

МОСКОВСКИЙ ГУМАНИТАРНО-ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ

АДВОКАТУРА В РОССИИ

Учебник для вузов

Под общей редакцией
доктора юридических наук, профессора
В.И. Сергеева

5-е издание, переработанное и дополненное

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2019

УДК 347.965(470)
ББК 67.75я73
А28

Учебник награжден медалью
Лауреата конкурса «Профессиональный учебник»
на XVII Московской международной книжной ярмарке (2005 г.)

Учебник признан Лауреатом Международного Европейского конкурса
на лучшую учебную и научную работу и награжден
Золотой пальмовой ветвью (2011 г.)

Рецензенты:

1—3-го изданий: Г.Б. Мирзоев — доктор юридических наук, профессор; А.Н. Писарев — доктор юридических наук, профессор.

4-го издания: А.П. Фоков — доктор юридических наук, профессор;
Савин Н.А. — кандидат юридических наук, профессор.

5-го издания: А.П. Фоков — доктор юридических наук, профессор

A28 **Адвокатура в России** : учебник для вузов / под ред. д.ю.н., проф.
В.И. Сергеева. — 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Юстицинформ,
2019. — 548 с.

ISBN 978-5-7205-1513-3

Учебник «Адвокатура в России» издается с 2002 г. За это время он выдержал пять изданий, дважды становился Лауреатом престижных международных конкурсов, завоевал заслуженный авторитет в высшей школе, у преподавателей и студентов российских вузов. Настоящее, 5-е издание, подготовлено действующими профессионалами научного, педагогического, адвокатского и судейского сообщества России.

Учебник предназначен для юридических факультетов и вузов, в которых преподается указанная выше учебная дисциплина. Книга рассчитана также на широкий круг лиц, интересующихся вопросами адвокатской деятельности или осуществляющих самостоятельную защиту в российских судах и правоохранительных органах.

Ключевые слова: адвокат, адвокатура, адвокатские образования, правоприменение, защита в суде.

УДК 347.965(470)
ББК 67.75я73

ISBN 978-5-7205-1513-3

© ООО «Юстицинформ», 2019

MOSCOW HUMANITARIAN ECONOMIC UNIVERSITY

ADVOCACY IN RUSSIA

Textbook

Edited by V.I. Sergeyeu

5th edition, revised and expanded

Moscow
YUSTITSINFORM
2019

УДК 347.965(470)
ББК 67.75я73
А28

The textbook is awarded with a medal of the Winner
of the «Professional Textbook» competition
at the XVII Moscow International Book Fair (2005)

The textbook is recognized as the Winner
of the International European competition for the best educational
and scientific work and awarded with the Golden Palm (2011)

Reviewers:

1st — 3rd editions: G.B. Mirzoyev — Doctor of Law, Professor; /
A.N. Pisarev — Doctor of Law, Professor
4th edition: A.P. Fokov — Doctor of Law, Professor; N.A. Savin — Ph.D.
in Law, Professor
5th edition: A.P. Fokov — Doctor of Law, Professor

A28 **Advocacy in Russia** : textbook / ed. by V.I. Sergeyev. — 5th ed., rev.
and exp. — М. : Yustitsinform, 2019. — 548 p.

ISBN 978-5-7205-1513-3

The textbook “Advocacy in Russia” has been published since 2002. During this time it has passed five editions, twice became the Winner of prestigious international competitions, and won a well-deserved reputation in higher education, among teachers and students of Russian universities. The 5th edition is prepared by the current professionals of the scientific, pedagogical, legal and judicial community of Russia.

The textbook is intended for law faculties and universities, which teach the above discipline. The book is also intended for a wide range of persons interested in issues of advocacy or carrying out independent protection in Russian courts and law enforcement agencies.

Keywords: lawyer, advocacy, law offices, law enforcement, litigation.

УДК 347.965(470)
ББК 67.75я73

ISBN 978-5-7205-1513-3

© ООО LLC “Yustitsinform”, 2019

Авторский коллектив:

Сергеев В.И., адвокат (Адвокатская палата города Москвы), доктор юридических наук, профессор, член Российской академии юридических наук, Почетный адвокат России, руководитель авторского коллектива: предисловие, гл. 1–4, гл. 7 (в соавторстве), 13–16 (в соавторстве), заключение.

Ашанин С.В., директор юридической консалтинговой компании: гл. 8 (в соавторстве).

Вайпан В.А., адвокат, проректор МГУ имени М.В. Ломоносова, доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ, кандидат юридических наук, Почетный юрист города Москвы: гл. 5–7.

Вольвач Я.В., адвокат (Адвокатская палата города Москвы), заведующая юридической консультацией, преподаватель Московского гуманитарно-экономического университета, кандидат юридических наук, Почетный адвокат России: гл. 12–14, 16 (в соавторстве).

Колоколов Н.А., профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Московского педагогического государственного университета, судья Верховного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор: гл. 9–11 (в соавторстве).

Колоколова Э.Е., кандидат юридических наук: гл. 11 (в соавторстве).

Мартынич Е.Г., доктор юридических наук, профессор: гл. 10 (в соавторстве).

Ревина И.В., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета (г. Курск), кандидат юридических наук: гл. 9, 12 (в соавторстве).

Рябинина Т.К., заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета (г. Курск), кандидат юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ: гл. 9, 14, 15 (в соавторстве).

Чеботарева И.Н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета (г. Курск), кандидат юридических наук: гл. 9, 12 (в соавторстве).

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	11
Глава 1. Преподавание учебной дисциплины «Адвокатура в России». Предмет и метод учебной дисциплины.....	20
Глава 2. Адвокатура — институт гражданского общества. Ее задачи и значение	36
§1. Понятие адвокатуры	37
§2. Адвокатура — институт гражданского общества	39
§3. Право как гуманистическое явление и его защита	46
§4. Принципы деятельности адвокатуры.....	47
§5. Правовые основы организации и деятельности адвокатуры.....	49
Глава 3. Возникновение и развитие адвокатуры в России.....	55
§1. Адвокатура в дореформенный период	55
§2. Судебная реформа XIX в. Создание адвокатуры нового типа	59
§3. Контрреформы. Попытки уничтожения независимости русской адвокатуры.....	66
§4. Ликвидация русской адвокатуры присяжных поверенных.....	67
§5. Адвокатура в период перехода России к рыночным отношениям	75
Глава 4. Адвокатура и государство — взаимодействие в обеспечении прав и свобод граждан. Свобода и независимость адвокатской деятельности.....	76
§1. Позитивные перемены в законодательном регулировании адвокатской деятельности.....	76
§2. Предпосылки независимости адвокатуры	86
§3. Министерство юстиции и адвокатура	95
Глава 5. Адвокатская деятельность и ее виды	106
§1. Понятие и признаки адвокатской деятельности.....	106
§2. Виды адвокатской деятельности.....	111

Глава 6. Статус адвоката	115
§1. Понятие «адвокат».....	115
§2. Полномочия адвоката	116
§3. Обязанности адвоката.....	123
§4. Адвокатская тайна.....	125
§5. Приобретение статуса адвоката.....	128
§6. Квалификационный экзамен	131
§7. Присвоение статуса адвоката	134
§8. Приостановление статуса адвоката	139
§9. Прекращение статуса адвоката.....	145
Глава 7. Организация адвокатской деятельности	157
§1. Адвокатская палата как основное звено организационного строения адвокатуры	157
§2. Совет адвокатской палаты	162
§3. Формы адвокатских образований	164
§4. Адвокатский кабинет	166
§5. Коллегия адвокатов.....	170
§6. Адвокатское бюро	193
§7. Юридическая консультация.....	199
Глава 8. Адвокат в процессе производства по делам об административных правонарушениях	206
§1. Административные правонарушения	206
§2. Участие адвоката в процессе производства по делам об административных правонарушениях	210
§3. Обжалование постановлений об административном правонарушении	221
Глава 9. Участие адвоката в уголовном процессе.....	224
§1. Процессуальные роли адвоката в уголовном процессе: адвокат-защитник, адвокат-представитель, участие адвоката без приобретения процессуального статуса	224
§2. Адвокат-защитник в уголовном судопроизводстве	224
§3. Вступление защитника в уголовный процесс	228
§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод.....	240

§5. Обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве	250
§6. Адвокат-представитель в уголовном процессе.....	255
Глава 10. Адвокатское расследование в уголовном процессе.....	259
Глава 11. Участие адвоката в гражданском процессе	272
§1. Понятие и значение представительства	272
§2. Полномочия адвоката-представителя в гражданском процессе.....	282
§3. Подготовка адвоката-представителя к ведению дела	287
§4. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу.....	289
§5. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций	292
§6. Методика составления апелляционной и кассационной жалобы, жалобы в порядке надзора по гражданским делам.....	297
Глава 12. Участие защитника в доказывании.....	300
§1. Защитник как субъект доказывания.....	300
§2. Способы участия защитника в доказывании	307
§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту.....	317
§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников.....	323
§5. Права защитника по участию в доказывании.....	340
§6. Ходатайство об участии в следственных действиях	359
Глава 13. Правовое обеспечение адвокатами сферы хозяйственных отношений	364
§1. Об осознании текущего момента и нравственном выборе адвокатами своей роли в защите бизнеса и предпринимательства.....	364
§2. Правовое положение адвоката при юридическом обеспечении хозяйственной деятельности предпринимателей.....	366

§3. Характерные виды юридической помощи субъектам предпринимательства, оказываемой адвокатом	369
§4. Подготовка правовых заключений по стратегическим направлениям деятельности субъектов предпринимательства.....	370
§5. Юридическая помощь при составлении договоров и сопровождении сделок, претензионная работа	375
§6. Переговоры с контрагентами доверителя	378
§7. Участие адвоката в выборе организационно-правовой формы создаваемых субъектов предпринимательской деятельности	380
§8. Представление адвокатом интересов доверителя в налоговых органах	381
§9. Представление адвокатом интересов субъектов предпринимательства в их отношениях с правоохранительными органами	383
§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности	386
§11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях	392
Глава 14. Нравственные основы адвокатской деятельности	415
§1. Этические основы профессиональной деятельности адвоката	415
§2. Актуальность осознания и соблюдения адвокатской этики ...	424
§3. Понятие адвокатской этики. Принципы адвокатской этики.....	427
§4. Этические правила адвокатской деятельности	433
§5. Этика поведения адвоката в ходе участия в судебном процессе	456
§6. Общественно значимые этические обязанности адвоката	459
§7. Профессиональная ответственность адвоката	461
Глава 15. Судебные прения. Защитительная речь адвоката в суде	475
§1. Юридическая риторика как искусство судебной речи	475
§2. Понятие и значение судебной речи адвоката	477

§3. Общие положения о структуре защитительной речи	481
§4. Коммуникативные качества и детализация композиционного построения судебной речи адвоката.....	486
Глава 16. Договор с доверителем. Соотношение гражданского и корпоративного права	501
§1. Виды отношений адвоката с доверителями	501
§2. Одностороннее расторжение соглашения адвоката с доверителем.....	517
§3. Недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты доверителя	519
§4. Гонорар или вознаграждение адвоката?	522
§5. Дела «по назначению». Бесплатная юридическая помощь.....	527
Заключение.....	533
Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»	539

Предисловие

Настоящий учебник стал самым первым в России педагогическим трудом по «адвокатской тематике» нового поколения учебной литературы, начав издаваться с 2002 г., то есть сразу же после выхода Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Издание данного учебника потребовала сама жизнь, поскольку к этому моменту в системе российской адвокатуры произошли грандиозные изменения, и для работы в новых условиях требовались грамотные специалисты с новым образом мышления и новыми стандартами в области юриспруденции и адвокатской работы.

В этой сфере, особенно в области правозащиты, начинался совершенно отличный от всех остальных исторических периодов этап в истории российской адвокатуры, который характеризуется преимущественно активным противостоянием адвокатов государственным структурам, еще не привыкшим соблюдать права граждан и организаций, и активной борьбой с произволом и беззаконием в правоохранительных органах, которые по старинке все еще видели свою роль в систематическом давлении на свободу личности и в особенности на набиравший силу российский бизнес.

Понятное дело, что для такой деятельности были нужны не только смелые и отважные люди. Жизнь поставила на повестку дня наличие действенной, принципиальной и профессиональной адвокатуры, а эту роль могли выполнить только грамотные и подготовленные юристы, адвокаты.

В нынешней России, как, впрочем, и во все времена ее истории, именно таких людей ныне остается катастрофическое «недопроизводство». В падении уровня общего образования, как и всей культуры народа, виноваты социально-экономический строй, в котором мы живем, правящий режим в стране и элита общества. Как отмечено на состоявшейся в 2009 г. Конференции Российской ассоциации юристов, не высок уровень образования и у нынешних правоведов. Учебная дисциплина «Адвокатура», как и профессия адвоката, которая является объектом изучения в настоящем курсе, непосредственно является юридической. Получается, что сделанное замечание о недостаточном юридическом образовании вообще относится также и к адвокатам в частности. А отсюда следует, что необходимо повы-

Предисловие

шать образовательный уровень и этой категории юристов. В том числе и с помощью преподавания в вузе настоящей юридической дисциплины.

Когда мы говорим о юридическом образовании, то, разумеется, прежде всего имеем в виду высокое общее образование: знание истории, философии, литературы, искусства, различных естественных наук, политологии и социологии, техники и путей доступа в информационное пространство. Далее следует высочайшая профессиональная подготовка, то есть юридическая составляющая: знание теории и истории государства и права, гражданского и уголовного права и процесса, предпринимательского и корпоративного права, криминологии и криминалистики, судебной психологии и множества других юридических наук.

Однако для юридически образованного человека обладания только одними знаниями, даже самыми совершенными, явно недостаточно. Настоящий юрист должен иметь соответствующий психологический статус, быть реальным гуманистом, что наряду с глубокими гуманитарными и юридическими представлениями предполагает наличие соответствующих личных человеческих качеств. На протяжении многих веков во всех странах мира юридическое образование являлось не только одной из разновидностей образования гуманитарного, но и важнейшей составляющей воспитания в будущем юристе высоких гуманистических начал. Известно, что слово «гуманизм» означает признание ценности человека как личности, его права на свободное развитие и проявление своих способностей, утверждение блага человека как критерия оценки общественных отношений.

В свою очередь, под термином «гуманитарный» имеется в виду «обращенный к человеческой личности, к правам и интересам человека». Кем на протяжении веков были юристы? Людьми, соединявшими в себе глубочайшее общекультурное образование и высокий юридический профессионализм. Поскольку и общекультурные науки, и юридические дисциплины считались гуманитарными, юрист уже по природе этих наук всегда был гуманистом — профессионалом, проявляющим любовь, внимание к человеку, уважение к человеческой личности, доброе отношение ко всему живому, защитником человеческого и человека. Потому высочайшее чувство социальной справедливости было не привнесенной откуда-то извне чертой его личности, а неотъемлемым профессиональным качеством.

Судебная реформа XIX века в России, которую называют Великой, именно потому и состоялась, что ее творцами были гуманисты. Высокий культурный пласт интеллигенции, поистине огромное нравственное

начало в жизни лучших ее представителей и, самое главное, нацеленность на народное благо явились главными ее достоинствами и отличительными чертами. Прошедшая эпоха вообще отличалась обилием лучших гуманистов, законотворцев, большинство из которых были люди науки. История помнит эти имена: Д.Ф. Ровинский, С.И. Зарудный, Н.И. Стояновский, Д.Н. Замятнин, Д.Н. Набоков, В.Д. Спасович, К.К. Арсеньев, И.Ф. Горбунов, С.А. Муромцев, А.Ф. Кони, К.П. Победоносцев, Н.Н. Мясоедов, И.И. Шамшин, Г.Н. Мотовилов, А.М. Бобришев-Пушкин, А.А. Марков, М.Ф. Губский, А.Л. Боровиковский, С.Ф. Морошкин, Я.Г. Есипович, Н.А. Буцковский, М.Е. Ковалевский, Н.В. Муравьев и многие другие¹.

Под стать представителям науки оказались и многие юристы-практики того времени: П.А. Александров, С.А. Андреевский, Ф.Н. Плевако, А.И. Урусов, П.А. Потехин, Д.И. Невядомский, Н.В. Тесленко, Н.П. Карабеский, В.И. Жуковский, М.И. Доброхотов, М.М. Винавер, В.Н. Герард, А.С. Гольденвейзер, О.О. Грузенберг, А.С. Зарудный, Л.А. Куперник, В.О. Люстиг, В.А. Маклаков, П.Н. Малянтович, Н.К. Муравьев, С.А. Муромцев, А.Я. Пассовер, В.М. Пржевальский, Д.В. Стасов, В.И. Танеев, А.Н. Турчанинов, А.М. Унковский, Е.И. Утин, К.Ф. Хартулари, Н.И. Холева, Н.П. Шубинский, и множество других. Большинство названных выше юристов-практиков являлись адвокатами².

А что на этом фоне представляет собой сегодняшний выпускник юридического вуза? Не по делам его, а хотя бы по тем требованиям, которые предъявляются к его подготовке, современный юрист очень и очень далек от названных выше образцов. О причислении выпускника вуза по юридической специальности к гуманистам, гуманитариям не идет и речи. И хотя изложенное относится в чистом виде к вопросам доктринальным, все же влияние на прикладное значение здесь непосредственное.

Лишенный гуманистических начал, нынешний юрист совершенно не научен и на практике, в конкретной деятельности по специальности проявлять человеколюбие. Для него ничего не стоит нарушить закон, показать неуважение к личности. Он не задумывается и не желает находить ответы на такие ежедневно поступающие вопросы, как: почему у нас законы для одних действуют, а для других нет; почему нормы, написанные в Конституции, не соответствуют современным реалиям; почему одни законы противоречат другим; почему правоприменение сплошь против-

¹ См. Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы. — М.: Статут, 2003. — С. 36–294.

² См. Корифеи присяжной адвокатуры / Автор проекта — Крохмалюк А.В. — М.: Новая юстиция, 2007. — С. 5–314.

речит международным нормам; почему у нас есть законность тульская, а есть рязанская, и на местах не действуют федеральные законы; почему российский закон не защищает подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, а действует принцип «презумпции виновности», почему в большинстве случаев невозможно добиться защиты невиновного и т.д.

Правда, следует оговориться: данное замечание не относится к российским адвокатам, которые по своей природе существенно отличаются от остальной части юристов-правоохранителей. Они на мир смотрят иначе, с позиций гуманизма, защиты прав человека и гражданина и на общем фоне специалистов с юридическим образованием несравнимо выделяются в лучшую сторону. Как бы ни была сложна современная эпоха и обстановка, в которой действуют адвокаты, в большей своей части они проявляют чудеса человеколюбия, профессионального мастерства, мужества и даже героизма. Ибо им приходится в буквальном смысле этих слов сражаться за права своих доверителей, вступая в неравные схватки не только с конкретными, зачастую, коррумпированными и опасными чиновниками, но и с самой государственной системой, представляющей ныне реальную и не малую угрозу для человека.

Продвинуть далее профессию адвоката в ряды гуманистических профессий и призвана учебная дисциплина «Адвокатура». Представленный курс, преподаваемый в стенах любого гуманитарного вуза, *имеет целью* сохранить гуманистические традиции образования, воспитать в будущем юристе-адвокате высокие человеческие качества, направленные на обращение полученных знаний к запросам конкретного человека.

Предмет «Адвокатура» относится к специальным курсам, формирующим у студентов профессиональные знания, умения и навыки юридического консультирования граждан и оказания им правовой помощи. Несомненно, такому образовательному эффекту и должен способствовать хороший учебник. В МГЭИ, например, данный курс преподается по соответствующей программе, включенной в предлагаемый учебник «Адвокатура в России», начиная с его первого издания и заканчивая изданием четвертым, которые он выдержал за полные 15 лет своей «педагогической жизни».

В качестве дидактических (от слова «дидактика») единиц в этом курсе наряду с прочими называются следующие: правовая природа адвокатуры, независимая, негосударственная, некоммерческая, добровольная организация квалифицированных юристов, объединившихся для оказания юридической помощи всем, кто в ней нуждается. Принципы организации и деятельности адвокатуры: гуманизм, законность, доброволь-

ность вступления в адвокатуру и членства в ней, самоуправление адвокатуры, гласность в деятельности адвокатов, независимость адвокатуры.

В проблеме, имеющую весьма большое значение для юриста любой специализации, и особенно для адвоката, наряду с другими вышеназванными вопросами в учебнике включены преподавание знаний и выработка у студентов навыков в области правоотношений юридических и физических лиц с государственными структурами, органами, чиновниками и в целом с самим государством. Последними изменениями к ГОС выдвигаются требования к программам учебных дисциплин ориентировать на формирование у студентов правового самосознания, инициативы, самостоятельности, способности к успешной социализации в обществе, профессиональной мобильности и других профессионально значимых личных качеств.

В связи с гуманизацией юридического образования адвокатов в программе курса дано направление на переориентацию понятия права с силового содержания на право в его классическом понимании: право человека, право и права вообще, право паритетных взаимоотношений человека и власти, где человеку отдается предпочтение и отводится главная роль, на осознание личности как активной содержательной и действующей единицы всего гражданского общества.

Особенно актуальными данные ориентиры в настоящем курсе воспринимаются в связи с активным внедрением в правоприменительную практику Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре), которым закреплена полная независимость адвокатуры России от государственных структур.

Ныне уже стало непреложным фактом, что адвокат по закону получил и закрепил на практике более широкие процессуальные права, чем это было при прежнем законодательном регулировании. Он стал более значимой фигурой в уголовном, гражданском, арбитражном процессах, приобрел дополнительный вес в хозяйственной жизни юридических лиц, в защите прав и законных интересов российских граждан, а статус самой адвокатуры закреплён в этом законе как институт гражданского общества.

После издания закона об адвокатуре и в течение нескольких лет его плодотворного применения адвокатская деятельность наполнилась новейшими технологиями защиты, стала более мобильной и конкретной, бескомпромиссной и требовательной. Изменилось и само содержание адвокатской деятельности, она стала поистине реальной и плодотворной.

Предлагаемое вниманию студентов и преподавателей 5-ое издание учебника «Адвокатура в России» попыталось отразить новые веяния в науке и практике адвокатуры, выражающие современный взгляд на права человека и тех, кто призван отстаивать его интересы.

В настоящее время роль и значение адвоката в общественной жизни становятся все более и более ощутимыми именно в связи с тем, что законом его положение в процессе защиты или выполнения представительских функций поставлено на один уровень с положением представителей государства, чем сделана попытка к уравниванию прав защиты и государственного обвинения. Этому призваны служить в том числе и преподаваемые принципы законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принцип равноправия адвокатов. Таким образом, общая задача курса, — оказание помощи студентам в выработке правильного понимания и восприятия института адвокатуры в современном обществе как неотделимого и важнейшего элемента гражданского общества, а через такое понимание — достижение у них чувства независимости и свободы как самых необходимых качеств современного юриста, правозащитника, адвоката.

Основными методами (приемами) изучения дисциплины «Адвокатура» названы формально-юридический — анализ исторических и современных событий и фактов, законодательства о правах и свободах человека и гражданина, развитии института адвокатуры; сравнительно-юридический — изучение правовых установлений об адвокатуре, о защите прав граждан России в их возникновении и эволюции на протяжении нескольких исторических периодов; практический — непосредственное участие студентов в работе адвокатских образований, в судебных процессах московских и иных судов, а также личное консультирование граждан по юридическим вопросам. В ходе изучения курса предполагается использование данных других юридических и общественных наук — истории и теории государства и права, гражданского права, уголовного права, административного права, семейного права, арбитражного, уголовного и гражданского процесса, общей истории России, философии, социологии, политологии, культурологии.

Тематическими планами может быть предусмотрено изучение предлагаемых тем по курсу и в процессе самостоятельной работы. Данный вид учебных занятий способствует формированию и развитию у обучающихся творческого подхода, культуры научного поиска, научной организации своего труда. Особенно важная роль в настоящем комплексе отводится предлагаемой к ознакомлению и изучению литературе и другим источни-

кам по вопросам прав человека, оказания адвокатской помощи, деятельности современной адвокатуры в России. Кроме того, авторами приведены некоторые международные нормы и судебные акты, без которых изучение стоящих перед студентами вопросов будет неполным.

Учебная дисциплина «Адвокатура в России» изучается по выбору студентов и является дисциплиной специализации. А, как известно, по дисциплинам специализации нет государственного стандарта, в связи с чем подготовка программ преподавания по ним является плодом творчества профессорско-преподавательского состава того вуза, где преподается настоящая учебная дисциплина. Большую помощь при составлении этих документов оказывают утвержденные Министерством образования РФ учебники или учебные пособия.

На сегодняшний день в продаже имеется множество различных учебников и пособий по адвокатуре, написанных известными и авторитетными в адвокатском мире адвокатами-профессионалами. На сочинения некоторых из них даются ссылки в конце данного издания, где речь идет об использованной литературе. К числу таких трудов относятся и первые три издания настоящего учебника, ранее издававшегося под редакцией ректора МГЭИ профессора Л.А. Демидовой и заведующего кафедрой гражданско-правовых дисциплин этого же института, действующего адвоката профессора В.И. Сергеева. К сегодняшнему дню эти издания несколько устарели, хотя в целом они и не потеряли своей педагогической ценности.

До издания упомянутых учебников и учебных пособий обучение по дисциплине «Адвокатура» проходило по программам и тематическим планам, разработанным на основании ранее действовавшего союзного законодательства об адвокатуре, Положения об адвокатуре в РСФСР, утвержденного Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г. Принятие Закона об адвокатуре в корне изменило правовую природу института правозащиты в России. Как указано выше, эта организация сегодня становится полностью независимой от государства. Идет тенденция на все большую и большую реализацию декларируемых в законе прав адвокатов, хотя одновременно предпринимаются и попытки государства лишить адвокатуру этой независимости или существенно сузить процессуальные полномочия адвокатов, их влияние на правоохранительную систему. Полностью изменилось и нашло свою поддержку структурно-организационное устройство адвокатских образований, чему в настоящем учебнике также отводится соответствующее место.

Учебник «Адвокатура в России» издается с 2002 г. и за это время выдержал пять изданий, стал лауреатом двух престижных международных

конкурсов в номинации «Лучший учебник», завоевал заслуженный авторитет в высшей школе у преподавателей и студентов российских вузов. Его 5-ое издание написано действующими профессионалами научного, адвокатского и судейского сообщества России. Оно отличается свободным юридическим языком и нестандартным стилем изложения, который любят студенты, обилием примеров из судебной и адвокатской практики, большим наполнением учебного и методического материала.

Отличительными особенностями учебника являются его большой воспитательный компонент, а также непосредственная и постоянная связь с этическими и нравственными основами. По сравнению с предыдущими изданиями в учебнике учтены имевшиеся пробелы в практическом освоении «пространства адвокатской деятельности», даны более новые представления в этой сфере их применения. Издание подготовлено как на основе сложившегося восьмилетнего опыта преподавания данного курса в вузах страны, так и по многочисленным предложениям его совершенствования, поступившим от действующих адвокатов, их стажеров, профессорско-преподавательского состава, студентов и аспирантов вузов. При этом авторами учтены и акценты в деятельности современных адвокатов на традиционные компоненты адвокатских методик и форм защиты граждан.

В связи со значительно возросшей сферой судебного обжалования во всех областях нашей жизни учебник в какой-то степени возвращает читателя к традиционному пониманию адвокатской деятельности и сложившимся представлениям о ней как деятельности судебной. Судебная адвокатура — это то, с чего начиналась российская правозащита и длительное время пребывала таковой, а ныне по своей сути вновь возвращается к ней только на более высокой ступени своего совершенствования. Хотя, конечно же, в учебнике учтено и то, что нынешний адвокат, в отличие от адвоката дореволюционного или адвоката советского времени, — это адвокат и «внесудебный», адвокат юридического сопровождения бизнеса и хозяйственной деятельности, специалист переговоров и досудебного урегулирования конфликтов, это мастер экономико-юридического процессуального документа.

