**ТЕОРИЯ АДВОКАТУРЫ**

*Приложение к журналу “Вопросы адвокатуры”*

**Часть четвёртая  
АДВОКАТУРА И СВОБОДА**

**Глава вторая. АДВОКАТСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: СВОБОДА И НЕЗАВИСИМОСТЬ**

Вопросы свободы и независимости адвокатуры часто анализируются в литературе, посвященной адвокатской деятельности. Термины «свобода» и «независимость» являются непременными предметами всяких дискуссий об адвокатуре. Причем эти два понятия часто ошибочно употребляются как синонимы.

*Примечание*. **Человек в природе сам по себе независим**. Но в таком, так называемом естественном, состоянии человек не имеет свободы, поскольку свобода как понятие там отсутствует.   
Свобода человека проявляется только как отношения в государственно-правовой среде. Свобода имеет государственно-правовую основу. В самом смысле государства заложена свобода.   
В естественном, в природном состоянии человек независим. Он независим от других. Он волен делать все, что ему заблагорассудится. В диком состоянии человек может огреть другого дубиной. Он независим. Но и другой тоже может ответить ему дубиной. У обоих нет свободы. Есть независимость, то есть произвол.   
Там, где есть государство, где есть право, появляется свобода. Свобода в рамках правил. Возможное поведение в рамках правил есть свобода. Возможность действовать по своему усмотрению, не нарушая интересы другого человека. В зависимости от правового режима свободное поведение может быть шире или уже. При тирании свобода, наверное, самая узкая, но, вероятно, самая «простая», поскольку ограничен выбор. Свободен один человек — тиран, у него выбор безграничен. Однако при безграничном выборе утрачивается смысл свободы, ее правовая суть, поскольку исчезают ограничительные правила поведения. И таким образом тиран впадает в состояние независимости. Независимость тирана от народа отрицает и свободу у народа, переводя его в состояние независимости по отношению к тирану. Соответственно, народ приобретает естественное право поступать по отношению к тирану независимо. Например, одним из видов проявления независимого поведения народа является бунт.   
При демократии предполагается, что свобода самая широкая. Качество свободы, широта свободы корреспондируются с развитостью гражданского общества. Перефразируя мыслителя, можно сказать, что по значению в гражданском обществе адвокатуры, ее месту в отношениях гражданского общества и государства, по роли адвокатуры в гражданских институтах можно судить о свободе в обществе, об отношении к свободе Государя.

*Прибавление*. Переходя от состояния независимости к свободе, человек переходит от естественного в гражданское состояние, отмечал Жан-Жак Руссо. При свободе человек утрачивает преимущества независимости, но приобретает большее. Преступник стремится к независимости. Член гражданского общества — к свободе.

Так сложилось, что термин «независимость» употребляется в отношении связи государства и адвокатуры. «Независимость» адвокатуры от государства должна показать, что в профессиональной деятельности адвокаты и адвокатура в целом не находятся в административном подчинении у чиновников, адвокатура не входит в систему государственных органов, а адвокат не является государственным служащим. Понятие «независимость» характеризует связь государства и адвокатуры как института гражданского общества. Автономия адвокатуры выражается через понятие «независимость». Независимость адвокатуры означает, что профессиональная деятельность адвоката и самое организационное строение адвокатуры должно осуществляться без дискриминации и неправомерного вмешательства со стороны как государственных органов, так и отдельных общественных институтов.

Категория «свободы» характеризует профессиональную деятельность адвоката, пределы выбора поведения при оказании юридической помощи. Результат выбора профессионального деяния адвокатом может быть предметом дисциплинарного разбирательства компетентного органа адвокатского сообщества. Хотя в первую очередь свободный выбор адвоката есть нравственный выбор. К такому выбору, например, могут быть отнесены согласие оказать юридическую помощь или отказ в такой просьбе, выбор правовой позиции и тактики защиты при принятии поручения на оказание юридической помощи и тому подобное. Принцип свободы лежит в основе принятия решений адвокатом при оказании юридической помощи.

Следовательно, свобода профессиональной деятельности непосредственно зависит от меры независимости в целом института адвокатуры. Ничего странного нет в том, что и международные акты по вопросам адвокатуры придерживаются таких же воззрений.

Обеспечением независимости адвокатуры является общепризнанное требование к исполнительным органам адвокатских объединений осуществлять свою деятельность «без вмешательства извне», означающее, что чиновники не вправе вмешиваться в организационную и дисциплинарную деятельность этих объединений (давать указания, участвовать в принятии решений, разрешать, согласовывать и так далее). Или только через посредство судебной системы.

