



с. 14–15

Ловушка для адвоката



№ 22

(087)

16–30 ноября
2010

с. 4–5

Предел уступчивости

НОВАЯ АДВОКАТСКАЯ ГАЗЕТА

ОРГАН ФЕДЕРАЛЬНОЙ ПАЛАТЫ АДВОКАТОВ РФ

ISSN 1995-9699

ДОГНАТЬ ПОСЛЕДНИЙ ВАГОН

Министерство юстиции намерено включить рычаги регулирования для рынка юридических услуг



29 октября в Федеральной палате адвокатов состоялось очередное заседание Совета ФПА. В работе Совета приняли участие заместитель министра юстиции Юрий Любимов и директор Департамента по вопросам правовой помощи и взаимодействия с судебной системой Министерства юстиции РФ Елена Борисенко.

Начало. Окончание на с. 2

ВНЕСЕНЫ ИЗМЕНЕНИЯ В ЗАКОН О КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ

8 ноября (Право.ру). Президент РФ подписал Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в ФЗ “О Конституционном Суде РФ”». Отменяются возрастные ограничения для Председателя КС, изменяется организационная структура суда и устанавливается возможность рассматривать определенную категорию дел без проведения слушаний. В пояснительной записке говорится, что эти изменения направлены на оптимизацию процедуры судопроизводства. Независимые эксперты, напротив, полагают, что корректировки грозят потерей независимости и самостоятельности суда, уменьшат возможности для обращения граждан в КС.

ПЕРЕЧЕНЬ ДИСЦИПЛИНАРНЫХ ВЗЫСКАНИЙ ДЛЯ СУДЕЙ МОЖЕТ БЫТЬ РАСШИРЕН

9 ноября (пресс-служба ФПА РФ). К внесению в Госдуму готовится законопроект, расширяющий перечень дисциплинарных взысканий, а также оснований для их применения в отношении судей. Соответствующие поправки в ст. 12.1 Федерального закона «О статусе судей» разработаны Общественной палатой РФ совместно с ФПА РФ. По словам президента ФПА РФ Е.В. Семеняко, изменения направлены на то, чтобы исключить возможность произвола как со стороны судей, так и по отношению к ним. Предлагается, в частности, привлекать судью к ответственности за умышленное нарушение норм права, невыполнение служебных обязанностей и недостойное поведение.

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ ХОДОРКОВСКОГО И ЛЕБЕДЕВА СТАНЕТ ЗНАКОВЫМ

9 ноября (пресс-служба ФПА РФ). В Общественной палате РФ состоялась пресс-конференция «Реформа правоохранительной системы. Перспективы введения в РФ института ответственности судей за принимаемые ими решения». Президент ФПА РФ Е.В. Семеняко привлек внимание к процессу по делу Ходорковского и Лебедева, для которых прокурор потребовал по 14 лет заключения. «Решение по этому делу станет знаковым. Адвокаты и общественность будут удивлены, если новый суд завершится удовлетворением требований прокурора, – сказал президент ФПА. – Повторение обвинительного заключения Ходорковскому стало бы свидетельством того, что на судью оказывается давление».



Адвокатская
экспертиза

с. 3



Реклама
на асфальте

с. 6–7



Адвокатское
совместе-
тельство

с. 8–9

ДОГНАТЬ ПОСЛЕДНИЙ ВАГОН

Окончание. Начало на с. 1

Высокие гости из Минюста обозначили главную проблему, стоящую сегодня перед адвокатурой и государством, — унификацию юридических услуг. По мнению чиновников, ситуация в этой сфере крайне запущенна: с 90-х гг. рынок юридических услуг государством практически не контролируется, большое число его участников действуют вне каких бы то ни было профессиональных, корпоративных и этических рамок, а среди тех, кто позиционирует себя в качестве консультантов, есть даже люди без юридического образования. Между тем за 20 лет сложились достаточно устойчивые формы различной юридической деятельности, приносящей ее организаторам солидные доходы. Адвокатура, по словам Юрия Любимова, находится далеко не в первых строчках среди получателей этих доходов. Здесь доминируют иностранные консалтинговые компании, пришедшие на российский рынок вслед за иностранными инвестициями.

Как сообщил Ю. Любимов, идея введения общих стандартов и правил в сфере юридической практики нашим иностранным партнерам не слишком нравится. Свою озабоченность в связи с планами российского Минюста провести реформу выразил министр юстиции Великобритании. Не приемлют предполагаемых новаций и многие российские юридические консультанты.

Однако дальнейшее развитие свободного и бесконтрольного рынка юридических услуг, по мнению представителей

Минюста, не только ведет к оттоку капитала за рубеж, но и ставит под угрозу отдельные аспекты политической самостоятельности и безопасности государства. Как заметила Елена Борисенко, мы находимся в положении пассажиров, догоняющих последний вагон уходящего поезда.

Существуют и другие, не менее важные причины для проведения реформы, в частности неудовлетворенность граждан уровнем оказываемых услуг, в том числе и профессиональными защитниками — адвокатами.

По мнению министра юстиции Александра Коновалова, адвокатура пока недостаточно эффективно очищается от недостойных членов и одним из содержательных направлений предстоящих преобразований должно стать повышение квалификационных требований к представителям адвокатской профессии. Это поможет, с одной стороны, поднять имидж адвокатуры, а с другой — отсечь от юридической практики некачественных консультантов.

Президент ФПА Евгений Семеняко поинтересовался: почему в Минюсте не видят тех усилий, которые прилагает корпорация для самоочищения, избавляясь от недостойных людей через сито квалификационных комиссий? На что Е. Борисенко ответила, что эта работа в разных регионах поставлена по-разному. В одних палатах, действительно, предъявляют высокие требования к соискателям статуса адвоката, в других — стать адвокатом совсем не сложно.

В настоящее время в Минюсте рассматривается около 20 вариантов прове-

дения реформ в сфере оказания юридической помощи. Наряду с возможностью приобретения всеми практикующими юристами статуса адвоката рассматривается вариант создания автономной саморегулируемой организации консультантов. Но конечной целью, как отметил Юрий Любимов, является создание единой корпорации с общими профессиональными и этическими стандартами и едиными органами корпоративного управления. В Минюсте хорошо понимают, что примирить все точки зрения на будущее профессии едва ли удастся. Как отметила Е. Борисенко, недовольные будут в любом случае, так как любое изменение всегда отражается на привычном укладе и сопряжено с решением новых задач. Скорее всего, придется подчиниться политической воле руководства страны. Однако Минюст заинтересован в том, чтобы этот процесс проходил максимально безболезненно, и рассчитывает на помощь адвокатского сообщества, которому, судя по всему, придется стать главной площадкой разворачивающихся преобразований. **АГ**



Елена Борисенко

Фото: Марина САМАРИ

Как может измениться законодательство

По словам Юрия Любимова, объединение профессии потребует внесения поправок в законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре, делающих его более гибким и приспособленным под нужды юридических консультантов:

■ предполагается дополнить закон нормами, регулирующими деятельность юридических фирм и позволяющими им развиваться в крупные юридические компании;

■ планируется усилить гарантии независимости адвоката и укрепить адвокатский статус, законодательно обеспечив процедуру адвокатского запроса, сохранения адвокатской тайны, участия адвокатуры в социальных программах по защите прав малообеспеченных граждан.

РЕГЛАМЕНТ ТРЕБУЕТ УТОЧНЕНИЯ

ФПА высказала предложения по доработке проекта Административного регламента

С информацией о новой редакции Административного регламента исполнения территориальными органами Министерства юстиции Российской Федерации государственной функции по ведению реестров адвокатов субъектов Российской Федерации и выдаче адвокатам удостоверений на заседании Совета ФПА выступил вице-президент ФПА Геннадий Шаров.

Он проинформировал коллег о том, что представленный в ФПА на правовую экспертизу проект регламента в целом получил положительную оценку в адвокатском сообществе, учтены многие ранее высказанные замечания и предложения ФПА и адвокатских палат субъектов РФ.

В то же время в проекте не учтены некоторые обстоятельства, касающиеся процедур присвоения статуса адвоката во взаимосвязи с принесением присяги претендентами, выдержавшими квалификационный экзамен, оформления уведомления квалификационной комиссии о присвоении претенденту статуса адвоката и других уведомлений квалификационной комиссии, а также некоторых особенностей восстановления статуса адвоката.

Эти замечания направлены в официальном письме директору профильного департамента Минюста Е.А. Борисенко. **АГ**

Наш корр.

Чего хочет Минюст от адвокатуры

В диалоге с членами Совета ФПА Елена Борисенко сформулировала основные проблемы, которые Министерство юстиции намерено решать совместно с адвокатским сообществом.

■ Неоднородность сообщества. Введение единых стандартов и объединение практикующих юристов в единую корпорацию — чрезвычайно сложная задача, которая усугубляется разным уровнем подготовки юристов. Мы могли бы двигаться быстрее, если бы внутри адвокатуры активнее проходили процессы самоочищения и профессиональной переподготовки (за день до заседания Совета в ФПА прошли два чрезвычайно важных рабочих заседания, одно из которых было посвящено выработке нового перечня вопросов для сдающих квалификационный экзамен на получение статуса адвоката, а второе — проблемам

применения Кодекса профессиональной этики адвоката. Подробная информация об этих событиях размещена на сайтах «АГ» и ФПА).

■ Невысокий профессионализм. Проблема невысокого уровня сферы правовой защиты — общая проблема всей правовой системы. Участники сферы юридической помощи в профессиональном отношении очень неоднородны. Это наблюдается не только вне адвокатуры, но и внутри ее. Процесс «профессионализации» должен стать всеобщим.

■ Неприятие другой позиции. Диалог адвокатов с независимыми консультантами не должен строиться в виде взаимных упреков и нападок. Из-за неумения понять и принять позицию другой стороны мы не можем наладить широкий и конструктивный диалог и двигаться к объединению, которое должно стать взаимоконфортным.



Учредитель: Федеральная палата адвокатов РФ

Издатель: Фонд поддержки и развития адвокатуры «Адвокатская инициатива»

Учреждена по решению
III Всероссийского
съезда адвокатов

Выходит два раза в месяц

Зарегистрирована 13 апреля 2007 г.
Федеральной службой по надзору
за соблюдением законодательства
в сфере коммуникаций
и охране культурного наследия

Свидетельство ПИ № ФС 77-27854

Куратор издания
Юрий ПИЛИПЕНКО,
вице-президент
ФПА РФ

Главный редактор
**Александр
КРОХМАЛЮК**,
руководитель
пресс-службы
ФПА РФ

Зам. главного редактора
Мария ПЕТЕЛИНА
Корреспондент
Марина СИЛАНОВА
Редактор-корректор
Наталья ШИБАСОВА
Макет, дизайн и верстка
Елена САХАРОВА
Подписка и распространение
Ольга ИГНАТОВА

Адрес редакции:

119002, г. Москва,
пер. Сивцев Вражек, д. 43
Тел.: (495) 787-28-35
Тел./факс: (495) 787-28-36
E-mail: advgazeta@mail.ru
www.advgazeta.ru

**Следующий номер
выйдет 1 декабря**

© «НОВАЯ АДВОКАТСКАЯ ГАЗЕТА»

Воспроизведение материалов полностью или частично без разрешения редакции запрещено. Редакция не несет ответственности за достоверность информации, содержащейся в рекламных объявлениях и авторских материалах. Мнение редакции может не совпадать с точкой зрения авторов. Присланные материалы не рецензируются и не возвращаются.

Отпечатано в ОАО
«Издательский дом
«Красная звезда»

123007, г. Москва,
Хорошевское шоссе, д. 38,
http://www.redstarph.ru

Номер подписан в печать
12.11.2010

**Тираж 3000
Заказ № 3912**

ПРОЕКТЫ

3

ПОЛИЦЕЙСКИЙ ЗАКОН
НА АДВОКАТСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ

29 октября состоялось заседание НКС ФПА РФ, посвященное подготовке поправок в законопроект «О полиции»

Адвокатское сообщество приняло активное участие во всенародном обсуждении проекта федерального закона «О полиции». Адвокаты и адвокатские образования направляли свои замечания и предложения как на сайт www.zakonoproekt2010, где был размещен текст законопроекта, так и в ФПА РФ. 27 октября доработанный законопроект был внесен Президентом РФ Дмитрием Медведевым в Государственную Думу.

В заседании НКС участвовали президент ФПА РФ, председатель НКС Е.В. Семеняко, первый вице-президент ФПА РФ Ю.С. Пилипенко, вице-президент ФПА РФ С.И. Володина, заместитель председателя Комитета Государственной Думы по делам СНГ и связям с соотечественниками Т.Н. Москалькова, ректор МГЮА В.В. Блажеев, руководители адвокатских палат, ученые-юристы и практикующие адвокаты. Вел заседание заместитель председателя НКС профессор В.В. Лазарев.

Валерий Лазарев:

Рассмотрение законопроекта в Государственной Думе предполагает внесение в него в дальнейшем не только текстуальных, но и содержательных поправок. Для обсуждения этого документа в первом и во втором чтении необходимы серьезные экспертные оценки, и адвокатское сообщество способно провести оценку на том высоком качественном уровне, на который рассчитывает законодатель».

Научно-консультативный совет обобщил предложения, поступившие из адвокатских палат субъектов Федерации. Это позволяет выработать консолидированную позицию сообщества и подготовить сводную таблицу поправок к законопроекту.

Евгений Семеняко:

Оценивая внесенный в Госдуму законопроект, мы должны ответить на вопрос: усилятся ли защищенность граждан?

Участники заседания проанализировали новый текст законопроекта во взаимосвязи с Конституцией РФ и действующими федеральными законами, в первую очередь УПК РФ, Кодексом РФ об административных правонарушениях и Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности». Были высказаны предложения внести поправки в ряд статей документа. Обсуждались, в частности, следующие поправки.

1. Предусмотреть право задержанного пользоваться с момента задержания помощью адвоката (Н.Д. Рогачёв, президент ПАНО). Содержащаяся в п. 3 ст. 14 формулировка «право на юридическую помощь» должна быть скорректирована с учетом правовой позиции, сформулированной в постановлении КС РФ от 28 января 1997 г. № 2-П. Положение ч. 2 ст. 48 Конституции РФ (каждый задержанный имеет право пользоваться помощью адвоката с момента задержания) не может быть истолковано в отрыве и без учета положений ч. 1 этой статьи (каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи). Каждый задержанный имеет право на квалифицированную юридическую помощь, которую может оказать только адвокат.

Николай Рогачёв:

Сохранение той формулировки, которая содержится в законопроекте, представляет опасность для обеспечения права на защиту.

2. Определить общественное мнение как единственный критерий официальной оценки деятельности полиции (Т.Н. Москалькова). Содержащаяся в п. 6 ст. 9 формулировка «один из основных критериев» означает, что для оценки деятельности полиции будут по-прежнему использоваться статистические показатели, то есть тот критерий, который, как показала практика, применять нельзя.

Татьяна Москалькова:

Раньше прятали преступления, потому что надо было показать высокую раскрываемость, а теперь приписывают: каждый год нужно показывать положительную динамику раскрываемости, поэтому нужно регистрировать больше преступлений. Недавно в одной из областей провели большую кампанию по выселению цыган-наркоманов – статистика резко ухудшилась. Чтобы повысить показатели, пришлось на время привезти цыган из соседней области.

3. Предусмотреть меры, направленные на то, чтобы исключить возможность противодействия возбуждению уголовного дела (Л.Н. Масленникова, профессор кафедры уголовно-процессуального права МГЮА). Обязанность информировать заявителя о ходе рассмотрения его заявления (п. 1 ст. 12), то есть дать ему формальный ответ, никаких проблем не решает.

Лариса Масленникова:

В УПК также существует положение, согласно которому необходимо информировать о мерах, принятых

в связи с сообщением о преступлении. Но проблема в том, что часто в возбуждении уголовного дела отказывают несмотря на то, что имеются все признаки преступления (это относится в первую очередь к явно коррупционным делам). А заявителя информируют о том, что оснований для возбуждения дела нет».

