

РАЗДЕЛ 5. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Аралбаев Б.Э. - старший преподаватель кафедры Гражданского процесса и нотариата КГЮА

УДК 347.965 .1

АДВОКАТСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ЕЕ СТАТУС

Аннотация: В статье представлен анализ о том, что адвокатская деятельность не является предпринимательской деятельностью.

Аннотация: Макалада адвокаттык ишмердик эжеке ишмердикке тишии эместиги боюнча талдоо жургузулгон.

Annotation: The article presents an analysis of what advocacy is not a business.

Ключевые слова: Адвокатская деятельность, предпринимательская деятельность.

Негизги сөздөр: Адвокаттык ишмердик, эжеке ишмердик.

Keywords: Advocacy, entrepreneurial activity.

В юридической литературе имеют место предложения о наделении адвокатуры полномочием осуществлять предпринимательскую деятельность, в том числе с целью возмещения расходов, связанных с техническим обслуживанием [1]. Вместе с тем в научных кругах можно обнаружить и достаточно распространенную позицию, согласно которой адвокатская деятельность, хотя и осуществляется на профессиональной основе и предполагает оплату труда адвоката, не является предпринимательской, так как цель адвокатской деятельности - защита граждан, а не получение прибыли.

Как думается автору статьи, какие-либо "безапелляционные" доводы здесь вряд ли уместны, хотя бы уже в силу специфики статуса адвокатуры, которая оказывает юридическую помощь в различных областях общественной жизни [2].

В этом плане, по мнению многих исследователей, социально-правовые знания об адвокатуре существуют и развиваются как сравнительно целостная научная система, входящая

в более широкую сферу изучения законов жизни государства, права, общества и человека. Единство материального и духовного как в государстве, так и в праве вообще позволяет утверждать, что имеется такое сочетание и в конкретных формах проявления каждого, в том числе и в адвокатуре [3]. Исследуя природу и сущность адвокатуры, нельзя обойти стороной проявившиеся в последние 25 - 30 лет тенденции в адвокатуре, смысл которых сводится к тому, что адвокаты в своей работе должны применять и использовать основы предпринимательской деятельности, управляемой только экономическими законами [4].

Процесс этот, как полагает О. В. Поспелов, стал стремительно развиваться в 1980-е годы в американской бизнес-адвокатуре в связи с бурным ростом ценных бумаг, которой она тогда "обслуживала". Повышение доходности бизнес-адвокатуры привело к тому, что адвокаты начали рассматривать свою профессию как обычный доходный бизнес. Адвокатские фирмы стали восприниматься адвокатами прежде всего как коммерческие предприятия, адвокатская деятельность превратилась в один из потребительских товаров [5]. Коммерциализация стала отличительной особенностью большинства американских адвокатских фирм и индивидуально практикующих адвокатов, "юридическая профессия стала профессией выписывания счетов, ее члены утратили представление о своей профессии как о служении обществу" [6]. При этом преследование адвокатами финансовой выгоды, по мнению О. В. Поспелова, сопровождалось снижением профессионализма значительной части адвокатов, работающих в адвокатских фирмах. Таковы итоги и социологических опросов американских судей местных и федеральных судов, а также клиентов - корпораций, юридические услуги которым оказывают адвокатские фирмы [7].

Стандарты американской адвокатуры все чаще стали брать за образец европейскими адвокатскими фирмами. Так, голландцы первыми после американцев создали "мегаюридические фирмы", оказывающие услуги бизнесу. Все это не могло не отразиться на действующем законодательстве. Так, например, Кодекс профессиональной этики Американской ассоциации адвокатов предполагает, хотя и косвенно,

право адвокатов на извлечение прибыли: "Никогда не следует забывать, что профессия (адвоката) - отрасль отправления правосудия, а не деятельность, направленная только на извлечение прибыли" [8].

Нельзя не принимать во внимание и мнение практикующих адвокатов и студентов юридических учебных заведений, которые также считают, что доминантой профессиональной адвокатской деятельности является получение дохода, при условии соблюдения существенных черт профессии: независимости, честности, этики, личной порядочности, конфиденциальности, здравого смысла, так как адвокатская деятельность является источником средств к существованию адвокатов и их семей, и в силу данного факта адвокаты вынуждены при оказании адвокатских услуг соблюдать общепризнанные стандарты организационного, финансового и рекламного менеджмента (там, где это прямо не запрещено законом) [9].

