулируемой организации. Такое членство может быть установлено как на добровольной основе, так и обязательное.

Общие выводы

Содержащееся в проекте Концепции регулирования «рынка профессиональной юридической помощи» предложение о введении адвокатской монополии как при осуществлении судебного представительства, так и при оказании юридических услуг – неприемлемо. Клиенту должно быть сохранено право выбора лиц, оказывающих юридическую помощь/юридические услуги.

Для иных лиц, оказывающих юридическую помощь/юридические услуги и не являющихся адвокатами и адвокатскими образованиями (кроме тех лиц, для кого уже установлено лицензирование или членство в саморегулируемых организациях), целесообразно ввести механизм саморегулирования их деятельности.

Член Президиума
Ассоциации юристов России,
Заведующий кафедрой «Регулирование
деятельности финансовых институтов»
Факультета финансов и банковского дела
РАНХиГС при Президенте РФ,
д.ю.н., профессор

А.В. Турбанов

30 марта 2016 г.