4. Скорректировать ряд норм таким образом, чтобы исключить их двойное или расширительное толкование (И.Н. Пастухов, адвокат коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма «ЮСТ»»). Это относится, в частности, к нормам об изъятии документов, о проникновении в жилище.

Игорь Пастухов:

Из проекта исключено право полиции в рамках ОРД посещать коммерческие структуры, но в то же время осталась цитата из закона об ОРД о праве изымать документы. Эта норма всегда была предметом разногласий, если к коммерсантам приходили сотрудники отдела по борьбе с экономическими преступлениями. Вне закона об ОРД она не имеет никакого смысла.

Предусматривается возможность проникновения в жилище для установления обстоятельств совершения преступления, но не указано, что речь идет о преступлении, совершенном именно в этом жилище. Такая формулировка позволяет, например, в случае, если преступление совершено в квартире, проникнуть и в соседние квартиры. Другая возможность проникновения в жилище – для задержания лица, подозреваемого в совершении преступления. Необходимо уточнить, что речь идет о лице, застигнутом на месте преступления и скрывающемся от преследования в жилище. Иначе получается, что без судебного решения можно проникнуть в жилище для задержания лица, имеющего процессуальный статус подозреваемого.

■ ■ ■

На основе предложений, поступивших из адвокатских палат, и с учетом тех замечаний, которые были высказаны в ходе обсуждения законопроекта на заседании НКС, готовится сводная таблица поправок. Эта таблица будет направлена в профильный комитет Государственной Думы. **АГ**



Фото: Марина САМАРИ

Лариса Масленникова, Евгений Семеняко, Виктор Блажеев и Светлана Володина

ПРЕДЕЛ УСТУПЧИВОСТИ

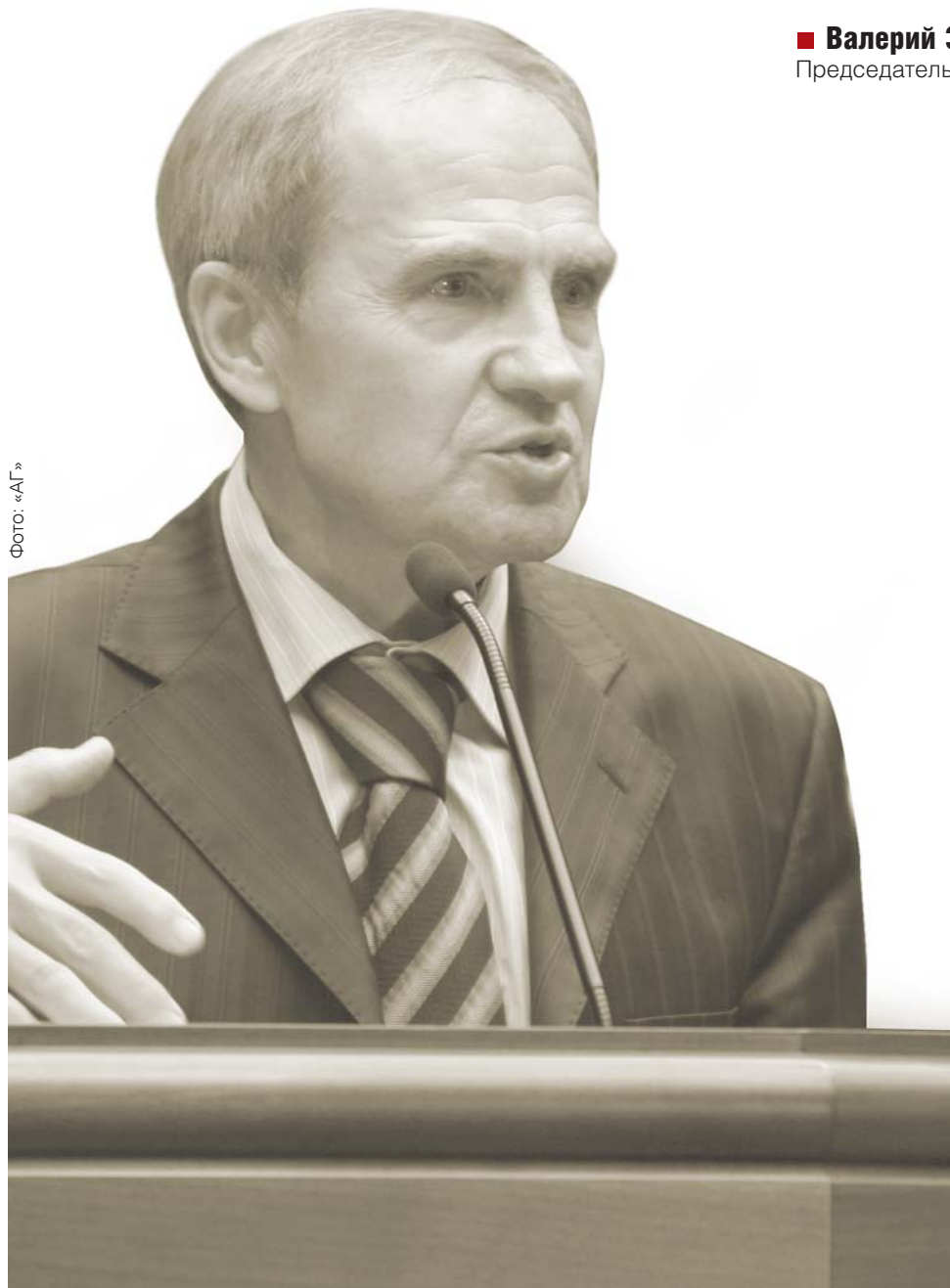


Фото: «АГ»

■ **Валерий ЗОРЬКИН,**
Председатель Конституционного Суда РФ

мирового правительства и парламента, мировых сил безопасности и наднациональной судебной системы, невольно спрашиваешь себя: откуда такое упорство в условиях, когда все существующие наднациональные системы себя скомпрометировали? Мировой банк и Международный валютный фонд не только не смогли предупредить финансовый кризис, но своими неадекватными (или нетранспарентными?) действиями во многом способствовали тому, что кризисные явления развернулись во всю мощь. Даже столь консервативная организация, как ООН, поставила в результате кризиса под вопрос эффективность вышеназванных наднациональных структур. А все национальные правительства мира стали выбираться из кризиса, опираясь на собственные возможности. Договариваясь и кропотливо согласуя национальные и наднациональные интересы — а не отменяя собственные суверенитеты и обязательства перед своими народами!

<...>

Как профессиональный юрист и как Председатель Конституционного Суда я считаю приоритетными вопросы соотношения наднациональных и национальных юридических институтов. Понимая, что их нельзя решать в отрыве от вопросов политических, финансовых и иных, сосредоточусь на том, что в наибольшей степени отвечает и моему долгу, и моей компетенции.

Углубление в юридическую проблематику мотивировано еще и тем, что только внимательное рассмотрение конкретной международной практики может быть по-настоящему эффективным. Отрыв же общих рассуждений от практики порождает спекулятивность, которой сегодня следует избегать более чем когда бы то ни было.

Проанализируем противоречивый характер сопряжения наднационального и национального на конкретных примерах. Рассмотрим практику взаимоотношений между Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) и Конституционным Судом Российской Федерации.

Сразу подчеркну, что всегда был и остаюсь сторонником глубокого

Монополия на истолкование положений Конституции и выявление конституционного смысла закона принадлежит Конституционному Суду. И поэтому истолкование Конституции, данное высшим судебным органом государства, не может быть преодолено путем толкования Конвенции, поскольку ее юридическая сила все-таки юридическую силу Конституции не превосходит.

конструктивного диалога со Страсбургским судом. И выражаю глубокую уверенность в том, что подобный диалог ничем не будет омрачен в ближайшее время. Россия сделала необходимые шаги в сторону подобного диалога и вовсе не желает подвергать сомнению правильность своего исторического выбора. Мы ратифицировали Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод в 1998 г. 30 марта 1998 г. наш парламент принял Федеральный закон № 54-ФЗ о ратификации данного договора,

направленный на сопряжение Европейской конвенции и российской юридической практики. Длительное время Россия не ратифицировала протокол № 14, предусматривающий упрощение принятия решений в ЕСПЧ. Но недавно мы выполнили и это свое обязательство.

Да, Российская Федерация лишь подписала, но не ратифицировала протокол № 6, касающийся отмены смертной казни в мирное время. Но, как известно, в конце 2009 г. КС ввел по сути бессрочный мораторий на смертную казнь. Так что нас-то уж никак нельзя заподозрить в нежелании разумным образом сопрягать наднациональное и национальное в том, что касается юридической практики!

<...>

В России надежно обеспечен пересмотр судебных решений по результатам решений ЕСПЧ. Последний пробел в имплементации решений ЕСПЧ устранен постановлением КС от 26 февраля 2010 г. по делу о проверке конституционности статьи 392 ГПК. При этом важно следующее. Каждое решение ЕСПЧ, установившее нарушение прав человека, влечет два последствия: это, во-первых, финансовая санкция для государства, во-вторых, принятие решения внутригосударственными органами о восстановлении нарушенного права. Постановление Конституционного Суда исходит из того, что в любом случае дело о пересмотре внутригосударственных судебных решений нужно принимать к рассмотрению, а уже суд в каждом конкретном случае определит, сделано ли все необходимое для того, чтобы право было восстановлено, то есть достаточной ли, например, является денежная компенсация по решению ЕСПЧ.

Внедрение многих подходов и позиций Европейского суда в ткань российского правового пространства происходит просто, большинство правоприменителей просто не готовы вот так, напрямую, этими подходами и позициями руководствоваться как обязательными. Этому есть причины и содержательного, и технического свойства. Не будем забывать и о том, что официальный перевод постановлений ЕСПЧ в России отсутствует.

В этой ситуации Конституционный Суд выступает своего рода посредником, адаптируя подходы и позиции ЕСПЧ к реалиям нашей сегодняшней жизни. В своей практике КС активно использует правовые позиции Страсбургского суда. Кроме того, зачастую при выработке концепции решения принимаются во внимание общие подходы ЕСПЧ по той или иной группе вопросов. Безусловно, учитываются, и в первую очередь — те решения Страсбургского суда, в которых признаются нарушения Конвенции со стороны России. Здесь до последнего времени не возникало какого-то противоречия между этими позициями ЕСПЧ и ролью и задачами КС, поскольку речь идет о защите конституционных и конвенционных ценностей, которые мы признаем охранять.

<...>

Вообще, как известно, ЕСПЧ не оценивает «конвенционность» принимаемых по делу заявителя судебных актов или ответственности Конвенции о защите прав человека и основных свобод каких-либо

Веками человечество мечтало о том, что прекратятся войны — как мировые, так и региональные.

В прошлом останутся межконфессиональные и межэтнические конфликты. Многие выдающиеся мыслители связывали возможность избежать всех этих ужасов с созданием мирового правительства и передачей ему полномочий правительств национальных.

Чтобы нации не могли, используя мощь созданных ими государств, воевать друг с другом. Ибо исчезнут предпосылки подобных войн — конкурирующие между собой национальные государства. Следом исчезнут и межконфессиональные, и межэтнические конфликты, поскольку мировое правительство окажет благотворное воздействие на мироустройство.

Эта вековая мечта обрела особую силу после того, как человечество пережило ужас двух мировых войн и обнаружило себя на пороге третьей, ядерной. Новые надежды возникли в связи с отказом от противостояния коммунистической и капиталистической мировых систем. Считалось, что именно оно является последним препятствием на пути объединения человечества и создания спасительного мирового государства.

После того как исчезло и это препятствие, все заговорили о спасительной глобализации. Семнадцать лет (с 1991 г., когда прекратилось противостояние двух мировых систем, до глобального кризиса 2008 г.) речь шла только о плюсах глобализации и ее неизбежности.

В 2008 г. оказалось, что кроме плюсов есть и минусы. Что глобализация порождает не только новые возможности для людей, но и новые риски. В том числе связанные с неустойчивостью всего на свете — финансовой системы, мирового разделения труда, чреватого выводом за скобки развития существенной части человечества, и так далее.

Кризис 2008 г. породил еще один очевидный для всех вывод. Глобализация не спасла мир от кризисов.

<...>

После 2008 г. мир окончательно разделился. Одни осознали издержки ускоренной глобализации и перестали видеть в ней панацею от всех бед человечества. Другие «закусили удила» и, видя крах безоблачной утопии глобализма, стремятся реализовать свой сомнительный проект ускоренной глобализации — любой ценой, с любыми издержками.

Анализируя работы «ястребов» глобализации, таких как Жак Аттали, вчитываясь в их категорические требования, касающиеся необходимости

БЕЗ КОММЕНТАРИЕВ

5

норм национальных законов. Он рассматривает вопрос о результате: привела ли вся сложившаяся вокруг заявителя в данном государстве обстановка, в том числе вынесение в отношении него каких-либо судебных актов, к нарушению его прав, гарантированных Конвенцией.

До октября этого года таких выводов в отношении решений Конституционного Суда Европейским судом сделано не было.

Но ситуация, возникшая после принятия Европейским судом постановления от 7 октября 2010 г. по делу «Константин Маркин против России», изменилась кардинальным образом.

Впервые Европейский суд в жесткой правовой форме подверг сомнению решение Конституционного Суда РФ. В этом определении от 15 января 2009 г. № 187-О-О Конституционный суд отметил, что российское правовое регулирование, предоставляющее военным служащим-женщинам возможность отпуска по уходу за ребенком до достижения им трехлетнего возраста и не признающее такое право за военнослужащими-мужчинами (они могут воспользоваться лишь кратковременным отпуском), не нарушает положения Конституции о равенстве прав и свобод независимо от пола.

С учетом условий и специфики военной службы в России и особой, связанной с материнством и детством социальной роли женщины в нашем обществе (ч. 1 ст. 38 Конституции), вряд ли можно утверждать, что предоставление права на отпуск по уходу за ребенком военнослужащим-женщинам при одновременном отказе в этом праве военнослужащим-мужчинам «лишено разумного обоснования», как это определил ЕСПЧ.

Вопрос о том, что является для государства приоритетом в конкретном случае, с точки зрения права на уважение семейной жизни, сформулированного в статье 8 Конвенции лишь самым абстрактным образом, далеко не однозначен.

Лучшее знание национальными властями своего общества и его потребностей означает, что эти власти в принципе занимают приоритетное положение, в отличие от международных судов, для оценки того, в чем состоит публичный интерес. В этом заключается общий смысл принципа субсидиарности, на основе которого должен действовать Европейский суд. В подобном случае ЕСПЧ обычно уважает выбор политики законодателем, если только такой выбор явно не «лишен разумного обоснования» (постановление Европейского суда по правам человека по делу «Диксон против Соединенного Королевства»).

В связи с этим беспрецедентным является вывод ЕСПЧ о том, что «рассматриваемое российское законодательство не является совместимым с Конвенцией и обнаруживает широко распространенную в правовом механизме проблему, касающуюся значительного числа людей».

Может ли, однако, Европейский суд, исходя из статьи 46 Конвенции, в решении по конкретному делу рекомендовать (а фактически указать) государству-ответчику внести необходимые изменения в законодательство — притом что суд неоднократно подчеркивал в своих же решениях приоритет государства-ответчика в выборе необходимых мер для исправления нарушения? Не является ли такое указание суда прямым вторжением

в сферу национального суверенитета, явно выходящим за рамки предусмотренных Конвенцией прав и полномочий, и с этой точки зрения — явно выходящим за рамки компетенции, установленной Конвенцией? И насколько тогда такое решение подлежит исполнению с учетом того, что вопрос о наличии проблемы конституционности данной нормы, не устроившей Европейский суд, был уже решен Конституционным Судом в рамках конституционного судопроизводства?

Интересно отметить, на какой правовой базе основаны указанные выводы ЕСПЧ о дискриминации в реализации права на уважение семейной жизни. Восприятие женщин как главных воспитателей детей он считает «гендерным предубеждением» и поэтому критически относится к выводам Конституционного Суда об особой, связанной с материнством социальной роли женщины в обществе.

