

СПОР О ПОНЯТИИ "НЕГЛАСНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО АДВОКАТА С ОРГАНАМИ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ"

Р.Г. МЕЛЬНИЧЕНКО

Мельниченко Роман Григорьевич, доцент кафедры теории и истории права и государства Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Волгоградский филиал), тренер адвокатов и профессиональных медиаторов, кандидат юридических наук.

Постоянный автор журнала Р.Г. Мельниченко на примере из практики демонстрирует применение различных приемов из арсенала правоприменительной юридической техники. Статья также затрагивает вопросы профессиональной этики адвоката.

Ключевые слова: юридическая техника, адвокат, аргумент к авторитету, *ad rem*, эпистемический авторитет, деонтический авторитет, *ad hominem*.

Основываясь на понятии "техника" (от греч. *téchne* - искусство, мастерство, умение), дадим следующее опорное понимание термина "юридическая техника" - это совокупность приемов, применяемых для кодирования и декодирования правовых предписаний. То есть согласно примененной диерезе кластер приемов юридической техники распадается на две группы приемов: приемы правотворческой юридической техники (кодирование правовых предписаний) и приемы правоприменительной юридической техники (раскодирование правовых предписаний).

Традиционно в современной российской правовой системе большее внимание уделяется приемам правотворческой юридической техники.

Некоторые авторы резонно отмечают: "Главной и наиболее разработанной составляющей юридической техники является законодательная техника" <1>. Однако, как было отмечено в ходе проведения международного круглого стола "Правоприменительная политика в современной России: проблемы формирования и реализации", который состоялся 16 мая 2013 г. в Волгограде, фокус научного внимания постепенно перемещается с законотворческой на правоприменительную деятельность. Соответственно, и в сфере юридической техники все большее внимание стало уделяться правоприменительной юридической технике.

<1> Элементарные начала общей теории права: Учебное пособие для вузов / Право и закон // Под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. В.И. Червонюка. М.: Колос, 2003. С. 56.

Основываясь на конкретном кейсе, исследуем использование приемов юридической правоприменительной техники по раскодированию правового предписания пункта 5 ст. 6 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", который гласит: "Негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, запрещается". Так что же означает термин "негласное сотрудничество"?

Начнем с примера. В поучительной истории, произошедшей в 2012 г. в г. Урюпинске Волгоградской области, два главных фигуранта: адвокат А. и прокурор П. Начало этой истории несколько расходится в интерпретациях ее основных участников. Приведем обе позиции. Согласно изложению адвокатом А. он занимался делом своего подзащитного, когда его на беседу пригласил прокурор П. Понимая, что прокуроры к себе так просто не вызывают, адвокат взял с собой записывающее устройство. В ходе беседы прокурор предложил адвокату сделку, за половину адвокатского гонорара гособвинитель выразил согласие уменьшить запрашиваемый им от имени

государства срок наказания клиенту адвоката. В интерпретации прокурора П. зачин истории выглядит иначе: адвокат А. неоднократно посещал служебный кабинет прокурора, склоняя его к тому, чтобы последний оказал содействие за вознаграждение назначить минимальное наказание его подзащитному. Дальнейшие показания адвоката и прокурора сходятся. Аудиозаписи были переданы соответствующим органам. В результате был зафиксирован факт передачи адвокатом меченых купюр прокурору.

События развивались следующим образом. Адвокат прокурора П. обратилась в Адвокатскую палату Волгоградской области с жалобой на адвоката, а совет адвокатской палаты после проведения соответствующих процедур лишил адвоката А. профессионального статуса.

Интересны приемы юридической техники, которые использовали правоприменительные органы (квалификационная комиссия адвокатской палаты и суд) при раскодировании пункта 5 ст. 6 Закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации".

Квалификационная комиссия Адвокатской палаты Волгоградской области, а за ней и совет адвокатской палаты пришли к выводу, что в действиях адвоката А. имеются нарушения пункта 5 ст. 6 указанного Закона и пункта 1 ст. 4, пункта 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката.