Учебник обильно наполнился современным духом оценок происходящих событий на правовом поле страны, методическими советами и практикой, в том числе по обжалованию действий дознавателей, следователей, прокуроров, решений различных судов. В учебнике учтены последние изменения норм процессуального и материального права. Специальная глава посвящена проблемным вопросам взаимоотношения ад-

вокатов с судебной системой. В ней адвокатская деятельность нынешнего адвоката изображается не в абстрагированном пространстве идеализированных представлений, которые могут сложиться при чтении нынешней в большей части декларативной правовой базы, а на фоне реальной картины огромных трудностей и проблем современной жизни, в том числе проблем судебной системы, от которой во многом зависит успех или неуспех любого адвоката при защите интересов российских граждан и организаций.

Есть надежда, что и настоящее издание учебника, как и предыдущие издания, окажется, полезным не только для юридических факультетов и вузов, в которых преподается указанная выше учебная дисциплина. Он вполне может быть использован и действующими адвокатами в качестве методического пособия по подготовке к ведению дел или при организации учебы молодых юристов, начинающих собственную адвокатскую практику. Учебник рассчитан также на широкий круг лиц, интересующихся вопросами адвокатской деятельности или осуществляющих самостоятельную защиту в российских судах и правоохранительных органах.

*Сергеев В.И.
Руководитель авторского коллектива,
профессор Московского гуманитарно-
экономического института,
доктор юридических наук, профессор,
Почетный адвокат России*

ГЛАВА 1

Преподавание учебной дисциплины «Адвокатура в России». Предмет и метод учебной дисциплины

Идущая в стране уже много лет реформа системы образования, в том числе высшего, несомненно, не может не учитываться и при преподавании настоящего учебного курса. Ключевым моментом этой реформы считается модернизация содержания образования, которая предполагает учет новых требований науки и общества, а поскольку Россия пошла по пути рыночной экономики, — то и особенностей российского и международного рынков. В настоящее время преподавание в высшей школе осуществляется по очередному Федеральному государственному образовательному стандарту (ФГОС) высшего образования по направлению подготовки 40.03.01 Юриспруденция (уровень бакалавриата).

Указанный ФГОС утвержден приказом Министерства образования и науки РФ от 1 декабря 2016 г. № 1511 с последующими изменениями от 13 июля 2017 г.

Данным приказом установлено, что объектами профессиональной деятельности выпускников, освоивших программы бакалавриата, являются общественные отношения в сфере реализации правовых норм, обеспечения законности и правопорядка. При этом видами профессиональной деятельности, к которым готовятся выпускники, освоившие программу бакалавриата, являются: нормотворческая; правоприменительная; правоохранительная; экспертно-консультационная. При разработке и реализации программы бакалавриата организация ориентируется на конкретный вид (виды) профессиональной деятельности, к которому (которым) готовится бакалавр, исходя из потребностей рынка труда, научно-исследовательских и материально-технических ресурсов организации. Преподавание дисциплины «Адвокатура в России» еще не означает, что получивший профессию юриста бакалавр сразу сможет работать адвокатом. Однако путь к этому, можно сказать, будет проложен.

Согласно новому ФГОСу, выпускник, освоивший программу бакалавриата, в соответствии с видом (видами) профессиональной деятельности, на который (которые) ориентирована программа бакалавриата, должен

быть готов решать следующие профессиональные задачи: нормотворческая деятельность: разработка нормативных правовых актов и их подготовка к реализации; правоприменительная деятельность: обоснование и принятие в пределах должностных обязанностей решений, а также совершение действий, связанных с реализацией правовых норм; составление юридических документов; правоохранительная деятельность: обеспечение законности, правопорядка, безопасности личности, общества и государства; охрана общественного порядка; предупреждение, пресечение, выявление, раскрытие и расследование правонарушений; защита частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности; экспертно-консультационная деятельность: консультирование по вопросам права; осуществление правовой экспертизы документов³.

В последнее время в связи с введением Болонской системы в образовательный процесс РФ возникают опасения относительно сниженной планки требований к выпускнику вуза, в данном случае — к юристу. Однако в упомянутом документе на этот счет говорится следующее: в результате освоения программы бакалавриата у выпускника должны быть сформированы общекультурные, общепрофессиональные и профессиональные компетенции. Выпускник, освоивший программу бакалавриата, **должен обладать следующими общекультурными компетенциями:** способностью использовать основы философских знаний для формирования мировоззренческой позиции (ОК-1); способностью использовать основы экономических знаний в различных сферах деятельности (ОК-2); владением основными методами, способами и средствами получения, хранения, переработки информации, навыками работы с компьютером как средством управления информацией (ОК-3); способностью работать с информацией в глобальных компьютерных сетях (ОК-4); способностью к коммуникации в устной и письменной формах на русском и иностранном языках для решения задач межличностного и межкультурного взаимодействия (ОК-5); способностью работать в коллективе, толерантно воспринимая социальные, этнические, конфессиональные и культурные различия (ОК-6); способностью к самоорганизации и самообразованию (ОК-7); способностью использовать методы и средства физической культуры для обеспечения полноценной социальной и профессиональной деятельности (ОК-8); готовностью пользоваться основными методами за-

³ Приказ Министерства образования и науки РФ от 1 декабря 2016 г. № 1511 «Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта высшего образования по направлению подготовки 40.03.01 Юриспруденция (уровень бакалавриата)».

щиты производственного персонала и населения от возможных последствий аварий, катастроф, стихийных бедствий (ОК-9).

Выпускник, освоивший программу бакалавриата, должен обладать **следующими общепрофессиональными компетенциями**: способностью соблюдать законодательство Российской Федерации, в том числе Конституцию Российской Федерации, федеральные конституционные законы и федеральные законы, а также общепризнанные принципы, нормы международного права и международные договоры Российской Федерации (ОПК-1); способностью работать на благо общества и государства (ОПК-2); способностью добросовестно исполнять профессиональные обязанности, соблюдать принципы этики юриста (ОПК-3); способностью сохранять и укреплять доверие общества к юридическому сообществу (ОПК-4); способностью логически верно, аргументированно и ясно строить устную и письменную речь (ОПК-5); способностью повышать уровень своей профессиональной компетентности (ОПК-6); способностью владеть необходимыми навыками профессионального общения на иностранном языке (ОПК-7).

Выпускник, освоивший программу бакалавриата, должен обладать **профессиональными компетенциями, соответствующими виду (видам) профессиональной деятельности**, на который (которые) ориентирована программа бакалавриата: нормотворческая деятельность: способность участвовать в разработке нормативных правовых актов в соответствии с профилем своей профессиональной деятельности (ПК-1); правоприменительная деятельность: способность осуществлять профессиональную деятельность на основе развитого правосознания, правового мышления и правовой культуры (ПК-2); способность обеспечивать соблюдение законодательства Российской Федерации субъектами права (ПК-3); способность принимать решения и совершать юридические действия в точном соответствии с законодательством Российской Федерации (ПК-4); способность применять нормативные правовые акты, реализовывать нормы материального и процессуального права в профессиональной деятельности (ПК-5); способность юридически правильно квалифицировать факты и обстоятельства (ПК-6); владение навыками подготовки юридических документов (ПК-7); правоохранительная деятельность: готовность к выполнению должностных обязанностей по обеспечению законности и правопорядка, безопасности личности, общества, государства (ПК-8); способность уважать честь и достоинство личности, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина (ПК-9); способность выявлять, пресекать, раскрывать и расследовать преступления и иные правонарушения

(ПК-10); способность осуществлять предупреждение правонарушений, выявлять и устранять причины и условия, способствующие их совершению (ПК-11); способность выявлять, давать оценку коррупционному поведению и содействовать его пресечению (ПК-12); способность правильно и полно отражать результаты профессиональной деятельности в юридической и иной документации (ПК-13); экспертно-консультационная деятельность: готовность принимать участие в проведении юридической экспертизы проектов нормативных правовых актов, в том числе в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции (ПК-14); способность толковать нормативные правовые акты (ПК-15); способность давать квалифицированные юридические заключения и консультации в конкретных видах юридической деятельности (ПК-16). При разработке программы бакалавриата все общекультурные и общепрофессиональные компетенции, а также профессиональные компетенции, отнесенные к тем видам профессиональной деятельности, на которые ориентирована программа бакалавриата, включаются в набор требуемых результатов освоения программы бакалавриата. При разработке программы бакалавриата организация вправе дополнить набор компетенций выпускников с учетом ориентации программы бакалавриата на конкретные области знания и (или) вид (виды) деятельности.

Если сравнивать ранее существовавшие требования по поводу подготовки юристов-специалистов, то, конечно, указания в письме Министерства образования РФ от 8 октября 2002 г. № 14-55-840 ин/15, звучали несколько иначе и определеннее.

В частности, в пункте 1.3 ГОСа говорилось, что «юрист (вообще, а не только адвокат или представитель иной юридической профессии) должен обладать гражданской зрелостью и высокой общественной активностью, профессиональной этикой, правовой и психологической культурой, глубоким уважением к закону и бережливым отношением к социальным ценностям правового государства, чести и достоинству гражданина, высоким нравственным сознанием, гуманностью, твердостью моральных убеждений, чувством долга, ответственностью за судьбы людей и порученное дело, принципиальностью и независимостью при обеспечении прав, свобод и законных интересов личности, ее охраны и социальной защиты, необходимой волей и настойчивостью в исполнении принятых правовых решений, чувством нетерпимости к любому нарушению закона в собственной профессиональной деятельности».

Однако нынешняя ориентация на выработку соответствующих компетенций у выпускника не исключает и нравственно-этических состав-

ляющих, которые существовали ранее. Многие вузы страны в разработке программ преподавания данного курса избрали собственные учебные программы за основу, в которые как раз и включены названные составляющие.

Предмет «Адвокатура в России» относится к специальным курсам и преподается по соответствующей программе, включаемой в собственные учебно-методические пособия. В частности, в качестве дидактических единиц в этом курсе, наряду с прочими, называются следующие: правовая природа адвокатуры (независимая, негосударственная, некоммерческая, добровольная организация квалифицированных юристов, созданная для оказания юридической помощи всем, кто в ней нуждается); принципы организации и деятельности адвокатуры: гуманизм, законность, добровольность вступления в адвокатуру и членства в ней, самоуправление адвокатуры, гласность в деятельности адвокатов, независимость адвокатуры. В настоящее время эти критерии также не потеряли своего значения. В соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции РФ «каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи». Данная конституционная норма находит отражение и в Федеральном законе от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Квалифицированная юридическая помощь подразумевает наличие у адвоката специальной квалификации, о которой свидетельствует либо диплом о высшем юридическом образовании, полученном в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, либо ученая степень по юридической специальности — кандидат юридических наук, доктор юридических наук.

В проблему, имеющую большое значение для юриста, и особенно для адвоката, наряду с другими вышеназванными вопросами включено получение знаний и навыков в области правоотношений юридических и физических лиц с государственными структурами, органами и служащими.

В нынешнем стандарте образования (хотя и не напрямую, а косвенно и еще достаточно робко) тоже сделана попытка переориентации понятия права с силового содержания на право в его классическом понимании: как право человека, право и права вообще, право паритетных взаимоотношений человека и власти. Этому призваны служить преподаваемые принципы независимости адвокатуры, самоуправления и т.д. (см.: Конституция Российской Федерации).

Однако ныне говорить о соответствии существующей программы преподавания данного курса современным требованиям, которые предъявляются к адвокатуре, еще преждевременно. На взгляд авторов, в преподавании предмета «Адвокатура в России» мы сильно пожертвовали вопросами независимой природы этого института, освещением и изучением института гражданского общества, которому служит адвокатура, во имя интересов государства, государственной власти.

В соответствии с новым Законом об адвокатуре целью адвокатской деятельности (но не задачей) является обеспечение доступа к правосудию, а не содействие правосудию, как это было ранее, что совершенно не одно и то же (см. ч. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре).

Мало того, что такие задачи адвокатуры, как содействие в укреплении законности и воспитание граждан в духе соблюдения дисциплины труда вообще невыполнимы (а именно такие требования предъявлялись к адвокатам до 2002 г.), они, кроме того, находились в противоречии с самой природой адвокатской деятельности, призванной защищать и нарушителей закона, и лиц, уволенных за нарушение трудовой дисциплины.

Более того, в Законе об адвокатуре (см. ч. 5 ст. 6) вообще о подобных задачах адвокатуры не говорится ни слова, а в части, касающейся содействия в укреплении законности (т.е., по существу, содействия и пособничества правоохранительным органам), категорически запрещено негласное (а гласное — тем более) сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Понятно, что государству хотелось бы видеть задачи адвокатуры именно такими, какими они изложены в старых дидактических материалах. Но ведь в преподавании курса, и в частности данной темы, должна быть определенная диспозитивность, стремление научить студентов — будущих юристов, адвокатов — мыслить свободно, критически относиться к указанным выше попыткам государства навязать свои императивы.

Сегодня адвокаты, которые активно действуют в правовых рамках нынешнего времени, защищают людей от произвола чиновников и власти как таковой, искусственно, а не по своей природе поставлены в некую зависимость от этой власти и государственных чиновников. Молодому поколению, получающему современное юридическое образование, в соответствии с указанными дидактическими единицами выдаются совершенно неправильные ориентиры относительно адвокатуры и адвокатов. Правда, оправданием подобных установок может служить то, что такое отношение государства и его чиновников разрабатывалось до

принятия Закона, в условиях, когда действовало старое Положение об адвокатуре, принятое в 1980 г., которым адвокатура признавалась полностью государственной структурой, руководимой местными органами власти и Минюстом РФ.

Во многих современных изданиях по теме «Адвокатская деятельность» указывалось, что адвокатура является институтом гражданского общества, а не государства. Однако ни о самом гражданском обществе, ни о взаимосвязи адвокатуры и общества в рекомендованных ныне других учебниках (кроме учебников по адвокатуре, конечно) не говорится ни слова, что ставит преподавание курса «Адвокатура в России» вообще в весьма непростую ситуацию, связанную с отсутствием ответа на вопрос, что же это за организация такая — независимая, в то же время выполняющая некие государственные задачи и в какой-то степени подчиняющаяся Минюсту и т.д.

В нынешнем Законе правовой статус адвокатуры выражен в ст. 3, согласно которой *«адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Адвокатура действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов»*.

Несомненно, преподавание этих принципов потребовало полной переработки стандартных программ преподавания уголовного процесса, гражданского процесса и частичной переработки программы арбитражного процесса, а также ряда других наук, где права человека и организаций выдвигаются на первый план по отношению к правам государства.

Но самым сложным в эволюции образовательных стандартов и программ по указанным выше юридическим дисциплинам было найти совершенно иную трактовку права и прав, о соблюдении которых призвана заботиться адвокатура. Эти категории требовали гораздо большего осмысления с учетом демократического пути, по которому пошла Россия, и с учетом ориентиров на построение ею правового государства.

Как известно, в сознание советских людей, а затем и российских граждан достаточно долго (можно сказать, вплоть до последнего времени) вкладывались и все еще продолжают вкладываться «традиционные» понятия права.

По сути, **понимание права пока еще повсюду, в том числе и в юридической науке, зиждется на его трактовке как воли правящего класса, возведен-**

ной в закон и принуждаемой к выполнению норм этого права государством (К. Маркс, В. Ленин) с небольшими формальными (а не содержательными) видоизменениями.

Такое понимание права нашло свое воплощение в нашей обыденной жизни. Многочисленные конкретные примеры применения этой трактовки в практической деятельности полиции, прокуратуры, налоговой полиции, других силовых ведомств — зримое тому подтверждение. А инквизиторская сущность российского суда уже стала у всех притчей во языцех.

Известный российский юрист С.А. Пашин в свое время, откликаясь на внесенный в Государственную Думу РФ проект нового Уголовно-процессуального кодекса РФ, заметил: *«По моим наблюдениям, судебный корпус самым очевидным образом не выдержал испытания свободой. Он выстроил внутри себя такую систему, что иной средневековый восточный тиран-монарх позавидовал бы. А.Ф. Кони в свое время писал, что на «основании судебных уставов была создана судебная республика внутри самодержавной монархии». У нас же произошло все с точностью до наоборот — в республиканском государстве создан судебный каганат со всеми прелестями восточной деспотии»⁴.*

Действительно, идея карательной функции уголовной юстиции уже давным-давно трансформировалась в неписанный закон единства российского суда и органов уголовного преследования, тогда как судебная власть в правовом государстве должна контролировать эти органы, стоять над ними. *«Образ суда-карателя, — пишет И.Л. Петрухин, — суда-палача возник в эпоху инквизиции, а затем был возрожден у нас в период массовых репрессий. К сожалению, этот образ остался живучим»⁵.*

Задуманная властью судебная реформа ставила своей целью разорвать этот порочный союз суда с правоохранительными органами. Но выполнить эту миссию она могла лишь при абсолютно новой (другой) трактовке права, понимаемого и ориентированного не на власть, а на человека, когда право обретет иное качество, которое позволит ему возвыситься над властью и тем самым решить проблему «обуздания» произвола власти.

Почему же, несмотря на почти уже тридцатилетнюю историю либерализации общественных отношений в новой России, действия демокра-

⁴ Пашин С. В тревоге пока только юристы. Пакет законопроектов по судебно-правовой реформе не вызывает у большинства россиян ни интереса, ни каких-то опасений. А зря... // Юридический вестник. — 2001. — № 20.

⁵ Петрухин И.Л. Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). — М.: Юристь, 1999. — С. 122.

тической Конституции и поворот страны к правовому государству, в сознании и практике нашего российского общества процветают подобные правовые атавизмы?

Во многом их наличие объясняется не только крайне слабым юридическим сопровождением проводимой в государстве политики, как было принято считать ранее. Конечно, это касалось теоретических вопросов права и прав вообще, которые практически не претерпели своего изменения по сравнению с тем, как они трактовались в юридических учебниках, и реальной правоохранительной практике прошлого.

Как писал академик С.С. Алексеев, *«...новая трактовка права находится не в ладу со сложившимися и весьма устойчивыми стереотипами о праве, законе, законности, сориентированными на власть. И поэтому переход от понимания права как исключительно и всецело “силового” института, прочно укоренившегося за долгие века взаимоотношений человека с властью, к пониманию его как гуманистического явления, феномена свободы происходит с трудом»*.

Но вопрос не только в этом, но и в том, почему «силовое» понимание права продолжает свое победное шествие? Ответ здесь кроется в сохранении самой системы общественного устройства, капиталистической формации, которая иного понимания права не приемлет и не может его допустить даже в теоретических сферах.

Именно потому сегодня в Российской Федерации проблемы развития «гражданского общества» должны стать наиболее актуальными в связи с концептуальными ориентирами на построение правового государства и попытками властей показать свое желание сотрудничать с другими институтами российского общества, в том числе с общественными объединениями и иными некоммерческими организациями.

В то же время, несмотря на такую актуальность и декларируемые перед народом попытки властей сотрудничества с обществом, сама власть продолжает демонстрировать свое неуважение к этому обществу. Об этом свидетельствуют многочисленные факты грубейших нарушений прав человека со стороны не только местных, но и центральных правоохранительных органов государства, спецслужб, прокуратуры и судов, доводимые до общественности. 10 июля 2000 г. группа видных общественных деятелей России обратилась к Председателю Верховного Суда России с открытым письмом под названием «Произвол, узаконенный судом» об угрожающей ситуации при осуществлении судебной защиты граждан⁶.

⁶ Вестник Гильдии российских адвокатов. — 2000. — № 7. — С. 21, 22.

К великому сожалению, несмотря на большой срок, мало что с тех пор в стране изменилось, и судебная система остается такой же неповоротливой и мало реагирующей на социальные запросы граждан. Дело доходит даже до того, что некоторые судьи и прокуроры демонстративно игнорируют принятые Конституционным Судом России решения, касающиеся признания неконституционными некоторых законов, в которых затрагиваются права человека⁷.

В концептуальном (теоретическом) плане также совершенно не решен вопрос ни о юридической природе «гражданского общества», ни о соизмеримости его задач с задачами государства, ни о формах взаимодействия, сотрудничества или подчиненности государству. Об этом говорят и «разной» в юридических формулировках, и нечеткие позиции самих структур, относящих себя к «гражданскому обществу», и существующая непоследовательность во взглядах на это социально-правовое явление.

Например, в «Энциклопедическом юридическом словаре»⁸ говорится, что *«гражданское общество в теории государства и права — это общественное устройство, при котором человеку гарантируется своеобразный выбор форм его экономического и политического бытия, утверждаются всеобщие права человека, обеспечивается идеологический плюрализм»*.

В словаре называются основные элементы гражданского общества: *«разнообразие и равенство форм собственности, свобода труда и предпринимательства, идеологическое многообразие и свобода информации, неизыблемость прав и свобод человека, развитое самоуправление, семья как основная социальная ячейка»*. В то же время констатируется, что *«гражданское общество полностью контролирует государство, которое служит обществу»*.

Авторы же «Юридической энциклопедии»⁹ в гражданском обществе видят *«общество с развитыми экономическими, культурными, правовыми и*

⁷ См., например: Сергеев В. Право на защиту. Почему по-разному толкуют его закон и старший помощник районного прокурора? // Юридический вестник. — 2001. — № 15; Александров А.С., Кухта А.А., Абдуллаев Я.Д. Оперативное сопровождение поддержания государственного обвинения в суде // Практическое законоискусство. — 2007. — № 1. — С. 61–70; Ахметгалиев Р. Объективная истина — изживший себя концепт. Сформулирован кодекс поведения оперов на время сопровождения судебных процессов: в ходе процесса: прессу задержанного, копей под адвоката, вербуй свидетеля, поговори с присяжными... Сделай все для победы обвинения // Новая газета. — 2010. — № 92. — С. 10; Сергеев В.И. Залог успешной работы адвоката — наличие честного и справедливого суда. Проблемные вопросы судебной адвокатуры в России // Интернет-портал «Адвокатура».

⁸ Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. — М.: Инфра-М, 1999. — С. 12, 64.

⁹ Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. — М.: ЮрИнформ-Центр, 1997. — С. 102.

политическими отношениями между членами, независимое от государства, но взаимодействующее с ним».

Таким образом, можно сказать, что две наиболее известные научные юридические школы, выразившие свои идеи в фундаментальных энциклопедических трудах, в вопросах подконтрольности или неподконтрольности гражданского общества государству занимают совершенно противоположные позиции, что, конечно же, дезориентирует общественность и не позволяет выработать единый критерий оценки «полезности» такого гражданского общества для людей. Ибо основным критерием в этой оценке служит то, насколько можно противостоять государству со стороны отдельного человека или группы граждан и в чем они могут видеть поддержку гражданского общества в условиях усиливающихся государственных рычагов воздействия на человека, его силовых структур, правоохранительных органов и спецслужб.

Если гражданское общество видится подконтрольным госструктурам и их чиновничьему аппарату, то, надо полагать, оно станет очередным дополнительным «приводным ремнем» в отлаженном механизме работающей государственной машины. Однако такое гражданское общество не способно выполнить свою высокую общественную миссию перед своими гражданами. Только независимость гражданского общества может составить достаточный противовес государственному произволу.

Сравнивая гражданское общество, например, такой сильной державы, как США, с нашим, очень образно выразился о роли российских общественных структур экономист А.П. Паршев: *«Наши общественные структуры всегда будут проще, чем на Западе, а “элита” будет нуждаться в постоянном присмотре и контроле со стороны управляемых. А так как наш пряник всегда будет менее сладок (чтобы не продаваться и не тянуться за более сладким — западным), то кнут должен быть потолще. И так как на удачного царя надежды мало, стегать этот кнут должен не сверху вниз, а снизу вверх»¹⁰.*

Таким видится А.П. Паршеву контроль гражданского общества в России за государственным чиновничеством. Однако этот контроль, а значит и соблюдение прав человека со стороны государства, остаются пока в идеале. *«Реальность же гражданского общества определяется соотношением идеала, идеального проекта и реально достигнутого состояния общества, которое действительно осуществляет такой проект»¹¹.*

¹⁰ Паршев А.П. Почему Россия не Америка. — М.: Крымский мост-9Д, Форум, 2001. — С. 400.

¹¹ Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. — М.: ЮрИнформЦентр, 1997. — С. 102.

И такое «состояние идеала» в обществе длится уже очень много десятилетий, почти не продвигаясь вперед в конструктивном решении возникающих вопросов общественного контроля за соблюдением властью прав человека.

«До сих пор у нас в России личность гражданина неприкосновенности не знала. Но был и есть, очевидно, негласный закон, по которому неприкосновенностью личности все-таки пользовались. Пользовались ею лица крупного бюрократического чиновничества и все ими поддерживаемые. Их целая вереница; негласный закон к ним особенно милостив; они за свои преступные деяния не только не терпят наказания, но вполне пользуются этой неприкосновенностью личности; да, кроме того, награждаются разными знаками отличия и денежными наградами чуть ли не в полмиллиона рублей. Такая неприкосновенность личности имеет последствие: реки крови, абсолютный произвол, бесконечные жестокости власти и расхищение государственного достояния». Сказано это было в 1906 г. депутатом Государственной Думы В.Т. Окуневым именно в связи с постановкой вопроса об усилении ответственности власти перед обществом, об общественном контроле за правами человека и соблюдением неприкосновенности личности¹².

Нарисованная депутатом почти сто лет назад картина «с натуры российской действительности», несмотря на то, что положение дел в этой части ничуть не изменилось, тем не менее не является основанием для пессимизма и безмолвия общества. И.А. Покровский, комментируя идеи немецкого юриста Рудольфа Иеринга, пишет, что воззрения этого ученого — это «*учение о непрестанной борьбе за право, без которой немислим никакой прогресс. Не как растение, не само собой раскрывается право в истории, а в труде и борьбе...*»¹³. В такой «борьбе за право» первостепенное значение должно принадлежать конкретной деятельности, реальным действиям институтов гражданского общества, в том числе адвокатуры.

Подобную гуманистическую миссию адвокатуры перед конкретным человеком и гражданским обществом в целом должна отобразить и высветить сегодня прежде всего официальная наука, ибо только на ее фундаментальных плечах может возвышаться весь комплекс знаний, выработанных об этом институте мировой, да уже и нашей — российской — десятилетней практикой.

¹² Государственная Дума 1906–1917. Стенографические отчеты: В 4 т. — М.: Фонд «Правовая культура», 1995. — Т. 1. — С. 88, 89.

¹³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 697–698.

Только государство в лице Минобрнауки РФ, определяющее ныне образовательную политику, диктующую принципы единообразия в применении принятых им же методик преподавания, а также лицензирующее и аттестующее вузы, способно показать студентам и слушателям высшей школы объективную картину, отражающую роль адвокатуры в гражданском обществе России. Ибо по-другому пока сделать этого никак нельзя. Но почему государство должно делать это в отношении организации, противостоящей ему, независимой от него, нередко выступающей против него? Ведь на данном отрезке исторического развития адвокатура и государство — это антагонисты.

Да потому, что надо работать на перспективу, на идеал, на достижение такого результата, когда противостояние адвокатуры и государства не будет столь ортодоксальным. Таким оно является лишь в силу бесправия подзащитных или абсолютного произвола власти. По мере качественного изменения обстановки в государстве с соблюдением прав человека отношения адвокатуры и государства будут приобретать менее выраженный враждебный характер и, в конечном итоге, достигнут вполне цивилизованных рамок — как обычные стороны общественных отношений. Какой бы далекой ни была такая перспектива, но стремиться к ней надо уже сегодня, не запуская болезнь государственной необъективности и тенденциозности по отношению к адвокатуре, особенно при преподавании правовых дисциплин. И основанием к этому является прежде всего необходимость возрастания роли права в современных условиях. Как известно, право само по себе не в состоянии действовать в чьих бы то ни было интересах.