<...>

Нельзя не отметить также, что ЕСПЧ через несколько лет «раздумий» вдруг

Каждое решение Европейского суда — это не только юридический, но и политический акт. Когда такие решения принимаются во благо защиты прав и свобод граждан и развития нашей страны, Россия всегда будет безукоснительно их соблюдать. Но когда те или иные решения Страсбургского суда сомнительны с точки зрения сути самой Европейской конвенции о правах человека и тем более прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конституционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений. Именно через призму Конституции должна решаться и проблема соотношения постановлений КС и ЕСПЧ.

взял в производство жалобу «объединенной оппозиции», которая ставит под сомнение итоги выборов в Государственную Думу в 2003 г. По прогнозам самих заявителей, решение будет принято в течение полугода, то есть до следующих думских выборов. Как заявил недавно СМИ один из представителей оппозиционеров, он «изумлен» тем, что иску пятилетней давности наконец дан ход, и считает, что «даже его частичное удовлетворение будет иметь для властей серьезные последствия».

Представим, что Европейский суд удовлетворит жалобу «объединенной оппозиции». Не будет ли такое решение использоваться для раскачивания российского общества по сценариям оранжевых, тюльпановых и прочих конструируемых «революций»? И будет ли это способствовать укреплению процесса, в котором, как никогда за последние годы, конструктивно выстраиваются отношения руководства России с лидерами ведущих европейских государств?

В подобной ситуации возможны три принципа реагирования, три альтернативных сценария.

Первый сценарий предполагает замыкание в себе, выдвижение принципа жесточайшего приоритета национального над наднациональным. Но подобный принцип может быть применен лишь во всех сферах национального бытия одновременно. Его выдвижение и осуществление никак не может быть продиктовано одними лишь юридическими казусами, сколь бы серьезны они ни были. И самое главное, Конституция России, закрепляя нахождение страны в мировом правовом сообществе, отвергает подобный принцип. Ибо это подорвало бы всю инфраструктуру мучительно выстраиваемых отношений между национальными государствами. Подрыв такой

инфраструктуры привел бы к необратимым негативным последствиям.

Второй сценарий, по моему мнению, столь же неприемлемый, как и первый, предполагает полное подчинение национального наднациональному, полный отказ от суверенитетов сначала де-юре, а потом и де-факто.

Но есть ли третий сценарий? Притом что необходим конкретный сценарий, основанный на реальных юридических прецедентах. К счастью, таковой имеется.

В октябре 2004 г. Федеральный конституционный суд Германии (ФКС), рассмотрев конституционную жалобу заявителя Гёргюлю (кстати, тоже по семейным вопросам), поданную уже после вынесения постановления ЕСПЧ, сформулировал необычно жесткую позицию в отношении мотивировки, юридической силы и исполнения в Германии постановлений ЕСПЧ.

Особое внимание ФКС уделил вопросу о том, обладает ли постановление Европейского суда по правам человека такой юридической силой, которая отменяла бы окончательные и вступившие в законную силу постановления германских судов.

Согласно правовой позиции ФКС «основной закон имеет целью интеграцию Германии в правовое сообщество мирных свободных государств, но он не предусматривает отказа от суверенитета, закрепленного прежде всего в германской Конституции. Следовательно, не противоречит цели приверженности международному праву, если законодатель, в порядке исключения, не соблюдает право международных договоров при условии, что это является единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих конституционных принципов».

Как профессиональный юрист и как Председатель Конституционного Суда считаю, что России, равно как и другим странам мира, надо опираться в своих дальнейших действиях именно на этот германский прецедент. И потому, что он конструктивен, поскольку опирается на конституционный принцип государственного суверенитета и принцип верховен-

Если нам навязывают внешнее «дирижирование» правовой ситуацией в стране, игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию, то таких «дирижеров» надо поправлять. Иногда самым решительным образом.

ства Конституции в системе нормативных правовых актов государства. И потому, что никто никогда не посмеет назвать решение германского конституционного суда — одного из самых авторитетных и гибких конституционных судов в мире — оголтелым, экстремистским, архаичным, реакционным и так далее.

Принципы государственного суверенитета и верховенства Конституции в правовой системе России относятся к основам ее конституционного строя. Конвенция как международный договор России является составной частью ее правовой системы, но она не выше Конституции. Конституция в статье 15 устанавливает приоритет международного договора над положениями закона, но не над положениями Конституции. Монополия на истолкование положений Конституции и выявление конституционного смысла закона принадлежит Конституционному Суду. И поэтому истолкование Конституции,

данное высшим судебным органом государства, не может быть преодолено путем толкования Конвенции, поскольку ее юридическая сила все-таки юридическую силу Конституции не превосходит.

Вопрос о том, как именно использовать германский прецедент, нельзя решать умозрительно. Ибо это тот вопрос, который можно проверять только юридической практикой. В одном я уверен на сто процентов: использование германского прецедента должно быть очень мягким, деликатным и просвещенным.

Ни в коем случае мы не должны своими действиями разрушать наметившиеся позитивные международные тенденции. Мы должны быть предельно тактичны, умны и уступчивы.

Когда я говорю предельно, то, естественно, обязан обозначить предел. Ибо альтернатива предельной уступчивости — уступчивость беспредельная, абсолютно недопустимая и разрушительная. В нашей истории были такие прецеденты. И они наглядно показывают, что подобная беспредельная уступчивость, унижая страну и народ, не приводит ни к каким результатам. Она, напротив, прерывает позитивные тенденции сближения России с Западом, рождая в чьих-то головах неприемлемые и деструктивные ожидания.

Пределом нашей уступчивости является защита нашего суверенитета, наших национальных институтов и наших национальных интересов. К этому обязывает наша Конституция. И подобная защита не имеет ничего общего с оголтелостью, самоизоляцией, ортодоксальностью и так далее.

Мне могут возразить и сказать, что не надо излишне политизировать проблему отношений со Страсбургским судом. Настаивая на том, что любая правовая политика не может строиться от политики как таковой. И потому, конечно же, излишняя политизация юридической сферы категорически не нужна. Но полная деполитизация этой сферы категорически невозможна.

Каждое решение Европейского суда — это не только юридический, но и политический акт. Когда такие решения принимаются во благо защиты прав и свобод граждан и развития нашей страны, Россия всегда будет безукоснительно их соблюдать. Но когда те или иные решения Страсбургского суда сомнительны с точки зрения сути самой Европейской конвенции о правах человека и тем более прямым образом затрагивают национальный суверенитет, основополагающие конститу-

ционные принципы, Россия вправе выработать защитный механизм от таких решений. Именно через призму Конституции должна решаться и проблема соотношения постановлений КС и ЕСПЧ.

Если нам навязывают внешнее «дирижирование» правовой ситуацией в стране, игнорируя историческую, культурную, социальную ситуацию, то таких «дирижеров» надо поправлять. Иногда самым решительным образом.

Но ясно и то, что в непростое время глобальных изменений Россия не может и не имеет права выйти из европейского правового поля.

Так же как и другие европейские государства, Россия должна бороться и за сохранение своего суверенитета и за бережное отношение к Европейской конвенции, защиту ее от неадекватных, сомнительных решений.

6 ПРОБЛЕМА

РЕКЛАМА НА АСФАЛЬТЕ, или
ПРАВОСОЗНАНИЕ ПОТРЕБИТЕЛЯ

Низкое качество правовых услуг как один из источников правового нигилизма

Среди факторов, влияющих на правосознание основной массы российских граждан, немалую роль играет отношение к праву и закону со стороны тех, кто призван праву и закону служить. Применительно к сфере оказания юридических услуг, которыми пользуется практически все население нашей страны, эта проблема напрямую связана с неурегулированностью рынка.

«Окажем услуги по прекращению дела»

Выступая на заседании Общественного совета при Минюсте России, где рассматривался проект Основ государственной политики в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан, президент ФПА РФ Е.В. Семенко говорил о том, что деятельность так называемых вольных юристов не выдерживает критики: «В объявлениях, публикуемых в СМИ, они обещают потенциальным клиентам, что в их пользу будет

разрешена ситуация, связанная с уклонением от призыва в армию, с дорожно-транспортным происшествием, обещают даже оказать услуги по возбуждению или прекращению уголовного дела» (см.: Леккерство от нигилизма // АГ. 2010. № 18 (083)). Содержание подобных объявлений дает основания полагать, что те, кто их размещает, при оказании «правовых услуг» вполне способны выйти за рамки закона.

В отсутствие какого-либо нормативного акта, регулирующего деятельность таких консультантов и устанавливающего для них квалификационные требования, профессиональные и этические правила, привлечь их к ответственности за оказание некачественной правовой помощи и даже за противозаконные действия очень сложно. Но если в противоречие с законом вступает содержание их рекламных объявлений, то у Федеральной антимонопольной службы появляются основания вмешаться.

В № 19 (084) мы сообщили о том, что в сентябре Комиссия Хакаского УФАС России выдала предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «Юридическое агентство «Адвокат»», в котором не оказалось ни одного адвоката. Несколько раньше — в мае — такое же предписание Комиссия Марийского УФАС России выдала индивидуальному предпринимателю, занимающемуся оказанием правовых услуг (а также индивидуальному предпринимателю, издающему газету, где была размещена ненадлежащая реклама). Ответ на вопрос о качестве правовых услуг в случае, когда даже рекламное объявление размещено с нарушением закона, очевиден.

Предприимчивый «Партнер»

Дело было возбуждено по заявлению АП Республики Марий Эл, в котором сообщалось, что индивидуальный предприниматель М.Е. разместила наружную рекламу юридической консультации «Партнер» и распространила рекламу этой консультации в средствах массовой информации.

Проверкой было установлено, что над дверью «индивидуального предприятия» размещена реклама следующего содержания: «Юридическая консультация «Партнер». Юридические услуги для граждан:

составление судебных документов, представительство в суде, вопросы трудового, семейного, жилищного, гражданского, административного характера. Юридические услуги для организаций: регистрация ООО, ЗАО, ИП, вопросы трудового и гражданского характера». Реклама аналогичного содержания размещена на кирпичном заборе, примыкающем к зданию, где находится «индивидуальное предприятие», и распространена в рекламном-информационном еженедельном издании «Info-Регион».

Комиссия Марийского УФАС также установила, что рекламная информация содержит не соответствующие действительности сведения о статусе исполнителя услуг, поскольку индивидуальный предприниматель М.Е. адвокатом не является. Согласно ст. 5 Закона об адвокатской деятельности использование в наименованиях организаций термина «юридическая консультация» допускается только адвокатами и созданными в порядке, установленном данным Законом, организациями.

Комиссия признала рекламу ненадлежащей, так как использование в ней словосочетания «юридическая консультация» лицом, не имеющим статуса адвоката, является нарушением п. 2, 20 ч. 3 ст. 5 Закона о рекламе (недоверенной признается реклама, содержащая не соответствующие действительности сведения о характеристиках и об изготовителе товара). В силу ч. 1 ст. 5 данного Закона недостоверная реклама не допускается.

Изобретательный студент

Ситуации, когда лица, занимающиеся оказанием правовых услуг, «для солидности» используют в рекламных объявлениях слова «адвокат» или «юридическая консультация», уже известны. А вот студент юридического факультета Межрегионального открытого социального института А.Е. сделал абсолютно оригинальный рекламный ход.

В августе в Марийское УФАС России поступило заявление АП Республики Марий Эл о том, что индивидуальный предприниматель А.Е. в печатном рекламном издании «Визитница» распространил рекламу юридических услуг следующего содержания: «Служба юридической помощи. Адвокат. Сопровождение бизнеса. Телефоны: +79278713777, +79278835000 (кофр. 335-000), www.addvokat.ru».

Как выяснилось, А.Е. зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя и занимается оказанием услуг в строительной сфере. Комиссия УФАС он сообщил,

что информацию разместил как физическое лицо — с целью проведения исследования спроса на юридические услуги, а предпринимательскую деятельность по оказанию таких услуг не ведет.

Однако Комиссия признала эту информацию рекламой, несмотря на цель ее размещения. Реклама является ненадлежащей, поскольку использование в рекламе слова «адвокат» лицом, не имеющим статуса адвоката, является нарушением п. 2 ч. 3 ст. 5, п. 20 ч. 3 ст. 5 Закона о рекламе. Комиссия выдала предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе А.Е. (как рекламодателю), а также индивидуальному предпринимателю — издателю (как рекламодателю и рекламоизготовителю).

Циничная форма правопонимания

В связи с этим стоит в очередной раз упомянуть о качестве юридического образования, которое получают студенты множества «открытых», «социальных» и подобных им вузов, и о том, какое отношение к праву у них формируется. В одном из интервью министр юстиции Александр Коновалов назвал правовой нигилизм юристов «самым позорным явлением, самой циничной формой правопонимания» (Принуждение к честности // Российская газета. № 233 (5312)). По мнению министра, уровень качества юридического образования должен определяться рынком и работодателем, а одним из инструментов для этого может стать принимаемый специалистом единый экзамен. Министр предложил ввести такой экзамен для тех, кто собирается стать адвокатом или нотариусом или поступить на госслужбу.

Но для адвокатов и нотариусов сдача квалификационного экзамена согласно закону является необходимым условием приобретения профессионального статуса. А вот знания индивидуальных предпринимателей никто не проверяет.

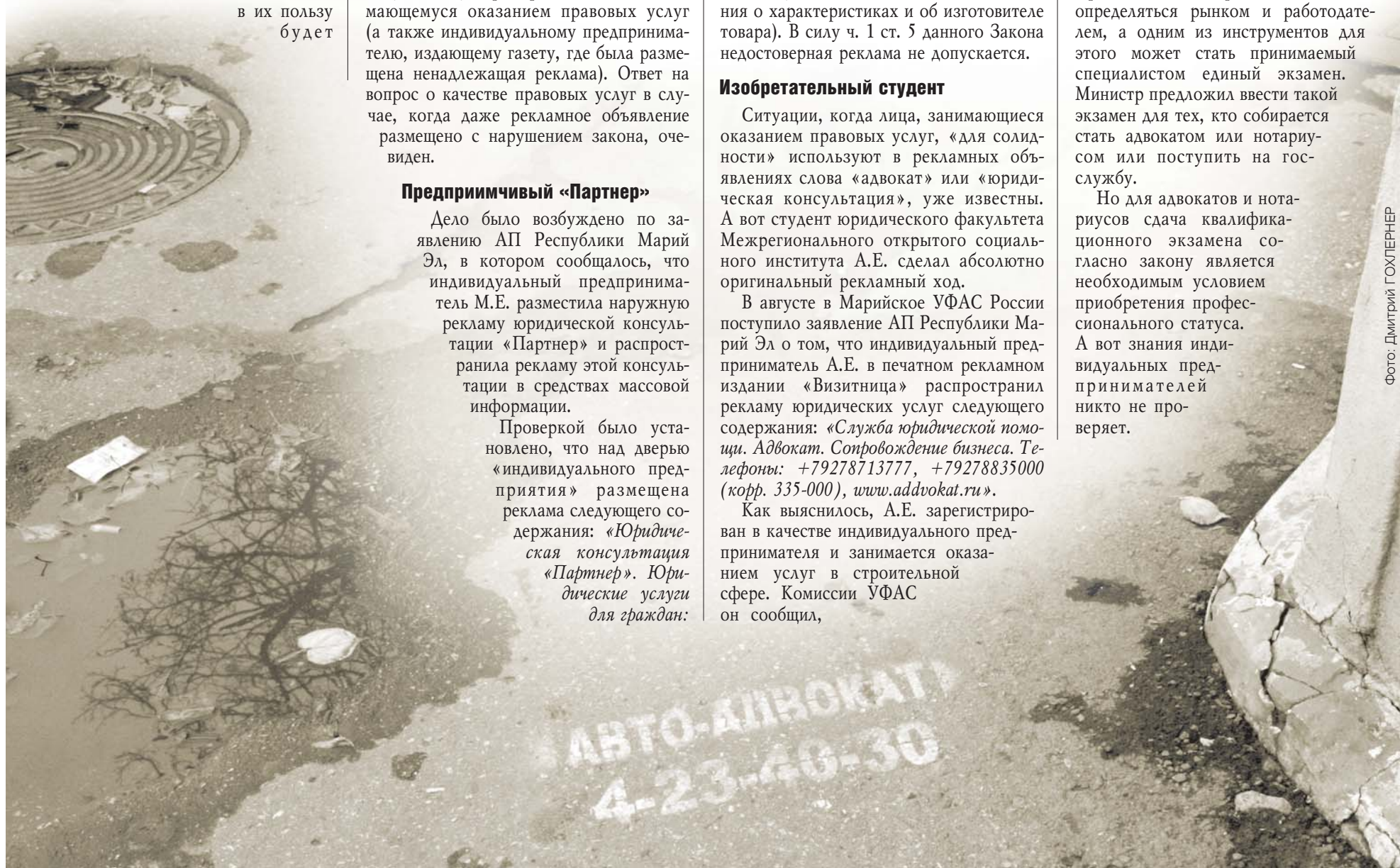


Фото: Дмитрий ГОХПЕРНЕР

ПРОБЛЕМА

7

Конечно, студент А.Е. может сказать, что законы о рекламе и об адвокатуре он «еще не проходил». Но если бы он действительно решил заняться предпринимательской деятельностью по оказанию правовых услуг, а не услуг в сфере строительства, то знания законов от него никто и не потребовал бы: для того, чтобы заняться правовым консультированием, вообще не обязательно иметь образование.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что у потребителей юридических услуг — тех, кто откликается на объявления индивидуальных предпринимателей и мелких ООО и получает часто весьма сомнительную правовую помощь, а иногда оказывается и попросту обманутым, — формируется негативное отношение и к юридическому сообществу, и к закону, и к праву.