Важнейшей составляющей независимости адвокатуры является порядок формирования адвокатского корпуса. Допущение же представителей государственных органов к оценке качеств претендента на звание адвоката в любой форме есть на деле выхолащивание означенного принципа адвокатской автономии в формировании профессионального корпуса правозащитников. Только затушевывает нарушение этого принципа включение в систему допуска к адвокатской профессии представителей так называемой юридической общественности, например, ученых и преподавателей в сфере права.

В вопросе независимости правозащитной профессии всякое соглашательство с промежуточными чиновничьими органами в тайне от народа и Государя приводит к одному: к полному самоуничтожению всякой структурированной правозащиты. Адвокатура как профессиональный представитель общества в сфере прав граждан в целях реализации принципа независимости должна получать (заслушивать) информацию о состоянии дел с соблюдением прав граждан в регионе и мнение представителей управленческих иерархий по предотвращению таких нарушений, а также принимаемых в этой области административных мерах.

*Прибавление*. Говоря о свободе адвоката при осуществлении им профессиональной деятельности, прежде всего следует иметь в виду свободу нравственной воли, причем именно в том понимании, которое впервые было предложено Иммануилом Кантом в его труде «Критика практического разума».   
Самое намерение быть адвокатом уже есть нравственный выбор. И такой выбор тотально сопутствует всем профессиональным акциям адвоката. Общие доминанты такого выбора в частных случаях содержатся в правилах адвокатской профессии. Эти правила устанавливают индивидуальную и корпоративную свободу адвокатов, пределы допустимого их поведения. Свобода — это ограничение правилами. Но эти правила не исключают, а предполагают свободу профессионального поведения, то есть свободу выбора. Каждый стоит перед искушением поступать свободно в соответствии с дисциплинарными правилами профессии или действовать вопреки им. Поступок не в соответствии с правилами является не свободным, а проявлением произвола. Выбор стоит между свободой и произволом. Свобода соответствует нравственным ожиданиям других, произвол одного содержит в себе потенцию причинения вреда другим. И нельзя не согласиться с профессором Львом Николаевичем Гумилевым, который считал, что свобода выбора есть тяжелый моральный груз. Ибо, находясь в социуме, человек отвечает не только за себя и свое еще не родившееся потомство, но и за свой коллектив, своих друзей, соплеменников, наследие предков, благополучие потомков, и, наконец, за идеи, формирующие его культуру, и даже идеалы, ради которых стоит жить и не жаль умереть (28).   
Формулирование профессиональных правил поведения есть стремление корпорации к установлению нравственной доминанты при принятии решения. Эта доминанта должна служить основой внутреннего самоконтроля адвоката. Соответственно корпоративная доминанта только тогда может иметь реальное значение для повседневного правильного выбора, если она находится в канве общенациональной нравственной доминанты, в русле традиции. Впрочем, в различных адвокатских ассоциациях принятые в угоду красивому жесту кодексы адвокатской этики не вполне совпадали по содержанию, поскольку их составители не понимали ни их нравственного смысла для профессии, ни способов практического применения этих кодексов. Совершенно очевидно, что трактовка одних и тех же этических норм в различных ситуациях может меняться коренным образом. Сколь разнятся в адвокатской среде, например, оценки того, что следует считать недобросовестной или чрезмерной рекламой. Позиции расходятся от полного недопущения всяческого информирования об адвокате неограниченного числа лиц до допущения сторонниками коммерциализации адвокатуры агрессивной рекламы, к каковой можно отнести выставление рядом с тюрьмой передвижного адвокатского поста.

*Примечание*. Консультативным Советом коллегий адвокатов Европейского Союза 28 ноября 1998 года принят Кодекс поведения адвокатов Европейского Союза. В частности, там говорится: «правила поведения *[адвокатов]* направлены на то, чтобы через свободное восприятие их адвокатом, гарантировать надлежащее выполнение его миссии, признанной насущно необходимой для нормальной жизнедеятельности человеческого общества. Несоблюдение адвокатом этих норм должно в конечном счете повлечь дисциплинарные санкции».   
Российская присяжная адвокатура посредством формулирования профессиональных правил поведения, казалось бы, разрешила множество проблем нравственного выбора, переведя их в категорию дисциплинарного корпоративного права. Например, постоянно злободневный вопрос о рекламе. Присяжная адвокатура стояла на позиции недопустимости какой бы то ни было рекламы адвоката. Так Московский Совет присяжных поверенных постановил: «Совет нашел, что напечатанное необычно крупными буквами извещение о переезде присяжных поверенных в посад, с указанием адреса, уже по самой форме отпечатания выходит за пределы той формы извещения, которая могла бы быть допустима в известных случаях, и носит явно рекламный характер» (29).