У государства для контроля, надзора за исполнением норм права, а также для принуждения к их исполнению существует целая система правоохранительных органов. А в интересах последних созданы и действуют многочисленные силовые структуры, иные «придаточные механизмы» в виде ОМОНов, СОБРов и прочих специальных формирований.

В интересах же общества, несмотря на декларативные заявления об этом представителей тех же правоохранительных органов об их служении обществу, на самом деле пока наиболее независимо и справедливо способны действовать лишь независимые от государства и его структур институты гражданского общества. Адвокатура как раз и является наиболее профессиональной организацией из этих институтов, а поэтому от нее ожидается достаточно серьезная и ответственная деятельность, связанная с защитой общества и его отдельных членов (граждан, организаций, бизнеса и проч.). Притом, как показала жизнь, основная составля-

ющая такой защиты состоит из деятельности адвокатуры по защите от самого государства, его органов, властей, чиновников. Результатом такой деятельности должно быть, как это ни парадоксально, принуждение свойственными адвокатуре методами (письменными заявлениями, требованиями по конкретным делам и проч.) власти к исполнению норм права.

«С рассматриваемой точки зрения, быть может, самым верным показателем того, что в данном обществе право занимает достойное и высокое положение, соответствующее формулам “правовое государство”, “правление права”, является способность власти терпеть право и без колебаний соотносить с ним все свои действия, так относиться к праву, чтобы и в тех случаях, когда существование и действие права не согласуется с интересами власти, безропотно признавать его приоритет, верховенство “над собой” и одновременно — делать все для того, чтобы его требования неукоснительно и полностью проводились в жизнь»¹⁴.

Возвышение роли личности в правовом государстве, постепенная переориентация теории права с «права силы» на «право человека» также является важнейшим основанием изменения государственных подходов к преподаванию курса об адвокатуре. С принятием Конституции РФ такого рода «переориентация» стала ощущаться все реальнее и реальнее. Появились нормы в виде неотъемлемых прав человека, непосредственно выражающие сами основы человеческого бытия. Эти нормы приобрели прямое юридическое действие и начали занимать центральное место во всей юридической системе современного общества.

«Гражданскому обществу в условиях либеральной цивилизации требуется юридическая система, сутью, центром и смыслом которой являются не «просто регулирование», не власть, не некие идеологические химеры, а люди, человек. В соответствии с этим право новой эпохи призвано по самой своей сути стать правом людей, правом человека»¹⁵.

Признание многих действующих международных актов о правах человека и придание им приоритетного значения в иерархии российских правовых норм — все это потребует серьезной работы, в частности, и адвокатуры, чтобы указанные акты международного права, вообще нормы о правах человека в России стали нормами действующими, а не декларативными. Принципы свободы и равенства субъектов права — важнейшие среди всех других принципов государственного и общественного устрой-

¹⁴ Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 613

¹⁵ Там же. — С. 635.

ства, считает В.А. Золотарев: *«В государстве не могут быть выше прав человека и гражданина никакие другие ценности. Иной подход чреват весьма серьезными социальными бедствиями. Примат прав человека над правами нации является существенной чертой свободного общества»*¹⁶.

Несомненно, выполнить указанную выше миссию обеспечения «примата прав человека над правами нации» современная адвокатура сможет не только в условиях полной независимости от государства и его правительства, но и в условиях правильного освещения ее роли и ее гражданской миссии во время подготовки кадров юристов в ходе учебного процесса в высшей школе. Способствовать этому должны новые программы обучения студентов и утверждаемые государством измененные дидактические единицы.

Подводя итог изложенному, следует подчеркнуть, что **предметом изучения учебной дисциплины «Адвокатура в России», таким образом, являются складывающиеся гражданско-правовые отношения между адвокатами, гражданами и организациями по поводу и в связи с квалифицированной юридической помощью, оказываемой на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном законом, а также принципы и нормы взаимодействия между государством и адвокатурой, связанного с обеспечением конституционных гарантий по предоставлению квалифицированной юридической помощи в процессе административных, гражданско-правовых, уголовно-правовых, трудовых и иных правоотношений граждан и организаций.**

Данное определение предмету курса в практике преподавания учебной дисциплины «Адвокатура в России» (и аналогичных ей дисциплин) настоящим учебником еще в период его первого издания было дано впервые, и есть надежда, что оно пополнится теперь и новой практикой применения в реальных делах выпускников вузов по защите прав и законных интересов российских граждан.

Основными методами (приемами) изучения дисциплины «Адвокатура в России» являются: формально-юридический — анализ исторических и современных событий и фактов, законодательства о правах и свободах человека и гражданина, развитии института адвокатуры; сравнительно-юридический — изучение правовых установлений об адвокатуре, о защите прав граждан России в их возникновении и эволюции на протяжении нескольких исторических периодов; практический — непосредственное участие студентов в работе адвокатских образований, в судебных

¹⁶ Золотарев В.А. Военная безопасность государства российского. — М.: Кучково поле, 2001. — С. 197.

процессах московских судов, а также личное консультирование граждан по юридическим вопросам.

Предполагается использование таких общелогических методов, как анализ, синтез, абстрагирование, моделирование, а также частнонаучных методов (техничко-критический анализ, толкование, конкретизация). В ходе изучения курса предполагается использование данных других юридических и общественных наук — теории государства и права, гражданского права, уголовного права, административного права, семейного права, арбитражного, уголовного и гражданского процесса, истории России, философии, политологии.

Таким образом, изучаемая дисциплина ориентирована на показ новой роли адвокатуры в современном российском обществе. Эта дисциплина соответствует всем требованиям Закона об адвокатуре и установленным в нем принципам адвокатской деятельности, т.е. в современном ее варианте, изложенном в настоящем учебнике, она полностью приспособлена под новые правовые условия и складывающиеся в российском гражданском обществе правоотношения.

Несколько перефразируя датированный 1901 г. исторический документ о реформировании одного из императорских училищ, хочется заметить: «Состояние постоянного приспособления, постоянной эволюции есть естественное состояние жизнеспособности (правовой) школы, чутко относящейся к запросам жизни... Строй высшей (юридической) школы не может выделиться в совершенно определенные и строго разграниченные рамки административного произвола». Полагаем, что эти слова и в наше время актуальны.

ГЛАВА 2

Адвокатура — институт гражданского общества. Ее задачи и значение

В соответствии с ч. 1 ст. 45 Конституции Российской Федерации государство гарантирует защиту прав человека и гражданина в Российской Федерации. В другой конституционной норме (ст. 46) устанавливаются гарантии на судебную защиту прав и свобод гражданина. Процессуальным законодательством эти конституционные принципы воплощены в ряде норм Уголовно-процессуального кодекса РФ, в которых основная роль в защите граждан, в том числе на бесплатной для граждан основе, в досудебном и судебном уголовном процессе отводится адвокату.

Традиционно было принято считать, что роль адвокатуры в нашей стране сводилась лишь к обеспечению подозреваемому, обвиняемому или подсудимому права на защиту в суде, оказанию консультационной помощи и представительству в гражданском судопроизводстве. Так оно длительное время и было, и об этой обширной сфере деятельности адвокатуры ниже будет сказано достаточно подробно. Однако деятельность адвокатуры России за последние почти двадцать лет, с момента самопреобразования этого института в соответствии с веяниями нового времени (начало 1990-х гг.), значительно изменилась.

Фактически законодательство об адвокатуры и сама адвокатура в последние годы существовали как бы параллельно друг другу и почти не соприкасались. Действовавшее с 1980 г. Положение об адвокатуры РСФСР со вступлением страны в рыночные отношения и с началом новой истории России не только не было своевременно отменено парламентом, но и не претерпело никаких изменений (в том числе малозначительных) и формально считалось действующим. Хотя на практике многие адвокатские структуры давно уже жили по новым стандартам и требованиям самого времени.

Правовая природа любой адвокатуры вообще отражается в ее официальном статусе: это независимая, негосударственная, некоммерческая, добровольная организация квалифицированных юристов, созданная для оказания юридической помощи всем, кто в ней нуждается.

Адвокатура никогда не была закрытой для народа корпорацией. Она создана для людей и действует только в их интересах. И если само общество стало жить совершенно по другим принципам, законам, социальным и нравственным регламентациям, то и адвокатура волей-неволей должна была приспособиться к новым общественным требованиям.

А поэтому совершенно правильным будет отразить в настоящей главе нынешние задачи современной российской адвокатуры, формы и методы ее современной деятельности, а также проблемы и трудности в ее становлении в условиях серьезных социальных сдвигов в жизни общества, бесконтрольности и безответственности государственных органов всех уровней, усиливающегося бесправия российских граждан.

Говоря об адвокатуре, сначала следует разобраться в дефинициях, данных в законе об адвокатуре.

§1. Понятие адвокатуры

Начнем с вопроса: что же это за институт такой — современная российская адвокатура? Какова ее нынешняя правовая природа, на каких принципах она сегодня строится, действует?

В соответствии с ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре или Закон об адвокатской деятельности), который вступил в силу с 1 июля 2002 г., адвокатурой признается профессиональное сообщество адвокатов, являющееся институтом гражданского общества, не входящее в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Такая трактовка, принятая Законом, и будет являться официальным определением.

Однако в наше время существует множество научной, публицистической, художественной литературы, где также применяются понятия «адвокатура», «адвокат», «адвокатская деятельность». Не все они совпадают с определениями, данными в Законе. В связи с этим возникает необходимость остановиться на некоторых из них для более правильного и точного понимания официальной трактовки и применения ее в практической деятельности.

Так, согласно словарю, *«адвокатура в РФ — это добровольное объединение лиц, занимающихся адвокатской деятельностью»*¹⁷. Такое определе-

¹⁷ Энциклопедический юридический словарь / под общей ред. В.Е. Крутых. — М.: Инфра-М, 1999. — С. 12.

ние слишком сужено. В нем не учтены важнейшие особенности адвокатуры: то, что она является институтом гражданского общества, и то, что она не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Такое несоответствие объясняется тем, что этот словарь издавался в соответствии с ранее действовавшим Положением об адвокатуре РСФСР, в котором адвокатура не отделялась от государства, создавалась и контролировалась им.

Очень важную функцию в закреплении статуса любого органа, оформлении определения того или иного государственного или общественно-государственного института несут в себе устанавливаемые в законодательстве задачи той или иной структуры. Однако в нынешнем Законе об адвокатуре конкретно выделенной нормы, определяющей задачи именно адвокатуры, нет.

В соответствии же со ст. 1 ранее действовавшего (до принятия Закона об адвокатуре) Положения об адвокатуре РСФСР, утвержденного Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г., основной задачей адвокатуры являлось оказание юридической помощи гражданам и организациям. Как усматривалось из Положения, адвокатура, кроме того, должна была содействовать охране прав и законных интересов граждан и организаций, а также осуществлению правосудия, что, несомненно, налагало на адвокатуру в определенной степени государственные обязанности и в какой-то степени переплеталось с задачами правоохранительных органов.

Ранее, как и сейчас, в создании адвокатуры на добровольной профессиональной основе участвовали сами адвокаты, однако общественной организацией этот институт не признавался.

В то же время, несмотря на то, что деятельность адвокатуры, как считают некоторые, целиком и полностью была подчинена обслуживанию правоохранительной системы государства, сами адвокаты не считали себя «людьми государевыми», а относили свое объединение к структурам гражданского общества, не подчиненным никакой государственной власти. Хотя, как указано выше, об этом в прежнем законодательстве об адвокатуре и не упоминалось.

Известный российский юрист Л.Е. Владимиров, ссылаясь на средневековых юристов, считал адвокатов воинами права. *«Адвокат стоит на страже частных интересов. Есть жизнь государства, жизнь общества и жизнь личная — отдельного человека. Принято если не думать, то говорить, что последняя по своему значению есть будто бы второстепенное явление. Но этот ходячий взгляд не только не правилен, он даже лицемерен. Личная жизнь людей есть атом жизни и государственной, и общественной. Только полная ее обеспеченность от физических зол и человеческого произ-*

вола во всех его проявлениях дает твердую основу общежитию. Давнишняя традиция нашей интеллигенции предписывала всегда гнущаться произвола административного...»¹⁸.

В понимании Л.Е. Владимирова (а с ним никто и не спорит) общественные интересы адвоката проявляются не непосредственно в служении, например, в каком-либо общественном институте, не в юридической защите его, а опосредованно — в защите от произвола человека, его личной жизни, представляющей собой «атом» государства и общества.

Правда, с тех пор содержание и формы работы в российской адвокатуре претерпели некоторые изменения: адвокатура стала подлинной защитницей не только частных интересов отдельных лиц, но во многих случаях и представителем общества, защитником общественных интересов как таковых. В последнее время акценты в деятельности адвокатуры сместились в сторону защиты бизнеса и предпринимательства, частной собственности и частного права как наиболее лелеемых обществом сфер, направленных на получение благ для людей, и в то же время как наиболее уязвимых и беззащитных от произвола извне и преступных посягательств.

Через защиту этих сфер нынешние адвокаты, таким образом, опосредованно защищают частный интерес отдельного человека (собственника конкретного имущества, частного предприятия (акционера, участника, товарища), работника коммерческой структуры, неопределенный круг лиц, имеющих материальную или моральную пользу от деятельности той или иной коммерческой структуры).

§2. Адвокатура — институт гражданского общества

Адвокаты всегда причисляли себя к структурам гражданского общества (теперь это закреплено в Законе об адвокатуре), имея при этом в виду, что служение праву как гуманистическому явлению и гражданскому обществу является основными, образно выражаясь, стратегическими задачами адвокатуры.

Понятие «**гражданское общество**» для большинства российских людей не просто ново, но и совершенно неведомо.

Вообще же концепция гражданского общества прошла длительную эволюцию. Этот термин был введен в юридический лексикон еще Аристотелем, который, считая человека существом обществен-

¹⁸ Владимиров Л.Е. Пособие по уголовной защите. — СПб., 1911. — С. 3.

ным, видел в гражданском обществе сообщество свободных и равных граждан, связанных между собой определенной формой политического устройства.

В XVII в. английский философ и юрист Томас Гоббс ввел понятие «**естественное состояние людей**», что некоторые приравнивают к определению гражданского общества, вульгаризируя тем самым это определение. На самом деле Т. Гоббс подразумевал под «естественным состоянием» жизнь вне государственного устройства и вмешательства и предостерегал, что естественные права и свободы человека ведут к анархии, где каждый будет действовать на основе своей эгоистически понятой пользы, а это в конечном итоге может привести общество к гибели.

В своем знаменитом труде «Левиафан» (1651 г.) Гоббс указал способ, как не допустить такой перспективы: *«Не делай другому того, чего не желал бы, чтобы было сделано по отношению к тебе»*. Это «золотое правило справедливости» он предлагал реализовывать посредством издания гражданских законов и укрепления государственной власти, которое обяжет людей повиноваться им.

Сравнивая государство с мифическим морским чудовищем Левиафаном, защищающим людей от всяких бедствий, внутренних беспорядков и нападения извне, Гоббс предложил идею «**общественного договора**» между людьми, чтобы положить конец естественному состоянию «войны всех против всех»¹⁹.

К сожалению, со временем не мифический Левиафан, а реальное государство стало само представлять опасность и угрозу для людей, а «общественный договор» пришлось заключать уже для противостояния государству, его неумеренным аппетитам и посягательствам на естественные права своих граждан.

Там, где существует такой «общественный договор» в гражданском обществе и это общество достаточно зрело, государство работает на людей, служит ему. И, наоборот, при отсутствии или неразвитости гражданского общества государство злоупотребляет своим правом, притесняет народ, не уважает его права и интересы.

Особенно широкое распространение понятие «гражданское общество» получило после провозглашения Декларации прав человека и гражданина в период Французской буржуазной революции XVIII в. Возникшая первоначально как философская концепция, идея гражданского общества постепенно стала одной из центральных движущих мотивов полити-

¹⁹ См. на эту тему: Азаркин Н. «Благо народа — высший закон» // Юридический вестник. — 2001. — № 5.

ческой мысли, освободительных движений в странах Запада, а также всяких иных общественных начинаний в других цивилизованных странах.

В Соединенных Штатах Америки, например, формы реализации идеи гражданского общества нашли свое применение в умении граждан объединяться с целью консолидации собственных усилий для решения самых различных вопросов в тех сферах, где есть основания не особенно доверяться властям.

Как писал французский историк Алексис де Токвиль, *«Америка сумела извлечь из права создавать объединения максимальную пользу. Там это право и сами объединения были использованы как мощное и действенное средство при достижении самых разных целей... Американцы самых различных возрастов, положений и склонностей беспрестанно объединяются в разные союзы.*

Это не только объединения коммерческого или производственного характера, в которых они все без исключения участвуют, но и тысяча других разновидностей: религиозно-нравственные общества, объединения серьезные и пустяковые, общедоступные и замкнутые, многолюдные и насчитывающие всего несколько человек. Американцы объединяются в комитеты для того, чтобы организовывать празднества, основывать школы, строить гостиницы, столовые, церковные здания, распространять книги, посылать миссионеров на другой конец света.

Таким образом они возводят больницы, тюрьмы, школы. Идет ли, наконец, речь о том, чтобы пролить свет на истину, или о том, чтобы воспитывать чувства, опираясь на великие примеры, они объединяются в ассоциации. И всегда там, где во Франции во главе всякого нового начинания вы видите представителя правительства, а в Англии — представителя знати, будьте уверены, что в США вы увидите какой-нибудь комитет...»²⁰.

В дореволюционной России, а затем в Советском Союзе о гражданском обществе знали лишь небольшой круг правозащитников да профессора и их студенты из теоретических юридических дисциплин. К нашему обществу такой термин официально старались не применять в силу совершенно иной модели его построения и иных принципов взаимоотношения народа и власти.

В сознание русских людей, лишившихся за годы всевозможных революций, реформ, репрессий и иных издевательств со стороны власти такого важнейшего своего качества, как соборность, вместо идеи гражданского общества вбивались идеологические штампы вроде социалистического коллективизма, государственного долга и ответственности и т.д.

²⁰ Токвиль А. де. Демократия в Америке: Пер. с франц. — М.: Прогресс, 1992. — С. 155, 378.

В то же время не только историками, но и самим российским обществом высоко осознавалась и по достоинству оценивалась существовавшая вплоть до XX в. форма государственного руководства, основанная на принципах самоуправления. Если верховная власть в России сходилась в руках одного человека — монарха, то власть на местах строилась исключительно на принципах самоуправления, общинности (самоуправление крестьянских общин, самоуправление земств, городов и уездов, самоуправление дворянского и мещанского сословий).

Притом органы местного самоуправления обладали достаточно солидными возможностями и правами. Если же требовалось вмешательство центральной власти, на соответствующих сходах (например, крестьянском) избирались ходатаи по общественным делам, которые отправлялись в столицу или губернию и нередко добивались решения своих вопросов.

Органы самоуправления практически контролировали почти все сферы местной жизни, и притом осуществлялось такое самоуправление полностью на демократических основах. Выборный сотский, например, выполнял полицейские функции, на крестьянских сходах избирался волостной суд из четырех судей и т.д. Надо заметить, что земские самоуправления, избираемые тремя группами населения — крестьянами, землевладельцами и горожанами, в России охватывали около половины населения и по закону имели более широкую сферу деятельности, чем самоуправления в той же Франции, Англии и других государствах. Идея земского самоуправления, непосредственно связанная с идеей общинного самоуправления, была близка и понятна русскому человеку. Наряду с земским самоуправлением в России существовали также самоуправление казачьих земель, самоуправление университетов, самоуправление национальных территорий (Финляндия и Средняя Азия) и ряд других форм.

Конечно, приравнивать управленческую деятельность к общественной, ставить знак равенства между местным самоуправлением в России и гражданским обществом ни с методологической, ни с фактологической точек зрения будет неверно. Даже исторически понятие гражданского общества — это западное «изобретение». Однако если подходить к оценкам исторических явлений с точки зрения общественной полезности, то можно с уверенностью сказать, что **органы местного самоуправления России в содержании своей деятельности одновременно с управленческими функциями несли в себе все элементы гражданского общества.** Хотя этого никто тогда не осознавал.

Более того, бюрократические органы российской власти постоянно стремились «реформировать», а попросту — уничтожить этот институт. Объяснение этому кроется в том, что развитие демократических традиций в России и в Западной Европе шло совершенно разными путями, притом зачастую не в пользу России. В Европе уже к XIX в. такие понятия, как «свобода», «равенство», «права человека», не только существовали в политических лозунгах и декларациях, но и активно реализовывались в жизни, находили свое отражение в законах, в деятельности государства, общественных институтов.

Россия, к сожалению, была полностью изолирована от западного опыта общественного устройства. Наиболее же активный и в профессиональном плане подготовленный дворянский класс, как правило, получавший образование в России, но на лучших образцах европейской культурной мысли или за границей и в основной своей массе достаточно далекий от жизни собственного народа («*Узок круг декабристов, страшно далеки они от народа...*» — В.И. Ленин), не понимал роли и значения для России сформированных веками принципов народного общинного самоуправления на местах. Вместо совершенствования богатейших традиций такого опыта многие прогрессивные деятели прошлого стремились насадить в России индивидуалистические принципы западной демократии.

К началу XX в. в России уже шло бурное развитие капиталистических отношений. Общинность местного самоуправления, по мнению ведущего государственного чиновника того времени и реформатора П.А. Столыпина, сдерживало появление частной (а не общинной) собственности на землю. В 1906 г., стремясь заручиться поддержкой дворянства при решении своих политических соображений, Столыпин пошел на сговор с этим классом и поддержал реакционные для судеб России решения съезда дворян. «*Община — это то болото, в котором увязнет все, что могло бы выйти на простор, благодаря ей, нашему крестьянину чуждо понятие о праве собственности. Уничтожение общины было бы благотворным шагом для крестьянства*»²¹.

Большинством голосов на этом съезде дворянством были поддержаны идеи уничтожения общины, чем этот класс поставил себя выше национальных интересов России. Уже в октябре 1906 г. последовали царские указы, которыми были отменены все традиционные обычаи, касавшиеся власти «мира», сельского схода и т.д.

²¹ Гримм К.М. Выступление на съезде. См.: Труды первого съезда уполномоченных дворянских обществ 29 губерний. — СПб., 1910. — С. 54, 165.

В наше время высказывается очень много похвал в адрес П.А. Столыпина, хотя такая оценка его деятельности довольно завышена. Фактически в том виде, в каком декларировал Столыпин, его реформа в России не прошла²². В то же время из сознания русских людей была полностью вытравлена общинность как форма управления народом, и восстановить этот институт в России уже было невозможно. В последующем, при советской власти, созданием колхозов из российских граждан надолго оказались выбиты какие бы то ни были мысли об общинности и гражданственности.

Описанные исторические факты — прямое свидетельство антинародной сущности российской власти и ее элиты, которую всегда волновали лишь собственные интересы.

Хотя справедливости ради надо отметить, что история России богата личностями, которым всегда была небезразлична судьба собственной страны и народа. Все они старались делать свое дело в интересах общества, народного блага и против существующей власти, всегда противопоставлявшей себя большей части того населения, которым правила, но при этом обманывала и обкрадывала.

Веками, видя глубокое противоречие между реальной жизнью и идеологической линией власти, российский народ поэтому и воспитывался в духе неуважения к этой власти, издаваемым ею законам и установлениям, а также к ее судебнo-репрессивному аппарату, принуждавшему к исполнению этих законов и установлений.

Отсюда среди русских людей берет свое начало неверие в собственные силы, в возможности демократическими (соборными, общественными) методами добиваться своих малых и больших целей.

Интересным с этой точки зрения выглядит наблюдение известного русского демократа: *«Самое отсутствие точно установленных юридических понятий, неопределенность прав тем более не позволяли утвердиться в России идеям собственности, принять четкую форму. Русский народ жил только общинной жизнью, свои права и обязанности он понимает лишь по отношению к общине. Вне ее он не признает обязанностей и видит только насилие. Подчиняясь ему, он подчиняется лишь силе; вопиющая несправедливость одной части законов вызывала в нем презрение к другой.*

Полное неравенство перед судом убило в нем в самом зародыше уважение к законности. Русский, к какому бы классу он ни принадлежал, нарушает закон всюду, где он может сделать это безнаказанно: точно так же поступает правительство. Это тяжело и печально для настоящего времени... В России за государством видимым нет государства невидимого, которое

²² См.: Вопросы истории. — 1990. — № 6. — С. 64.

было бы апофеозом, преобразованием существующего порядка вещей, нет того недостижимого идеала, который никогда не совпадает с действительностью, хоть и всегда обещает стать ею»²³.

Характерно, что после 1991 г., когда, казалось бы, в стране произошли либеральные преобразования, описанная выше тенденция к конфронтации народа с властью и новыми законами, недоверие к проводимым реформам не только не ослабли, а, наоборот, усилились. И причины этого — опять же в самой власти, в самих законах, в которых, вопреки демократическим декларациям, нередко выражалась вся их антинародная сущность.

Во множестве публичных выступлений видных политических деятелей России под видом укрепления государственности стали сквозить плохо скрытые идеи «закручивания гаек». А в последнее время, в связи с внесенными в Государственную Думу РФ законопроектами по судебной реформе, вообще усилились тенденции к умалению роли судебных органов при решении некоторых процессуальных вопросов, касающихся конституционных прав граждан.

Кстати, в отличие от многих нынешних государственных чиновников, министр юстиции царской России И.Г. Щегловитов (1906–1915 гг.), выступая на заседании I Государственной Думы России 15 мая 1906 г., предлагал к принятию в Думе законы, защищающие неприкосновенность личности, *«предоставление оградения этого начала не прокурорскому надзору, а судам. Оградить закон должны суды. Это есть первое и необходимое условие, которым будет обеспечиваться правильное применение закона о неприкосновенности личности»²⁴.*

К сожалению, поднятый министром вопрос так и не сдвинулся в России с «мертвой точки» в течение почти 100 лет. И даже сегодня против этого выступали не только Генеральная прокуратура России, но и, в отличие от своих коллег царского времени, некоторые представители Минюста России, что довольно-таки странно и непонятно.

Российские же суды вместо того, чтобы занять четкую, независимую от власти позицию и стать на защиту гражданских прав и свобод, проявили гораздо большее беспокойство о собственном благополучии и сохранении за собой прежнего статуса «бесконтрольных и несменяемых».

Это было бы хоть в какой-то степени оправданным, если бы они при таких привилегиях не являлись полностью подчиненными власти, ее инструментом в подавлении народного недовольства и в ущемлении его прав.

²³ Герцен А.И. Собр. соч.: В 30 т. — М., 1956. — Т. 7. — С. 251.

²⁴ См.: Государственная Дума 1906–1917. Стенографические отчеты: В 4 т. — М.: Фонд «Правовая культура», 1995. — Т. 1. — С. 93.

§3. Право как гуманистическое явление и его защита

Во многом нарисованное выше положение объясняется крайне слабым юридическим сопровождением проводимой в государстве политики. Особенно это касается теоретических вопросов права и прав вообще, которые практически, как уже говорилось выше, не претерпели никаких изменений по сравнению с тем, как они трактовались в юридических учебниках и реальной правоохранительной практике прошлого. Как пишет академик С.С. Алексеев, «...новая трактовка права находится не в ладу со сложившимися и весьма устойчивыми стереотипами о праве, законе, законности, сориентированными на власть. И поэтому переход от понимания права как исключительно и всецело “силового” института, прочно укоренившегося за долгие века взаимоотношений человека с властью, к пониманию его как гуманистического явления, феномена свободы происходит с трудом»²⁵.

Однако есть основания надеяться, что со вступлением Закона об адвокатуре, а также нового УПК РФ в силу новая трактовка права станет более понимаемой и ориентированной не на власть, а на человека, обретет новое качество, которое позволит ему возвыситься над властью и тем самым решить проблему «обуздания» власти.