Индивидуальное саморегулирование?

Выступая на заседании Совета ФПА 29 октября, директор департамента по вопросам правовой помощи и взаимодействию с судебной системой Минюста

России Елена Борисенко говорила о том, что ситуация, когда отсутствует регулирование рынка юридических услуг в целом и заниматься юридической практикой может лицо даже без среднего образования, негативно сказывается и на правовой политике государства, и на конкурентоспособности нашей правовой системы.

Эту тему развил заместитель министра юстиции Юрий Любимов: «У нас есть консультанты абсолютно недостойные. Например, недавно я увидел рекламу юридических услуг прямо на асфальте. Эту часть рынка необходимо самым жестким образом “зачистить”, установив строгие правила в том числе и в отношении рекламы юридических услуг».

Представители Минюста заверили, что вскоре обнародуют основные идеи концепции реформы, конечной задачей которой является создание единой корпорации с общими профессиональными и этическими стандартами. Будет учтено то обстоятельство, что состав консультационного сообщества неоднороден — значительную его часть составляют современные, динамичные, высококвалифи-

цированные юристы. Не исключается предоставление на первом этапе реформы консультантам определенной автономии.

В основу автономии может быть положен принцип саморегулирования, в поддержку которого выступают ведущие представители юридического бизнеса. Этот принцип предполагает в том числе установление жестких профессиональных и этических стандартов деятельности. Пример успешной реализации идеи саморегулирования — Уральская правовая палата, объединяющая несколько десятков российских юридических фирм.

Безусловно, крупные и средние юридические фирмы объективно заинтересованы в том, чтобы их деятельность подчинялась официально установленным стандартам, так как это способствует упрочению их деловой репутации и привлечению новых крупных клиентов. Такие фирмы объединяют наиболее квалифицированных юристов, основу их успеха на рынке составляет высокий профессионализм, и присоединение к определенным стандартам они рассматривают как дополнительные гарантии качества оказываемых ими услуг.

Но большинство мелких юридических фирм и индивидуальных предпринимателей, оказывающих услуги гражданам по административным, бытовым, наследственным, семейным делам, по-видимому, заинтересованы как раз в обратном, поскольку свой успех они связывают именно с отсутствием каких бы то ни было общих квалификационных требований и стандартов качества. Поэтому по отношению к ним саморегулирование (даже при условии, что будут созданы соответствующие механизмы) вряд ли сможет быть достаточно эффективным. Здесь должен действовать иной инструмент (возможно, специальный нормативный акт), понуждающий таких юристов войти в профессиональную корпорацию посредством сдачи соответствующего экзамена либо отказаться от дальнейшей юридической практики. Возможно, именно это имел в виду Юрий Любимов, когда говорил о необходимости «зачистить» данный сектор рынка.

АГ

Мария ПЕТЕЛИНА,
заместитель главного редактора «АГ»

НУЛЕВАЯ НОРМА

«Сухой закон» может подмочить стакан кваса

Отказ от установленной допустимой нормы содержания алкоголя в крови водителей вызвал неоднозначные комментарии заинтересованных лиц и специалистов. Однако пока в этот закон не будет вноситься правка.

Вступившие в силу с 6 августа 2010 г. изменения в Кодекс об административных правонарушениях очень не нравятся тем участникам дорожного движения, которые всерьез полагают, что за руль можно садиться после принятия умеренной дозы спиртных напитков. Но их позицию мы не будем принимать во внимание, отлично понимая, что в России нет и в ближайшие годы не будет той культуры потребления алкоголя, которая свойственна ряду других стран.

У правозащитников есть свои соображения относительно возврата к нулевой норме содержания алкоголя в крови водителей — они опасаются, что недобросовестные сотрудники ГИБДД будут пользоваться нововведением, чтобы пополнять свой карман.

Эксперимент в Госдуме

На состоявшейся в Москве пресс-конференции глава Московского отделения Федерации автовладельцев России Сергей Канаев назвал принятый недавно по инициативе президента РФ Дмитрия Медведева закон популистским и заявил, что при нынешней коррупции в рядах МВД ни о какой безопасности дорожного движения и речи быть не может. Кроме того, он напомнил, что эндогенный алкоголь есть у каждого, но закон этого почему-то не учитывает.

Противники президентского закона предупреждали, что при «нулевой норме» алкоголя в крови водителя могут быть подвергнуты строгим санкциям не только те, у кого организм вырабатывает эндогенный алкоголь, но также выпившие кефир или квас.

Чтобы опровергнуть это заявление, Председатель Комитета Госдумы по безопасности Владимир Васильев дважды подвергся испытанию новым прибором, который вскоре будут использовать сотрудники ДПС. В начале пресс-конференции у Васильева в выдыхаемом воздухе не было даже малой толики алкоголя, хотя он сам признался, что утром полоскал рот спиртосодержащей жидкостью. Но через 10 минут после того, как Васильев выпил стаканчик кваса, прибор показал совсем другой результат — 0,21 промилле. А это значит, что, попадись на дороге депутат в руки инспектора, он мог бы лишиться водительских прав на целых два года!

Васильев вначале схватился за голову, так как сразу осознал, какую страшную дубину законодатель вложил в руки корыстных гаишников. Однако затем он успокоился и стал изучать этикетку на бутылке. «Смотрите, тут написано, что в этом квасе доля алкоголя не должна превышать 1,4 %, — воскликнул глава думского комитета. — Так что не пейте за рулем квас под названием “Вкусный”, можете лишиться прав!»

«Пейте лучше невкусный квас», — грустно пошутил кто-то из журналистов.

Но лучше не пить даже кефир. Это теперь очевидно даже тем, кто активно поддержал президентский законопроект. И хотя когда-то сам Васильев выступал за введение порога, равного даже не 0,3, а 0,5 промилле, теперь он считает, что не надо пороть горячку. Вначале нужно тщательно изучить статистику.

«Если мы поймем, что нужно возвращаться к увеличению порога допустимого содержания алкоголя в крови, то будем возвращаться, — сказал депутат. — Возможны различные варианты изменения законодательства в этой области. Может быть, мы будем возвращать порог, но введем, например, конфискацию автомобиля за превышение установленной нормы».

Проверка на дороге

Статистические данные всего за два месяца не могут считаться репрезента-

тивными. Однако Госавтоинспекция РФ уже отмечает общую тенденцию сокращения количества пьяных за рулем.

«За два месяца не произошло существенных изменений, но отмечается общая тенденция снижения количества пьяных автомобилистов и количества ДТП по вине находящихся за рулем в состоянии алкогольного опьянения», — сказал заместитель начальника департамента обеспечения безопасности дорожного движения МВД РФ Владимир Кузин. Он согласился, что делать выводы, помогла ли новая норма улучшению обстановки на дорогах, можно будет по прошествии некоторого времени.

При этом, по словам Кузина, за девять месяцев этого года по вине пьяных водителей на дорогах России произошло 8,93 тысячи ДТП, что на 6,3 % ниже показателей аналогичного периода прошлого года и составляет 7,2 % от общего количества дорожных аварий в РФ.

Таким образом, еще какое-то время водителям придется самим заботиться о том, чтобы в их крови отсутствовала даже малейшая доза алкоголя. И чтобы не нарваться на нерадивого сотрудника ГИБДД, который способен признать пьяным любого, кто употреблял за рулем тот же квас или кефир (не говоря уже о некоторых лекарственных препаратах), каждому из нас придется самостоятельно принимать решение: соглашаться ли дуть в прибор, которым вооружены сотрудники ДПС, или требовать медицинского освидетельствования.

Известный адвокат, вице-президент Движения автомобилистов России Дмитрий Ольшанский, кстати, однозначно рекомендует всем водителям не играть с огнем и не проходить проверку на дороге.

Водитель, по словам Ольшанского, должен сразу же сказать инспектору: «Я трезв, дуть в ваш прибор не буду, поехали в медицинский стационар».



Фото: Елена САХАРОВА

Однако юридически верный совет не всегда соответствует бытовым условиям. Наверное, прав Дмитрий Ольшанский, который говорит, что нужно вернуться к нормам КоАП десятилетней давности, когда водителя обязательно отправляли на медицинское освидетельствование. Если бы в законе остались злосчастные 0,3 промилле, можно было бы проводить первичный тест прямо на дороге, чтобы не тратить время тех, кто явно не злоупотреблял спиртным. Но если мы вернулись к нулевому порогу, то следует не только сократить полномочия сотрудников ГИБДД, но и увеличить их ответственность. Сейчас, если водителя отвезли на медобследование и он оказался трезв, гаишник обязан привезти его обратно к автомобилю. Эту норму, возможно, надо дополнить еще одной: за каждый час потерянного времени трезвому водителю должна полагаться материальная компенсация из личных средств остановившего его инспектора. Впрочем, эта моя мечта никогда не станет законом.

АГ

Константин КАТАНЯН,
директор Института политико-правового анализа

«НЕАДВОКАТСКАЯ»

О правомерности совмещения адвокатской



Фото: «АГ»

■ **Николай КИПНИС,**
адвокат, к. ю. н.,
член квалификационной
комиссии АП г. Москвы

ст. 2 Закона об адвокатской деятельности (в ред. от 20 декабря 2004 г.);

— заниматься иной оплачиваемой деятельностью в форме непосредственного (личного) участия в процессе реализации товаров, выполнения работ или оказания услуг;

— вне рамок адвокатской деятельности оказывать юридические услуги либо участвовать в организациях, оказывающих юридические услуги;

— принимать поручение на выполнение функций органов управления доверителя — юридического лица по распоряжению имуществом и правами последнего. Возложение указанных функций на работников адвокатских образований также не допускается (п. 3 ст. 9 КПЭА).

Адвокат — председатель правления ТИЗ

Минувшим летом перед дисциплинарными органами Адвокатской палаты г. Москвы дважды ставились вопросы о возможности совмещения адвокатской деятельности с занятием на возмездной или безвозмездной основе руководящих должностей в товариществе индивидуальных застройщиков (далее — ТИЗ) и в жилищно-строительном кооперативе (далее — ЖСК). Такого рода совмещение встречается достаточно часто, и это неудивительно, поскольку весьма разумно поставить во главе товарищества или кооператива не просто человека с высшим юридическим образованием, но и одновременно привыкшего в силу профессии постоянно преодолевать сложные правовые коллизии.

Базовыми при разрешении данных дисциплинарных дел в пользу адвокатов для дисциплинарных органов Адвокатской палаты г. Москвы явились положения законодательства о праве частной собственности, а также о праве на жилище и иных неимущественных правах, неразрывно связанных с личностью конкретного человека (ч. 1, 2 ст. 35, ч. 1 ст. 40 и др. Конституции РФ; ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод), и указание Конституции РФ на то, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55).

Адвокату Д. с 1996 г. на праве собственности принадлежат два земельных участка в одном из районов Московской области, он является членом ТИЗ (создано для строительства индивидуальных жилых домов для постоянного проживания), входит в состав его правления, является председателем правления, обязанности председателя правления ТИЗ исполняет на общественных началах, в трудовых отношениях с ТИЗ не состоит, заработная плата не выплачивается. При оценке факта занятия адвокатом Д. должности председателя правления ТИЗ квалификационная комиссия исходила из совокупности следующих обстоятельств.

ТИЗ является некоммерческим партнерством, то есть некоммерческой организацией, не имеющей извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющей полученную прибыль между участниками (п. 1 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях»). Согласно п. 2 ст. 2 названного закона некоммерческие организации могут создаваться для достижения социальных, благотворительных, культурных, образовательных, научных и управленческих целей, в целях охраны здоровья граждан, развития физической культуры и спорта, удовлетворения духовных и иных нематериальных потребностей граждан, защиты прав, законных интересов граждан

и организаций, разрешения споров и конфликтов, оказания юридической помощи, а также в иных целях, направленных на достижение общественных благ.

Некоммерческим партнерством признается основанная на членстве некоммерческая организация, учрежденная гражданами и (или) юридическими лицами для содействия ее членам в осуществлении деятельности, направленной на достижение целей, предусмотренных п. 2 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях» (абз. 1 п. 1 ст. 8 этого же закона). Члены некоммерческого партнерства в том числе вправе: участвовать в управлении делами некоммерческого партнерства; получать информацию о деятельности некоммерческого партнерства в установленном учредительными документами порядке; по своему усмотрению выходить из некоммерческого партнерства (п. 3 ст. 8 указанного закона).

Помимо права собственности и права на жилище в Российской Федерации:

— каждый имеет право на охрану здоровья, ...поощряется деятельность, способствующая укреплению здоровья человека, развитию физической культуры и спорта, экологическому и санитарно-эпидемиологическому благополучию (ч. 1 и 2 ст. 41 Конституции РФ);

— каждый имеет право на благоприятную окружающую среду (ст. 42 Конституции РФ).

Из материалов дисциплинарного производства усматривалось, что членство в некоммерческом партнерстве ТИЗ необходимо Д. как гражданину (физическому лицу) для реализации и защиты своего права собственности на два земельных участка, расположенных в одном из районов Московской области и предназначенных для строительства индивидуальных жилых домов, то есть для реализации не только гарантированного Конституцией РФ права собственности, но и для реализации прав, гарантированных ч. 1 ст. 40, ч. 1 и 2 ст. 41, ст. 42 Конституции РФ, то есть неразрывно связанных с личностью Д.

Квалификационная комиссия сочла, что участие лица, имеющего статус адвоката и одновременно являющегося членом некоммерческого партнерства — товарищества индивидуальных застройщиков, в работе выборных органов данной некоммерческой организации не противоречит предписаниям ст. 2 Закона об адвокатской деятельности и п. 3 ст. 9 КПЭА, поскольку в данном случае действия лица, имеющего статус адвоката, направлены на реализацию гарантированных Конституцией РФ каждому прав и достижение целей (постановка территории ТИЗ на кадастровый учет и замена категории указанного земельного участка на земли поселений в целях беспрепятственного осуществления индивидуального жилищного строительства), которые не могут быть признаны входящими в противоречие с принципами деятельности адвокатуры, закрепленными в п. 2 ст. 3 Закона об адвокатской деятельности (законность, независимость, самоуправление, корпоративность, а также принцип равноправия адвокатов).

Адвокат — председатель правления ЖСК

Во втором случае было установлено, что К., имеющий статус адвоката, с 1984 г. является членом ЖСК, а после выплаты пая и вступления в силу действующего российского законодательства о собственности — собственником квартиры, находящейся в доме, управляемом ЖСК, в этой же квартире располагается его адвокатский кабинет. С 1 марта 2008 г. по настоящее время К. замещает в ЖСК на возмездной основе должность председателя Правления и одновременно принял на себя обязанности лично вести бухгалтерский учет, быть юрисконсультантом и кассиром.