Адвокат правилами профессии не освобождается от тяжелого груза нравственной ответственности за принимаемые решения. Основой нравственного выбора адвоката являются господствующие нравственные доминанты того общества, представителем которого он является как правозащитник.

*Прибавление*. Проблема нравственного выбора охватывает решение адвоката на оказание юридической помощи. Однако в силу закона каждый адвокат может быть назначен абсолютно помимо его воли и независимо от его нравственных установок на участие в уголовном процессе. Таково условие социального договора гражданского общества и государства. Хотя по общему правилу адвокат обязан оказать юридическую помощь любому в ней нуждающемуся (степень нужды определяет обратившийся за помощью, а не адвокат), существует давний хрестоматийный спор о принятии «заведомо неправых дел» в гражданском споре. Дискуссия по этому вопросу развернулась в российской присяжной адвокатуре между графом Григорием Аветовичем Джаншиевым и адвокатом Даниилом Иосафатовичем Невядомским (30).   
Граф Джаншиев был сторонник недопустимости принятия адвокатом защиты «неправых дел», то есть органичения свободы адвоката в выборе дел. Адвокат Невядомский придерживался взгляда, что адвокат обязан защищать интересы любого обратившегося к нему лица, заведомо не входя в оценку спора как «неправого дела».   
В своих доводах Джаншиев противопоставлял интересы частные, которые защищал адвокат, и интересы общества. Граф считал, что честный адвокат должен видеть назначение своей профессии не в исключительном обделывании своих делишек, а в посильном служении общественным интересам; адвокат, который именем закона отстаивает заведомо несправедливые требования, подлежит ответственности, поскольку никакой нравственности гражданского права не существует, нравственность одна. Таков был вывод графа.   
Адвокат Невядомский, напротив, считал, что вопрос о выборе дел имеет громадное практическое значение и непосредственный интерес для адвокатуры, и выход может быть только один: предоставить адвокату полную, ни от кого не зависящую свободу в определении того, право или не право данное дело; поскольку адвокат должен руководствоваться исключительно своими субъективными воззрениями и на правовой и на этический элементы дела, и раз у него сложилось убеждение, что дело это может быть принято им, никто не вправе входить в проверку этого убеждения. Ибо каждый член общества, вдруг нуждаясь в помощи адвоката, не должен услышать от адвоката в ответ нравоучительную проповедь.   
Московский Совет присяжных поверенных и Московская судебная палата по дисциплинарному делу присяжного поверенного склонились к теоретической позиции графа Джаншиева. Однако Сенат отменил указанные решения и выразил теоретическую позицию адвоката Невядомского, поскольку на обязанности адвоката не может быть возложено разыскание нравственной чистоты дела, ибо критерий индивидуальной нравственности слишком неуловим и понимается всяким по-своему. Позиция Правительствующего Сената бесспорна и по сей день.

*Прибавление*. К проблеме нравственного выбора относится свобода адвоката на формирование правовой позиции по делу и тактики защиты, в частности на выбор доказательств в обоснование доводов защиты. В таких вопросах, носящих строго профессиональный характер, адвокат не должен быть подчинен мнению подзащитного, который весьма легко подвержен всякого рода непрофессиональному влиянию. В противном случае соглашение об оказании юридической помощи должно быть расторгнуто. Крайне недопустимо законодательно закреплять зависимость адвоката от доверителя, как нельзя ставить врача в зависимость от пациента.

В обыденном понимании адвокатская деятельность, при всем многообразии ее форм, представляет собой исполнение особой публичной функции по оказанию юридической помощи гражданам и организациям. Единственным субъектом, ее оказывающим, является адвокат. Поэтому свобода адвоката и независимость адвокатской деятельности, адвокатуры, являются понятиями сопряженными.

*Примечание*. С необходимой полнотой тема соотношения свободы и независимости освещена в работах адвоката Николая Владимировича Андрианова. Его работы достаточно точно соответствуют каноническим принципам адвокатуры.