Только тогда можно будет найти надлежащую защиту в нашем государстве от разнузданности чиновников, действующих от имени государства, и только тогда смогут появиться у нас хотя бы зачатки действительно защищенного гражданского общества. Пока же говорить о защищенности общества от неправомερных акций правящего класса страны, государства и его чиновников еще рано. Посмотреть только, сколько на эту тему опубликовано различных материалов в российской прессе. Еще больше на эту тему материалов можно найти на различных интернет-сайтах.

Сами заголовки опубликованных работ уже говорят за себя. И таких материалов можно приводить десятками, сотнями, тысячами. Как в таких условиях работать адвокату, защищая невиновных или даже провинившихся в чем-то людей? Ответ один: нынешние задачи адвокатуры как института гражданского общества сводятся, несмотря ни на что, к выполнению своей нравственной спасающей правозащитной роли. Эта роль должна проявляться в том числе по объединению адвокатов, содействию адвокатской деятельности по защите прав, свобод и интересов обратившихся за юридической помощью граждан и организаций. Необходимо честно,

²⁵ Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 612.

добросовестно и главное исключительно профессионально обеспечивать представительство интересов людей с использованием всех указанных в законе средств и способов, помогать им в доступе к правосудию и самим по мере своих сил и возможностей добиваться от этого правосудия выполнения хотя бы тех законов, которые на сегодняшний день еще существуют и не дискредитированы самой властью.

Если же говорить об адвокатских объединениях (адвокатских палатах в субъектах Федерации) как основных структурных единицах адвокатуры, то их задачами являются обеспечение оказания юридической помощи, ее доступности для населения на всей территории субъекта Федерации, организация юридической помощи, оказываемой гражданам Российской Федерации бесплатно, представительство и защита интересов адвокатов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях, контроль за профессиональной подготовкой лиц, допускаемых к осуществлению адвокатской деятельности, и соблюдением адвокатами кодекса профессиональной этики адвоката.

Перечисленные задачи адвокатуры основаны на ст.ст. 1, 3, 29 Закона об адвокатуре.

§4. Принципы деятельности адвокатуры

Свои задачи перед гражданским обществом адвокатура реализует путем выполнения принципов своей деятельности, определенных в ч. 2 ст. 3 Закона об адвокатуре. К этим принципам относятся: принцип законности; принцип независимости; принцип самоуправления; принцип корпоративности; принцип равноправия адвокатов.

Более подробно об этом будет рассказано в последующих главах учебника, однако вкратце дать пояснения все же необходимо и в настоящей главе.

Принцип законности применительно к адвокатской деятельности выражен в ст. 4 Закона об адвокатуре, которая устанавливает, что законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре основывается на Конституции РФ и состоит из самого Закона об адвокатуре, других федеральных законов, принимаемых в соответствии с федеральными законами нормативных правовых актов Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти, регулирующих указанную деятельность, а также из принимаемых в пределах полномочий, установленных насто-

ящим Федеральным законом, законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации.

Принцип независимости характеризуется тем, что адвокатура не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Адвокат при осуществлении адвокатской деятельности не может быть связан никакими приказами, указаниями и иными формами воздействия на него со стороны органов адвокатского сообщества, адвокатского образования, другими внешними факторами и является самостоятельной фигурой в выборе форм и методов защиты или других видов юридической помощи, основываясь только на законе и воле своего доверителя, если она не противоречит закону.

Принцип самоуправления адвокатуры заключается в том, что адвокатура, в том числе адвокатские образования, не может быть создана, управляема или ликвидирована государственными или иными органами, организациями или лицами, не являющимися адвокатами. Всеми делами создания, деятельности адвокатуры ведают сами адвокаты непосредственно или путем избрания органов управления, которые действуют на основе принимаемых только адвокатами внутренних нормативных актов (уставов, положений, договоров и проч.).

Принцип корпоративности заключается в объединении и деятельности адвокатов через свою организацию (корпорацию адвокатов), которая устанавливает свои корпоративные правила поведения и другие нормы, решает вопросы ответственности адвокатов, регулирует другие вопросы адвокатской деятельности в соответствии с нормами права и пожеланиями адвокатов. Адвокаты, даже не действующие в составе коллегий или бюро, обязаны подчиняться корпоративным правилам. В свою очередь, корпорация стоит на страже прав и законных интересов своих членов, выступая их представителем в любых государственных или иных органах и организациях.

Принцип равноправия адвокатов заключается в отсутствии кастовости в адвокатуре, деления адвокатов на начальников и подчиненных, старших и младших по чину, работодателей и работников. При решении своих внутренних корпоративных задач каждый адвокат пользуется правом только «одного голоса», независимо ни от стажа его работы, ни от возраста, ни от количества зарабатываемых или вносимых им в «общую кассу» средств. К адвокатам не могут быть применены «правила внутреннего трудового распорядка», требования трудовой дисциплины и иные категории трудового права, так как их деятельность не носит характера работы по трудовому договору или иного характера, регулируемого трудовым законодательством.

§5. Правовые основы организации и деятельности адвокатуры

В качестве правовых основ организации и деятельности адвокатуры признаются международные акты, касающиеся адвокатов, и внутреннее российское законодательство, регламентирующее адвокатскую деятельность (Закон об адвокатуре, постановления Правительства РФ, другие нормативные акты).

Международные акты, касающиеся адвокатов **А. Основные положения Организации Объединенных Наций о роли адвокатов**

Если говорить вообще о государственных гарантиях деятельности адвоката, то необходимо было бы в Законе об адвокатуре посвятить этому целую норму и в обязательном порядке продублировать требования Основных положений о роли адвокатов по предупреждению преступлений, принятых VIII Конгрессом ООН в августе 1990 г. В частности, так же, как для адвокатов других развитых государств, где существуют правовые системы, и для российского адвоката имеют существенное значение такие гарантии правительства, предоставляемые адвокатам, как:

возможность исполнять все свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства; возможность свободно путешествовать и консультировать клиента в своей стране и за границей; невозможность наказания или угрозы такового и обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами; там, где безопасность адвокатов находится под угрозой в связи с исполнением профессиональных обязанностей, они должны быть адекватно защищены властями; адвокаты не должны идентифицироваться со своими клиентами и делами клиентов в связи с исполнением своих профессиональных обязанностей; суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката, имеющего допуск к практике, представлять интересы своего клиента, если этот адвокат не был дисквалифицирован в соответствии с национальным правом и практикой его применения; адвокат должен обладать уголовным и гра-

жданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе; обязанностью компетентных властей является обеспечение адвокату возможности своевременного ознакомления с информацией, документами и материалами дела, а в уголовном процессе — не позднее окончания расследования до судебного рассмотрения; правительства должны признавать и соблюдать конфиденциальность коммуникаций и консультаций между адвокатом и клиентом в рамках их отношений, связанных с выполнением адвокатом своих профессиональных обязанностей (ст.ст. 16–22 Основных положений).

Названные принципы призваны помогать государствам в развитии и конкретизации той роли, которую адвокат должен выполнять в обществе.

К сожалению, в принятом в России Законе об адвокатуре подобные гарантии серьезным образом «урезаны» и не соответствуют общепринятым международным положениям.

В соответствии с международными нормами независимость адвокатов при ведении дел лиц, лишенных свободы, также должна гарантироваться, с тем чтобы обеспечить оказание им свободной, справедливой и конфиденциальной юридической помощи, в том числе обеспечить право на посещение этих лиц.

Гарантии и меры предосторожности должны обеспечиваться так, чтобы не допускать любых возможностей предложений о тайном стоворе с властями, установке, полученной от властей, или зависимости от них адвоката, действующего в интересах лиц, лишенных свободы.

Юристам должно быть предоставлено такое оборудование и возможности, которые необходимы для эффективного выполнения ими профессиональных обязанностей, в том числе: обеспечение конфиденциальности отношений между адвокатом и клиентом, включая защиту обычной и электронной системы всего адвокатского делопроизводства и документов адвоката от изъятия и проверок, а также обеспечение защиты от вмешательства в используемые электронные средства связи и информационные системы; право свободно искать, истребовать, получать и, согласно профессиональным нормам, распространять информацию и идеи, относящиеся к их профессиональной деятельности (см. п.п. 12–14 международных «Стандартов независимости юридической профессии...»).

Существенное значение в реализации адвокатами своих профессиональных прав имеет не только право представлять законные интересы

своих клиентов, но и свобода высказываний при этом. Они должны также иметь право принимать участие в публичных дискуссиях по вопросам права, отправления правосудия, обеспечения и защиты прав человека.

Адвокаты должны иметь и право присоединяться или создавать местные, национальные и международные организации (общественные ассоциации), посещать их собрания без угрозы ограничения профессиональной деятельности по причине их законных действий или членства в разрешенной законом организации.

Адвокат, члены его семьи и их имущество находятся под защитой государства. Органы внутренних дел обязаны принимать необходимые меры по обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества.

Б. Рекомендации Совета Европы государствам-членам по вопросам адвокатуры

Серьезное внимание профессии адвоката и деятельности адвокатуры уделено и на уровне Европейского Союза. Совет Европейского Сообщества в последнее время также принял ряд Директив, позволяющих взглянуть на адвокатское сообщество как на организацию, полностью независимую от государства. К ним относятся в первую очередь **Рекомендации Комитета Министров Совета Европы «О свободе осуществления профессии адвоката»** (в России опубликованы в журнале ГРА «Адвокатские вести» в № 2 за 2001 г.).

В данном документе осуществление адвокатской деятельности рассматривается в тесной связи с культурным, социальным, политическим и историческим контекстом каждого общества. В любом демократическом обществе адвокаты призваны играть важнейшую роль в деле отправления правосудия, в предотвращении и разрешении споров, а также в защите прав человека и основных свобод. В последнее десятилетие практика права значительно эволюционировала, и практикующие юристы вынуждены подходить к своей деятельности с более коммерческих позиций. Однако при этом они всегда должны оставаться представителями независимой профессии.

В выводах многосторонней встречи, проводившейся Советом Европы (Будапешт, 9—11 декабря 1997 г.), указывалось, в частности, что адвокаты во всех странах обязаны **соблюдать определенные принципы**. В их числе — независимость, порядочность, конфиденциальность, пре-

дотвращение коллизий интересов, воздержание от всякой деятельности, несовместимой с независимым исполнением их миссии, гласность, защита интересов клиента и уважение к правосудию... В рамках указанных на этой встрече рекомендаций по повышению справедливости и эффективного правосудия и, в частности, по сокращению неоправданных задержек в ходе судебного разбирательства (в соответствии со ст. 6 Европейской Конвенции по правам человека) Европейский комитет по правовому сотрудничеству (CDCY) предложил Экспертному комитету по эффективности правосудия составить проект указанных выше Рекомендаций о свободе осуществления адвокатской деятельности, который и был принят Комитетом Министров Совета Европы.

Ниже приводятся эти принципы без раскрытия их полного содержания, хотя и с некоторыми краткими комментариями, наиболее необходимыми для первоначального этапа деятельности адвокатуры по новому закону, т.е. в «свободном плавании».

Принцип I. Общие принципы свободы осуществления адвокатской деятельности

Здесь, наряду с важнейшими положениями об обеспечении права на защиту, реального доступа к услугам независимой адвокатской профессии, имеется следующее указание: «Чтобы реально справляться со своей ролью в защите прав доверенных лиц, адвокаты должны быть в состоянии давать советы своим клиентам и представлять их в соответствии с законодательством соответствующих государств, а также с установившимися профессиональными нормами, не подвергаясь необоснованным ограничениям, влияниям, давлению, угрозам и вмешательству с чьей бы то ни было стороны» (принцип I.4). Кроме того, в этом принципе Рекомендаций упоминается о праве доступа адвокатов ко всем необходимым документам для надлежащего выполнения ими своей роли. Уточняется, что ни одно дело не может быть доступно для одной стороны и недоступно для другой (принцип равенства возможностей в ходе судебного разбирательства — принцип I.7).

Принцип II. Профессиональное юридическое образование, повышение квалификации и доступ к адвокатской профессии

В этой части Рекомендаций содержатся важные нормы, которые государства должны применять для обеспечения адвокатам надлежащей профессиональной подготовки и регламентации их доступа к профессиональной деятельности. Признается, что юридическое образование, повышение

квалификации и опыт являются основными факторами для обеспечения, сохранения и повышения уровня требуемых специальных знаний.

Принцип III. Роль и обязанности адвокатов

Рекомендации исходят из того, что любое лицо или группа лиц вправе потребовать помощи адвоката для защиты или отстаивания своих прав и интересов в рамках закона, а адвокату в этом случае надлежит сделать все от него зависящее, действуя честно и независимо. Разумеется, адвокаты не должны подвергаться дискриминации со стороны властей в зависимости от того, кто является их клиентом (или от характера дела их клиента).

Таким образом, в изложенном содержится напоминание о важности профессиональных и деонтологических (внутренних профессиональных правил, кодексов чести и проч.) норм, которые следует разрабатывать адвокатским коллегиям или другим профессиональным ассоциациям адвокатов для того, чтобы адвокаты защищали интересы своих клиентов абсолютно независимо, усердно и справедливо (принцип III. 1).

В принципе III.3.а указывается, что адвокаты обязаны давать советы своим клиентам относительно их прав и обязанностей, а также по поводу вероятного исхода дела, включая финансовые издержки. Часть финансовых издержек клиента на ведение адвокатом дела может составить гонорар адвоката. Именно поэтому адвокаты должны информировать своих клиентов о расходах в течение всего разбирательства.

Принцип III.3.д требует от адвоката не брать на себя больше работы, чем он в состоянии реально выполнить, поскольку он не сможет работать на желаемом оперативном уровне.

Адвокат должен проявлять должное уважение к магистратуре и содействовать нормальному и справедливому функционированию судебной системы (принцип III.4).

Принцип IV. Право всех граждан на консультацию с адвокатом

Существует тесная связь между свободой осуществления адвокатской деятельности и обязанностью адвокатов предоставлять свои услуги всем членам общества, отстаивать права человека — как гражданские и политические, так и экономические, социальные, культурные. Равный доступ богатых и бедных к закону необходим для обеспечения правового государства. Вот почему необходимо реально обеспечивать правовые услуги всем тем, чьи права находятся под угрозой, включая и тех, кто не в состо-

янии их оплатить. Это вытекает из того, что в правовом государстве каждый обвиняемый имеет право защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия. В то же время адвокаты, оказывающие экономически незащищенным лицам юридические услуги, полностью или частично оплачиваемые из государственных фондов, должны оставаться независимыми как представители независимой профессии (принцип IV. 5).

Принцип V. Ассоциации (организационное строение)

Принцип VI. Дисциплинарные меры

Итак, здесь перечислены наиболее важные международные документы, в которых детализированы основные положения и принципы деятельности адвокатуры правового государства. В основном дух и содержание многих перечисленных норм вошли в принятый в РФ Закон об адвокатуре. В частности, его концепция и указанная выше ст. 3 как раз и основаны на международных стандартах независимости адвокатуры. Однако в более детализированном виде эти нормы в Законе не упоминаются. Более того, ряд его положений можно смело отнести к несоответствующим международной практике регламентирования роли адвокатов и основных принципов деятельности адвокатуры. Поэтому при возникновении правовых коллизий по данному вопросу следует руководствоваться п. 4 ст. 15 Конституции РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

ГЛАВА 3

Возникновение и развитие адвокатуры в России

§1. Адвокатура в дореформенный период

Адвокатское сословие в России (как и сам институт адвокатуры) — явление достаточно молодое, ведущее свое начало с **Великой Судебной реформы 1864 г.** Правовая же практика государства до этой реформы обходилась, как ни странно, без адвокатуры, что свидетельствовало о достаточно низком уровне государственной и судебной культуры России по сравнению с другими европейскими государствами, где этот институт существовал с незапамятных времен и был достаточно хорошо развит.

Следует отметить, что даже в такое знаменательное, исторически переломное время, как «эпоха Петра» с его важными государственными реформами, отношение к роли и значению адвокатов (в те времена людей, оказывающих представительские услуги в судах или услуги по написанию жалоб, называли ходатаями, ябедниками) совершенно не претерпело никаких изменений в лучшую сторону.

Петр I, например, считал ходатаев товарищами воров и душегубцев. По мнению царя, адвокат своими пространными ходатайствами больше утруждает судью и запутывает дело, чем ведет его к скорейшему разрешению.

В указе императрицы Елизаветы 1752 г. деятельность ходатаев вообще была поставлена почти вне закона: *«...К крайнему неудовольствию нашему слышим разорение и притеснение наших подданных от ябедников».*

Екатерина II считала адвокатов главными виновниками революции в Париже и гибели французской монархии (очевидно, из-за руководства ею некоторыми видными адвокатами того времени — Дантоном, Робеспьером и др). По этой причине она категорически отрицала в России саму идею адвокатуры западного типа.

А император Николай I в беседе с князем Голицыным, отстаивавшим необходимость введения адвокатуры, с такой же уверенностью заявлял: «Нет, князь, пока я буду царствовать, России не нужны адвокаты. Поживем и без них!»

Мысли о необходимости адвокатуры признавались многими правителями России вредными и опасными, и российская власть не упускала случая искоренять ее, где бы она с нею ни встречалась. А поэтому в течение всего дореформенного периода нашей истории, как и в первые годы после Великой Октябрьской социалистической революции, правовые представители были аморфной группой без соответствующего профессионального обучения, организации и названия.

Адвокатской практикой занимались в основном государственные служащие невысокого ранга или находящиеся в отставке. Будучи сведущими в тонкостях бюрократических процедур и языка и занимая относительно скромное место в государственной машине, эти малые функционеры-адвокаты были вполне естественным, хотя и жалким заменителем настоящих адвокатов-профессионалов²⁶.

В то же время, несмотря на отсутствие в России адвокатуры «западного типа» (т.е. такой, какой она стала после реформы 1864 г.), судебное представительство и своеобразный «институт защиты» на Руси все же существовал, вопреки самым отрицательным к нему отношениям различных недоброжелателей из, как принято ныне говорить, «властных структур». Более того, **стряпчие и поручники** (судебные представители) были даже упомянуты в Судебниках и Уложениях времен царя Алексея Михайловича в качестве наемных поверенных.

Впоследствии Свод законов Российской Империи закрепил право за любым лицом, которое может быть истцом или ответчиком, производить тяжбу и иск через поверенного, определив, что поверенный действует в суде вместо доверителя и представляет его лицо²⁷.

Конечно, это была далеко не профессиональная защита. Ее архаичность и низкий уровень диктовались архаичностью самой тогдашней жизни, патриархальностью быта и нравов, консервативностью государственных институтов и самого феодального российского общества, отдаленно от европейской цивилизации ровно настолько, насколько российская судебная система была отдалена от передовых образцов судопроизводства некоторых своих соседей по континенту.

²⁶ См. на эту тему: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Буробина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 36–38; Гессен И.В. Адвокатура, общество и государство. — М.: Юристъ, 1997. — С. 11–28; Васьковский Е.В. Адвокатура // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за 20 лет. — Пг., 1914. — Ч. 2. — С. 251; Хаски Ю. Российская адвокатура и советское государство. Происхождение и развитие советской адвокатуры 1917–1939. — М., 1993. — С. 13.

²⁷ См.: Свод законов Российской Империи. — Издание 1857 г. — Т. X. — Ч. 2. — Ст. 184, 191.

Занятие стряпчеством (защитой, представительством в суде) в России стояло на самой низшей социальной ступени. Стряпчие в народе были не особенно почитаемы, одним словом, «крапивное семя», т.е. растет на всяком мусоре, не нуждается в хорошей почве и т.д. А почему такое отношение было, пойдем, когда обратимся к самому дореформенному суду.

Большое негодование у людей вызывал российский дореформенный суд. *«При одном воспоминании о нем, — писал в 1884 г. И. С. Аксаков, — волосы встают дыбом, мороз дерет по коже!.. Мы имеем право так говорить. Пишущий эти строки посвятил служебной деятельности в старом суде первые лучшие годы своей молодости... Он изведal вдоль и поперек все тогдашнее правосудие, в провинции и столице, в канцеляриях и в составе суда. Это было воистину мерзость запустения на месте святом. Со всем пылом юношеского негодования ринулся он, вместе со своими товарищами по воспитанию, в неравную борьбу с судейской неправдой, и точно так же, как иногда и теперь, встревоженный этим натиском, наш кривосуд поднимал дикий вопль: «вольнодумцы, бунтовщики, революционеры!»»²⁸.*

А теперь представим, что мог сделать в таком суде стряпчий (адвокат), чем он мог помочь своему клиенту? Пока «корень зла» сидел в судах да, кроме того, пока отношение властей к адвокатам проявлялось с явно негативными оттенками, было очевидно, что честному и благонадежному ходатаю в российских судах делать нечего. Пытаться помочь пробиться истине сквозь путы формализма было бы донкихотством. И задача стряпчего, формальное участие которого сводилось к рукоприкладству (составлению собственной рукой различных бумаг), могла заключаться только в стремлении запутать дело, затемнить его или в воздействии закулисными средствами на всемогущую канцелярию, конкретных судей, вплоть до подкупа. Только для этого к стряпчему и обращались, и только с такой точки зрения оценивались его способности и знания.

Вот как описывает деятельность дореформенной адвокатуры писатель-публицист Горбунов в своих «Очерках из Московского захолустья»: *«Если дело восходило до обер-полицеймейстера и обращалось в управу благочиния, то сейчас же переносилось обвиняемыми на консультацию к Иверским воротам, в институт иверских юристов, дельцов, изгнанных из московских палат, судов и приказов. В числе этих дельцов были всякие секретари — и губернские, и коллежские, и проворовавшиеся повытчики, и бывшие комиссары, и архивариус, потерявший в пьяном виде вверенное ему на хранение какое-то важное дело, и ведомые лжесвидетели,*

²⁸ История русской адвокатуры. — М.: Юристъ, 1997. — Т. 1. — С. 14.

ГЛАВА 3. Возникновение и развитие адвокатуры в России

и честные люди, но от пьянства лишившиеся образа и подобия Божьего. Собирались они в Охотном ряду, в трактире, прозванном ими Шумла. В этом трактире и ведалось ими и оберегалось всякое московских людей воровство, и поклепы, и волокита...».

Потому и отношение к адвокатам у властей было соответствующее. Вот строки из доклада Комиссии по составлению законов 1820 г.: «В России те, кои носят имя стряпчих, находятся в таком неуважении, какого большая часть из них действительно заслуживает, судя по примерам, как некоторые из них исполняли принятые на себя обязанности, о чем могут засвидетельствовать самые присутственные места. Кто может с благонадежностью верить им попечение о своих выгодах и положиться на них? Случалось, что они помогали той и другой стороне, затягивали и запутывали дела, и вместо того, чтобы мирить тяжущихся, по невежеству или с умыслом, раздражали их еще более и всегда почти бывали главнейшими виновниками ябед и несправедливых, неясных решений в низших инстанциях, которые потом столь трудно, а иногда и невозможно переделать в высшей инстанции».

А вот еще один документ, относящийся непосредственно к предреформенным событиям — «Замечания членов Государственного Совета и Министерства юстиции на проект положения о присяжных поверенных». В нем констатируется, что «в обществе и между правительственными лицами распространено убеждение, очень верное и вполне основательное, что одна из причин бедственного положения нашего судопроизводства заключается в том, что лица, имеющие хождение по делам, большей частью люди очень сомнительной нравственности, не имеющие по большей части никаких сведений, — ни юридических, ни практических»²⁹.

Однако, как бы ни обвиняла власть «крапивное семя» в неблагонадежности и безнравственности, причины, по которым в России стала возможной такая адвокатура, исходили во многом от самой власти. А оценки, данные адвокатам того времени властью, — это типичнейший прием подмены понятий и смешения причин со следствием, используемый и поныне в идеологической обработке сознания общества. Ясно же, что при той судебной системе, которая существовала в России, иного от адвокатов нечего было и ожидать. Как говорят в народе, «каков поп, таков и приход».

Такое положение в адвокатуре оставалось до самого конца дореформенного периода.

²⁹ См.: Дело о преобразовании судебной части // Свод законов Российской Империи. — Т. XI. Свод Замечаний. — С. 7, 10, 61.

§2. Судебная реформа XIX в. Создание адвокатуры нового типа

Законом Российской Империи от 14 мая 1832 г. деятельность судебных представителей (стряпчих) впервые была более или менее законодательно упорядочена, регламентирован порядок отбора и деятельности этого института. Но изменения коснулись не всей судебной системы, а только коммерческих судов, при которых создавался и работал институт судебных стряпчих.

Бурный рост промышленности, производства, развитие капиталистических отношений настоятельно диктовали необходимость серьезной защиты частной собственности, купеческого сословия, предпринимательства, появляющихся крупных и средних промышленных и торговых капиталов. И такая защита появилась еще задолго до судебной реформы 1864 г. в виде коммерческих судов и «адвокатов» нарождающегося нового класса российской буржуазии. Коммерческие суды дореформенной России стали уже тогда состязательными, сравнительно объективными государственными структурами, где судьи вынуждены были считаться с законом, правилами и обычаями делового оборота и принимать грамотные и обоснованные судебные решения. Стряпчие в этих судах отбирались по строжайшему принципу избирательности, с предъявлением аттестатов об образовании, послужных списков, свидетельств о званиях и т.д. Коммерческий суд мог зарегистрировать претендента в качестве судебного стряпчего, а мог и отказать в регистрации без указания причин. Кроме того, суд наделялся правом исключения лиц из числа судебных стряпчих с указанием причин.

Во всех же остальных судах России положение оставалось прежним. И в этих условиях адвокатура (судебные стряпчие, ходатаи по делам), будучи сама неизбежным порождением господствовавшей инквизиторской системы правосудия, в свою очередь оказывала могущественную роль и серьезное влияние на дальнейшую деморализацию правосудия, подводя общественное сознание к необходимости коренных перемен и реформирования правовых институтов государства.

И вот через тридцать с лишним лет после создания института стряпчих в коммерческих судах великие государственные умы подошли, наконец, к осознанию необходимости серьезных правовых реформ и в других сферах российского общества. Прежде всего это касалось всей судебной системы, понимания того, что без состязательного способа судопроиз-

водства невозможен дальнейший исторический процесс на пути к цивилизованным общественным отношениям. А состязательный способ судопроизводства, в свою очередь, невозможен в отсутствии правильно организованной адвокатуры.

Состоявшаяся в 1864 г. судебная реформа явилась выразителем прогрессивных либеральных правовых идей общества и стала началом европейского публичного права в России. Реформа решительно порвала с прошлым не только в строительстве судебной системы, но и в отношении к адвокатской профессии. Государственный Совет в течение пяти предшествующих лет рассмотрел тринадцать необходимых обществу и отличавшихся абсолютной новизной законопроектов (**Основных Положений судебной реформы**) по судопроизводству: восемь — по гражданскому, четыре — по уголовному и два — по судоустройству, включая и Положение о присяжных поверенных (так после реформы стали называться адвокаты). Кроме того, в это же время приступили к составлению проекта о нотариальной части, о несостоятельности лиц неторгового звания и о посреднических комиссиях.

Как писал А.Ф. Кони в своей книге: «Предназначение судебной реформы заключалось в стремлении нанести удар худшему из всех видов произвола, произволу судебному, прикрывавшемуся маской формальной справедливости»³⁰. В этой книге великий реформатор прошлого нарек себя и своих единомышленников и товарищей по великой идее преобразования «детьми реформ». «Отцами» же великих реформ, по его образному выражению, были выдающиеся юристы XIX в. Д.Н. Замятин, Н.И. Стояновский, С.И. Зарудный и Д.А. Ровинский.

30 сентября 1862 г. Основные Положения были опубликованы в печати (Дополнения к № 78 «Сенатских Ведомостей»). После этого по всей стране началось активное обсуждение предложенных властью законопроектов, рассмотрение в Государственном Совете поправок и внесенных замечаний, урегулирование разногласий и т.д. К ноябрю 1864 г. обсуждение реформы было закончено, и **20 ноября 1864 г.** Императором Александром II утверждены **Судебные Уставы**, направленные на места для исполнения со знаменитым манифестом. Эту дату принято считать и датой начала юридического бытия российской адвокатуры³¹.