В последние годы в российской правовой науке пальма первенства работы с интерпретацией юридических текстов перешла от дискурса "толкователей права" к дискурсу "юридических техников". Дискурс "юридических техников" более гибок и практикоориентирован. Например, применительно к толкованию отдельных терминов представители этого направления критически отмечают: "Достаточно условным является деление терминов по степени конкретности:

- а) на однозначные;
- б) требующие толкования" <2>.

<2> Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и

методологии: Монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009.

И практика демонстрирует нам правоту этого тезиса об отсутствии "однозначных" терминов в юридических текстах. Так, в рассматриваемом случае комиссия и совет ссылались на словари, согласно которым "негласный" - неизвестный другим, неявный, тайный. Ссылались на то, что всякая оперативно-розыскная деятельность является негласной. А значит, сотрудничество адвоката в виде непосредственного участия в проведении оперативно-розыскных мероприятий носит тот же характер, что и сами оперативно-розыскные мероприятия, то есть тайный, негласный характер <3>.

<3> Суд разрешил адвокатам стучать? // Волгоградский адвокат. N 1(86). 2013. С. 3.

Концептуализировать примененный прием юридической техники можно с двух позиций. С позиции теории права этот прием можно обозначить как "доктринально-авторитетный". Эта традиция основана на признании такого источника права, как доктрина, а также на наличии такого вида толкования права, как доктринальное толкование. С позиции теории аргументации в примененном квалификационной комиссией приеме юридической техники используется такой вид аргументации, как *ad hominem* (лат. "аргумент к человеку"), а именно такой его вид, как аргумент к авторитету (от лат. *i pse dixit* - сам сказал).

В ходе критического анализа выясняется, что примененный квалификационной комиссией такой прием юридической техники, как ссылка на словари, не является успешным. Так, в теории аргументации различают два вида аргумента к авторитету: эпистемический и деонтический. Эпистемический авторитет основан на авторитете знатока или специалиста в какой-то области. Деонтический авторитет - это авторитет вышестоящего

лица или органа. В исследуемом кейсе можно идентифицировать ссылку на эпистемический авторитет. В юриспруденции же эпистемический авторитет не получил широкого распространения. В качестве исключения можно назвать сферу международного публичного права, в котором авторитет специалиста в области международного права признан в качестве источника. Но и здесь авторитет автора словаря, находящегося вне юридического дискурса, не является достаточным для легитимизации ссылки на его определение понятия "негласный".

Аргумент квалификационной комиссии к авторитету достаточно легко опровергается более сильным аргументом, аргументом *ad rem*, а именно такой его разновидностью, как аргумент к факту (его еще иногда называют "железным аргументом"). Анализ показывает, что адвокаты, специализирующиеся по уголовным делам и участвующие в следственных действиях (допросах с участием их подзащитных, очных ставках и т.п.), негласно сотрудничают также с правоохранительными органами. Иногда их даже принуждают давать "подписки о неразглашении". Здесь представляется важным определить, с какой целью сотрудничает адвокат с этими органами. Возможны два принципиально отличающихся варианта: адвокат сотрудничает или на пользу своему клиенту, или во вред. Адвокат может договориться со следователем о сделке, например, его клиент признает один эпизод, а следователь прекращает производства по другим, "слабым" эпизодам. Судя по нашей истории, и в интерпретации адвоката, и в интерпретации прокурора адвокат сотрудничал в интересах своего доверителя. В интерпретации адвоката он не допустил умаление финансовых интересов своего доверителя, а в интерпретации прокурора адвокат добивался благосклонности обвинения к своему подзащитному за финансовое вознаграждение.

Не согласился с примененным квалификационной комиссией и советом адвокатской палаты приемом юридической техники и суд. Судья обратился к Закону "Об оперативно-розыскной деятельности", а именно к статье 6,

согласно которой должностные лица используют помощь "отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе", и статье 18, в которой также упоминается о двух категориях лиц: "лица, сотрудничающие с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, либо оказавшие им помощь в раскрытии преступлений". Опираясь на эти статьи, судья выделил две категории лиц: лица, сотрудничающие с органами, и лица, оказывающие помощь в раскрытии преступлений. Отличие между этими лицами председательствующий увидел в наличии контракта (т.е. возмездное сотрудничество) у первых и отсутствии такового у вторых. Адвокат А. был отнесен к категории лиц, оказывающих помощь в раскрытии преступления. Суд заметил, что согласно статье 17 Закона об оперативно-розыскной деятельности запрещается использовать конфиденциальное содействие адвокатов **по контракту**, значит, "бесконтрактное" сотрудничество не запрещено.