Признавая такого рода занятость не противоречащей законодательству об адвокатской деятельности и адвокатуре, квалификационная комиссия исходила из следующего.

Жилищно-строительным кооперативом признается добровольное объединение граждан и (или) юридических лиц на основе членства в целях удовлетворения потребностей граждан в жилье, а также управления жилыми и нежилыми помещениями в кооперативном

Периодически в дисциплинарной практике адвокатских палат субъектов РФ и в судебной практике возникают вопросы о правомерности занятий адвокат той или иной деятельностью наряду с адвокатской. Практика свидетельствует о сложности определения допустимых пределов «неадвокатской» занятости лица, имеющего статус адвоката.

Общие законодательные основы

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам. При этом реальная независимость адвоката предполагает соблюдение им некоторых запретов в сфере занятости, во-первых, чтобы адвокатская деятельность являлась для него приоритетной, поскольку иначе не будет обеспечена конституционная гарантия каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ), во-вторых, чтобы адвокат не уподобился работающему по найму юристу, который зачастую вынужден отстаивать не вполне корректные с правовой точки зрения пожелания своего работодателя, и в-третьих, чтобы адвокаты при всех обстоятельствах сохраняли честь и достоинство, присущие их профессии (п. 1 ст. 4 Кодекса профессиональной этики адвоката (далее — КПЭА)).

Первоначально в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатской деятельности) был включен категорический запрет, более соответствующий законодательству о государственной службе: «Адвокат не вправе заниматься другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности» (абз. 1 п. 1 ст. 2 в ред. от 31 мая 2010 г.).

Однако впоследствии законодатель скорректировал свою позицию, поскольку установление для адвокатов как самозанятых граждан и для государственных служащих одинаковых ограничений в сфере дополнительной занятости не имеет никакого логического объяснения.

По действующему законодательству адвокат не вправе:

— вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности РФ, государственные должности субъектов РФ, должности государственной службы и муниципальные должности (абз. 1 п. 1

ЗАНЯТОСТЬ

деятельности с иными видами занятости

доме. Члены жилищно-строительного кооператива своими средствами участвуют в строительстве, реконструкции и последующем содержании многоквартирного дома. Жилищно-строительные кооперативы являются потребительскими кооперативами (п. 1, 3, 4 ст. 110 ЖК РФ).

Согласно § 5 главы 4 части первой ГК РФ и п. 1 ст. 116 ГК РФ потребительский кооператив является разновидностью некоммерческой организации, таким кооперативом признается добровольное объединение граждан и юридических лиц на основе членства с целью удовлетворения материальных и иных потребностей участников, осуществляемое путем объединения его членами имущественных паевых взносов.

Органами управления жилищного кооператива являются:

- 1) общее собрание членов жилищного кооператива;
- 2) конференция, если число участников общего собрания членов жилищного кооператива более 50 и это предусмотрено уставом жилищного кооператива;
- 3) правление жилищного кооператива и председатель правления жилищного кооператива (ст. 115 ЖК РФ).

Высшим органом управления жилищного кооператива является общее собрание членов кооператива (конференция), которое созывается в порядке, установленном уставом кооператива. Компетенция общего собрания членов жилищного кооператива (конференции) определяется уставом кооператива в соответствии с Жилищным кодексом РФ (ст. 116 ЖК РФ). Решение общего собрания членов жилищного кооператива, принятое в установленном порядке, является обязательным для всех членов жилищного кооператива. Общее собрание членов жилищного кооператива избирает органы управления жилищного кооператива и органы контроля за его деятельностью. Решение общего собрания членов жилищного кооператива оформляется протоколом (п. 2–4 ст. 117 ЖК РФ).

Правление жилищного кооператива избирается из числа членов жилищного кооператива общим собранием членов жилищного кооператива (конференцией) в количестве и на срок, которые определены уставом кооператива. Правление жилищного кооператива осуществляет руководство текущей деятельностью кооператива, избирает из своего состава председателя кооператива и осуществляет иные полномочия, не отнесенные уставом кооператива к компетенции общего собрания членов кооператива. Правление жилищного кооператива подотчетно общему собранию членов кооператива (конференции) (п. 1, 3, 4 ст. 118 ЖК РФ).

Председатель правления жилищного кооператива избирается правлением жилищного кооператива из своего состава на срок, определенный уставом жилищного кооператива. Председатель правления жилищного кооператива: обеспечивает выполнение решений правления кооператива; без доверенности действует от имени кооператива, в том числе представляет его интересы и совершает сделки; осуществляет иные полномочия, не отнесенные Жилищным кодексом РФ или уставом кооператива к компетенции общего собрания членов кооператива (конференции) или правления кооператива. Председатель правления жилищного кооператива при осуществлении прав и исполнении обязанностей должен действовать в интересах кооператива добросовестно и разумно (ст. 119 ЖК РФ).

Управление многоквартирным домом должно обеспечивать благоприятные и безопасные условия проживания граждан, надлежащее содержание общего имущества в многоквартирном доме, решение вопросов пользования указанным имуществом, а также предоставление коммунальных услуг гражданам, проживающим в таком доме. Собственники помещений в многоквартирном доме обязаны выбрать один из способов управления многоквартирным домом:

- непосредственное управление собственниками помещений в многоквартирном доме;
- управление товариществом собственников жилья либо жилищным кооперативом или иным специализированным потребительским кооперативом;
- управление управляющей организацией.

Способ управления многоквартирным домом выбирается на общем собрании собственников помещений в многоквартирном доме и может быть выбран и изменен в любое время на основании его решения. Решение общего собрания о выборе способа управления является обязательным для всех собственников помещений в многоквартирном доме (п. 1–3 ст. 161 ЖК РФ).

В многоквартирном доме Общим собранием членов кооператива (собственников помещений в многоквартирном доме) выбран предусмотренный законом способ управления многоквартирным домом — управление жилищно-строительным кооперативом.

Как и в первом случае, из материалов этого дисциплинарного производства усматривалось, что членство в ЖСК, замещение должности председателя Правления ЖСК с одновременным принятием на себя обязанности лично вести бухгалтерский учет необходимы К. как гражданину (физическому лицу) для реализации и защиты своего права собственности, права на жилище и права на реализацию избранного собранием членов кооператива (собственников помещений в многоквартирном доме) предусмотренного законом способа управления многоквартирным домом — управление жилищно-строительным кооперативом, то есть для реализации не только гарантированного Конституцией РФ права собственности, но и для реализации права, гарантированного ч. 1 ст. 40 Конституции РФ, неразрывно связанного с личностью К.

Поэтому, как и по первому делу, квалификационная комиссия пришла к выводу о том, что участие лица, имеющего статус адвоката и одновременно являющегося членом жилищно-строительного кооператива, в работе выборных органов данной некоммерческой организации, в том числе путем замещения на возмездной основе должности председателя Правления ЖСК с одновременным принятием на себя обязанности лично вести бухгалтерский учет не противоречит предписаниям ст. 2 Закона об адвокатской деятельности и п. 3 ст. 9 КПЭА, поскольку в данном случае действия лица, имеющего статус адвоката, направлены на реализацию гарантированных Конституцией РФ каждому прав и достижение целей (реализация собственником помещения в многоквартирном доме определенного общим собранием собственников помещений в многоквартирном доме (членов ЖСК) способа управления многоквартирным домом), которые не могут быть признаны входящими в противоречие с принципами деятельности адвокатуры, закрепленными в п. 2 ст. 3 Закона об адвокатской деятельности.

Квалификационная комиссия признала обоснованными и ссылки адвоката К. на постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 октября 2007 г. № 57 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами дел, касающихся взимания налога на добавленную стоимость по операциям, связанным с предоставлением жилых помещений в пользование, а также с их обеспечением коммунальными услугами и с содержанием, эксплуатацией и ремонтом общего имущества многоквартирных домов», а также на подп. 29 и 30 п. 3 ст. 149 НК РФ (в ред. Федерального закона от 28 ноября 2009 г. № 287-ФЗ).

Относительно доводов о том, что К. в ЖСК является юрисконсультом и кассиром, квалификационная комиссия отметила, что функции кассира К. выполнял в рамках принятия на себя как председателя Правления ЖСК обязанности лично вести бухгалтерский учет, а функции юрисконсульта — как составную часть полномочий председателя Правления ЖСК (ст. 119 ЖК РФ), никаких трудовых договоров с ЖСК К. не заключал.

Вместе с тем квалификационная комиссия сочла необходимым рекомендовать адвокату К. изменить способ юридического оформления описанных выше правоотношений с ЖСК как потенциально опасный для адвоката с позиций упречности в нарушении норм Закона об адвокатской деятельности и / или КПЭА. Первоначально 21 декабря 2005 г. К. как адвокат заключил с ЖСК соглашение об оказании юридической помощи «при решении текущих вопросов и в судах (в согласованном объеме)». Впоследствии в рамках данного соглашения и дополнительных соглашений к нему адвокат К. стал оказывать ЖСК юридическую помощь по временному исполнению обязанностей бухгалтера. Однако после избрания К. 1 марта 2008 г. председателем Правления ЖСК, который одновременно принял на себя обязанность лично вести бухгалтерский учет (а также выполнять неразрывно связанные с ними функции кассира, юрисконсульта), существование соглашения об оказании юридической помощи от 21 декабря 2005 г. с последующими дополнительными соглашениями утратило юридический смысл, поскольку все функции — юрисконсульта, бухгалтера (в том числе и кассира), а равно многие другие К. выполняет как председатель Правления ЖСК. Между тем ЖСК в интересах всех членов кооператива периодически ведет судебные споры как с отдельными членами ЖСК, так и с иными лицами. Согласно подп. 1 п. 1 ст. 9 КПЭА адвокат не вправе оказывать доверителю юридическую помощь, руководствуясь соображениями собственной выгоды. Участвуя как гражданин, которому на праве собственности принадлежит квартира (жилое помещение) в доме ЖСК, в органах управления ЖСК, в том числе путем замещения на возмездной основе должности председателя Правления ЖСК с одновременным принятием на себя обязанности лично вести бухгалтерский учет, К. имеет возможность использовать все имеющиеся у него познания как в области юриспруденции, так и в иных областях технических и гуманитарных знаний. Однако, представляя перед третьими лицами интересы ЖСК и его членов, К. не должен позиционировать себя как адвокат, поскольку по конкретным вопросам его интересы как собственника жилого помещения в доме ЖСК и члена этого ЖСК могут не во всех случаях совпадать с интересами ЖСК в целом и с интересами других членов данного ЖСК. Таким образом, может сложиться ситуация, в которой К. будет оказывать ЖСК юридическую помощь как адвокат, руководствуясь соображениями собственной выгоды, что недопустимо. ■ АГ

Окончание следует



Рисунок: Галима АХМЕТЗЯНОВА

ОСТОРОЖНО: БАНКРОТСТВО

«Банкротство» как способ защиты нарушенного права

Окончание. Начало см. в «АГ» № 21 (086)

Прежде чем обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве того или иного должника, нужно взвесить все «за» и «против», оценить свои силы и финансовые возможности, проконсультироваться со специалистами в этой отрасли права.

Вознаграждение арбитражных управляющих

Следует представить себе, что команды должника добивались такого результата, когда из недавно действующего и преуспевающего предприятия на почти законных основаниях в процедурах банкротства выводили имущество «за копейки», которые даже и не доходили до кредиторов, поскольку все уходило на выплату вознаграждения арбитражному управляющему, оплату нанятых им недешевых специалистов и т.п. (ст. 20.7 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в действующей редакции). Причем, когда дело о банкротстве возбуждается при наличии большой суммы активов в балансе должника, то арбитражный управляющий получает помимо гарантированного размера вознаграждения (примерно 30 тыс. рублей в месяц) еще и процент от балансовой стоимости указанных на бумаге активов (ст. 20.6).

В моей адвокатской практике временные управляющие, которые по закону не особенно важную роль играют как управленцы, требовали и получали дополнительное вознаграждение (проценты) на суммы от нескольких сотен тысяч до нескольких миллионов рублей. В качестве свежего примера можно привести дело № А55-35254/2009 о банкротстве ОАО «Птицефабрика Безенчукская», рассматриваемое в настоящее время Арбитражным судом Самарской области. Временный управляющий требовал большое вознаграждение за несколько месяцев якобы «изнурительной работы», при которой, как выяснилось, он успевал вести другие банкротства (штук 10 параллельно), съездить в отпуск (что для предпринимателя звучит очень странно, если не сказать «незаконно», поскольку отпусков у этой категории самозанятости не существует в природе). Этот временный управляющий умудрился провести анализ финансового состояния должника за 150 тысяч рублей, в то время как средние цены на такой экспертный анализ по региону составлял лишь 30 тысяч рублей. В общем, уходить, прибрав побольше, очевидно, решил тот временный управляющий.

А ведь это все за счет кредиторов — этих немалых денег они недополучат.

Считаю, что законодатель чрезмерно «доверился» деятельности арбитражных управляющих, без скрупулезного регулирования норм по «дополнительному» вознаграждению и лимиту расходов

внеся поправки в Закон о банкротстве, действующий с 2009 г. уже в новой редакции. Как показывает практика, немало арбитражных управляющих намерены лишь числиться таковыми, чтобы потом по формальным условиям получить такое большое вознаграждение.

Даже п. 16 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 60, позволяющий суду снизить сумму вознаграждения и лимита расходов, и постановление Пленума ВАС РФ от 17 декабря 2009 г. № 91, распространяющее положения о лимитах на услуги лиц, привлекаемых арбитражным управляющим, не очень помогают в решении этой проблемы.

Проценты как дополнительное вознаграждение арбитражному управляющему и иные расходы по процедуре могут быть уменьшены судом, лишь если доказать, что размер активов в балансе (на бумаге) завышен по сравнению с действительной их стоимостью. Суд также вправе рассмотреть вопрос об уменьшении уплачиваемого вознаграждения только в рамках (либо как следствие) процедуры «отстранения арбитражного управляющего от исполнения обязанностей» ввиду ненадлежащего исполнения таковых (постановления ФАС Поволжского округа от 25 февраля 2010 г. по делу № А49-4267/2009, ФАС Западно-Сибирского округа от 29 июля 2009 г. № Ф04-4509/2009(11825-А46-45), ФАС Поволжского округа от 25 сентября 2007 г. № А12-8882/04-с49-5/27, ФАС Северо-Западного округа от 13 августа 2009 г. № А26-1546/2008 и др.).

А если арбитражный управляющий не столь качественно исполнял свои обязанности, но либо кредиторы не успели поставить вопрос о его отстранении, либо по иным причинам этот вопрос процессуально не поднимался, то кредиторы лишены возможности возразить против «обогащения» такого арбитражного управляющего за их счет.

Есть и иная практическая проблема: временный управляющий сможет сразу по окончании процедуры наблюдения заявить требование о взыскании за счет имущества должника его вознаграждения (включая проценты). Кредиторы и конкурсный управляющий, видя, что реально конкурсная масса будет значительно меньше, чем та, которая указана в балансе должника и использована в расчете процентов, доказать это в суде не смогут, поскольку надлежащая оценка действительной стоимости активов должника займет, возможно, не один месяц. Так что регулирование, указанное в п. 16 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 60, либо останется лишь декларативным, либо станет возможным к реализации лишь через последующее истребование «излишне уплаченных» процентов временному управляющему по требованию лица, участвующего в деле о банкротстве, с применением ст. 60 Закона о банкротстве по аналогии с изложенным в п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 17 декабря 2009 г. № 91. Но последующая практика покажет, будет ли это работать.

Пока же в рассматриваемом Арбитражным судом Самарской области деле № А55-35254/2009 с моим участием пришлось сразу апеллировать к определению

ВАС от 27 января 2010 г. № ВАС-274/10 и указанным постановлениям Пленумов ВАС РФ, чтобы не доводить дело до последующего обжалования. Рассмотрение данного вопроса отложено и еще получит свое продолжение.