Как и всякий закон, Судебные Уставы не сразу вводились в действие. Сначала предстояло выполнить временные и переходные правила. При этом к Положению о присяжных поверенных Государственный Со-

³⁰ См.: Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы. — СПб., 1914.

³¹ См.: Реформы Александра II. — М.: Юрид. лит., 1998. — С. 323–331.

вет возвращался еще не раз, подчеркивая особую важность данного документа, чтобы «все усилия этого Закона были направлены к тому, чтобы естественным образом водворить в публике полное доверие к новому сословию, а для этого необходимо оградить его и на первое время от всех элементов, несогласных с его достоинством и назначением».

Согласно Судебным Уставам, прием в присяжные поверенные должен был осуществляться Советом присяжных поверенных. Но поскольку в начальный момент работы новых судебных установлений Советов еще не было, Временными правилами предусматривалось образование в каждой губернии особых комитетов из председателей и товарищей председателей судебных палат с возложением на эти комитеты рассмотрения прошений о принятии в число присяжных поверенных и представлении об окончательном их утверждении министру юстиции, с правом обжалования действий министра в Сенате. 29 октября 1865 г. император утвердил **Положение о введении в действие Судебных Уставов от 20 ноября 1864 г.** Положение это состоит из 92 статей. Первоначальное образование сословия присяжных поверенных включено в гл. 5 и имело семь статей (ст.ст. 44—50, которые и получили название Временных правил).

В соответствии с Временными правилами губернский Комитет немедленно по открытии в округе судебной палаты обязан был пригласить посредством публикации в ведомостях всех желающих поступить в присяжные поверенные и отвечающих требованиям закона. Закон же (имелась в виду ст. 354 Учреждения судебных установлений) предписывал, что *«присяжными поверенными могут быть лица, имеющие аттестаты университетов или других высших учебных заведений об окончании курса юридических наук или о выдержании экзамена в сих науках, если они сверх того прослужили не менее пяти лет по судебному ведомству в таких должностях, при исправлении которых могли приобрести практические сведения в производстве судебных дел, или также не менее пяти лет состояли кандидатами на должностях по судебному ведомству, или же занимались судебной практикой под руководством присяжных поверенных в качестве их помощников».*

После набора Комитетом определенного числа адвокатов, которые были утверждены министром юстиции, предполагалось проведение собрания и создание Совета присяжных поверенных. В соответствии со ст. 358 Учреждения судебных установлений присяжные поверенные округа судебной палаты, если их не менее двадцати, входили в палату с просьбой о разрешении избрать Совет. Палата назначала одного из своих членов для председательствования в общем собрании присяжных поверенных при выборе членов Совета. А уже после избрания Совета желающий

поступить в число присяжных поверенных подавал прошение об этом в сам Совет. При этом в прошении в соответствии со ст. 379 вышеназванного Учреждения судебных установлений должно было указываться, в каком именно городе избирает он себе место жительства, а также что для поступления его в звание присяжного «нет ни одного из препятствий, предусмотренных ст. 355 сего Учреждения с тем, что ежели впоследствии откроется противное, то он подлежит не только исключению из числа присяжных поверенных, но и преданию суду». К прошению предусматривалось приложение необходимых документов.

Сразу же после опубликования в 1862 г. Основных положений судебной реформы в среде молодых людей, занимающихся или предполагающих заняться судебными делами, начались активные приготовления. При этом подготовка осуществлялась и к деятельности судебной, и к прокурорской, и к адвокатской. Конечно же, наиболее привлекательной казалась деятельность в роли адвоката, ибо с ней у прогрессивно (либерально) настроенной части населения ассоциировалось окончание бесправного российского «кривосудия», феодального беспредела и произвола чиновников.

Создавались кружки, проводились собрания, обсуждения злободневных вопросов. Особенно активно шло обсуждение судебной реформы на страницах печати. Очень приветствовалась идея создания нового судебного института присяжных поверенных. Даже такой ярый приверженец монархического строя, как обер-прокурор Святейшего Синода и член Государственного Совета, учитель и наставник двух императоров — Александра III и Николая II К.П. Победоносцев на первых порах подготовки к реформам отмечал, что «без правильно организованной адвокатуры правосудие существовать не сможет». (Как изменятся взгляды этого человека потом, будет сказано ниже.)

Известный адвокат-реформатор К.К. Арсеньев в своих «Заметках о русской адвокатуре» (СПб., 1875 г.), а затем и в воспоминаниях достаточно образно и полно поведал, как в то бурное время с восторгом воспринималась народом идея создания адвокатуры и как серьезно адвокаты готовились к своей благородной роли³².

Объективность названного автора-очевидца подкрепляется не только высокими нравственными качествами этого человека, его выдающимися организаторскими и литературными способностями, но и воспоминаниями другого корифея права и адвокатуры тех лет — **В.Д. Спасовича**³³.

³² См., например: Право. — 1902. — № 2.

³³ См.: История русской адвокатуры. — М.: Юристъ, 1997. — С. 114–115.

Итак, законодательная база для образования адвокатуры была создана. Кто же были первые адвокаты России, прокладывавшие многотрудную и каменистую дорогу на ниве защиты русского человека от темноты феодального беззакония?

Начнем со столицы, где открылись первые в стране пореформенные судебные палаты и был создан первый Совет присяжных поверенных.

Первое прошение в Санкт-Петербургский Комитет о присяжных поверенных поступило от присяжного стряпчего Санкт-Петербургского коммерческого суда надворного советника Ф. Андреева. Затем — от статского советника Д. Стасова, а третьим был уже упоминавшийся выше В. Спасович. Всего в Комитет поступило 68 прошений, из которых двенадцати лицам по различным причинам было отказано в приеме. Всех остальных министр юстиции безоговорочно утвердил в должностях и после этого свои полномочия, касающиеся формирования столичной адвокатуры, признал исчерпанными, о чем уведомил председателя Санкт-Петербургского Комитета.

После введения в действие Судебных Уставов (17 апреля 1866 г.) в Санкт-Петербурге утвержденные присяжные поверенные 2 мая 1866 г. под председательством члена Судебной Палаты А.Н. Маркевича провели свое первое собрание, на котором избрали председателем Совета Д.В. Стасова, товарищем председателя В.Э. Краузольда и членами Совета К.К. Арсеньева, В.П. Гаевского, Г.Г. Принца, В.В. Самарского-Быховца, А.Н. Турчанинова³⁴.

В Москве приписанных к округу московской Судебной Палаты оказался 21 присяжный поверенный. 16 сентября того же года под председательством члена Судебной Палаты П.Г. Извольского состоялось первое общее собрание московской адвокатуры, и на нем был избран Совет в количестве пяти человек: председателем — М.И. Доброхотов, товарищем председателя — Я.И. Любимцев, членами — К.А. Рихтер, Б.У. Бениславский, А.А. Имберх.

Таким образом, процесс формирования совершенно нового, независимого правозащитного института присяжных поверенных к 1866—1867 гг. был полностью завершен и начал активную деятельность в таких же новых судах Российской Империи. Надо отметить, что первый состав адвокатуры, сформированный очень скрупулезно, профессионально и грамотно, в дальнейшем обеспечил прекрасную преемственность, высочайшую подготовку новых кадров, а главное — честность и принципиальность в отстаивании интересов своих клиентов при осуществлении судопроизводства; наработал богатейшую практику защиты.

³⁴ См.: Арсеньев К.К. Заметки о русской адвокатуре. — СПб., 1875. — С. 64.

Постепенно в российской адвокатуре сложились великолепные традиции корпоративной чести, высокой культуры, независимости, смелости, мужества, которые адвокатское сословие никому не позволяло нарушать и свято оберегало от «засорения». Судебная реформа Александра II породила целое созвездие блистательных адвокатов. История знает и помнит имена многих корифеев адвокатуры, на примерах жизни и творчества которых учились целые поколения юристов: Урусов, Плевако, Карабчевский, Александров, Андреевский, Спасович, Лохвицкий, Алексеев, Арсеньев, Гейнце, Дурново, Маклаков, Жуковский, Герард, Доброхотов, Потехин, Пржевальский (В.М.), Языков, Сахаров и многие другие³⁵.

Создание российской адвокатуры, таким образом, уже само по себе явилось громадным переворотом в общественной жизни страны, в правосознании людей, в отношении власти к закону и человеку. О высочайшем профессионализме российской пореформенной адвокатуры, ее полной независимости ни от суда, ни от прокурора, ни даже от самого императора говорит, например, одно из проведенных дел тех лет. Адвокатом П.А. Александровым обеспечена поистине классическая защита В.И. Засулич, обвиненной в политическом преступлении — покушении на убийство с тяжелым ранением санкт-петербургского градоначальника генерала Ф.Ф. Трепова. После этой защиты по вердикту присяжных подсудимая была полностью оправдана судом. Председательствовал на этом историческом судебном процессе величайший юрист-реформатор русского правосудия А.Ф. Кони (1878 г.)³⁶. И таких примеров, к чести и адвокатуры и суда присяжных, можно было бы привести немало.

Однако многие процессы для адвокатов заканчивались не так успешно, как процесс над Верой Засулич. Например, показателен процесс над крестьянами деревень Русская и Мордовская Борковка в Самарской губернии. Крестьяне, посчитав землю своей, самовольно распахали владения графа А.В. Орлова-Давыдова, а затем оказали сопротивление полиции и были усмирены лишь дополнительными силами во главе с губернатором. Адвокаты А.А. Демьянов и Н.П. Карабчевский публично подвергли резкому осуждению порку крестьян по приказу губернатора: *«Есть, господа судьи, вещи, о которых говорить хладнокровно нельзя. Эта ненужная и позорная расправа не может не вызвать негодования и отвращения у каждого... Вам надлежит это оттенить своим приговором!»* Кро-

³⁵ См., например: Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. — Тула: Автограф, 1997. — С. 811–814.

³⁶ См.: Ларин А.М. Председательствующий в суде по делу В.И. Засулич: Вступительная статья // Кони А.Ф. Избранные труды и речи. — Тула: Автограф, 2000. — С. 24–33.

ме клеймящей власть судебной речи, Карабчевский, являясь представителем на суде графа Орлова-Давыдова, позволил себе также отказаться от порученного ему доверителем поддержания иска к крестьянам, предложив суду оставить его без рассмотрения³⁷.

После этого процесса прокурор возбудил против Карабчевского и Демьянова дисциплинарное дело перед Советом присяжных поверенных по обвинению в «неправильных действиях» на процессе, а именно в том, что они объявили преступными действия не крестьян, а властей. Совет присяжных признал действия своих адвокатов правильными. Однако суд встал на сторону властей и приговорил всех подсудимых к аресту до двух недель³⁸.

Конечно же, российская власть терпела адвокатуру как данность, но не жаловала и не любила ее. Адвокатура никогда и ни в чем не встречала поддержки у властных структур. Те ходатайства, которые возбуждали перед властью советы присяжных поверенных, систематически оставались без удовлетворения, против наиболее принципиальных и активных адвокатов затевались различные разбирательства, на адвокатов и даже на целые советы осуществлялось неприкрытое давление в прессе юристами, философами и публицистами реакционного толка (например, Чичерин, Катков, а затем и Победоносцев и др.), нередко искажалась роль адвокатуры в жизни общества и ее по старинке продолжали считать деструктивной.

Помимо общих неблагоприятных условий, от которых, как выражался Спасович, адвокатура страдала как часть целого, она подвергалась еще специальным давлениям, действовавшим различным образом и свидетельствовавшим о несоответствии новых судебных уставов не только государственному строю, но и общему низкому культурному уровню в массе своей безграмотного населения страны. Большим недостатком пореформенного установления нового порядка было и то, что в глубинке России продолжали существовать старые обычаи и традиции и даже прежняя авторитарная тенденция в судопроизводстве, которое, казалось бы, полностью должно было перейти на либеральный путь развития. Хотя сословные суды и были ликвидированы, однако принцип сословности еще долго применялся в судопроизводстве многих губерний.

Судебные реформы 60-х гг. XIX столетия, конечно, способствовали увеличению количества адвокатов в стране. Однако их все равно не хватало для удовлетворения нужд населения. В 1897 г. на одного адвоката приходилось почти 30 тыс. человек. К 1910 г. соотношение хотя и изменилось

³⁷ См. Карабчевский Н.П. Речи (1882—1902). — 2-е изд. — СПб., 1902. — С. 452—463.

³⁸ См. Троицкий Н.А. Адвокатура в России и политические процессы 1866—1904 гг. — Тула: Автограф, 2000. — С. 326, 327.

(один адвокат на каждые 18 тыс. чел), однако это было очень далеко от более развитых стран Европы. Например, в Англии один адвокат в то время приходился на 684 человека. Прогрессивная судебная система была бельмом на глазу у большинства консервативно настроенного чиновничества³⁹.

§3. Контрреформы.

Попытки уничтожения независимости русской адвокатуры

Не успев как следует заработать, многие начатые реформы вскоре начали постепенно «затухать», а государственные чиновники — откровенно подумывать о проведении контрреформ. Первой нападки на свою независимость ощутила адвокатура. В 1876 г. Министерство юстиции (министр граф Пален) внесло проект уничтожения независимости адвокатуры. Правда, этот проект тогда не удался. В 1890 и 1904 гг. было предпринято еще два подобных шага и, к счастью, тоже безрезультатно. И все же после смерти Александра II 1 марта 1881 г. пользующийся огромным влиянием на нового царя Александра III, а затем и на Николая II, выдающийся ученый своего времени, прокурор и профессор К.П. Победоносцев, один из организаторов реформ в период правления Александра II, сумел за короткое время круто повернуть политику самодержавия на путь открытой реакции.

Именно ему принадлежит идея подготовки контрреформ судебной системы. Сначала ему всячески препятствовал в этом министр юстиции Д.Н. Набоков, а когда Победоносцев добился от царя его смещения, то уже ничто не мешало реализации задуманного. Начались повальные политические судебные процессы с вынесением смертных приговоров, получили распространение политические казни. Особенно резко оберпрокурор ополчился на идею принятия конституции: *«В России хотят ввести Конституцию... А что такое Конституция? Ответ нам на этот вопрос дает Западная Европа. Конституция, там существующая, есть орудие всякой неправды, источник всякой интриги»*⁴⁰.

В этой же работе он подверг резкой критике реформы Александра II, сетуя на то, что *«...в России открылись новые судебные учреждения, новые говорильни, говорильни для адвокатов... В такое ужасное время надо думать не об учреждении новой говорильни, в которой бы произносились новые растлевающие речи... Нужно действовать»*. Особенно пришлась по душе

³⁹ См.: Гернет М.Н. История русской адвокатуры. — Т. 2. — М., 1914–1916. — С. 49.

⁴⁰ Победоносцев К.П. Московский сборник. — М., 1896. — С. 47; Победоносцев К.П. Сочинения. — СПб.: Наука, 1996. — С. 284, 298, 317.

§4. Ликвидация русской адвокатуры присяжных поверенных

российскому чиновничеству теория Победоносцева о сущности законов и законности, которая сводилась к тому, что *«законы становятся сестрой не только для граждан, но, всего важнее, для самих властей, множественством ограничительных и противоречивых предписаний, сковывающих ту свободу рассуждений и решений, которая необходима для разумного действия власти»*⁴¹.

В 1885 г. Победоносцев подал на имя императора записку о реформе судебного строя. Он предлагал поставить всю судебную систему в зависимость от административного аппарата, рекомендовал отменить несменяемость судей, пресечь публичность всех судебных заседаний, принять решительные меры к обузданию и ограничению деятельности адвокатуры, ликвидации суда присяжных. И это при том, что он сам же, как уже указывалось выше, участвовал в разработке основных положений судебной реформы 1864 г.⁴²

Только благодаря мужеству бывшего ученика профессора Победоносцева — в то время уже обер-прокурора уголовного кассационного департамента Сената А.Ф. Кони, пользовавшегося непререкаемым авторитетом и влиянием в Сенате, ретивые порывы учителя царей и двух поколений российских юристов умело сдерживались и не получали открытой поддержки. Хотя, конечно же, при особом желании император мог реализовать любые реакционные рекомендации своего фаворита и без Сената, и без других органов государственной власти⁴³. Но как бы там ни было, все-таки адвокатура, как и суд присяжных, сумели просуществовать в своем почти первоначальном виде вплоть до самой революции 1917 г. Какие бы мощные авторитеты ни стояли за попытками их уничтожения, объективно это выглядело бы как регресс, а он не имеет исторической перспективы.

§4. Ликвидация русской адвокатуры присяжных поверенных

22 ноября 1917 г. знаменитым Декретом Совнаркома № 1 «О суде» большевистская власть упразднила адвокатуру, прокуратуру, органы уголовных расследований и всю судебную систему России. За этим упразднением последовали отказ от принципа преемственности, от хорошо отлаженной системы процессуального, уголовного, гражданского законодательства,

⁴¹ Там же. — С. 96.

⁴² См.: Письма Победоносцева к Александру III. — М.-П., 1923. — Т. 1. — Ст. VI.

⁴³ См.: Смолярчук В.И. А.Ф. Кони и его окружение. — М.: Юрид. лит., 1990. — С. 249, 250, 256.

от сложившейся системы судоустройства, от принципа равноправия сторон в процессе и состязательности судебного процесса.

Самое драматическое заключалось в том, что была не просто упразднена, а полностью разрушена ничем не мешавшая революции российская адвокатура, по крупицам создававшаяся десятилетиями усилиями сотен выдающихся юристов. Было подорвано уважение народа к адвокатской профессии, полностью уничтожен ее положительный имидж. Более того, оказалась выброшенной на свалку истории и проделанная по инициативе Московского и Петроградского Советов присяжных поверенных работа по изданию 4-томной «Истории русской адвокатуры». В 1917 г. была полностью свернута работа А.Ф. Кони над 4-м томом, в котором предполагалось изложить биографии российских адвокатов. Не удалось осуществить и предпринятую попытку московских адвокатов Н.В. Тесленко, М.Н. Мандельштама и других по изданию в 1918 г. многотомника «Русская адвокатура в биографиях» с портретами и текстами защитительных речей. (ГАРФ. Ф. 827. Д. 5 (программа многотомника для адвоката Н.П. Карабчевского)). Таким образом, присяжная адвокатура России была надолго предана забвению. Правда, **уже 7 марта 1918 г. Декретом № 2** предписывалось при местных Советах создавать единые организованные коллегии защитников в рамках финансируемых государством коллегий правозаступников (хотя это были уже совершенно не те адвокаты старой эпохи).

В ноябре 1918 г. ВЦИК принял Положение о народном суде, которым вновь отменялись существовавшие законы о судах и не успевшей родиться новой революционной адвокатуре. Этим Положением коллегии правозаступников были заменены на коллегии обвинителей, защитников и представителей сторон в гражданском процессе. Члены новых коллегий становились государственными служащими на окладе, назначаемыми местными Советами. Клиенты по-прежнему должны были платить за услуги, но не самим защитникам и представителям, а на счет Комиссариата юстиции. При этом для исключения личных контактов между адвокатом и клиентом закон запрещал гражданам обращаться за юридической помощью непосредственно к адвокату. Более того, адвокат допускался к делу, если руководство коллегии признавало иск правомерным, а защиту по иску необходимой. Следствием создания такой адвокатуры стало стремительное сокращение численности адвокатов. В Москве, например, был установлен предел в 200 человек. Фактически же в новую коллегию обвинителей и защитников было назначено только 60 человек⁴⁴.

⁴⁴ См. об этом подробнее: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Буробина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 48–49.

Указанный порядок существовал до лета 1920 г., а 26 мая 1922 г. было принято новое **Положение о коллегиях защитников**, которые создавались при губернских судах. Эти коллегии наделялись определенной автономией, труд адвоката оплачивался уже по соглашению сторон. Для руководства коллегии избирался президиум, а надзор за деятельностью коллегий возлагался на советы, прокуроров и суды губернского уровня.

В последующее время также происходили различные изменения в статусе и положении адвокатов, которые практически ничего им не добавляли по сравнению с тем, чем они обладали до революции.

Подобное отношение к адвокатуры и адвокатам объяснялось прежде всего личной неприязнью к этой категории независимых людей со стороны политических вождей советского государства. Независимость, свободолюбие, интеллигентность, высокая духовная культура адвокатов вызывали у рабоче-крестьянской власти неприязнь и даже злобу. В адвокатах «старой волны», несомненно, усматривали «пережиток буржуазного прошлого», с которым надо бороться, «который надо выжигать, как гидру».

Ставшие властью революционно настроенные солдаты и матросы, получившие бразды правления рабочие и крестьяне увидели в адвокатуры если не классового врага, то уж совершенно ненужный для революции хлам. Об этом свидетельствуют многочисленные мнения делегатов IV Всероссийского съезда деятелей советской юстиции: *«Адвокатура по существу своему — это лавочка...»*⁴⁵.

К этому же ряду неблагоприятных суждений об адвокатуры относятся и известные слова вождя мирового пролетариата В.И. Ленина: *«Адвоката надо брать ежовыми рукавицами, ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто наскудничает...»*⁴⁶. Правда, сказано это было еще до роспуска Советом народных комиссаров адвокатуры, совсем в другое время и совершенно по другому поводу. Но ведь надо учесть, что ленинские слова для всех поколений большевиков-коммунистов всегда являлись беспорным заветом «правильного» поведения без учета места, времени и обстоятельств, при которых такие «заветы» рождались. В некоторых кабинетах сотрудников правоохранительных органов даже ныне, в начале XXI в., вывешены плакаты с этими «наказами вождя».

Действуя именно по этому наказу, в 1929 г. А.Я. Вышинский заклеил адвокатуры как «самое яркое контрреволюционное сословие»⁴⁷.

⁴⁵ См.: Материалы НКЮ. — М., 1922. — Вып. 16–17. — С. 130, 132.

⁴⁶ Ленин В.И. Полн. собр. соч. — Т. 9. — С. 171.

⁴⁷ Вышинский А.Я. // Энциклопедия государства и права. — М., 1929. — Т. 1. — С. 40.

А советский ученый-правовед Е.А. Скрипилев уже в наше время и накануне новых революционных реформ в деятельности русской адвокатуры увидел в ней «антидемократическую» и «контрреволюционную» природу, поставив ее в этом смысле рядом с Временным правительством и... Ставкой Главного командования⁴⁸.

Высказанные выше оценки, конечно же, могут быть объяснены тем, что и Ленину, и другим революционерам, соприкасавшимся в ходе судебных процессов с некоторыми не лучшими представителями дореволюционной адвокатуры, были глубоко антипатичны такие качества адвокатов, как нравственная нечистоплотность, культ рубля, демагогия, крючкотворство. Подобных представителей адвокатуры хватало в любые времена и в любой стране мира. Если бы их не было, не нужно было бы принимать нормы адвокатской этики, контролировать адвокатов, привлекать их к ответственности и прочее.

К сожалению, в послереволюционное время частное негативное отношение к адвокатам распространилось в целом на отношение к адвокатуре как институту общества и длилось в течение всего периода советской власти.

В зависимости от остроты политической ситуации адвокаты подвергались не только идейным нападкам (как «контрреволюционное отродье»). Как и многих из российской интеллигенции, их репрессировали, унижали зависимостью от прокурора, партийной и административной власти, всячески заглушали голос адвоката в защиту прав человека и гражданина. И все же, несмотря на все это, в самой адвокатуре старались сохранять внутренние традиции независимости, корпоративности, самоуправления. А поэтому так или иначе, с большими трудностями, в условиях жесточайшей партийной и государственной дисциплины, в более или менее приемлемых для своего времени организационно-правовых формах адвокатура все же была в определенной мере восстановлена и старалась действовать во благо конкретного человека, защищая его права в уголовных и гражданских процессах.

Правда, такая ее деятельность напоминала больше театр, видимость защиты, своего рода рекламу соблюдения прав. Вот, например, как осуществлялась защита в военном трибунале сержанта Р. из отдельной десантно-штурмовой бригады в г. Коттбусе (Группа советских войск в Германии (ГСВГ), 1982 г.). Р. обвинялся в умышленном убийстве своего сослуживца путем нанесения ему одного удара в грудь (ст. 103 УК РСФСР, срок нака-

⁴⁸ См.: Скрипилев Е.А. Российская присяжная адвокатура после Февральской буржуазно-демократической революции // Труды Иркутского университета. — 1971. — Т. 45. — С. 44.

зания до десяти лет лишения свободы). Это обвинение основывалось на том, что, по заключению судебно-медицинского эксперта, смерть наступила от асфиксии, которая могла возникнуть от сильного удара обвиняемого в так называемое «солнечное сплетение» потерпевшего.

В ходе предварительного следствия и в суде интересы обвиняемого защищала адвокат К., формально состоявшая в специализированной коллегии адвокатов, однако находящаяся в кадрах и получающая заработную плату (а не гонорар) в военном трибунале ГСВГ. Надо сказать, что следствие по данному делу было проведено из ряда вон плохо, а обвинительное заключение прокурор утвердил «на веру», даже не читая дело. Но ни некатегоричность выводов эксперта, ни сомнительность обвинения, ни многочисленные другие нарушения процессуального закона, допущенные в ходе предварительного следствия, не насторожили адвоката, от которого никаких ходатайств, возражений, жалоб за два месяца следствия не поступило. А учитывая то, что и прокуратура, и трибунал, и эксперт, и адвокат состояли все в одном трудовом коллективе, возглавляемом первичной партийной организацией, можно лишь предположить, какая мера наказания ждала бывшего сержанта-десантника.

Однако на счастье подсудимого его дело попало на рассмотрение выпускнику юридического факультета лейтенанту юстиции Алексею Сергунину, только что прибывшему в Германию и назначенному на судебную должность. Его дотошность, щепетильность, человеческая честность и профессиональный подход к изучению и дальнейшему рассмотрению дела («как учили») привели к тому, что он не удовлетворился материалами уголовного дела и назначил повторную судебно-медицинскую экспертизу. Эта экспертиза была проведена в ходе слушаний по делу.

Не вдаваясь в подробности и нюансы, следует лишь отметить, что по заключению комиссионной экспертизы, сделанной вызванными из Москвы экспертами Центральной судебно-медицинской лаборатории Минобороны СССР, был получен вывод, что удар не имеет никакого отношения к смерти потерпевшего. Смерть потерпевшего наступила бы и без оказавшегося не очень сильным удара сержанта Р. Причиной смерти явилась не асфиксия, а сердечная недостаточность, вызванная неудачным приземлением погибшего при совершении парашютного прыжка и сильным ударом головой и спиной о землю. Потерпевший, как показывали все, кто совершал в этот момент прыжки, после приземления десять минут пролежал на земле. Затем по приказу подошедшего сержанта Р. он встал, нецензурно оскорбив последнего за то, что тот не понимает, как он сильно ударился, что и вызвало ответную реакцию сержанта в

виде удара. И упал после этого удара потерпевший не на землю, а на помогавшего ему собирать парашют товарища.

Но даже и при таких вскрывшихся в суде обстоятельствах адвокат не осмелилась сделать заявление суду о прекращении дела в отношении ее подзащитного за отсутствием состава преступления. Такие «выпады» против официального следствия в то время не поощрялись. Заявление пришлось делать помощнику прокурора армии — государственному обвинителю, отказавшемуся от обвинения Р. в убийстве. Роль же адвоката в этом, как и во многих-многих других процессах, сводилась, как правило, лишь к изображению присутствия защиты (пример взят из архивов государственного обвинителя по данному делу В.И. Сергеева).

Подобных примеров можно привести много. Правда, при этом следует заметить, что хотя коллегии адвокатов и юридические консультации состояли в подчинении местных Советов, находились на партийном учете в партийных организациях и под «неусыпным оком» райкомов и обкомов партии, многие работавшие в них адвокаты были беспартийными.