На основе анализа данного опыта адвокатской деятельности некоторые исследователи формулируют суждение том, что адвокатура должна "адаптироваться" (адаптация в их понимании означает изменение второстепенного, вспомогательного, например сложившихся привычек, при сохранении сущности к текущим изменениям в мире, таким как глобализация, развитие коммуникаций, конкуренция). И тем не менее многие ученые занимают фактически противоположную позицию, ибо настаивают, что "при осуществлении адвокатской деятельности предполагается игнорирование адвокатом коммерческих стандартов успеха. Адвокаты имеют специфические обязанности, служат правосудию, их миссия - защищать права и интересы граждан. Задачи, выполняемые адвокатом в процессе осуществления профессиональной деятельности, требуют его абсолютной независимости и отсутствия какого-либо влияния на него извне, поддержания высоких этических стандартов (профессиональной этики), порядочности, щепетильной честности и других свойств" [10].

Следует заметить, что национальные законы об адвокатуре и адвокатской деятельности по-разному подходят к регулированию вопросов несовместимости профессиональной деятельности адвокатов [11].

Так, например, во Франции адвокатская профессия несовместима с любой коммерческой деятельностью, со службой по найму, с замещением и исполнением любой государственной должности. Адвокат имеет право заниматься преподавательской, научной и иной творческой деятельностью, быть запасным судьей при Больших трибуналах, членом комиссии по социальному страхованию. Греческому адвокату разрешено заниматься научной, преподавательской и творческой деятельностью. Греческое адвокатское право строго придерживается правил локализации. Это означает, что адвокат, допущенный для работы в Высшем суде земли, должен открыть в этом округе свою канцелярию. Открытие представительства вне места нахождения основного бюро (конторы) запрещается. Исключением из этого правила является открытие представительства в одной из европейских стран. Подобного правила придерживаются и другие страны. В то же время анализ организационно-правовых форм адвокатской деятельности показывает, что окончательное решение по данному вопросу еще не принято. Вне всякого сомнения, замечают исследователи, основной организационно-правовой формой для адвокатских образований рассматриваемых стран является некоммерческое партнерство (объединение гражданского права), однако некоммерческое партнерство не является универсальной организационно-правовой формой существования адвокатских образований [12].

В четырех странах - Дании, Великобритании (Англия, Уэльс, Северная Ирландия), Нидерландах и Франции - адвокатские образования могут быть созданы в форме хозяйственных обществ. Кроме того, во Франции и Нидерландах адвокатские объединения могут быть созданы в форме адвокатских холдингов. В Дании в январе 1990 г., после внесения изменений в Закон об оказании юридической помощи, стало возможным создание адвокатской акционерной компании. Возможным также является создание адвокатского образования в форме общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества. В этом случае учредителями общества должны выступать только адвокаты. Данные ограничения направлены на защиту адвокатов, так как

в случае возможности создания хозяйственных адвокатских корпораций с участием лиц, не являющихся адвокатами, последние могут получить контроль над адвокатской компанией. Британские солиситоры также могут действовать в рамках акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью. При этом в Британии учредителями наравне с солиситорами могут быть и иные лица. Защитой от влияния третьих лиц является правило о том, что любая сделка, направленная на обременение общества, требует единогласного решения учредителей. Кроме прочего, во Франции и Нидерландах адвокатские объединения могут быть созданы в форме адвокатских холдингов. Таким образом, по мнению исследователей, действующее законодательство об адвокатуре Дании, Великобритании, Нидерландов и Франции допускает создание адвокатских образований в форме хозяйственного общества. Учитывая данные обстоятельства, Международной ассоциацией юристов были разработаны, например, правила оказания юридических услуг в рамках так называемой междисциплинарной практики. Разумеется, анализ соответствующего зарубежного опыта, различного рода научных точек зрения и монографического материала обуславливает то обстоятельство, что отечественные исследователи все чаще задаются весьма актуальными вопросами: обоснованно ли отождествлять адвокатскую и предпринимательскую деятельность, возможно ли совмещение подобного рода деятельности (адвокатской и предпринимательской) в процессе оказания юридических услуг?

Если обратиться к действующему законодательству, и в частности к закону Кыргызской Республики "Об адвокатуре и адвокатской деятельности", то можно обнаружить непосредственное указание - "Адвокатура не преследует цели получения прибыли и не вправе учреждать коммерческие организации и быть их участником" [13]. Впрочем, в законодательстве отсутствует ответ на вопрос о том, не является ли адвокатская деятельность "иной экономической деятельностью".

Вместе с тем наличие целой совокупности профессиональных рисков и принимаемые адвокатами меры для их устранения (минимизации) позволяют констатировать здесь особую

профессиональную деятельность, в отношении которой нельзя исключить возможность ее характеристики как "деятельности, осуществляемой на свой страх и риск". Причем автор, будучи адвокатом, не может не обратить внимание на то обстоятельство, что количество соответствующих профессиональных рисков фактически только лишь увеличивается. Так, например, вероятность вынесения незаконного и необоснованного акта правосудия и собственно судебной ошибки, разумеется, имеет место. Адвокат в этом случае несет риск неблагоприятных последствий в части оплаты своих услуг.