Те, кто получают деньги, и неудачники

Так вот, в таких случаях, кредиторам, реально обеспечивавшим развитие бизнеса должника до его банкротства (поставщики, подрядчики и т.п.), как правило, деньги вообще никогда не доходят. Конкурсная масса в виде выручки от ее реализации чаще всего делится между крупными банками, которые, выдавая кредиты под залог всего имущества такого предприятия, забирают 80 % от выручки этого заложенного имущества (п. 2 ст. 138) в конкурсном производстве, а остальные 20 % идут на погашение задолженности кредиторам первой и второй очереди и удовлетворение требований по вознаграждениям арбитражных управляющих и их «команд».

Кредиторы третьей очереди — это так называемые «неудачники», которые не получают ничего.

Не могу обойти стороной и то обстоятельство, что даже кредиторы по текущим платежам в данной ситуации по сегодняшнему законодательству могут остаться без какого-либо удовлетворения их требований, поскольку их требования погашаются из конкурсной массы (п. 1 ст. 134), а средства от реализации заложенного имущества, как показывает судебная практика и правовая конструкция нормы п. 2.1 ст. 138, туда не сразу попадают (их до этого момента «съедает» банк-кредитор по залоговым требованиям и арбитражный управляющий с огромными вознаграждением и расходами на осуществление процедур банкротства, ну и в лучшем случае кредиторы первой и второй очереди).

Стоит отметить некоторую «коллизию» норм п. 1, 2 ст. 134 и п. 2.1 ст. 138 Закона о банкротстве. Налицо дублирование гарантий получения арбитражным управляющим причитающегося вознаграждения и расходов на процедуры (судебных расходов) — до включения средств в конкурсную массу и после ее включения уже в категорию «текущих платежей». При этом пунктом 2.1 ст. 138 Закона о банкротстве вводится правовая конструкция «момент включения в конкурсную массу должника» его имущества, отличная от общей конструкции закона по этому вопросу, закрепленной в п. 1 ст. 131 этого же закона. Такое положение дел справедливым не назовешь, поскольку создается ощущение, что сделано все, чтобы активы банкрота были поделены до кредиторов третьей очереди, и по несколько раз. В этой части законодателю следует внести соответствующие правки и увязать указанные нормы друг с другом.

При этом, как показывает практика, испытывая иллюзии по поводу получения денег от банкрота, кредитор третьей очереди теряет свое драгоценное время на процедурах банкротства в ожидании «заветного» долга, хотя было бы гораздо более продуктивным продолжить сотрудничество и получить погашение долга посредством продолжения

бизнеса с должником. Были и такие случаи, которые лишний раз подчеркивали, что лучше не торопиться с банкротством. Но это единичные случаи, и я пойму возможный на этот счет сарказм «наученного горьким опытом» читателя.

Так спрашивается: возбуждал бы кредитор дело о банкротстве, если бы знал, что ничего не получит при банкротстве должника, хотя и не платившего со ссылкой на кризис, но все же державшегося на плаву и обещавшего позднее заплатить все сполна? Думается, с учетом всего сказанного, что нет.

Так не следует ли, до того как обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве того или иного должника банкротом, взвесить все «за» и «против», оценить свои силы и финансовые возможности, проконсультироваться со специалистами в этой отрасли права?

Полагаю, что после обсуждения этой темы, возможен только утвердительный ответ.

Недобросовестные консультанты

Но очень часто неправильное или, так скажем, «нецелевое» использование механизмов законодательства о банкротстве основано на неверном понимании (толковании) норм соответствующего права самими юристами, либо, если таковые всё правильно понимают, то в погоне за гонораром подогревают в «клиенте» стремление к судебным тяжбам, тем более к длительному банкротству должника, умалчивая об изложенных в этой статье негативных последствиях, возможных для кредитора-заявителя.

Почему я поднимаю эту тему? Да потому, что представитель в судебном процессе, конечно, лишь защищает интересы доверителя в целях охранения и восстановления нарушенного права. Но особенно важно понимать, что такое право должно быть не иллюзорным, а реальным и нарушение права должно быть действительным, а не вымышленным или гипотетическим, поскольку без этой компоненты обстоятельств нет основания для иска (заявления) и любое обращение в суд должно рассматриваться как злоупотребление правом. Применительно к обычным гражданам одни цивилисты называют это добросовестным заблуждением, другие же наоборот «незнанием закона», что к добросовестному заблуждению никакого отношения не имеет, за исключением схожести внешних признаков.

Повышение эффективности норм

В завершение обсуждения темы, желая «подсластить» картину правовых реалий в сфере банкротства, считаю необходимым отметить, что активно обсуждаются подготовленные поправки (дополнения) в Закон о банкротстве, касающиеся банкротства застройщиков. Данный шаг Федерального законодателя сделан для наведения порядка в сложившейся на сегодняшний день, прямо скажем, бесправной ситуации с такими банкротствами. Это не может не радовать. Возможно, в этой сфере потребительского строительства и экономики как пласта взаимоотношений «государство — застройщик — дольщик» государство все же наведет порядок.

Не хочу оставить без внимания тот факт, что государство все же пытается сделать механизмы, заложенные в процедурах банкротства, более прозрачными. Так, приняты поправки в закон, обязывающие применять «электронные торги» (абз. 2 п. 7 ст. 110, п. 3 ст. 111), через которые предполагается реализация конкурсной массы (п. 3 ст. 139). Без электронных торгов такая реализация была, мягко говоря, не очень справедливой. Только вот доказать и оспорить это было практически невозможно, что явно нарушало права кредиторов должника. Но применение этих поправок отложено на более поздний срок, а такой срок, как показывает история, имеет свойство отодвигаться.

Я убежден, что полноценная эффективность Закона о банкротстве и заложенных в нем механизмов не будет достигнута, если не «оживить» механизмы привлечения к уголовной ответственности по так называемым «банкрот-

ным» статьям 195–197 УК РФ, в особенности за преднамеренное банкротство, а также за неправомерные действия при банкротстве и в его предвидении, которые в настоящий момент абсолютно не работают, в чем можно убедиться, ознакомившись с многочисленными судебными решениями (постановление ФАС Поволжского округа от 19 июня 2009 г. № А55-13192/2008, решение Арбитражного суда Ивановской области от 5 июня 2008 г. № А17-2041/2008, постановление ФАС Поволжского округа от 15 декабря 2009 г. по делу № А72-7680/2009). Можно привести массу решений об отказе в возбуждении уголовного дела. Кроме того, наша судебная система неохотно использует и административные механизмы, заложенные в законодательстве (определение ВАС РФ от 20 декабря 2007 г. № 16828/07).

При этом следует отметить, что и правоприменитель вкладывает свою очень

важную позитивную лепту в наведение порядка в сфере банкротств и привитие уважения к судебной власти, особенно если учесть, что такие решения складываются на региональном уровне и впоследствии не отменяются свыше. Так, по итогам 2009 г. уже не единичны судебные решения, возлагающие лично на бывших директоров непогашенные долги предприятия-банкрота в качестве субсидиарной ответственности, даже порядка нескольких десятков миллионов рублей. Так, кредиторам и должникам (их собственникам и руководителям) будет полезно ознакомиться с решениями Арбитражного суда г. Москвы от 27 июля 2009 г. по делу № А40-7185/09-71-11 и Советского районного суда Орловской области от 18 июня 2008 г., которые не отменены и не изменены. Напротив, постановлением ФАС Московского округа от 3 марта 2010 г. по делу № А40-7185/09-71-11 решение Арбитражного

суда г. Москвы признано законным и обоснованным. Поверьте, это очень серьезный шаг нашей системы отправления правосудия к эффективному правоприменению и защите прав и интересов кредиторов при банкротстве юридических лиц.

Результаты любых изменений законодательства, практики правоприменения сказываются на общественных отношениях, настроениях в обществе и бизнесе. Оценку их эффективности и разумности, полагаю, может дать каждый, кого они касаются. Будем верить в то, что поправки в законодательство о банкротстве после их принятия и вступления в силу будут иметь положительный эффект.

АГ

Дмитрий НАТАРИУС,
адвокат ПАСО

С УЛЫБКОЙ ПО ЖИЗНИ

В этом номере «АГ» поздравляет президентов адвокатских палат Белгородской и Иркутской областей. Василию Попову 27 ноября исполнится 60 лет, а на следующий день, 28 ноября, 45-летие отметит Георгий Середа. Наш праздничный блиц-опрос показал, что не только профессия объединяет именинников.

КАПЛИ
ДАТСКОГО
КОРОЛЯ



СЕРЕДА

Георгий Викторович



■ Как Вы начинаете день?
– С зарядки.

■ Главная черта Вашего характера?
– Доброта, конечно!

■ Проступки, вызывающие у Вас наибольшее снисхождение?
– Забывчивость.

■ Кем из известных Вам персонажей Вы хотели бы побыть?
– Винни-Пухом!

■ Почему?
– Хочется беззаботной жизни.

■ Что для Вас счастье?
– Когда просыпаешься с улыбкой.

ПОПОВ

Василий Никитич



■ Любимый запах?
– Цветущих садов.

■ Ваш главный недостаток?
– Упертость: всегда пытаюсь отстаивать свое мнение.

■ Что для Вас идеальный дом?
– Семья. С женой уже 37 лет вместе.

■ Ваши жизненные принципы?
– Дисциплинированность и исполнительность.

■ Какие качества Вы цените в друзьях?
– Искренность, правдивость, бескорыстие в отношениях.

■ Что для Вас счастье?
– Счастье – это здоровье и хорошее настроение в семье и на работе. Чтобы было меньше жалоб, особенно на адвокатов.

Если Вы хотите поздравить с круглой датой своих коллег или адвокатские образования, избежав при этом излишнего официоза и помпезности, которые нередко смущают юбиляров, рубрика с шутливым названием «Капли датского короля» к Вашим услугам.

Стоимость колонки праздничного настроения – 3000 руб.

Задаёт неюридические вопросы и принимает объявления в рубрику наш корреспондент **Марина Самари. E-mail: advgazeta@mail.ru, тел.: (495) 787-28-35, факс: 787-28-36.**

РЕМЕСЛЕННЫЙ ЦЕХ

Что предпочтительней для власти и бизнеса?

■ **Александр МУРАНОВ**,
управляющий партнер КА
«Муранов, Черняков и
партнеры» (Москва),
к. ю. н., доцент МГИМО

очень далека от того, чтобы «партия антимонопольщиков» окончательно обиделась. Но если ее члены не склонны к маргинальности, то публично дискутировать в избранном им тоне просто нерационально:

диалога с адвокатурой не получится (а ситуация еще очень далека от того, чтобы адвокатуру можно было списывать со счетов). Именно поэтому я стараюсь ошибку автора не повторять, как бы ни хотелось взять чрезмерно ироничный тон.

А еще более интересно то, что автор не просто выступает представителем Урала, где юридический бизнес давно уже развивается и практически, и идеологически, но даже в чем-то ассоциирует себя с Уральской правовой палатой и при этом говорит о ней только положительно (а ее деятельность действительно достойна уважения), а об адвокатуре — уничижительно.

Я далек от того, чтобы считать, будто автор как-то согласовывал свою позицию с Уральской правовой палатой: не думаю, что ее руководители настолько же радикальны. Но то, что статья в глазах адвокатуры некую тень на данную палату бросила, — факт несомненный.

Несколько примеров фактологических неточностей автора

Всем прекрасно известно, что в 90-е гг. прошлого столетия юристам в России никто не отводил в процессах развития институтов гражданского общества и правового государства роль главных претендентов на звание новой российской элиты. В те годы элитой были экономисты и финансисты, хозяйственники, бизнесмены (автор фактически признает это в дальнейшем, говоря о том, что в 2000 г. юристы сменили «крепких хозяйственников»). Юристы были обслуживающим персоналом, шудрами, а не брахманами, как бы автор ни утверждал обратное. И не могли юристы стать элитой хотя бы потому, что все занимались выживанием или приспособлением к новым экономическим условиям.

Неточно и то, что США были выбраны в нашей стране в качестве примера для подражания в сфере юридических услуг: если бы американский подход действительно был внедрен в России, то сегодня автор, не имея статуса адвоката

(или некоего аналогичного статуса), но оказывая платные юридические услуги и защищая «свободу своей деятельности», рисковал бы многим, вплоть до уголовного преследования.

Верно то, что стать юристом — означает получить пропуск в «социальный лифт». Только вот в России большинство поставщиков юридических услуг хотели получить пропуск в этот «лифт» для попадания в высший слой общества потребления, а не в политическую или интеллектуальную элиту в истинном смысле этого слова. Миллион долларов на банковском счете еще не превращает поставщика юридических услуг в члена элиты.

Весьма любопытно утверждение автора о том, что адвокатское сообщество уже «очень долго и безуспешно...» пытается добиться для себя преференций в юридическом бизнесе, иницируя вмешательство государства в свободные рыночные процессы с целью добиться законодательного введения ограничения доступа к оказанию юридических услуг не-адвокатами». Напомню, что впервые вопрос о необходимости установления единых стандартов для практикующих юристов был поставлен в 2008 г. Инициаторами его несколько человек (от силы — два десятка), которые не без успеха пытались привлечь к этой проблеме внимание общественных и властных структур, в том числе и самой адвокатской корпорации. Им удалось побудить юридическое сообщество думать и высказываться по заданной проблеме, привлечь на свою сторону Минюст РФ и заставить некоторых адвокатских «лидеров» прекратить личную PR-истеричку против изменений в адвокатуре и прислушаться к Минюсту.

О каких преференциях для адвокатов говорит автор, когда одна из идей состояла и состоит именно в том, чтобы сделать правила едиными для всех участников сферы юридических услуг, хотя бы и на основе адвокатуры? Ведь тогда не будет разных групп и, следовательно, не будет и преференций для одной из них (а доступ в адвокатуру будет открыт для всех желающих, при условии что они соответствуют определенным требованиям). Для автора было бы более точным говорить о стремлении адвокатуры к стандартизации или, например, к «тоталитаризму», к «стрижке всех под одну гребенку». Если автор придерживается таких взглядов, то почему бы ему не начать еще отстаивать введение в каждом регионе России своих форм электрических розеток и штепселей, а также своих дорожных знаков, технических регламентов, гражданских кодексов и т.д.?

Правда, обсуждается еще идея наделить только адвокатов правом выступать в судах (но с рядом важных исключений), однако такое право предполагается уравновесить возложением на адвокатов дополнительных обязанностей, так что именно о преференциях тут говорить также неуместно.

Читать слова автора об «инициировании вмешательства государства» можно только с улыбкой: разве можно называть так несколько имевших место в прошлом газетных и журнальных публикаций и обсуждение проблемы

группой адвокатов и юристов вместе с первым заместителем Председателя Совета Федерации А.П. Торшиным? На самом деле все было иначе: проблема давно назрела, наиболее знающие сказали о ней громко, а Минюст РФ ее заметил. Так что адвокатура не инициировала вмешательство государства, а только заявила о своем видении проблемы и далее стала поддерживать инициативы Минюста РФ. И она не только была вправе, но и была обязана так сделать, подобно тому как и Уральская правовая палата распространяет свою идеологию и стремится к экспансии (и в нынешних условиях это нормально). Пенять же сегодня на попытку «вмешательства» автор должен в первую очередь государству, но готов ли он к этому? Как видно в конце его статьи, действия Минюста РФ он скорее одобряет.

Перейдем к следующей неточности автора. Говоря об обсуждении два года назад проекта закона о квалифицированной юридической помощи, автор замечает: «Уже тогда адвокаты проигрывали борьбу за свою монополию, так как предполагалось существование некой конвертации практикующих юристов в адвокаты без экзаменов». Неужели он считает, что за эти два года ситуация стала для адвокатуры более проигрышной? Заблуждение. При этом приведенный пассаж заслуживает еще большего внимания благодаря допущенному в нем внутреннему противоречию: как можно говорить сначала о «монополии» адвокатов, а потом признавать, что в качестве одного из вариантов рассматривалось приглашение других юристов в «монополию» путем автоматической «конвертации»?