Большая часть адвокатов имели уже наработанный авторитет в должностях прокуроров, судей, работников аппаратов юстиции, отделов административных органов обкомов (высокопоставленные чиновники после ухода на пенсию шли в адвокаты). Все это в условиях взаимоподдержки и круговой поруки, которые существовали в виде неписаных законов в среде чиновничества, обеспечивало адвокатуру, особенно начиная с середины 1950-х гг., относительное спокойствие, некоторую самостоятельность и даже определенное независимое положение, способность спорить с прокурором, административными властями, начальниками, не боясь репрессий.

Более того, некоторые адвокаты, пользуясь огромным личным влиянием, большими связями среди чиновничества, прокуроров, судей, работников партийных органов, добивались оправдательных приговоров для своих подзащитных или прекращения уголовных дел на стадии предварительного следствия.

Наряду с вышеназванными коллегиями адвокатов в губерниях (а затем в областях) и в столичных городах, создавались специализированные межтерриториальные коллегии, выполняющие особые функции в работе с клиентами. Например, **Инюрколлегия**, наряду с обычными задачами, занималась вопросами по оказанию юридической помощи российским гражданам по наследственным и иным делам за границей, где у коллегии имелись свои представительства, отдельные адвокаты или где по поручениям коллегии работали адвокаты других государств.

В 1947 г. было создано особое специализированное межтерриториальное адвокатское объединение (впоследствии названное **Межреспубликанской коллегией адвокатов — МРКА**), которое осуществляло юридическую помощь в закрытых территориальных образованиях (ЗАТО), обособленных военных городках, группах и группировках советских войск за границей, в том числе в названной выше ГСВГ, советских зарубежных колониях, на секретных военных объектах, при рассмотрении дел в специальных и других закрытых судах, в отдаленных местностях, где отсутствовали суды общей юрисдикции и правосудие осуществлялось военными трибуналами, а также в большинстве воинских частей и соединений, расположенных по всей территории Советского Союза. В этой коллегии адвокатов существовали свои юридические консультации и адвокатские фирмы в 54 субъектах Российской Федерации, а также в Абхазии, Казахстане, Таджикистане и Эстонии⁴⁹.

Однако, несмотря на почти полное восстановление прежней организационной структуры адвокатских объединений, того былого авторитета и почета, которые адвокатура имела после Великих реформ Александра II, советские адвокаты уже никогда не удостаивались. Адвокату в социалистическом государстве и суде отводилась лишь роль статиста, выполняющего политическую волю партии и правительства по укреплению социалистической законности и правопорядка в стране. Он был полностью зависимой фигурой и от райкома партии, и от управления юстиции, и от своего визави на суде — прокурора.

Более того, основная масса адвокатов советского времени всегда была под угрозой возможных наказаний и расправ со стороны партийного и советского аппарата за «вольномудство», «ретивость» при защите своих клиентов.

Всеми тогдашнему адвокатскому корпусу было известно о постигшем его коллег сталинском терроре, который уничтожил уцелевшие в революции и гражданской войне кадры мастеров старой адвокатуры. Как пишет Н.А. Троицкий: *«Среди прочих были расстреляны: защитник Вацлава Воровского и Петра Заломова П.Н. Малянтович, сын знаменитого Германа Лопатина Б.Г. Лопатин-Барт, защитник Михаила Фрунзе Б.М. Овчинников; загублен в тюрьме НКВД однокурсник Александра Ульянова, защитник Ивана Каляева и Николая Баумана М.Л. Мандельштам»*⁵⁰.

На местах же вплоть до ликвидации правящей роли Коммунистической партии (начало 90-х гг. XX в.) адвокатов довольно часто привлекали и к партийной, и к общественной ответственности (путем разбиратель-

⁴⁹ См.: Вашкевич И.М., Жданович А.Ф., Пермяков А.Н. Межреспубликанская коллегия адвокатов. 60 лет деятельности. — М.: МРКА ООО «Ритм», 2007. — С. 8–18.

⁵⁰ Троицкий Н.А. Указ. соч. — С. 11.

ства в подотчетных местным властям и партийным органам президиумах коллегий адвокатов, лишения адвокатского звания и проч.) за «поведение на процессах, противоречащее линии партии или советской власти». И в этих условиях находились честные и смелые адвокаты, которые умели «обходить» расставленные идеологические «ловушки» и пользовались во всю мощь своего таланта судебной трибуной.

В историю советской адвокатуры вписаны имена известных адвокатов того времени, которыми по праву гордится все юридическое сообщество страны: С.В. Калистратовой, Г.В. Любарской, Ю.Э. Милитаревой и других. Многие из них работают и сегодня, привнося в обновленную современную адвокатуру дух и традиции высокой нравственности и профессионализма при защите людей от всевозможных форм произвола и беззакония⁵¹. Необходимо отметить принятые в советское время законы об адвокатуре, которые действовали вплоть до наших дней в рамках социалистической законности и партийной идеологии того времени: Закон СССР от 30 ноября 1979 г. «Об адвокатуре в СССР» и Закон РСФСР от 20 ноября 1980 г. «Об утверждении Положения об адвокатуре РСФСР».

Последнее пятидесятилетие доказало нам ясно, что никакое образование не в состоянии ничего сделать, если уровень общественной нравственности постоянно понижается, понятия о праве и законности становятся пустыми звуками перед нагромождением формальностей, буквы закона, протекций и безнаказанности судей перед общественным мнением. Гласность и одна гласность в состоянии восстановить у нас понятия о законе и праве и искоренить хотя бы несколько взяточничество и казнокрадство. Если же мы хотим в самом деле гласного судопроизводства, должны хотеть и адвокатуры, т.е., иными словами, — хотим мы цели, должны хотеть и средств.

Для истинного же гласного судопроизводства необходима корпорация адвокатов, людей честных, получивших непременно высшее образование, и, если возможно, имеющих известное положение в обществе, которые были бы совершенно гарантированы от произвола не только администрации, но и судей. Они одни только в состоянии будут внушить обществу уважение к принимаемой ими на себя такой важной и священ-

⁵¹ См.: Судебные речи адвокатов по гражданским делам. — Вып. № 3. — М.: НИИ Судебной защиты и усовершенствования адвокатов, 1974; Речи советских адвокатов по уголовным делам. — М.: Юрид. лит., 1975; Речи советских адвокатов по гражданским делам. — М.: Юрид. лит., 1976; Мове А.Л. За кулисами защиты. Записки адвоката. — М.: 1994; Ария С.Л. Основа всего — честь и совесть (размышления адвоката о профессионализме и нравственности) // Юридический вестник. — 1999. — № 16.

§5. Адвокатура в период перехода России к рыночным отношениям

ной обязанности, как защита прав и личности ближнего. «Главное отражение общества от произвола судей не состоит только в несменяемости их и учреждении присяжных, в сонм которых может вступить чуть ли не всякий грамотный человек, а в учреждении корпорации людей, совершенно свободных, сведущих, известных обществу и, конечно, носящих приличное наименование принятой на себя обязанности — адвокат...».

Сказано это не сегодня и даже не вчера, а в 1914 г., т.е. без малого почти сто лет назад. И сказано не посторонним несведущим человеком, а известным российским адвокатом и публицистом И.В. Гессеном. Автор этих строк близко к сердцу воспринял последствия, постигшие российское общество и его верного защитника — адвокатуру, после хотя и не удавшихся до конца, но все же оказавшихся достаточно ощутимыми попыток властей повернуть вспять удачно проведенные реформы 1864 г.⁵²

§5. Адвокатура в период перехода России к рыночным отношениям

Адвокатуре в этот период пришлось бороться за свое сохранение. И не просто бороться, а выживать самой и помогать выживать другим: людям, в ней нуждающимся, предприятиям и организациям, нарождающемуся честному российскому бизнесу. И так же, как в пореформенный период XIX в., прославили адвокатское сословие десятки и сотни известных российских присяжных поверенных, в наше непростое время появились имена выдающихся адвокатов.

В 2001 г. редакцией известных изданий «Домашний адвокат» и «Бизнес-Адвокат» (главный редактор Ирина Иринархова, составитель Александр Крохмалюк) при содействии и по инициативе юридической общественности выпущен первый в истории российской адвокатуры альбом «Российская адвокатура на рубеже веков. Лучшие адвокаты России» о защитительной деятельности и биографиях знаменитых адвокатов современности. Подобное издание «Современные российские юристы. Кто есть кто в юридической науке и практике? Справочник» выпущено под редакцией ученых В.А. Вайпана, С.П. Щербы и В.Е. Крутских московским издательством «Юридический Дом «Юстицинформ» в 2004 г. (3-е издание). Солидным изданием о своих адвокатах к 60-летию деятельности вошла в указанный выше список и МРКА.

⁵² См.: Гессен И.В. Адвокатура, общество и государство (1864–1914). Издание Советов присяжных поверенных. — М., 1914.

ГЛАВА 4

Адвокатура и государство — взаимодействие в обеспечении прав и свобод граждан. Свобода и независимость адвокатской деятельности

§ 1. Позитивные перемены в законодательном регулировании адвокатской деятельности

Как считает видный российский адвокат и ученый Г.Б. Мирзоев, революция в деятельности адвокатуры совершилась с принятием нового Закона об адвокатской деятельности⁵³. Поставлена последняя точка в законотворческом процессе по вопросу судебной реформы. В самом адвокатском корпусе наконец-то закончилась великая «битва гигантов» — традиционной и альтернативной адвокатских коллегий. Результатом «сражения» стала не победа кого-то одного из них, а торжество высокой истины и политического благоразумия. Именно такой оценки должен быть удостоен сегодня данный Закон в глазах и самих адвокатов, и всех граждан России, кому небезразлична судьба этого важнейшего института гражданского общества.

Итак, какие же основные позитивные моменты необходимо отметить в связи с принятием нового Закона?

По мнению одного из разработчиков законопроекта и его главного вдохновителя, председателя Комитета Государственной Думы РФ по вопросам конституционного законодательства и государственного строительства академика В.Н. Гребенникова, при подготовке и принятии Закона об адвокатуре впервые в истории России революционными реформаторами не было разрушено «все до основания».

Хотя, спору нет, эта организация и несла в себе все «родимые пятна» прошлой эпохи, весь груз ошибочных концепций и искривленного представления многих государственных и общественных деятелей о роли ад-

⁵³ Мирзоев Г.Б. Предисловие к книге В.И. Сергеева «Адвокат и адвокатура». — М.: Юнити, 2003. — С. 3–5.

вокатов в обществе. И многие «горячие головы» жаждали повернуть колесо адвокатской истории в ту или иную сторону в зависимости от собственных представлений и концепций. Чего, например, стоит одна только попытка некоторых «юридических теоретиков» поставить адвокатуру в полную зависимость от государства, под тотальный контроль Минюста России. Но это не прошло. Следует признать, что деструктивную роль сыграла и спекуляция многих деятелей, в том числе и в самой адвокатуре, на так называемой «бесплатной юридической помощи бедным», которую хотели повесить на шею адвокатам, сместив тем самым акценты с конституционной обязанности перед своими гражданами в этом вопросе самого государства на независимую от государства структуру — адвокатское сообщество. Тоже не прошло.

Не прошли и другие «великие потрясения», которыми усиленно запугивали адвокатов в период обсуждения проекта закона. И вот теперь, прочитав и перечитав принятый Закон, можно с уверенностью констатировать, что на этот раз слома «старой машины» не произошло, а произошел плавный переход к формированию новой российской адвокатуры. И эта адвокатура создается не на обломках разрушенной системы, а на прочном и проверенном более чем столетней историей фундаменте. Но при обязательном устранении всех негативных рудиментов прошлого. Государство наконец-то в самом Законе отказалось от своих притязаний на «власть над адвокатурой», какое бы то ни было руководство ею и командование (хотя это закреплено сегодня в пока еще не отмененном в этой части Положении о Минюсте и было в действовавшем Положении об адвокатуре и многих других подобных документах).

В ст. 3 записано, что адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Адвокатура действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов. А на государство возложена обязанность не контролировать и надзирать за деятельностью адвокатуры, как это было раньше, а «обеспечивать гарантии независимости адвокатуры».

Подобная формулировка является значительной победой всего адвокатского сообщества в борьбе с государством за свою независимость. В этой формулировке сконцентрировалась в сжатой форме вся концептуальная основа деятельности адвокатуры, ее место в сложной системе общественно-государственных отношений, характер взаимоотношений с государством, хотя и «не на равных», но уже и не в роли вассала.

Принцип независимости адвокатуры от государства — это не следствие какого-либо корпоративного тщеславия адвокатов, их стремления властвовать, не подчиняться вообще никому и прочих подобных причин. Это объективная необходимость, берущая свое начало из природы гуманизма, демократии, права вообще и права человека, в частности.

Делом адвокатов является не только правосудие, но и справедливость. Как сказал адвокат П. Астахов: «Предназначение адвоката — непримиримая борьба с несправедливостью»⁵⁴. Защита при осуществлении правосудия и стремление к справедливому исходу любого дела, будь то судебное разбирательство или юридическое сопровождение сделки в коммерческой фирме, — вот те основные ориентиры в адвокатской деятельности, которые присущи вообще всем адвокатам мира.

Адвокат призван защищать от произвола, а поэтому его деятельность в интересах конкретного клиента (гражданина или организации) одновременно соответствует публично-правовым интересам общества. В странах с развитой правовой системой это осознали уже давно. Правительства цивилизованных правовых государств никогда не ставили своей целью подчинить, подмять под себя адвокатские ассоциации, воспрепятствовать самосовершенствованию и росту этих профессиональных объединений. Такое оказалось возможным только в слаборазвитых странах, странах с диктаторскими режимами правления и там, где роль права и прав сведена на нет. К сожалению, это касается и России.

В частности, существовали проекты законов «О юстиции», «Об адвокатуре» и другие, подготовленные в недрах Минюста России, где адвокатура виделась в роли служивой горничной захудалой гостиницы. И в настоящее время исполнительная власть не прочь покомандовать адвокатами, показать им, образно говоря, «кто настоящий хозяин в стране».

В настоящее время в мире насчитывается более 4 млн адвокатов. В том числе примерно 850 000 приходится на США, 450 000 — на страны Европейского Сообщества, 400 000 — Индию, 300 000 — Бразилию и примерно 1 500 000 — на страны остального мира. В России в 1999 г. насчитывалось... 43 113 адвокатов⁵⁵. Однако за последние десять лет, по данным Федеральной адвокатской палаты России, количество адвокатов в стране увеличилось до 63 тыс. человек. Это на порядок меньше, чем в названных выше странах, и, более того, отмеченный рост, хотя и заметен, однако далек от таких стран с бурно развивающейся экономикой, как, например,

⁵⁴ Российская адвокатура на рубеже веков. — М.: Домашний адвокат, 2001. — С. 32.

⁵⁵ Данные взяты из учебно-практического пособия «Адвокатская деятельность» / под ред. В.Н. Буробина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 13.

Китай. Там, по информации Министерства юстиции КНР, к настоящему времени работают более 13 тыс. адвокатских контор, а число адвокатов уже превысило 143 тыс. человек.

В последние годы китайские адвокаты участвовали в разбирательстве 8,55 млн судебных дел, они работают юрисконсультами 16 тыс. правительственных органов и в более чем 260 тыс. предприятий и производственных единиц. Китайские адвокаты оказали юридическую помощь нуждающимся в ней по 400 тыс. дел, предоставили бесплатные юридические консультации по 22,43 млн дел. Они активно участвуют в регулировании многочисленных социальных, правовых и экономических вопросов, что эффективно содействует смягчению социальных противоречий и решению возникающих споров.

Нехватку правозащитников правительство пытается компенсировать и административными мерами. В настоящее время Минюст проводит в 6 центральных и 950 местных правительственных органах страны эксперимент по приглашению на работу адвокатов в качестве госслужащих, количество таких адвокатов достигло 2649 человек.

Самое большое количество адвокатов, как видим, насчитывается в Америке. Уже к началу XVIII в. адвокатская профессия стала там одной из самых необходимых. К XIX в. эта плеяда профессионалов в большей своей части из судебных защитников постепенно превращалась в высокопрофессиональных адвокатов бизнеса. *«Они специализировались на книжной работе, работе в учреждениях, планировании бизнеса.»*

После Гражданской войны рост большого бизнеса создал новые юридические потребности, и голодные адвокаты поспешили откликнуться на них. В этот период времени, начиная приблизительно с 1870 г., выделились юристы Уолл-стрита. Эта новая порода адвокатов имела новый стиль работы. Практика и профессиональная жизнь вращались вокруг клиентов из сферы бизнеса и бизнесменов, а не вокруг судей и братьев-юристов. Это был естественный процесс.

Бизнес нуждался в умелых руках для решения тысячи и одной правовой проблемы, с которыми он сталкивался. Большие компании, прокладывая дорогу от магазина или склада к потребителю, имели огромную потребность во всем этом. В этой стране только адвокаты обладали необходимой квалификацией. Юридические проблемы на больших предприятиях возникали постоянно.

Юристы для разрешения проблем большого бизнеса не нанимались от случая к случаю, чаще они работали на компанию постоянно, и их количество постепенно росло по мере роста потребностей бизнеса. (Например, если число адвокатов, работающих советниками компаний, в 1951 г. составля-

ло 11 000 чел., то в 1979 г. их уже было 55 000. Компания АТТ в 1981 г. оплачивала работу 895 адвокатов, «Эксон» — 454, «Дженерал электрик» — 340. Правительства — штатов, федеральное и местное — также нанимали тысячи адвокатов, сотни адвокатов работали в страховых, инвестиционных, риэлторских компаниях и т.д.) Большие предприятия желали платить хорошо, но оставаться за рамками суда. Они желали, чтобы их советники и консультанты знали их бизнес изнутри и снаружи; они хотели иметь правильный проложенный курс среди рифов и водоворотов права и риска конкуренции.

Адвокаты были ценны для большого бизнеса не из-за того, что имели хорошо подвешенный язык, а потому, что они вникали в дела бизнеса, могли хорошо составить бумаги, проявляли проворность в финансовых вопросах и разбирались в рынке ценных бумаг, были хорошо осведомлены о деятельности правительства и издаваемых им нормах...». Так описывал роль адвокатского труда в Америке известный американский ученый-правовед Лоуренс Фридман⁵⁶.

Однако самое высокое в мире количество адвокатов, если считать по «душам населения», имеется в Израиле. И их количество продолжает неуклонно расти. Согласно данным исследования фирмы «Дан энд Брэдстрит», в 2003 г. в Израиле насчитывалось 28 509 зарегистрированных адвокатов, а ровно через год, т.е. в 2004 г. их количество достигло уже 31 311. Рост числа адвокатов, таким образом, значительно опережает рост населения страны. **На каждые 200 израильтян, включая детей, приходится один адвокат.** Если раньше количество юридических факультетов было ограничено, то в последнее десятилетие в Израиле открылись филиалы западных университетов, выпуски которых привели к настоящему демпингу в этой отрасли, — сообщает израильская печать.

Такая положительная тенденция в конечном счете способствует удешевлению стоимости юридической помощи. Но такое положение имеет и «обратную сторону». Теперь в стране масса зарегистрированных адвокатов не могут найти себе работу. Согласно оценке «Дан энд Брэдстрит», количество таких адвокатов приближается к 8000. Надо сказать, что профессия юриста среди еврейских диаспор вообще относится к одной из наиболее популярных, особенно в США. Однако следует отдать должное тому, что адвокатская профессия все же популярна не сама по себе. Как бы там ни было, ее популярность связывается в конечном итоге с уважительным отношением в стране к праву и правам человека. Хотя, казалось бы, Израиль — пожалуй, единственная демократическая страна, которая прекрасно обходится без основного закона — конституции.

⁵⁶ Введение в американское право. — М.: Прогресс, Универс, 1993. — С. 190–192.

Совершенно иная картина с развитием адвокатуры и правовой защиты человека складывалась в нашей стране. Переход к рыночным отношениям не сразу привел адвокатуру к новым формам работы, к изменению своих главных ориентиров и критериев адвокатского труда. Обслуживание бизнеса и предпринимательства занимало в ней лишь незначительное место. А ведь это направление деятельности должно, казалось бы, сразу определить «генеральную линию» адвокатуры.

Почему? Потому что экономическое развитие государства является первичным по отношению к вопросам политическим, социальным и т.д. Действуя, конечно, во благо себе, предпринимательство неизбежно приносит и колоссальную пользу стране, другим людям — через налоги, через создание новых рабочих мест, через повышение качества продукции и услуг в условиях конкуренции, через избавление государства от хозяйственных забот, через формирование новой инфраструктуры, наконец, через обустройство собственного дома, не требуя этого от государства и задавая более высокие стандарты не только личного строительства, но и в целом общественного развития.

Теоретически рыночные условия, частная собственность и социально ориентированная экономика — это основа благосостояния людей. Так было всегда в истории любой страны некоммунистического пути развития.

Соответственно, юридическое сопровождение и защита бизнеса, частной собственности от произвольных и непроизвольных ошибок, вторжения других лиц, в том числе государства, становились основополагающими и главнейшим направлениями деятельности адвокатов.

Одним из основных условий формирования гражданского общества является благосостояние народа. А поэтому защита бизнеса, предпринимательства и предпринимателей в стране, ставшей на путь рыночного развития, — это деятельность прогрессивная, очень важная для судеб не только какого-либо конкретного бизнесмена, коммерческой организации, концерна и проч., но и гражданского общества в целом.

Однако российская адвокатура к этой деятельности ни идейно, ни материально в профессиональном отношении оказалась совершенно не готовой. Правда, на веяния нового времени почти сразу же откликнулись специалисты совсем иного направления — юрисконсульты бывших госпредприятий, ученые-правоведы, уволенные из государственных структур следователи-хозяйственники, прокуроры, судьи, а затем присоединившиеся к ним юридические кооперативы, создавшие со временем множество новых «параллельных» («альтернативных») адвокатских объединений.

Как подметил один из вдохновителей этого нового движения в юридической практике, а затем и в теории Г.Б. Мирзоев, пришедший в адвокатуру с должности Государственного арбитра г. Москвы, «...в правовом государстве нет, пожалуй, такого вопроса, который рано или поздно, в потенции или реальности, не превратился бы в вопрос юридический. Многие из того, что происходит в обществе с гражданином, будь то рабочий или банкир, неизбежно затрагивает его юридический статус, увязывается с его правами и свободами, их реальным наполнением, осуществлением и защитой, адекватным знанием законодательства и нормативного материала. Таков научно-правовой фундамент, на котором возводилась деятельность коллектива Мосюрцентра, который с первых дней активно помогает становлению рынка в России и который стал базовой основой Гильдии российских адвокатов. Практически этот коллектив впервые в стране предварил в жизнь и дал ответ на острую потребность юридической помощи частному предпринимательству, бизнесмену, коммерсанту»⁵⁷.

Для справки: Московский государственный юридический центр правовой помощи предприятиям по предупреждению правонарушений образован в 1989 г., а в 1993 г. преобразован в коллегию адвокатов «Мосюрцентр». В 1994 г. под эгидой Мосюрцентра образована первая в России корпорация профессионалов-юристов — Гильдия российских адвокатов. «Гильдия предложила людям те виды юридической помощи, которых раньше не было в арсенале адвокатов, утвердила себя как независимая самостоятельная структура, способная на свои собственные средства обеспечить достойное существование своим работникам, материально-техническое обеспечение, нормальные условия приема граждан, т.е. то, о чем вся постсоветская адвокатура может только мечтать. Ведь большинство ее структур до сих пор ютится в подвалах, на задворках, в полуразрушенных помещениях судов, не мечтая о компьютерах, нормальной зарплате»⁵⁸.

В начале 90-х гг. XX в. и другие адвокатские структуры в стране, в том числе «традиционные», также вынуждены были обратиться к новой практике и новым формам работы с клиентами. В это время по инициативе некоторых наиболее активных и подготовленных адвокатов, в основном прошедших стажировку в США, стали создаваться адвокатские бюро и адвокатские партнерские фирмы, работающие совершенно по иным ор-

⁵⁷ См.: Мирзоев Г.Б., Кейзеров Н.М. Правовая культура адвоката. — М.: Серил, 1996. — С. 145–146.

⁵⁸ Мирзоев Г.Б. Юридическая защита предпринимательства в России. — М.: Закон и право, Юнити, 1997. — С. 241.

ганизационным принципам, хотя и на той же правовой и этической базе, что действовала для всех остальных адвокатских объединений⁵⁹.

В деятельности «традиционной» адвокатуры произошел крен в сторону защиты бизнеса и предпринимательства. *«Жизнь меняется. Предпринимательство, частный капитал сделали свой правовой запрос, вызвали, как и в других странах с рыночной экономикой, появление категории бизнес-адвокатов — специалистов по корпоративному праву, налогам, финансам и т.п. Эти адвокаты — редкие гости в суде. Напротив, их основная задача — обеспечить законность деятельности клиентов и тем самым предотвратить судебные споры. Именно эта категория сразу же востребовала этические нормы, наработанные адвокатской элитой прошлых веков»⁶⁰.*

И все же, несмотря на развернувшиеся в стране экономические процессы, действия российской адвокатуры (и «традиционной», и «параллельной») в новых условиях были все-таки неадекватными содержанию этих процессов и их глобальности.

Объяснений здесь несколько: во-первых, экономические изменения в стране произошли внезапно, и традиционный адвокатский корпус был к нему абсолютно неподготовлен; во-вторых, бизнес в нашей стране развивался совершенно по другим экономическим законам, нежели, например, в США. Известно, что у нас период первоначального накопления капитала происходил в наиболее варварском, воровском и грабительском варианте, да к тому же при отсутствии четкого и внятного законодательства, а поэтому в таких условиях внезапно появившиеся «капиталисты» не нуждались ни в правовом сопровождении своих сделок, ни в адвокатах; в-третьих, несмотря на объявление перехода страны к рыночным отношениям, фактически всеми процессами приватизации, создания и регистрации коммерческих структур, финансирования и кредитования, иными экономическими механизмами руководили государственные и муниципальные чиновники, которые пустили эти процессы и механизмы не по законам рынка, а по криминальным правилам и понятиям, где также не требовались адвокаты; в-четвертых, уволив из своих рядов наиболее профессиональную и принципиальную часть сотрудников, наши правоохранительные органы и суды после этого оказались чрезвычайно некомпетентными и продажными, а поэтому искать у них поддержки и защиты не приходилось, и адвокаты в такой ситуации так-

⁵⁹ См.: Барщевский М.Ю. Адвокат. Адвокатская фирма. Адвокатура. — М.: Белые Альвы, 1995. — С. 25–30; Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры России. — М., 2000. — С. 295, 296.

⁶⁰ Резник Г.М. Предисловие к книге М. Барщевского «Адвокатская этика». — М.: Профобразование, 2000. — С. 13.

же оказывались бесполезными; в-пятых, из административных органов власти, спецслужб, правоохранительных органов уволились сотни и тысячи высочайших профессионалов, которые «прихватили» с собой свои базы данных, агентуру, связи, знакомства и другие нематериальные, но имеющие существенное значение «рычаги влияния», после чего под видом созданных ими официальных охранных или консалтинговых структур фактически силовым или психологическим путем завладели основными бастионами рынка, став для бизнесменов так называемыми «крышами», которые не только оберегали предпринимателей от бандитов, но и протекционно-коррупционным путем разрешали все иные конфликты и возникающие экономические споры, коллизии, претензии. Нередко с пистолетом в руках, а иной раз и с привлечением через знакомых сотрудников ОМОНа, РУБОПа и других силовых организаций. Адвокатам и тут нечего было делать.