Что касается поставленного в рамках настоящей статьи вопроса о возможности совмещения адвокатской деятельности, то, по мнению автора, сама его постановка видится не совсем корректной. Более целесообразными видятся научные изыскания, направленные на решение вопроса о том, какие функции может выполнять адвокатура в системе субъектов, занимающихся предпринимательской деятельностью [14]. Здесь видятся весьма небезынтересными исследования, преследующие, например, цель формирования системы экономической безопасности субъектов предпринимательской деятельности. Основными ее элементами должны стать правовые механизмы, обеспечивающие реализацию конституционного права на предпринимательскую деятельность, справедливое распределение доходов, экономическую свободу и защиту частной собственности, а также создание условий для формирования цивилизованных рыночных отношений.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК:

1. Просвиркин А. Н. Организационные основы адвокатской деятельности и адвокатуры: сравнительно-правовой анализ исторического развития и формирования нормативно-правовой базы в России и зарубежных странах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 23; Нинчиева Т. М. Правовое регулирование организации адвокатуры в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 15.
2. См.: Поливектова А. М. Проблемы защиты адвокатом прав граждан при обращении в Конституционный Суд Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 5.

3. См.: Лубшев Ю. Ф. Адвокатура в России. М., 2006. С. 9; Мюллерат Р. Адвокаты в мире // Адвокат (газета). 1998. N 12. С. 5.

4. См.: Деханов С. А. К вопросу о сущности современной западноевропейской адвокатуры // Адвокатская практика. 2008. N 2. С. 12.

5. См.: Поспелов О. В. Формы адвокатских образований в XX в. за рубежом и в России // "Черные дыры" в российском законодательстве. 2006. N 1. С. 186.

6. Мюллерат Р. Профессионализм адвокатов и коммерциализация // Адвокат (газета). 1999. N 9. С. 11.

7. См.: Мюллерат Р. Там же. С. 11.

8. Там же.

9. См.: Деханов С. А. Указ. соч. С. 12.

10. Мюллерат Р. Адвокаты в мире // Адвокат (газета). 1998. N 12. С. 5.

11. См.: Деханов С. А. Указ. соч. С. 12.

12. См.: Nerlich Jorg. Multinational und transnationale Anwaltssozietaten in Europa. Bonn, 2004. S. 48.

13. Закон Кыргызской Республики "Об адвокатуре и адвокатской деятельности"

14. См.: Малумов Г. Ю. Конституционная система обеспечения экономической безопасности субъектов предпринимательской деятельности: нормативные предпосылки и современная действительность // Адвокатская практика. 2008. N 2. С. 34.

Арстанбаев Н.К. – преподаватель КГЮА

УДК 347.132.6

ДЕФЕКТНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Аннотация: В данной статье автор рассматривает дефектность юридических фактов в гражданском праве.

Аннотация: Бул илимий макалада автор жарандык укуктагы юридикалык фактылардын дефектуулугун карайт.

Annotation: In this article the author considers the defectiveness of juridical facts in the civil law.

Ключевые слова: Юридический факт, дефектность, гражданское право, правовые отношения, юридические последствия.

Негизги сөздөр: Юридикалык факт, дефектуулук, жарандык укук, укук мамилелер, юридикалык кесепеттер.

Keywords: Juridical fact, defectiveness, civil law, legal relationship, legal consequences.

Прежде чем говорить о дефектности юридических фактов, необходимо дать определение юридического факта. Для этого, следует обратиться к философскому пониманию категории «факт». В философской литературе разграничивают несколько значений категории «факт». Г.И. Садовский, в частности, отмечает, что фактом называют фрагмент (дискретный кусок) действительности. Это — первая «ступень формирования данного понятия; Вторая ступень связана с пониманием того, что факт - это такой элемент действительности, который дан человеку в восприятии, чувственном опыте. На третьей ступени логического развития формируется понятие «эмпирический факт». Это уже не просто воспринятое, а определенным образом запечатленное, оформленное и осмысленное явление действительности [1, с.199].

Своим существованием термин «юридический факт» обязан видному германскому правоведу Фридриху Карлу фон Савиньи. Считается, что он впервые ввел в научный оборот термин «юридический факт» и он же дал понятие юридических фактов, именуя ими «события, которыми обуславливается начало или конец правоотношения».

В теории права юридические факты принято определять как жизненные обстоятельства, с которыми нормы права связывают наступление юридических последствий [2, с.397].

Что же касается законодательного закрепления дефиниции юридических фактов, то, к сожалению, законодательство Кыргызской Республики ее прямо не предусматривает, но содержит ряд общих терминов, обозначающих юридические факты. Так, например, в ст. 7 ГК КР употребляется термин «основание возникновения гражданских прав и обязанностей». Содержание данного термина раскрывается казуально: посредством перечисления различных юридических фактов (договор, иные сделки, акты государственных органов, судебное решение, неосновательное обогащение и др.). ГПК КР использует общие понятия - «обсто-