И, наконец, еще одна серьезная неточность. Согласно автору, «пример Уральской правовой палаты показывает, что существует иной реально работающий механизм регулирования рынка юруслуг, альтернативный адвокатской монополии. И, возможно, более эффективный. При этом к нему явно тяготеет свободолобивое сообщество юристов-консультантов. Немаловажно, что в современных теориях государственного управления саморегулирование считается более эффективным, нежели прямое государственное вмешательство». Вообще-то саморегулирование в России было введено в результате прямого государственного вмешательства, если уж на то пошло: без закона о СРО как-то само собой саморегулирование развивалось не особенно быстро. Далее, адвокатура, как общеизвестно, также основана на принципе самоуправления, саморегулирования. Ввиду этого противопоставлять саморегулирование и адвокатскую «монополию» просто некорректно с юридической точки зрения и неразумно с экономической: саморегулирование касается вопросов внутренней организации поставщиков юридических услуг, тогда как адвокатская «монополия» направлена вовне (кстати, указания на адвокатскую «монополию» я использую выше и ниже только для удобства словоупотребления: на самом деле никакой монополии адвокатов в экономическом или юридическом смысле существовать не может, зато должно существовать обычное для любого общества разделение

Фото: «АГ»

Статья уральского юриста Евгения Шестакова «Саморегулирование юристов против адвокатской монополии», размещенная агентством РАПСИ (<http://www.infosud.ru>) и частично перепечатанная в «АГ» № 20, обратила на себя внимание многих российских юристов именно тем, что оказалась квинтэссенцией некоторых воззрений противников так называемой «адвокатской монополии» (назовем их «партией антимонопольщиков» в юридическом бизнесе).

Статья мне понравилась. Приглянулась каким-то эмоциональным задором, максимализмом и, что очень важно, искренностью: читая ее, понимаешь, что у человека есть кредо (мое личное знакомство с Е. Шестаковым позволяет говорить об этом с еще большей уверенностью). Автор предельно откровенен, делая при этом акцент на негатив по отношению к адвокатуре и не стесняясь выражать по ее поводу сильные эмоции. Могу ошибаться, но он, возможно, первый из представителей юридического бизнеса, кто не побоялся выступить так резко и жестко (возможно, это было не вполне по-юридически и даже не вполне этично, но в свете принципа свободы слова разве следует осуждать свободолобивого предпринимателя, на которого кодекс этики не распространяется?). Однако серьезные юристы публичную дискуссию так не ведут. Так поступают самопиарщики, недалекие люди или персонажи, считающие себя обиженными. К двум последним автора не отнесешь: он интеллектуал, а ситуация еще

ПОЛЕМИКА

13

ИЛИ ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ КОРПОРАЦИЯ



труда с насущной необходимостью использования применительно к различным видам труда различных квалификационных требований (или юристы должны находиться наравне с чернорабочими?). Это просто внутренних и внешний аспекты функционирования рынка юридических услуг, которые друг друга не исключают.

Неудачная приверженность принципу laissez-faire (невмешательства)

Автор пытается выставить адвокатуру в негативном свете за счет намеков на то, что она пробует вмешаться в свободные рыночные процессы и побуждает к этому государство. Однако неужели не очевидно, что в XXI в. «свободных рыночных процессов» просто не бывает? Понятия «рынок» и «государство» можно было противопоставлять скорее в XVII–XVIII вв. Сегодня же все наоборот, и между понятиями «рынок» и «государство» нет никакого противоречия: присутствие государства в той или иной мере на том или ином рынке признается разумным и целесообразным. Одно из двух: или автору следует перестать употреблять понятие «рынок юруслуг», или, если он его употребляет, признавать принципиальную возможность вмешательства государства в его функционирование.

Такое впечатление, что автор сам не определился, что он хотел сказать. То он осуждает регулирование рынка государством, то в конце раздела «Рыночный механизм» прямо хвалит «самостоятельное ограничение свободы предпринимательской деятельности стандартами качества и институтом саморегулирования». Казалось бы, все нормально, противоречия нет: в первом случае вмешивается «злое» государство, а во втором — «доброе» саморегулирование. Проблема только в том, что правила деятельности СРО (весьма жесткие) в России задает государство. Так что противоречие в рассуждениях, некий дуализм в осознании проблематики налицо.

«Обналичка», откаты и коррупция: контрпродуктивность доводов автора

Как утверждает автор, «под прикрытием юридических услуг зачастую проходят операции по обналичиванию денежных средств. Под юруслугами прячутся откатные коррупционные схемы...». Между тем всем давно известно, что обналичивать денежные средства

дешевле и эффективнее не через адвокатские образования, а через обычные «помойки» в виде коммерческих организаций, организационно-правовые формы которых используются именно «свободолюбивым сообществом юристов-консультантов». Получается как-то контрпродуктивно: доказывая бессилие Росстата, автор невольно поставил «свободолюбивое сообщество юристов-консультантов» в один ряд с теми, кто чаще всего и занимается «обналичкой» и откатом. Само собой, я далек от мысли считать, что нормальные юристы в Уральском регионе занимаются подобными вещами, но проблема-то как раз в том и заключается, что если они резко противопоставляют себя адвокату, то именно тогда они волей-неволей и оказываются в одной компании с мошенниками от юрбизнеса. Пусть представители «свободолюбивого сообщества» и незапятнанны, но отблеск-то неприличия на них падает (как, впрочем, падает и на меня как адвоката отблеск деяний отдельных персонажей в адвокатуре).

Неприятие адвокатуры и приятие позиции госорганов?

Читая не вполне лестные отзывы автора об адвокатуре и ее инициативах, вдруг с удивлением узнаешь, что автор не так уж и против тех идей по реформированию рынка юридических услуг, которые выдвигает Минюст РФ: «...Общественная дискуссия вокруг судьбы юридического бизнеса привлекла Минюст РФ как потенциального регулятора рынка. <...> Из звучащих намеков и недомолвок со стороны инициаторов процесса можно сделать утешительные выводы о том, что юридический бизнес не будет реформирован по жесткому адвокатскому сценарию. Мне импонирует современный подход, который транслируется как со стороны министра юстиции Александра Коновалова, так и со стороны его заместителя Юрия Любимова, ответственного за реформу. Чиновники публично заявляют о несоответствии профессиональным и этическим требованиям юридической профессии не только неких абстрактных юристов, но и адвокатов. Наиболее вероятным сценарием развития событий они считают объединение консультантов на основе адвокатского статуса, но с оглядкой на интересы влиятельной группы многочисленных представителей российских юридических фирм».

Что ж, то, что автору импонирует подход Минюста РФ, мне тоже импони-

рует. Только не следует забывать, что подход Минюста РФ опирается именно на разработки Федеральной палаты адвокатов, которые и велись неспешно в течение последних трех лет. Или автор наивно считает, что Минюст РФ все придумал сам? И в целом очень жаль, что в России является обыденным делом критиковать предложения снизу и сразу же поддерживать инициативы сверху, даже если они являются вариацией первых.

Почему адвокатская «монополия» так пугает юрконсультантов?

Доводы автора по поводу отношений клиента и юриста верны, как верно и то, что наследники советской адвокатуры потеряли много клиентов именно из-за своих недостатков, на наличие которых у частных консультантов адвокаты часто указывают.

Только вот как можно утверждать, что введение единых квалификационных требований на базе адвокатуры «неминуемо приведет к полной дискредитации юридического консалтинга, взвинчиванию цен у немногочисленной касты востребованных бизнес-адвокатов»? Почему автор считает, что адвокатам будет отдана какая-то «монополия»? Разве он сам и его коллеги не смогут стать адвокатами? Конечно же, смогут, ведь в этом и состоит одна из идей реформы, предлагаемой в том числе и адвокатурой (правда, в этом вопросе она не единая, но решать-то будет не ее радикальная часть, а готовый к компромиссам Минюст РФ, который склоняется в пользу данной идеи).

Неужели автор всерьез верит в то, что получение им удостоверения адвоката лишит его каких-то «волшебных» свойств консультанта, что он мгновенно утратит квалификацию, а клиенты от него уйдут?

Неужели бизнес-консультанты так боятся стать членами адвокатуры (а такое право у них будет)? Неужели они не смогут предложить нормальные цены и зарабатывать, неужели у них не будет шанса стать востребованными бизнес-адвокатами?

Цех или мощная корпорация? Феодалная раздробленность или единый рынок?

Если проанализировать взгляды автора с точки зрения истории экономики, то станет очевидно, что он не просто отстаивает господствующий в XVII–XVIII вв. принцип laissez-faire применительно к юридическому бизнесу, но и предлагает такую его организацию, которую можно назвать «цеховой». Что поделать, приверженность идеологии раннего капитализма для раннего российского бизнеса — вполне нормальное явление.

В самом деле, автор предлагает взять за пример один из нескольких типов организационно-правовых форм (Уральская правовая палата является некоммерческим партнерством), при помощи которого объединяются отдельные поставщики юридических услуг в целом

на региональной основе и который изначально базируется в основном на территориальном принципе. Несомненно, Уральская правовая палата является достойной и прогрессивной организацией, но пока все же с точки зрения истории экономики это «цех», который намерен стать мощной современной корпорацией.

Понравится ли идея цеха российской власти, стремящейся к модернизации? Вряд ли, она скорее предпочтет более современный подход, исходящий не из регионализма и территориализма, а из федерального охвата и даже стремления к дальнейшей экспансии.

Что предпочтительнее с точки зрения развития юридического бизнеса в России: однородное федеральное пространство с едиными правилами игры, установленными на уровне закона, или же региональная расчлененность с особым для каждой области регулированием, причем установленным локальным актом частной организации (СРО)?

Что больше соответствует тенденциям развития экономики? Разве стимулирование отказа от феодальной раздробленности и стремление к единому национальному рынку не послужило топливом для разогрева всех западных экономик? Разве не единый рынок строит Европа? Разве напрасно ВТО борется за создание единого мирового экономического пространства для беспрепятственного движения товаров и услуг и не приветствует излишний регионализм? Все это риторические вопросы, так что не вполне понятно, почему автор, позиционирующий себя бизнесменом и сторонником свободной экономической идеологии, эти моменты не учитывает. Опять двойственность сознания: если ты сторонник регионального самоуправления в юридическом бизнесе, то не нужно рассуждать об экономической свободе, а нужно записаться в антиглобалисты и отказаться от ведения бизнеса в подлинном смысле этого слова (бизнес всегда стремится к экспансии); если же ты позиционируешь себя как бизнесмен, то нужно выступать за самоуправление в юридическом бизнесе на федеральном уровне, а это уже скорее адвокатура, нежели СРО.

Построить единое федеральное пространство с едиными правилами игры, установленными на уровне закона, можно только на основе адвокатуры, уже функционирующей и на региональном, и на федеральном уровне, причем способной еще и на большее. Так что давайте ставки, господа!

Мне бы не хотелось, чтобы данная статья была воспринята лишь как «ловля блох» в позиции Е. Шестакова. Возможно, она поможет ему лучше готовиться к дальнейшей публичной деятельности, а рассмотренную здесь неудачную его попытку можно считать случайностью. Нельзя же предположить, что он допускает подобные неточности не только в публичных выступлениях, но и в документах для клиентов? **АГ**

ЛОВУШКА ДЛЯ АДВОКАТА

Президиум ВАС отказал адвокатам во взыскании неустойки с заказчика по договору возмездного оказания услуг

■ **Наталья СЕРЁГИНА,**
адвокат АП г. Москвы,
seregina_n@mail.ru



Фото: Марина САМАРИ

Постановление № 2715/10, которое Президиум ВАС РФ принял 7 сентября 2010 г., вызвало ряд откликов в СМИ (см., например: Мошкович М. Неустойка не устояла // ЭЖ-Юрист. 2010. № 38 (643); Шарпаева Е. Адвокаты начали работать, а заказчик передумал. Почему ВАС не взыскал неустойку // Право.Ру). Это постановление названо прецедентным, так как дает ответ на вопрос о том, вправе ли заказчик отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг, не выплачивая неустойку.

Дело № А64-7196/08-23

Истоки спора. 4 августа 2008 г. между адвокатским бюро «Бизнес-Адвокат» АП Тамбовской области (далее — Адвокатское бюро, Исполнитель) и СХПК «Маяк Ленина» (далее — Кооператив, Заказчик; совместно именуются «Стороны») было заключено соглашение об оказании юридической помощи (далее — Соглашение), по условиям которого Адвокатское бюро обязалось оказать Кооперативу юридические услуги, связанные с взысканием дебиторской задолженности с ГОНО ОПХ «Центральное» ГНУ Тамбовский НИИ РАСХН (далее — Хозяйство «Центральное», Должник), а Кооператив — оформить и выдать Исполнителю (либо указанному последним лицу) доверенность на осуществление соответствующих полномочий и оплатить адвокатские услуги в размере 7 % от выплаченной Должником суммы.

В п. 5.4 Стороны установили, что в случае расторжения Соглашения Кооперативом или совершения им действий (бездействия), влекущих за собой невозможность исполнения поручения (в том числе отказ от иска, отзыв доверенности), он выплачивает Исполнителю 200 000 руб. штрафа.

Услуги, оказанные Адвокатским бюро по Соглашению, выразились в изучении представленных Кооперативом докумен-

тов, подготовке и подаче в Арбитражный суд Тамбовской области заявления о включении в реестр требований кредиторов задолженности Хозяйства «Центральное» перед Кооперативом в размере 1 284 078 руб., однако поданное заявление было оставлено без движения до 3 сентября 2008 г., поскольку к нему не было приложено свидетельство о государственной регистрации юридического лица.

Для исправления ситуации Исполнитель запрашивал у Кооператива копию требуемого свидетельства, но ответа не получил, что повлекло возвращение заявления.

Судебный спор. Поведение Кооператива Исполнитель расценил как бездействие, влекущее невозможность исполнения Соглашения, и, ссылаясь на п. 5.4 Соглашения, обратился в Арбитражный суд Тамбовской области с иском о взыскании штрафа в размере 200 000 руб. Кооператив, в свою очередь, предъявил встречный иск о признании п. 5.4 Соглашения действительным (ничтожным).

8 июня 2009 г. принятым по делу решением удовлетворен иск Адвокатского бюро, в удовлетворении встречного иска Кооператива отказано.

Не согласный с решением суда Кооператив инициировал пересмотр дела сначала в порядке апелляции и кассации, а затем и в порядке надзора. Первые две инстанции оставили оспариваемый

судебный акт в силе, последняя — отменила.

Позиция Кооператива. Положение о начислении штрафа в случае отказа Кооператива от Соглашения, закрепленное в п. 5.4, ничтожно как противоречащее п. 1 ст. 782 ГК РФ. Кроме того, отказ Кооператива от исполнения условий Соглашения вызван достигнутой с руководством Хозяйства «Центральное» договоренностью о внесудебном урегулировании спора, в связи с чем он перестал нуждаться в адвокатских услугах и в соответствии с данной нормой ГК РФ письмом от 21 августа 2008 г. уведомил Адвокатское бюро о прекращении договорных отношений и об отмене выданных доверенностей.

Позиция нижестоящих судов. Пункт 5.4 Соглашения не содержит условия, запрещающего Кооперативу отказаться от исполнения договора. Неустойка же является не только мерой ответственности, но и способом обеспечения исполнения обязательства (ст. 329 ГК РФ). В спорном пункте Соглашения Стороны предусмотрели возможность применения штрафных санкций в качестве способа обеспечения исполнения обязательства в случае реализации Кооперативом своего права на досрочный отказ от договора, что не противоречит правовой природе неустойки.

Позиция ВАС РФ. Выводы нижестоящих судов необоснованны — юридические лица свободны в заключении договора, условия которого определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (п. 1 и 4 ГК РФ).

Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения (ст. 330 ГК РФ).

По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (п. 1 ст. 779 ГК РФ). Статья 782 ГК РФ закрепляет право заказчика и исполнителя на односторонний отказ от исполнения такого договора и условия, при которых он допускается. Условием отказа заказчика от исполнения обязательств по договору является оплата исполнителю фактически понесенных им расходов (п. 1). Из смысла данной нормы следует, что отказ заказчика от исполнения договора возможен в любое время: как до начала исполнения услуги, так и в процессе оказания услуги.