Однако там, где указанные негативные явления не так сильно коснулись бизнесменов и предпринимателей (чаще всего это были или мелкие фирмы, или фирмы, созданные влиятельными людьми (их родственниками), на которые не в полной мере распространялись названные «законы российского рынка»), помощь юристов, конечно же, требовалась. Но эту нишу не всегда заполняли адвокаты. Дело в том, что в начале 1990-х гг. в адвокатском корпусе разразился грандиозный скандал между «традиционными» и «параллельными» коллегиями адвокатов, что не лучшим образом сказалось на авторитете адвокатского сообщества вообще. Вторая причина в том, что многие адвокаты, растерявшись в возникшей в стране смуте, не смогли удержаться в рамках традиционной адвокатской этики. Такие адвокаты нередко по заказу своих клиентов шли на противозаконные сделки с представителями правоохранительных органов, судьями, другими государственными чиновниками, выступая при этом не юристами-профессионалами, а адвокатами-посредниками в передаче взяток или иных привилегий.

М. Барщевский пишет о том времени: «...В последнее время в обществе отношение к адвокатам приобрело новые оттенки. Если раньше, не без влияния коммунистического тоталитарного государства, доминировало отношение к адвокатам как к людям, защищающим преступников и изменников Родины, то сегодня такому «пониманию» роли адвокатуры на смену приходит не менее опасное: адвокаты-дельцы, которые за сумасшедшие гонорары ловко устраивают дела богатых людей, обслуживают только крупный бизнес и криминальные структуры или защищают проворовавшихся чиновников от справедливого возмездия (этим, в частности, объясняет-

ся недовольство адвокатурой у простых людей, депутатов, следователей)»⁶¹.

На имидже адвоката отрицательно сказывался и его официальный статус (подчиненность Минюсту и управлениям юстиции, несамостоятельность и проч.). Бизнесмены, не особенно разбираясь в делах адвокатуры и ее нормативном регулировании, просто не желали связываться с «государевыми людьми», за которых они нередко принимали адвокатов. Недоверие нарождающегося российского бизнеса к государству, таким образом, сказалось на недоверии к адвокатуре.

В сложившейся ситуации многие честные предприниматели просто боялись связываться с «традиционными» адвокатами и нанимали себе профессиональных юристов, не состоящих в коллегиях адвокатов. Однако такой выбор тоже оказался не лучшим. На должности начальников юридических отделов, юрисконсультов, советников по юридическим вопросам в коммерческие компании пришли бывшие милиционеры, судьи, государственные чиновники из министерств и ведомств и т.д., которые, как правило, не владели ни достаточными юридическими познаниями, ни экономическими навыками. И в конечном итоге фирмы «горели» из-за неграмотности своих юристов и таких же неграмотных руководителей. В отличие от американского бизнеса, где руководители и хозяева предприятий стараются не доводить споры до судебного разбирательства, в нашем бизнесе по указанным причинам суды оказались заваленными подобными хозяйственными делами.

В таких условиях адвокатуре приходилось прилагать титанические усилия, чтобы закрепиться на рынке обслуживания бизнеса и предпринимательства и впоследствии занять на нем ведущие позиции. Конечно же, в судах, куда попадали иски прогоревших, обманутых и прочих подобных компаний, интересы предприятий, как правило, отстаивали в основном адвокаты как наиболее подготовленная категория юристов-профессионалов.

Но судебная работа — это лишь небольшая частица адвокатского труда. Важным должно было стать юридическое обслуживание бизнеса, недопущение ошибок в предпринимательской деятельности коммерческих структур, решение спорных вопросов без вмешательства судебных органов. На этом поприще адвокатура со временем должна завоевать свое признание. К нынешнему дню статус адвоката в глазах предпринимателей постепенно начинает обретать свою новую значимость. Адвокатура, вопреки существовавшим нормам о подчиненности Минюсту и его

⁶¹ Резник Г.М. Указ. соч. — С. 17.

структурам, особенно там, где руководство адвокатскими объединениями было достаточно принципиально и независимо, все больше и больше проявляла себя равным партнером в конфликтах с государством, становилась подлинно независимым институтом гражданского общества, а не административного государства.

§2. Предпосылки независимости адвокатуры

Сегодня мы можем с уверенностью констатировать, что принцип независимости адвокатуры теперь нашел свое отражение и в законодательном порядке. Каковы же были объективные предпосылки юридического закрепления независимости адвокатуры от государства? Рассмотрим их подробнее:

1. Необходимость усиления роли права и роли личности в правовом государстве (об этом см. гл. 1 настоящего учебника).

2. Разнообразии общественной жизни — появление новых форм в общественной и экономической жизни (занятия предпринимательством, бизнесом, политической деятельностью), рождение не известных ранее экономических структур и новых отношений между ними.

Все это требует профессиональной юридической поддержки и защиты от административного вмешательства.

Разумеется, такую поддержку и защиту, грамотное решение возникающих споров и претензий способны обеспечить лишь адвокаты. Более того, независимая защита предпринимательства, умелое, грамотное консультирование российских бизнесменов и правильное ориентирование их в море многочисленных законов, подзаконных актов, ведомственных инструкций и циркуляров требуется еще и потому, что ныне *«в России одной из наиболее опасных профессий стало предпринимательство, 40% бизнеса находится под контролем криминальных структур, и это создает особую опасность («черный», бандитский арбитраж, «теневые суды» и разборки и т.д.)»*⁶².

Однако самую большую опасность для бизнеса представляют действия правоохранительных органов, которые, злоупотребляя многочисленными правами, предоставленными им для контроля за состоянием преступности в экономической сфере, фактически разоряют экономику, вторгаясь в хозяйственную жизнь коммерческих структур и парализуя ее.

⁶² Мирзоев Г.Б. Юридическая защита предпринимательства в России. — М., 1997. — С. 251.

При нынешней ситуации, когда надлежащее законодательное регулирование процессуальной деятельности правоохранительных структур в связи с принятием нового УПК еще не заработало в полную мощь, за ними не осуществляется должного прокурорского надзора, например, на стадии первоначальных проверок; сами прокурорские работники во многих случаях некомпетентны, озлоблены в отношении российского бизнеса и психологически враждебно настроены против любой коммерческой деятельности; отстаивать права становится намного сложнее, чем это было хотя бы несколько лет назад, особенно в последнее время в связи с усилением некомпетентных и необоснованных действий силовых ведомств против российского бизнеса⁶³.

Такие действия власти не предупреждают преступность в экономической сфере, а, наоборот, подхлестывают ее, заставляют загонять экономику «в тень», толкают честных бизнесменов на всевозможные «обходные маневры», что в конечном итоге чревато неблагоприятными последствиями как для них самих, так и для бизнеса, которым они занимаются. Число разоряемых по указанным причинам компаний, к сожалению, не уменьшается.

Государство же в случаях, когда устанавливается необоснованность нападок чиновников на фирму, практически никакой ответственности не несет в силу чрезвычайно сложного механизма доказательства причиненных убытков, и особенно упущенной выгоды, а также в силу отсутствия заинтересованности самого государства в привлечении к такой ответственности.

Но даже если в течение довольно длительной бюрократически запутанной процедуры ответственность виновных все же наступает, то она не бывает эквивалентной. И более того, она нереализуема, ибо в бюджетном законодательстве никогда не предусматриваются ассигнования на возмещение ущерба от незаконных действий правоохранительных органов и суда, чем умело пользуются правительственные чиновники.

Всему описанному произволу во власти могут противостоять лишь достаточно компетентные и смелые действия структур гражданского общества, в том числе адвокатуры, в моральную обязанность которых перед людьми входит и наиболее критичное и профессиональное участие в разработке иного законодательства (например, путем участия в парламентской деятельности, разработки и инициирования рассмотрения новых проектов законов и т.д).

⁶³ См.: Независимая газета. — 2001. — 9 ноября.

3. Усложнение государственного регулирования.

Следом за ростом предпринимательства и бизнеса идет лавинообразное развитие государственного регулирования. В настоящее время из недр государственных органов выходит масса нормативного материала. Законодательная база государства только за последние десять лет обновлялась дважды. Исходя из развития производственных отношений в стране, государство демонстрирует тут же появление новых отраслей права: налоговое, банковское, страховое, таможенное, корпоративное и т.д., нового подзаконного нормирования, регулирующего буквально каждый шаг предпринимателя, бизнесмена.

За всем этим валом и наплывом простому гражданину, будь он собственником отдельного предприятия или только своего дома, машины и т.д., уследить невозможно. Юридические службы коммерческих структур, если они работают в замкнутом пространстве собственного предприятия, по достаточно однообразным сделкам и т.д., не в состоянии охватить и знать право, законы, судебные прецеденты во всем их спектре применения. Как писал Л.Е. Владимиров: *«Часто жизнь задыхается в мертвых тисках закона. Этому молоху, ненасытному и беспощадному, приносятся ежеминутно человеческие жертвы. Юристы консервативны, особенно ученые-правоведы и судьи. Только адвокатура прикована к жизни, не может оставаться в черствости и догматизме. Адвокатура всегда выступала и выступает против неразумности и устарелости многих законов. Адвокаты воочию видят страдания тех, которые изнывают под тяжестью бесчеловечных законов. Они предают суду эти стоны и слезы, и в этом величайшая историческая заслуга адвокатуры...»*⁶⁴. В нынешнее время к могучим рычагам адвокатского воздействия добавилась такая форма, как участие адвокатов в конституционном производстве по заявлениям о признании законов или правоприменительной практики не соответствующими Конституции РФ.

4. Произвол чиновников.

После перехода России к рыночной экономике произошел не только рост чиновничьего аппарата, но и существенно ухудшились качество и стиль управленческой деятельности во многом из-за некомпетентности госчиновников, случаев беззакония, произвола в сфере деятельности государственных и местных органов власти, в том числе в правоохранительных органах. Это вынуждены признавать даже высокопоставленные лица из Администрации Президента РФ. Так, бывший пресс-секретарь Вячеслав Костиков, например, пишет: *«От гоголевско-салтыковского чиновничества нынешний «аппарат» отличает разве что наличие мобильных*

⁶⁴ Владимиров Л.Е. «Advokatusmiles». — СПб., 1911. — С. 11.

телефонов и спецсигналов. Базисные же инстинкты и нравы российской бюрократии с тех пор мало чем изменились. Взятка является по-прежнему легальным кормлением, а медлительность, безразличие, формализм, крючкотворство остаются стилем аппаратной жизни. К традиционным бедам российской бюрократии добавилась новая — нынешний чиновник в отличие от дореволюционного, а затем и «сталинского» периодов перестал бояться наказания»⁶⁵.

Фактически в нашей организационно-правовой и психологической схеме управления обществом до настоящего времени применяются, как это ни странно выглядит в условиях демократизации общественных процессов, наработки сталинской государственной модели. И.В. Сталин с высшей степенью откровенности учил, что «...Страной управляют не те, которые выбирают своих делегатов в парламент при буржуазных порядках или на съездах Советов при советских порядках. Нет, страной управляют фактически те, которые овладели исполнительными аппаратами государства, которые руководят этими аппаратами»⁶⁶.

Особую опасность для общества такое правление вызывает, когда его правители — совершенно некомпетентные люди. Как пишет тот же В. Костиков: «В России нет бюрократической школы в европейском понимании этого слова. Можно найти образованного чиновника, труднее — честного, но почти невозможно — компетентного».

Нынешнюю государственную исполнительную власть России нередко отличают чиновничье самомнение, жажда выйти за пределы своей инструментальной функции и стать самостоятельной властной силой общества; снобизм, пренебрежительное отношение к рядовым гражданам, высокомерное отношение к парламенту и общественным институтам. В условиях такой административно-государственной системы многократно возрастает роль народных заступников. А. Токвиль писал: «Бюрократию даже самого высокого уровня пугает малейшее независимое действие людей, возбуждает беспокойство самая мелкая свободная ассоциация, каков бы ни был ее предмет. Она допускает существование только таких сообществ и союзов людей, которые созданы по ее произволу и состоят под ее контролем»⁶⁷.

Адвокатуре в этих условиях придется не только «с боем» добиваться своей независимости, но и в последующем, если таковое произойдет, с достоинством оправдывать перед обществом свой независимый статус

⁶⁵ Костиков В.В. России нужна бюрократическая революция // Независимая газета. — 2001. — 10 января.

⁶⁶ Сталин И.В. Соч. — Т. 4. — С. 366, 367.

⁶⁷ См.: Токвиль А. Старый порядок и революция (пер. с франц.). — М., 1911. — С. 75.

более принципиальными действиями всего сообщества, а не робкими шагами отдельных адвокатов.

5. Ухудшение государственной защиты людей.

Ухудшение качества защиты со стороны государства и защищенности российских граждан перед произволом власти также является предпосылкой юридического оформления независимости адвокатуры как института гражданского общества. Такое ухудшение наблюдается практически на всех этажах государственного здания: в местных администрациях; в администрациях субъектов Федерации; в центре, начиная от министерств, контролирующих и правоохранительные органы, и заканчивая структурами верховной власти в стране; в судебных органах. Фактически власть повсеместно перестала выполнять свое основное предназначение: служить людям.

Некоторые представители высшего государственного чиновничества даже делают публичные официальные заявления о том, что у нас «акцент на права человека не актуален. Российская Федерация не может отстаивать свои интересы, опираясь исключительно на приоритет права личности над правами народов...»⁶⁸.

6. Коррупция в обществе.

С ухудшением качества защиты людей непосредственно связан рост коррупции в государственных структурах власти и обществе. Практически сегодня наше общество охвачено эпидемией этой социальной болезни. Коррупция — это разложение законного порядка исполнения государственной и общественной службы, которое выражается в подкупе и продажности служащих.

В сборнике Ассоциации работников правоохранительных органов РФ «Коррупция в России. Информационные и аналитические материалы. Вып. 2» (2002 г.) понятие коррупции дано в более расширенном виде. «Коррупция — это использование государственными, муниципальными или иными публичными служащими (в том числе депутатами и судьями) либо служащими коммерческих или иных организаций (в том числе международных) своего статуса для незаконного получения каких-либо преимуществ (имущества, прав на него, услуг или льгот, в том числе немущественного характера) либо предоставления последним таких преимуществ» (с. 5–6).

Основные ориентиры в борьбе с таким явлением определены в Европейской Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Совет

⁶⁸ См. по этому вопросу: Именем народа или именем революции? Доктрина депутата Л. Слиски и новая судебная реформа // Юрист. — 2002. — № 9. — С. 16–22.

Европы. Серия Европейских договоров. — Страсбург, 1999 г. — № 173. — 27 января). Однако в нашем российском законодательстве до сих пор государство никак не может определиться, что считать коррупцией (официального законодательного определения коррупции в России до сих пор нет) и как с ней бороться. Более того, самые одиозные, показательные следственные или судебные процессы против коррупционеров оказываются не в пользу государства и общества. Как правило, из следственных кабинетов или даже судебных присутствий коррупционеры, образно говоря, «выезжают на белом коне».

В настоящее время официальная государственная статистика по состоянию коррупции и борьбы с нею отсутствует. Фактически же коррупцией разведен весь государственный и общественный механизм в нашей стране. Без взятки, иных неофициальных отношений с чиновниками в наше время не решается практически ни один мало-мальски заслуживающий внимания вопрос, будь то сфера быденной жизни или сферы более высокого уровня общественных отношений.

Бывший министр МВД, депутат Государственной Думы РФ А. Куликов считает, что коррупция — это следствие переделов собственности. *«В последнее время в стране происходят знаковые события. С одной стороны, усиливается влияние силовых структур, возникают новые подразделения, призванные контролировать бизнес и идут реорганизации и чистки МВД. С другой стороны, и правительство, и парламент демонстрируют незаинтересованность в борьбе с коррупцией. Что лежит в основе этого противоречия? Кто кого сегодня контролирует — власть криминальный бизнес или криминальный бизнес власть?»⁶⁹.*

А поскольку переделы собственности — это процесс перманентный, то, надо полагать, и источники коррупции в государстве неиссякаемы.

Помочь определиться в той или иной сложной жизненной ситуации, выработать наиболее рациональную и правильную с точки зрения закона и справедливости позицию, линию поведения, тактику защиты от произвола, беззакония, необоснованных придинок чиновничества — становится не просто договорным обязательством адвоката-советника, а задачей поистине громадной общественной важности.

Эту задачу способен выполнить адвокат, полностью независимый от коррумпированного чиновника в муниципалитете, любой государственной структуре, правоохранительном органе или суде.

⁶⁹ Независимая газета. — 2001. — 30 ноября. — № 224.

7. Рост преступности.

Рост преступности в стране также обуславливает выведение адвокатуры из системы государственного устройства и придание ей независимого статуса. Какая взаимосвязь между этими факторами и почему одно должно непременно являться причиной для другого? Вопрос достаточно сложный, уходящий в «дебри» криминологии, социологии и ряда других наук, имеющих к вопросу об исследовании преступности как социального явления непосредственное отношение.

Однако мы углубляться в эти «дебри» не станем, ибо предметом нашего исследования является адвокатура как институт гражданского общества и необходимость ее независимости от государства. В настоящее время некоторыми учеными-правоведами адвокатура причисляется к правоохранительной системе государства⁷⁰.

В некоторых учебниках по предмету «Правоохранительные органы России» адвокатура также введена в качестве организации, признаваемой частью правоохранительной системы. Подобное явление серьезным образом сказывается на реализации конституционного принципа осуществления правосудия на началах равенства граждан перед законом и судом, серьезным образом подрывает право гражданина, обвиняемого в совершении преступления или подозреваемого в нем, на защиту, а значит, и на всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела. В конечном итоге такая трактовка места и роли адвокатуры в уголовном процессе подрывает доверие к объективности адвоката вообще, его профессионализму и честности.

Только с 1976 по 1993 гг. преступность в нашей стране выросла на 239%⁷¹, а в последующем этот показатель стал еще выше. Рост преступности обусловил «наплыв» уголовных дел, возбуждаемых против граждан милицией и другими правоохранительными органами.

Как пишет видный советский, а затем российский криминолог В.В. Лунеев: «С ростом «доли» выявленных правонарушений в 1993—1995 годы прямо коррелирует упрощение уголовного судопроизводства и увеличение штатной численности правоохранительных органов»⁷². Так, только по Закону РФ от 29 мая 1992 г. № 2869-1 по 75 статьям УК предварительное следствие стало необязательным, по 65 статьям дела стали рассматри-

⁷⁰ См., например: Власов А.А. Адвокат как объект доказывания в гражданском и арбитражном процессе: Монография. — М.: Юрлитинформ, 2000. — С. 6.

⁷¹ См. Преступность: что мы знаем о ней. Милиция: что мы думаем о ней / под ред. И.Б. Михайловской. — М., 1994. — С. 9.

⁷² См. Лунеев В.В. Преступность XX века. Мировой криминологический анализ. — М.: Норма, 1997. — С. 415.

ваться единолично судьей. В этот же период идет резкий рост численности сотрудников органов внутренних дел. В 1992 г. увеличение на 43 тыс. человек, в 1993 г. — на 50 тыс., и этот процесс продолжился в последующие годы. (Сравните с численностью адвокатов в России.)

Одновременно растет численность заключенных, катастрофически увеличивается «населенность» тюрем, исправительных учреждений, следственных изоляторов и отмечаются грубые нарушения прав содержащихся в них граждан. В сравнении с другими европейскими странами на 100 тыс. населения в 1994 г. количество осужденных в России было 590 чел., в Албании — 30, Болгарии — 95, Словении — 40, Чехии — 180, Литве — 310, Польше — 160, Эстонии — 270 и т.д.⁷³

Однако следует отметить, что картина судимости в нашей стране складывается из судимости в основном небогатой части населения, людей, слабо защищенных от власти, да, кроме того, за менее значимые преступления, чем те, которые совершает высший класс общества, элита, остающаяся полностью безнаказанной независимо от степени вины, сумм похищенного, количества содеянного. В «Комсомольской правде» за 8 и 9 июля 2003 г. в статье ««Неподсудные» генералы» опубликованы списки только некоторых крупных военных чиновников, оставшихся полностью безнаказанными за совершенные ими преступления (всего 47 человек).

Как считает В.В. Лунеев, *«интенсивный рост преступности в совокупности с безнаказанностью преступников стал важным фактором социально-психологической жизни общества. Он порождает у населения чувство страха и тревоги за свою жизнь и благополучие, а также недоверие к органам власти, управления и правоохраны. Потерпевшие и свидетели не обращаются в органы внутренних дел, так как не надеются встретить там законной и доброжелательной реакции и результативного расследования. Поколеблено доверие к прокуратуре и суду. Страх перед преступностью и безысходность положения становятся повседневностью, снижая порог терпимости к преступности...»*⁷⁴.

Если к этому прибавить низкий профессиональный уровень, безответственность многих сотрудников органов, коррупцию и те качества, которые описывались выше при характеристике современной бюрократии, то ясно, что только участие независимого от государства и всей правоохранительной системы адвоката сможет хоть в какой-то степени сбалансировать такое отношение к человеку, попавшему в милицию, пре-

⁷³ Лунеев В.В. Указ. соч. — Табл. 9. — С. 450.

⁷⁴ Лунеев В.В. Указ. соч. — С. 464.

сечь допускаемые к нему неправомерные методы воздействия и другие нарушения закона (уклонение от регистрации преступления, незаконный отказ в возбуждении уголовного дела или незаконное прекращение дела и т.д.). Являясь же частью правоохранительной системы или подчиняясь Министерству юстиции РФ и ее органам на местах, адвокатура никогда не сможет выполнить своей защитительной функции надлежащим образом.

Между тем в настоящее время в условиях роста преступности и увеличившегося количества уголовных дел в силу указанных выше причин состояния кадрового обеспечения в оперативных и следственных органах расследование их ведется из рук вон плохо. Следственный аппарат грубейшим образом нарушает многие процессуальные нормы при добытии доказательств. На этой почве между адвокатами и следователями, прокурорами и в судах возникают конфликтные ситуации, заканчивающиеся тем, что в конечном итоге ходатайства, заявления адвокатов попросту игнорируются, а в некоторых случаях в отношении самих адвокатов через Министерство юстиции РФ инициируются административные преследования и даже возбуждение уголовных дел.

«...До сих пор Россия «славится» обвинительным уклоном на предварительном следствии и судебном разбирательстве, до сих пор российские адвокаты лишены права на равных со следствием и прокуратурой вести собственное расследование и представлять в суде свои доказательства в пользу клиента; поэтому российская Фемида всегда держит свои весы с гирями, заведомо перетягивающими в сторону обвинения. До сих пор прямая адвокатская деятельность не защищена законом; при желании любой милиционер или прокурорский начальник запросто подводит под нее статью Уголовного кодекса: только в последние месяцы возбужден ряд уголовных дел против добросовестных и непокорных адвокатов, некоторые из них взяты под стражу; в прессу выдается тенденциозная информация, дискредитирующая деятельность адвокатов. К глубокому сожалению, эта практика угрожающе нарастает, формы и методы защиты отстают от потребностей практики»⁷⁵.

Такое отношение государства к адвокатуре вызвано не столько озлобленностью конкретных работников правоохранительных органов в связи с преступным «валом», слабой раскрываемостью преступлений и т.д., в чем они видят «козни» адвокатов. Все это причины субъективные и в конечном итоге не настолько опасные. Главной же причиной сложившегося положения видится явление объективного характера — отсутст-

⁷⁵ См.: Мирзоев Г.Б. Эволюция содержания понятий «юридическая защита» и «государственная поддержка» в российском и зарубежном правоведении: Лекция. — М., 1997; Мирзоев Г.Б. Юридическая защита предпринимательства в России. — М., 1997. — С. 240.

вие определенного в законодательстве принципа независимости адвокатуры, отделения ее от системы правоохранительных органов. Как пишет известный адвокат и ученый Ю.Ф. Лубшев: *«Игнорирование права, злоупотребление им, отступление от его требований или, наоборот, произвольное расширение обязанностей — никогда не могут упорядочить какое-либо социальное явление. В этом плане адвокатура как раз и является той системой, которая призвана законом сдерживать «чрезмерную власть», смягчать наносимые ею удары по судьбам людей, удерживать правоохранительных работников от непродуманных шагов»*⁷⁶. Однако такую свою функцию адвокатура сможет выполнить до конца только при новом законодательстве об адвокатуре, которое должно поломать сложившиеся стереотипы об этом институте как «служанке системы», и только тогда она действительно приобретет надлежащий вес в обществе как организация, реально борющаяся за его права и права отдельных его членов.

§3. Министерство юстиции и адвокатура

Вопрос о независимости адвокатуры в концептуальном плане довольно подробно рассмотрен выше. Следует заметить, что вплоть до принятия нынешнего Закона об адвокатуре руководство над адвокатурой в нашей стране было возложено на Советы народных депутатов и их исполнительные органы. В действовавшем Положении об адвокатуре имелся ряд норм о взаимоотношениях адвокатуры с органами государственной власти.

Например, ст. 33 Положения «Взаимоотношения Министерства юстиции РСФСР, министерств юстиции автономных республик, отделов юстиции исполнительных комитетов краевых, областных, городских Советов народных депутатов с адвокатурой», в которой устанавливалось, что Министерство юстиции РСФСР, министерства юстиции автономных республик, отделы юстиции исполнительных комитетов краевых, областных, городских Советов народных депутатов в пределах своей компетенции: контролируют соблюдение коллежиями адвокатов требований Закона СССР «Об адвокатуре в СССР», настоящего Положения, других актов законодательства Союза ССР и РСФСР, регулирующих деятельность адвокатуры; устанавливают порядок оказания адвокатами юридической помощи гражданам и организациям; осуществляют другие полномочия, связанные с общим руководством адвокатурой. Нынешний Закон избе-

⁷⁶ Лубшев Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле.— М.: Юристь, 1997. — С. 6.

жал такого явного и откровенного неравенства и неприкрытого давления государства на адвокатуру.

Однако, несмотря на провозглашенную независимость адвокатуры (в концептуальном плане), долгое время еще действовал Указ Президента Российской Федерации от 2 августа 1999 г. № 954, которым утверждалось **Положение о Министерстве юстиции Российской Федерации** (в ред. Указов Президента РФ 2002 и 2003 гг.). Ныне данное Положение приведено в соответствие с Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2008 г. № 724 «Вопросы системы и структуры федеральных органов исполнительной власти» и указами Президента РФ от 23 декабря 2005 г. № 1522, от 16 марта 2006 г. № 211, от 2 мая 2006 г. № 451, от 21 сентября 2006 г. № 1036, от 20 марта 2007 г. № 370, от 7 мая 2007 г. № 585с, от 4 марта 2008 г. № 311.

Так, упомянутым Положением до принятия в 2002 г. Закона об адвокатуре было определено, что Министерство юстиции РФ дает в установленном порядке согласие на образование коллегий адвокатов; ведет реестр коллегий адвокатов; осуществляет контроль за соблюдением коллегиями адвокатов законодательства Российской Федерации, регулирующего деятельность адвокатуры; утверждает формы и устанавливает сроки представления отчетности коллегиями адвокатов в органы юстиции Российской Федерации; вносит в президиумы коллегий адвокатов представления о возбуждении дел о дисциплинарной ответственности адвокатов; направляет в коллегии адвокатов предупреждения об устранении выявленных нарушений законодательства Российской Федерации.

Как видно, в приведенном документе совершенно игнорировалась роль Минюста как представителя государства в реализации положений Международных конвенций о правах человека и основных свободах, Основных положений о роли адвокатов и других подобных актов, где роль адвокатуры и характер взаимоотношений с ней государства излагается совершенно в другом аспекте — в виде партнерских равноправных отношений, а не отношений начальника и подчиненного, контролера и подконтрольного.

Подобное положение адвокатуры и характер взаимоотношений с ней государства по сути в той или иной степени нивелирует конституционное право российских граждан на квалифицированную юридическую помощь, превращая его в демагогическую пустую фразу, за которой не скрывалось и не скрывается никакой обязанности и ответственности государства перед гражданами.