В данном случае суд применил такой прием юридической техники, как "дорастивание". Правовую норму: "Негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, запрещается" суд дополнил ("дорастил"), сославшись на другой нормативный правовой акт, до следующего определения: "Негласное сотрудничество адвоката по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, запрещается".

Еще один прием юридической правоприменительной техники, который может быть применен к исследуемому случаю, - это прием использования правовых принципов. "Принципиальный" прием юридической техники связан с соотношением поведения адвоката с принципами адвокатуры. Квалификационная комиссия и совет Адвокатской палаты Волгоградской области пытались донести свое "принципиальное" отношение к случившемуся, ссылаясь на пункт 1 ст. 4 ("Адвокаты при всех обстоятельствах должны сохранять честь и достоинство, присущие их профессии") и пункт 1 ст. 8 ("При осуществлении профессиональной

деятельности адвокат: честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполняет свои обязанности, активно защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и настоящим Кодексом") Кодекса профессиональной этики адвоката. К сожалению, ссылка на указанные статьи не проясняет принципиальной позиции представителей управляющей адвокатской элиты Волгоградской области. Многие исследователи указанных статей обращают внимание на их "каучуковость", т.е. возможность "натянуть" их на абсолютно любой казус.

Нам представляется, что приведенный пример демонстрирует противоборство двух принципов адвокатуры: приоритета для адвоката интересов клиента и принципа корпоративности. Совет прав в том смысле, что любое сомнительное сотрудничество с "органами" бросает тень как на адвоката, так и на всю корпорацию в целом. Под угрозой имидж адвокатуры как независимого от государства органа. Но тогда совет адвокатской палаты поставил имидж адвокатуры выше интересов конкретного доверителя адвоката. Думается, что совет выбрал не тот приоритет. Адвокатская корпорация создана не ради самой себя, а для организации в России квалифицированной юридической помощи конкретным людям в конкретной ситуации. Если корпорация ставит свой имидж выше того, для чего она создана, то грош цена такой корпорации. В противном случае следует признать, что органы адвокатского самоуправления существуют для опосредованного государственного контроля над адвокатами, а значит, для ограничения эффективности адвокатской помощи.

Как ясно из вышеприведенного текста, суд отменил решение совета Адвокатской палаты Волгоградской области как незаконное. Однако совет вместо того, чтобы еще раз проанализировать ситуацию и пересмотреть свою позицию, продолжает упорствовать в собственном заблуждении. Более того, посредством своего корпоративного издания он, опубликовав статью под

этически неоднозначным названием "Суд разрешил адвокатам стучать?", продемонстрировал свое упорство широчайшему кругу лиц.

Невольно своим решением, а также демонстрацией приверженности этому, уже отмененному, решению совет Адвокатской палаты Волгоградской области как бы дает сигнал некоторым недобросовестным представителям правоохранительной системы: "Если вы начнете требовать через адвоката с его клиента взятку, это вполне безопасно. Мы накажем адвоката, который сообщит куда следует о вашей инициативе".

Исследуемая фабула выявляет необходимость дальнейшей доктринальной разработки приемов правоприменительной юридической техники, и главный аргумент к приведенному тезису следующий: эти разработки имеют ярко выраженную практикоориентированную направленность, а это очень веский аргумент, это аргумент к пользе.

Библиография

Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: Монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009.

Суд разрешил адвокатам стучать? // Волгоградский адвокат. N 1(86). 2013.

Элементарные начала общей теории права: Учебное пособие для вузов / Право и закон // Под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. В.И. Червонюка. М.: Колос, 2003.

Информация для оформления библиографической ссылки на данную публикацию:

Мельниченко Р.Г. Спор о понятии "негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность" // Адвокат. 2013. № 7.