Поскольку право сторон (как исполнителя, так и заказчика) на односторонний отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг императивно

установлено ст. 782 ГК РФ, оно не может быть ограничено соглашением сторон. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения (п. 1 ст. 422 ГК РФ).

Недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части (ст. 180 ГК РФ), следовательно, предусмотренная п. 5.4 Соглашения неустойка, ограничивающая право

Заказчика на расторжение договора, ничтожна (ст. 168 ГК РФ).

Толкование, данное в постановлении № 2715/10, является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

Комментарий к постановлению № 2715/10

1. Начало действия толкования определяется днем размещения постановления № 2715/10 в полном объеме на сайте ВАС РФ, т.е. 22 сентября 2010 г. (п. 61.9 Регламента арбитражных судов (в ред. постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 62)).

2. Повод и основания пересмотра. В определении ВАС РФ от 12 мая 2010 г. № ВАС-2715/10 «О передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» приводятся четыре примера рассмотрения различными арбитражными судами кассационной инстанцией аналогичных дел — по одному штраф взыскан (постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 марта 2004 г. по делу № А26-2882/02-Б/217), а по трем — нет (постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 10 апреля 2009 г. по делу № А63-5688/2008, ФАС Волго-Вятского округа от 3 февраля 2010 г. по делу № А82-3770/2009-8, ФАС Восточно-Сибирского округа от 23 апреля 2009 г. по делу № А58-2940/08-Ф02-1541/09). По результатам изучения этих постановлений ВАС РФ резюмирует: «Одни и те же обстоятельства, являющиеся существенными для правильного рассмотрения спора, расценены судами по-разному, что свидетельствует об отсутствии единообразия в толковании и применении судами норм права».

3. Вопрос хронологии. Заказчик уведомил Исполнителя письмом о прекращении договорных отношений 21 августа 2008 г., т.е. еще до истечения срока (3 сентября 2008 г.) для устранения обстоятельств, предусмотренных ст. 128 АПК РФ. Поэтому позицию Исполнителя о «бездействии» Заказчика надо оценивать с учетом наличия (отсутствия) у Адвокатского бюро документально подтвержденной информации о расторжении Соглашения на момент «невозможности» его исполнения, что затруднительно установить по одним только

ПРЕЦЕДЕНТ

15

итоговым судебным актам. Остается лишь присоединиться к комментарию Ю.В. Мешковой: «Интересно, что ВАС РФ рассматривал неустойку в контексте одностороннего расторжения договора клиентом, тогда как адвокаты обратились за взысканием неустойки по другому основанию — невозможности исполнить обязательства по договору из-за непредставления копии свидетельства» (Рубрика «Прения сторон» // Арбитражная практика. 2010. № 10).

4. Законодательство, регулирующее расторжение соглашения. Как известно, специальным законом, регулирующим деятельность адвоката, является Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в ред. от 23 июля 2008 г., далее — Закон об адвокатской деятельности), в п. 2 ст. 25 которого предусмотрено, что вопросы расторжения соглашения об оказании юридической помощи регулируются ГК РФ с изъятиями, предусмотренными этим законом. Есть мнение, что «никаких изъятий на этот счет Закон не содержит» (Исанов С.Н. О некоторых нормах законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре // Адвокат. 2004. № 11), но это не совсем верно. Так, для уголовного процесса изъятие предусмотрено, поскольку «адвокат не вправе... отказаться от принятой на себя защиты» (подп. 6 п. 4 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности). Применительно же к рассматриваемому случаю, действительно, следует опираться исключительно на нормы ГК РФ.

5. Правовая природа соглашения. Последствия расторжения соглашения об оказании юридической помощи вытекают из его правовой природы. До внесения 20 декабря 2004 г. изменений в п. 2 ст. 25 Закона об адвокатуре предусматривалось, что «адвокат выступает в качестве представителя доверителя в конституционном, гражданском, административном судопроизводстве, в качестве представителя или защитника доверителя в уголовном судопроизводстве и судопроизводстве по делам об административных правонарушениях, а также представляет интересы доверителя в органах государственной власти, органах местного самоуправления, в отношениях с физическими лицами только на основании договора поручения», а «иные виды юридической помощи адвокат оказывает на основании договора возмездного оказания услуг».

В ныне действующей редакции нормы соответствующие абзацы исключены и сохранилось лишь указание на то, что «соглашение представляет собой гражданско-правовой договор, заключаемый в простой письменной форме...». Фактически это означает, что соглашение об оказании юридической помощи может быть и договором поручения (гл. 49 ГК РФ), и договором возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), и смешанным договором, содержащим отдельные элементы того и другого одновременно с соответствующим регулированием.

Из текста надзорного постановления видно, что Соглашение от 4 августа 2008 г. однозначно квалифицировано ВАС РФ как договор возмездного оказания услуг, хотя из ранее принятых по

делу судебных актов следует, что Заказчик ссылался как на п. 1 ст. 782, так и на п. 2 ст. 977 ГК РФ, т.е. на нормы, регулирующие разные договоры.

6. Условия выплаты вознаграждения. Законодательство четко разграничивает «вознаграждение за оказываемую юридическую помощь» (гонорар) и «компенсацию расходов, связанных с исполнением поручения», относя и то и другое к существенным условиям соглашения (подп. 3—4 п. 4 ст. 25 Закона об адвокатской деятельности, п. 1 ст. 16 Кодекса). При этом уточняется, что «гонорар определяется соглашением сторон и может учитывать объем и сложность работы, продолжительность времени, необходимого для ее выполнения, опыт и квалификацию адвоката, сроки, степень срочности выполнения работы и иные обстоятельства» (п. 2 ст. 16 Кодекса).

«Адвокату следует воздерживаться от включения в соглашение условия, в соответствии с которым выплата вознаграждения ставится в зависимость от результата дела», за исключением иму-

щественных споров, «по которым вознаграждение может определяться пропорционально к цене иска в случае успешного завершения дела» (п. 3 ст. 16 Кодекса).

В комментируемом случае обусловленность получения вознаграждения исходом судебной тяжбы (7 % от выплаченной Должником суммы) стало для адвокатов законной ловушкой: ведь достигнутая по совету Адвокатского бюро договоренность о внесудебном урегулировании спора не является основанием для получения гонорара.

Адвокатского бюро договоренность о внесудебном урегулировании спора можно расценивать как «успешное завершение дела» только с обывательской, но не с юридической точки зрения, и, следовательно, оснований для получения гонорара нет, а по толкованию ВАС РФ неосновательно и взыскание неустойки.

7. Позиция ВАС РФ и адвокатская этика. Постановление № 2715/10 нельзя рассматривать лишь с позиции юридической чистоты, не менее важным аспектом является и этическая сторона вопроса.

Безусловно, для любого потенциального доверителя толкование ВАС РФ весьма выгодно — теперь адвоката можно «использовать» в рамках закона. В СМИ уже можно встретить вполне убедительные доводы коллег-юристов о том, что «недобросовестный клиент» способен будет без особого труда свести соглашение на ведение дела к оплате стоимости консультации (Рубрика «Прения сторон» // Арбитражная практика. 2010. № 10; Шарпаева Е. Адвокаты начали работать, а заказчик передумал. Почему ВАС не взыскал неустойку // <http://www.pravo.ru/review/view/37712/>).

Действительно, в силу самой сущности своей профессии (оказание квалифицированной юридической помощи) адвокат не только вынужден обсуждать со своим доверителем позицию по делу, но и не вправе при этом «оказывать ему юридическую помощь, руководствуясь соображениями собственной выгоды», а поскольку «предупреждение судебных споров является составной частью оказываемой адвокатом юридической помощи», он обязан заботиться «об устранении всего, что препятствует мировому соглашению» (п. 2 ст. 7, подп. 1 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (в ред. от 5 апреля 2007 г.)).

Некоторые рекомендации

Для предотвращения возможного конфликта интересов с доверителем адвокатам целесообразно в соглашении:

1) максимально конкретизировать (возможно, в виде специального приложения) все наиболее «затратные» по временным усилиям действия, из которых складывается оказание юридической помощи (например, составление искового заявления, сбор и подготовка пакета документов для суда, участие в судебном заседании и т.п.);

2) указывать не только общий размер вознаграждения, но и устанавливать отдельные самые «ценные» его составляющие, причем предпочтительнее дробить их на меньшие части, поскольку в случае претензий объяснить отработку той или иной конкретной деятельностью значительной суммы сложнее, чем более мелкой;

3) стараться не употреблять в тексте «оценочных» фраз, соблюдение которых сложно проконтролировать;

4) предвидя невозможность заранее предусмотреть все действия, которые адвокату потребуются совершить в целях оказания юридической помощи, особо оговаривать некую «свободную» сумму, которая пойдет на «оплату иных, не перечисленных в соглашении действий, необходимых для выполнения поручения»;

5) ключевые консультации включать в перечень оказанных услуг и давать их не по телефону или «с глазу на глаз», а в письменном виде с вручением клиенту оговоренным в соглашении способом (и как минимум под расписку);

6) четко прописывать гонорарные последствия совершения доверителем (либо от его имени адвокатом) распорядительных действий; обозначать предпочтительность скорейшего разрешения дела путем обращения к примирительным процедурам и прежде всего выраженный приоритет содействия заключению мирового соглашения и окончания дела в результате его утверждения судом (к сожалению, практически каждый адвокат может вспомнить пример из своей практики, когда

клиент, добившись с его помощью желаемого (!) мирового соглашения, следом предъявлял претензии к адвокату о возврате «неотработанной» части гонорара); переговоры между сторонами, проведенные с участием адвоката, оформлять актом с подписями всех присутствующих лиц и также включать в перечень оказанных услуг с фиксированной стоимостью;

7) ограничивать составление правовых документов от их подачи (в против-

ном случае эти два совершенно самостоятельных действия будут истолкованы как единое целое с соответствующей оплатой, а ведь доверитель может и просто раздумать подавать тот или иной уже составленный адвокатом проект);

8) вводить клиента в курс ведения его дела поэтапно — обозначать общую стратегию, не забегая вперед с демонстрацией всех возможных

тактических ходов; не снабжать его без необходимости подборками примеров из судебной практики по аналогичным делам; воздерживаться от рекомендаций самостоятельно изучить «вот эти законы»; демонстрировать свою профессиональную грамотность и открытость к диалогу, но избегать общения «по душам» и бесед об адвокатских «тонкостях».

Выводы

Формулировка «отказ заказчика от исполнения договора возможен в любое время: как до начала исполнения услуги, так и в процессе оказания услуги», изложенная ВАС РФ в постановлении № 2715/10, позволит доверителю без финансовых потерь для себя отказываться от услуг адвоката всякий раз, когда с помощью последнего по делу выработано конкретное направление «успешного завершения дела», которое доверитель в силе реализовать самостоятельно.

И последнее. При размышлении о последствиях толкования, содержащегося в постановлении № 2715/10, невольно вспоминается старая адвокатская притча — «Клиент твой — враг твой» — с ним всегда надо быть начеку и сохранять дистанцию. **АГ**

АДВОКАТСКОЕ ПОРТМОНЕ

Уважаемые коллеги!

Приобретите для своего адвокатского и водительского удостоверений портмоне из натуральной кожи с латунным знаком присяжного поверенного в оригинальном исполнении и Ваши аргументы окажутся убедительными не только для шерифа из Лас-Вегаса, но и для инспектора ГИБДД с 13 километра Рублёво-Успенского шоссе.

Прежняя цена изделия 2000 руб.

**РАСПРОДАЖА
ПО 999 руб. ***



На правах рекламы

* условия акции смотрите на сайте www.advokatam.com или уточняйте по электронной почте advokatam@bk.ru и по телефонам: +7 (909) 159-7777, +7 (916) 950-6807

РЕДАКЦИОННАЯ ПОДПИСКА



1. ВЫРЕЖИ

ИЗВЕЩЕНИЕ



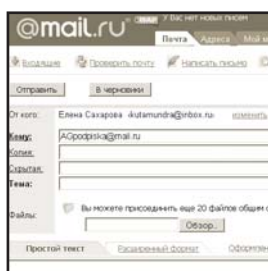
2. ВЫБЕРИ

ПОДПИСКУ НА «АГ» (1000 руб.)
ИЛИ ПОДПИСКУ НА «АГ»
И СБОРНИК (1300 руб.)



3. ОПЛАТИ

1000 (или **1300**) руб. В БАНКЕ

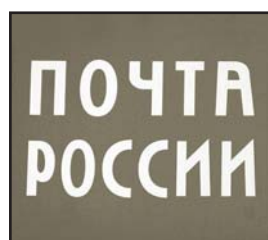


4. ПРИШЛИ КОПИЮ

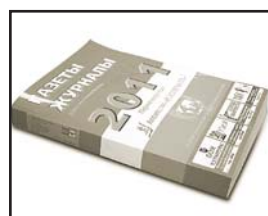
НА ЭЛЕКТРОННЫЙ АДРЕС
AGpodpiska@mail.ru
ИЛИ ПО ФАКСУ
(495) 787-28-36

Читай «АГ» – повышай квалификацию

ПОЧТОВАЯ ПОДПИСКА



1. ПРИДИ НА ПОЧТУ



2. ОТКРОЙ КАТАЛОГ

на стр. 25



3. ЗАПОЛНИ КУПОН

индекс издания – **19850**

4. ОПЛАТИ

628 руб. 98 коп.

ИЗВЕЩЕНИЕ	Фонд поддержки и развития адвокатуры «Адвокатская инициатива» ИНН 7704502779 КПП 770401001 р/с № 40703810638180131953 в Сбербанк России (ОАО) г. Москва К/с 30101810400000000225 БИК 044525225 Наименование банка: Сбербанк России, Вернадское отделение № 7970, г. Москва Организация: ФИО: Адрес для доставки: Подписка на «Новую адвокатскую газету» на 2011 г. 1000 руб. Сборник «Адвокатская деятельность и адвокатура» 300 руб.			
	КАССИР	Платательщик (подпись):	Сумма, руб.	
		Контактный тел.:	в том числе НДС 10 %	
	КВИТАНЦИЯ	Фонд поддержки и развития адвокатуры «Адвокатская инициатива» ИНН 7704502779 КПП 770401001 р/с № 40703810638180131953 в Сбербанк России (ОАО) г. Москва К/с 30101810400000000225 БИК 044525225 Наименование банка: Сбербанк России, Вернадское отделение № 7970, г. Москва Организация: ФИО: Адрес для доставки: Подписка на «Новую адвокатскую газету» на 2011 г. 1000 руб. Сборник «Адвокатская деятельность и адвокатура» 300 руб.		
		КАССИР	Платательщик (подпись):	Сумма, руб.
			Контактный тел.:	в том числе НДС 10 %

АБОНЕМЕНТ на газету											
(индекс издания)											
«НОВАЯ АДВОКАТСКАЯ ГАЗЕТА»										Количество комплектов:	
на 2011 год по месяцам											
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
ПОЛУГ ОД О В А Я											
Куда											
(почтовый индекс)						(адрес)					
Кому											
(фамилия, инициалы)											

			ДОСТАВ О Ч Н А Я К А Р Т О Ч К А								
ПВ	место	ли-тер	на газету								
			(индекс издания)								
«НОВАЯ АДВОКАТСКАЯ ГАЗЕТА»											
Стои-мость	подписки		 руб.		Количество комплектов:						
	пере-адресовки		 руб.								
на 2011 год по месяцам											
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
ПОЛУГ О Д О В А Я											
Куда											
(почтовый индекс)				(адрес)							
Кому											
(фамилия, инициалы)											

На сайте **www.advgazeta.ru**
Вы можете выбрать и другие варианты оформления подписки:
на почте, в банке, через Интернет

ВОЗНИКЛИ СЛОЖНОСТИ В ОФОРМЛЕНИИ ПОДПИСКИ?

ЗВОНИТЕ: (495) 787-28-35
ПИШИТЕ: AGpodpiska@mail.ru
ЧИТАЙТЕ: www.advgazeta.ru