А поэтому адвокаты, учитывая общие принципы применения правовых норм в зависимости от их иерархии, на практике больше руководствовались все же нормой Закона о независимости адвокатуры. При принятии Закона об адвокатуре в соответствии с его ч. 5 ст. 45 Президенту РФ было предложено поручить Правительству России привести свои нормативные правовые акты в соответствие с настоящим Федеральным законом. В связи с этим в названное выше Положение о Минюсте были внесены существенные изменения, и после этого обязанность министерства по отношению к адвокатуре была изложена так: Министерство юстиции осуществляет организационное и методическое руководство деятельностью своих территориальных органов, связанную с ведением реестров адвокатов субъектов Российской Федерации, выдачей удостоверений адвокатов, участием в работе квалификационных комиссий при адвокатских палатах субъектов Российской Федерации и реализацией иных функций, установленных законодательством Российской Федерации об адвокатуре (п. 40 в ред. Указа Президента РФ от 21 января 2003 г. № 67).

Однако некоторые противоречия с общими принципами независимости адвокатуры вызывало законоположение, согласно которому, например, территориальный орган юстиции наделяется правом направлять представления о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату. В случае, если совет адвокатской палаты в месячный срок со дня поступления такого представления не примет решения о прекращении статуса, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката. Данная норма (ч. 5 ст. 17) была сконструирована, как мы считаем, с грубейшими ошибками технического и концептуального характера.

Во-первых, если законодатель декларирует характер отношений государства и адвокатуры как равноправных партнеров, а адвокатуру признает институтом гражданского общества, а не государства, действующим на основе принципов независимости, самоуправления, корпоративности и равноправия адвокатов, то на каком концептуальном основании органу юстиции дается право диктовать адвокатскому сообществу свое отношение к тому или иному адвокату?

Если же отношения между государством и адвокатурой не основаны на равенстве сторон перед законом, а строятся на чем-то ином, например, на отношениях контроля и подконтрольности, то почему не наделяются правом вносить представления другие государственные органы, например прокурор, надзирающий за законностью, суд, наделенный пра-

вом вносить представления согласно общим нормам процессуального законодательства, и т.д.

Во-вторых, если законодатель декларирует равенство сторон (государства и адвокатуры) во взаимоотношениях по поводу адвокатской деятельности, то почему территориальный орган юстиции сам предпринимает меру, применяемую к тому или иному адвокату: обязательно прекращение статуса адвоката, и диктует ее в безальтернативном порядке совету адвокатской палаты, у которого, возможно, на этот счет имеется свое мнение. Даже прокуратуре при внесении представлений не предоставлено право диктовать адресату, какую конкретно меру дисциплинарного наказания или иную меру реагирования он должен применить в отношении виновного лица.

В-третьих, по подп. 5, 6 п. 1 ст. 17 Закона прекращение статуса адвоката хотя и осуществляется советом адвокатской палаты, однако такое решение принимается на основании заключения квалификационной комиссии. Но комментируемая норма не требует от территориального органа юстиции постановки такого вопроса перед этой комиссией, что превращает направляемое в совет адвокатской палаты представление территориального органа юстиции, если речь в нем идет об основаниях прекращения статуса адвоката, предусмотренных указанными выше пунктами, в невыполнимое требование, а само представление в чисто формальный ритуал.

И, наконец, представление территориального органа юстиции о прекращении статуса адвоката с технической стороны не согласуется с нормами Закона, изложенными в ст. 22, где адвокат признается учредителем коллегии адвокатов.

Взаимосвязаны ли обстоятельства лишения статуса адвоката и ликвидации адвокатского образования?

В Законе вообще никак не решен вопрос в случае лишения адвокатского статуса о дальнейшей судьбе адвоката — соучредителя коллегии, бюро, да и самих этих адвокатских образований, если они учреждены, например, двумя адвокатами.

Автоматически ликвидация юридического лица по такому основанию гражданским законодательством и законодательством о некоммерческих организациях не предусмотрена, ее реорганизация также.

Институт исключения из коллегии адвокатов в Законе об адвокатуре отсутствует, ни территориальный орган юстиции, ни органы адвокатского сообщества с этой целью не могут обращаться и в суд, так как Законом такая форма не предусмотрена. Обращение территориального органа юстиции в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката явится такой же формальной процедурой, как и обращение в адвокатскую па-

лату, ибо в подобном случае суду не предоставлено права давать оценку характеру, например, ненадлежащего исполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем, тяжести совершенного проступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры.

Достаточно самих фактов совершения такого проступка, неисполнения или ненадлежащего исполнения — и заявление будет удовлетворено. И ни кассационная, ни надзорная судебные инстанции в этом случае не смогут ничем помочь изгнанному из адвокатуры человеку, лишенному статуса адвоката лишь на основании коротенького заявления территориального органа юстиции, поводом для которого может стать любая не понравившаяся этому органу сторона деятельности адвоката, под которую может быть «подогнано» любое из юридических оснований для прекращения статуса адвоката.

А поэтому названная норма, можно сказать, полностью уничтожила все достоинства Закона об адвокатуре в части обеспечения гарантий независимости адвоката и превращала настоящий Закон в достаточно эффективное оружие государственных органов против принципиальных и честных адвокатов, активно отстаивающих права своих клиентов в спорах и конфликтах, прежде всего с самим государством.

В статье 18 Закона установлены государственные гарантии независимости адвоката. Эта норма является концептуальной и исходит из общей концепции независимости адвокатуры и адвоката при осуществлении адвокатской деятельности. Значение этой нормы заключается в том, что никто не вправе диктовать адвокату форму его защитительной или представительской позиции, содержание его юридической помощи, никто не может препятствовать ему в осуществлении его адвокатской деятельности и выяснять характер его отношений с клиентом. **Вмешательство в деятельность адвоката, которая осуществляется в соответствии с законом, в какой бы то ни было форме запрещается.**

В связи с этой нормой вышеназванные требования п. 5 ст. 17 Закона, носящего технический характер, если, например, речь идет о представлении территориального органа юстиции по вопросу неисполнения либо ненадлежащего исполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем, противоречат принципу независимости адвоката и запрета вмешательства в адвокатскую деятельность.

Ведь для того, чтобы располагать сведениями об обстоятельствах, являющихся основанием для прекращения статуса адвоката, территориальному органу юстиции будет совершенно недостаточно полученной им,

например, жалобы на адвоката, критического выступления против этого адвоката в СМИ и т.д.

Предполагается, что сообщенная в таких формах информация об адвокате и его клиенте должна быть проверена. Однако территориальный орган юстиции не наделен правом проверять отношения адвоката и клиента, в том числе характер заключенного соглашения (даже если второй экземпляр такого документа будет представлен клиентом).

Истребование от адвокатов, а также работников адвокатских образований, адвокатских палат сведений, связанных с оказанием юридической помощи по конкретным делам, не допускается. Более того, на основании комментируемой нормы территориальному органу юстиции запрещено вмешиваться в адвокатскую деятельность. А поэтому получить необходимые сведения о данном обстоятельстве он не может, а полученные в соответствии с процессуальным законодательством должны признаваться недопустимыми, т.е. не имеющими юридической силы.

А как соотносятся возможность прекращения статуса адвоката в связи с совершением поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, а также в связи с неисполнением решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции, с требованиями Закона о независимости адвоката?

И здесь адвокат оказывается незащищенным перед любым наветом или одиозной оценкой совершенных действий, невыполнения решения исполнительных органов своего сообщества. В данном случае возможно обжалование в установленном законом порядке через Конституционный Суд данной нормы.

Хотя в Законе об адвокатуре отсутствуют как таковые меры ответственности, применяемые к адвокатам, фактически прекращение статуса адвоката по основаниям, указанным в некоторых пунктах ч. 1 ст. 17 Закона, является мерой такой ответственности.

Между тем еще в постановлении Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. был сформулирован основной подход к юридической ответственности — соблюдение критерия определенности правовой нормы. Общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности нормы закона вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями.

Неопределенность содержания правовой нормы, напротив, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правопримене-

ния и неизбежно ведет к произволу, а значит, к **нарушению принципов равенства и верховенства закона**.

Гарантии же недопустимости применения указанных выше норм ответственности (п.п. 5, 6 ч. 1 ст. 17 Закона) к адвокатам в связи с их адвокатской деятельностью в этой части, к сожалению, Законом не предусмотрены, что потребует вмешательства органов адвокатского сообщества (адвокатские объединения) для срочного исправления законодательного пробела.

Адвокат, члены его семьи и их имущество находятся под защитой государства. Органы внутренних дел обязаны принимать необходимые меры по обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества.

Адвокатура и государственные функции. Соотношение независимости адвокатуры и объективно необходимого государственного регулирования

Ранее действовавшее Положение об адвокатуре сразу начиналось с задач адвокатуры, а потому такая конструкция этого документа была крайне неудачной с точки зрения законодательной техники. В нем не давалось определения понятиям «адвокатура» и «адвокатская деятельность». Этот недостаток в период бурных либеральных реформ 1991—1993 гг. привел к расширительному толкованию указанных понятий и включению в институт адвокатуры юристов-лицензиатов, частнопрактикующих юристов коммерческих фирм и т.д.

Такое «упущение» способствовало созданию многочисленных «параллельных» адвокатских структур — коллегий адвокатов, юридических центров и прочих. Однако в момент издания Положения законодатель в лице Верховного Совета РСФСР, руководимого партией с помощью ее «верных оруженосцев» — спецслужб, думал не о расширении юридических структур, увеличении количества адвокатов за счет создания «параллельных коллегий». Стояла задача приравнять адвокатуру по своим функциям к правоохранительным и идеологическим органам коммунистического правления в целях соответствующего воздействия на гражданина. А поэтому умышленно не давалось никаких определений и дефиниций, характеризующих адвокатскую деятельность.

На самом деле адвокатура является правовым институтом, призванным на профессиональной основе обеспечивать защиту прав, свобод и интересов физических и юридических лиц. Адвокатура — это не государ-

ственная структура, не общественная организация, а структура гражданского общества. А значит, никаких государственных функций она выполнять не должна. Это профессиональное объединение юристов, на добровольной основе вступивших в адвокатуру с единственной целью: служение людям в форме оказания юридических услуг.

В первоначальных проектах Закона об адвокатуре в числе ее задач предлагались к принятию и такие, как содействие в укреплении законности и правопорядка. Однако такие задачи относятся к функциям самого государства, для осуществления которых им создается соответствующий аппарат — правоохранительные органы, оплачиваемые государством.

Содействовать этим органам в выполнении ими собственных функций по укреплению законности как независимый от государства орган и, более того, призванный в конечном итоге стоять на стороне гражданина, а не государства, которое преследует этого гражданина, адвокатура не может в силу своей юридической природы. А государство не имеет права обязывать ее выполнять такую задачу, т.е. быть своеобразным государственным агентом по содействию правоохранительным органам в укреплении законности (а это и содействие в раскрытии преступлений, и разоблачение преступников, и информирование органов о готовящихся правонарушениях, и т.д.).

Более того, законодательно запрещено допрашивать адвокатов, проводить с ними оперативные разработки в связи с делами клиентов, находящимися у них в производстве. (См., например, ст. 17 Федерального закона РФ от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: *«Органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений»*; ст. 19 Федерального закона РФ от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «Об органах Федеральной службы безопасности в Российской Федерации»: *«Запрещается использовать конфиденциальное содействие на контрактной основе депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, несовершеннолетних, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных организаций»*.)

Думается, что более правильно формулировка, касающаяся деятельности адвокатуры и ее отношений с государством, изложена в п. 5 международных Стандартов независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов, принятых на конференции МАЮ

в сентябре 1990 г. в г. Нью-Йорке. «П. 5. Права и обязанности общества. На представителей юридической профессии и государственные органы возлагается обязанность обучать и просвещать общество относительно принципов правового государства, значения независимой судебной системы и всей юридической профессии, информировать их о правах и обязанностях, а также о возможных и надлежащих способах их осуществления».

Государство и адвокатура должны соотноситься между собой как равноправные субъекты. В Законе об адвокатской деятельности недвусмысленно определено, что адвокатура не подчинена государству и его органам, в том числе созданным для укрепления социалистической законности.

Однако говорить о полной автономности существования института адвокатуры в нынешнем государстве будет неправильно.

В Законе оставлены определенные «зоны» взаимных обязанностей друг к другу, т.е. государства по отношению к адвокатуры и наоборот, а также определены «точки соприкосновения» их взаимных интересов. Однако такие обязанности и интересы следует считать основанными скорее на партнерском равенстве сторон, нежели на административных принципах подчиненности и отчетности адвокатуры перед государством. Например, в ведении государства находятся такие сферы, как:

— законодательное регулирование всех процессов жизни и деятельности государства, его граждан, в том числе адвокатуры (ч. 2 ст. 3, ст. 4);

— ведение реестра адвокатов субъекта Российской Федерации (ведет территориальный орган федерального органа исполнительной власти в области юстиции), внесение изменений в реестр (ст.ст. 14, 15);

— определение порядка ведения реестра адвокатов (возложено на федеральный орган юстиции (ст. 14);

— обеспечение гарантий независимости адвоката (ч. 3 ст. 3, ст. 18);

— социальное обеспечение адвоката, предусмотренное для граждан Конституцией РФ (ч. 4 ст. 3);

— осуществление финансирования деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно (ч. 3 ст. 3, ст. 26);

— выделение при необходимости адвокатским объединениям служебных помещений и средств связи (ч. 3 ст. 3, ст. 24);

— участие в квалификационных комиссиях адвокатских палат — участвуют по два представителя от территориального органа юстиции, по два представителя — от законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Федерации, по одному — от верховного суда

ГЛАВА 4. Адвокатура и государство — взаимодействие в обеспечении прав и свобод граждан. Свобода и независимость адвокатской деятельности

республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, по одному — от арбитражного суда субъекта Федерации. Всего, таким образом, представителей государства — шесть человек из общего количества членов палаты — 13, предусмотренных по закону (ст. 33);

— внесение представлений в адвокатскую палату о прекращении статуса адвоката при наличии сведений об обстоятельствах, являющихся основанием для прекращения статуса адвоката (ч. 5 ст. 17);

— подача заявления в суд в случае, если совет адвокатской палаты в месячный срок со дня поступления соответствующего представления не принял решения о прекращении статуса адвоката (ч. 5 ст. 17);

— налоговый учет доходов адвокатов и налоговых отчислений в государственные страховые фонды (Налоговый кодекс РФ);

— работа со списками адвокатов членов коллегий адвокатов, образованных до введения в действие настоящего Закона, проверка достоверности представленных документов и сведений, обращение (при необходимости) с этой целью в соответствующие органы и организации, внесение в реестр сведений об адвокатах и публикация в региональных средствах массовой информации списков адвокатов (ст. 40);

— регистрация общественных объединений адвокатов (Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях»);

— проведение совместно с президиумами коллегий адвокатов учредительных собраний (конференций) адвокатов в субъектах Российской Федерации (ст. 41);

— проведение совместно с адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации первого Всероссийского съезда адвокатов (ст. 42);

— государственная регистрация адвокатских структур (Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц»);

— утверждение формы ордера на исполнение адвокатом поручения клиента (ч. 2 ст. 6);

— утверждение формы адвокатского удостоверения и выдача этих удостоверений адвокатам (ст. 15);

— определение порядка страхования риска ответственности адвоката (ст. 19);

— требование созыва внеочередного собрания (конференции) адвокатов (ч. 4 ст. 31);

— руководство реорганизационными процедурами в период создания адвокатских палат.

Названные «зоны» государственного регулирования в сфере деятельности адвокатуры не должны относиться к административному управлению этим институтом (за исключением налогового учета и государственной регистрации, а также определения форм удостоверения и ордера), а поэтому в концептуальном плане говорить об «усеченности» принципов независимости, самоуправления и корпоративности адвокатуры нет никаких оснований. Если же говорить о вопросах налогового права и регистрации, то данные требования государства являются общеобязательными для всех субъектов деятельности на его территории.

Утверждение форм удостоверения и ордера вызвано необходимостью единообразия этих документов на всей территории государства, а выдача и подписание удостоверений адвокатов руководителями органов юстиции — хоть в чем-то компенсировало чиновничье тщеславие. Такое утверждение ордеров и подписание удостоверений нисколько не ущемляет интересов адвокатуры и не посягает на ее самостоятельность.

А вот право направлять представления о лишении адвокатского статуса — достаточно острая проблема, с которой, очевидно, адвокаты будут иметь дело в дальнейших попытках усовершенствовать на парламентском уровне «свой» Закон.

Глава 5

Адвокатская деятельность и ее виды

§1. Понятие и признаки адвокатской деятельности

Адвокатской деятельностью признается квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации, физическим и юридическим лицам (доверителям) в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию.

Понятие «адвокатская деятельность» впервые появилось в Федеральном законе от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». В существовавшем ранее Положении об адвокатуре РСФСР такого понятия не имелось, что приводило к довольно широкому толкованию адвокатского участия в жизни общества.

Основными признаками адвокатской деятельности являются:

а) оказание квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам (доверителям);

б) оказание такой помощи лицами, работающими на профессиональной основе;

в) лица, оказывающие юридическую помощь, должны иметь статус адвоката, который получается в порядке, установленном Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре;

г) целями этой деятельности должны быть:

— защита прав, свобод и интересов доверителей;

— обеспечение доступа к правосудию.

Только наличие в деятельности одновременно всех четырех указанных выше признаков дает основание к признанию ее адвокатской.

Не может быть признана адвокатской деятельностью деятельность, не связанная с квалифицированной юридической помощью (например, регистрация предприятий в регистрационных органах, хождение по инстанциям с целью получения различных документов или их копий, участие в переговорах, не несущих в себе квалифицированного правового характе-

ра, выполнение иных поручений доверителей не юридического характера, в том числе дача экономических, финансовых и иных не основанных на законодательных нормах разъяснений и консультаций и т.д.). Не является адвокатской деятельностью деятельность, хотя и связанная с оказанием квалифицированной юридической помощи, однако оказываемая лицами, не имеющими статуса адвоката, полученного в установленном законом порядке. Не является также адвокатской деятельностью, если она осуществляется лицом, хотя и имеющим статус адвоката, однако не связана с защитой прав, свобод и интересов заявителей, а также обеспечением доступа к правосудию. К примеру, не может быть признана адвокатской деятельностью (даже если ее и выполняет адвокат), связанная с частной детективной работой, охраной своего доверителя, наведением справок коммерческого характера о партнере клиента, выполнением других технических, вспомогательных, организационных, распорядительных, административных функций в интересах доверителя. Выполнять подобные обязанности на платной основе адвокат не вправе.

Адвокатская деятельность **не является предпринимательской**. Это значит, что ее целью не может быть извлечение прибыли. Все доходы адвокатского объединения или отдельного адвоката являются по своей правовой природе не результатом коммерческой или иной предпринимательской деятельности, а вознаграждением, выплачиваемым клиентом. В структуре бухгалтерского баланса адвоката должно отсутствовать указание на прибыль.

Адвокат не должен регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя. Соответственно, на адвоката не распространяются нормы гражданского, налогового и иных видов законодательства, касающиеся предпринимательской деятельности.

Адвокатскую деятельность следует отличать от **иных видов юридической помощи**, которые не относятся к адвокатской деятельности. Это юридическая помощь, оказываемая работниками юридических служб организаций, работниками органов государственной власти и местного самоуправления, участниками и работниками юридических фирм, индивидуальными предпринимателями, нотариусами и патентными поверенными (за исключением случаев, когда в качестве патентного поверенного выступает адвокат) и другими лицами, которые законом специально уполномочены на ведение своей профессиональной деятельности. Законодательное выделение адвокатской деятельности позволяет обеспечить специальным Федеральным законом реализацию конституционных требований о гарантиях права каждому гражданину Российской

Федерации на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ).

Разграничение всех видов юридической помощи имеет весьма важное практическое значение, особенно при решении возникающих вопросов об оказании бесплатной юридической помощи. Федеральный закон об адвокатской деятельности и адвокатуре регламентирует лишь ту бесплатную юридическую помощь, которая входит в адвокатскую деятельность. Это:

а) участие адвоката в качестве защитника по делам в уголовном судопроизводстве, где участие защитника обязательно (т.е. там, где подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним; подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществить свое право на защиту; подозреваемый, обвиняемый не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу; лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь; уголовное дело подлежит рассмотрению с участием присяжных заседателей; обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном гл. 40 УПК РФ (особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением);

б) участие адвокатов в оказании бесплатной юридической помощи гражданам Российской Федерации, среднедушевой доход которых ниже величины прожиточного минимума, в случаях, предусмотренных Федеральным законом (истцам — по рассматриваемым судами первой инстанции делам о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью; ветеранам Великой Отечественной войны — по вопросам, не связанным с предпринимательской деятельностью; гражданам Российской Федерации — при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий; гражданам Российской Федерации, пострадавшим от политических репрессий, — по вопросам, связанным с реабилитацией).

Однако считать указанную выше юридическую помощь, оказываемую адвокатами, в чистом виде бесплатной неправильно, поскольку таковой она будет лишь для тех, кому она оказывается. Труд же адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокуро-

ра и суда, а также компенсация за оказываемую бесплатно юридическую помощь гражданам, оплачивается за счет средств федерального бюджета в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации.

Разграничение видов юридической помощи имеет практическое значение также и в том, что теперь государство не идентифицирует эту помощь целиком с адвокатской деятельностью, а «распределяет» ее между различными субъектами.

В нынешней адвокатской практике распространена такая форма адвокатской деятельности, как оказание услуг **юридическому или физическому лицу, в процессе которой адвокат выступает в должности официального советника руководителя фирмы или конкретного физического лица**. Адвокату разрешается заниматься подобной формой адвокатской деятельности, если она не является штатно оплачиваемой (т.е. если такая деятельность и выполняющее ее лицо не включены в штат организации или физического лица и не требует отдельного трудового или гражданско-правового договора), поскольку адвокат наделен правом оказывать иную юридическую помощь, не запрещенную законом.

Ранее в деятельности отдельных адвокатов имела место работа в организациях на конкретных, установленных штатным расписанием или иными внутренними правоустанавливающими документами должностях: (заместитель, вице-президент, помощник руководителя по правовым вопросам, контролер инвестиционной компании и т.д.). Подобная деятельность не может рассматриваться как адвокатская, ибо она связана с выполнением административных, организационно-распорядительных и иных функций в организации и не является только консультационной. Кроме того, такая деятельность, даже если она несет в себе исключительно консультационную нагрузку и связана только с оказанием профессиональной юридической помощи, является штатной для организации и оплачиваемой, на нее должны распространяться нормы Трудового кодекса РФ или нормы Гражданского кодекса РФ.

Многие существующие ныне адвокатские бюро, фирмы и другие подобные структуры в числе основных видов своей деятельности имели различные формы обслуживания бизнеса. В том числе занимались и работой, не свойственной для адвокатской деятельности в ее чистом виде (аудит, нотариат, арбитражное управление, консалтинг, посредничество в коммерческих сделках). Все это получило название **«комплексное сопровождение проектов и сделок»** или **«комплексное правовое обслуживание»**, куда входили не только юридическое сопровождение, но и обеспечение

полной информации о партнерах, доставки грузов, охраны в пути, нотариальное оформление, аудиторские и ревизионные проверки, претензионное производство и т.д.

Такое совмещение функций для адвокатов не допускается. В связи с этим на практике используются различные формы деятельности, в частности, разделение функций по оказанию адвокатских и консультационных услуг. При этом адвокатское бюро обеспечивает системное правовое сопровождение хозяйственной деятельности своих клиентов — хозяйствующих субъектов. Специалисты же созданных параллельно с адвокатскими бюро консалтинговых фирм осуществляют аудит, маркетинг, консалтинг бизнес-проектов. Таким образом, сохраняется общая структура комплексного экономического и правового сопровождения не только крупных коммерческих проектов, но и всей хозяйственной деятельности основной части бизнеса.

На практике может возникнуть вопрос, является ли адвокатской деятельностью деятельность адвоката, получившего статус адвоката, но не состоящего ни в одном из адвокатских образований. Дело в том, что нормы Закона об адвокатуре, устанавливая порядок приобретения статуса адвоката, нигде не упоминают об обязательной принадлежности адвоката к той или иной адвокатской структуре (адвокатскому кабинету, адвокатскому бюро, коллегии адвокатов, юридической консультации).

Однако адвокатской деятельностью деятельность адвоката, не состоящего ни в одном адвокатском образовании, признана быть не может. В соответствии со ст. 20 Закона об адвокатуре перечень форм адвокатских образований является закрытым. Если адвокат отказался от участия в каком-либо из коллегияльных адвокатских образований, он вправе осуществлять адвокатскую деятельность индивидуально. В этом случае он может учредить только адвокатский кабинет. Таким образом, осуществлять адвокатскую деятельность в иных не предусмотренных законом формах адвокат не вправе.

Кроме того, адвокат оказывает юридическую помощь только на основании соглашения с клиентом. А существенным условием соглашения, наряду с другими, является и указание на принадлежность адвоката к адвокатскому образованию. Таким образом, в случае не указания в соглашении на такое существенное условие договор с клиентом будет считаться недействительным, а значит, не порождающим никаких взаимных прав и обязанностей. Следовательно, для адвоката будет отсутствовать основной критерий, характеризующий адвокатскую деятельность: сама юридическая помощь.

§2. Виды адвокатской деятельности

Адвокатская деятельность является многообразной и осуществляется в различных видах, которые могут быть **классифицированы** следующим образом:

- консультационная помощь доверителю;
- составление документов правового характера;
- выступление в качестве представителя или защитника доверителя. Оказывая юридическую помощь, адвокат:
 - дает консультации и справки по правовым вопросам как в устной, так и в письменной форме;
 - составляет заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера;
 - представляет интересы доверителя в конституционном судопроизводстве;
 - участвует в качестве представителя доверителя в гражданском и административном судопроизводстве;
 - участвует в качестве представителя или защитника доверителя в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях;
 - участвует в качестве представителя доверителя в разбирательстве дел в третейском суде, международном коммерческом арбитраже (суде) и иных органах разрешения конфликтов;
 - представляет интересы доверителя в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях;
 - представляет интересы доверителя в органах государственной власти, судах и правоохранительных органах иностранных государств, международных судебных органах, негосударственных органах иностранных государств, если иное не установлено законодательством иностранных государств, уставными документами международных судебных органов и иных международных организаций или международными договорами Российской Федерации;
 - участвует в качестве представителя доверителя в исполнительном производстве, а также при исполнении уголовного наказания;
 - выступает в качестве представителя доверителя в налоговых правоотношениях.

Представительские функции адвоката в общей форме перечислены в Федеральном Законе об адвокатуре. Конкретные права и обязанности ад-

воката как представителя юридического или физического лица достаточно полно регулируются соответствующими отраслями законодательства. При этом следует учитывать, что институт представительства и полномочия представителей детализированы в каждой отрасли и требуют конкретизации в зависимости от возникших правоотношений.

В соответствии со ст. 53 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» адвокат может быть представителем стороны в конституционном судопроизводстве. Полномочия адвоката подтверждаются соответствующими документами.

В гражданском судопроизводстве граждане могут вести свои дела в суде через представителей. Адвокат может быть таким представителем на основании ст. 49 ГПК РФ. Право адвоката на выступление в суде в качестве представителя удостоверяется ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием.

Статья 45 УПК РФ предусматривает, что представителями потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя могут быть адвокаты. Статья 49 УПК РФ также предусматривает допуск адвоката в качестве защитника. **Защитник — лицо, осуществляющее в установленном УПК РФ порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.**

Для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в производстве по делу об административном правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему — представитель. Согласно ст. 25.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат. Полномочия адвоката удостоверяются ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием.

Участие адвоката в арбитражном суде в качестве представителя регулируется гл. 6 АПК РФ.

Статья 26 Налогового кодекса РФ предоставляет налогоплательщику право участвовать в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, через уполномоченного представителя, если иное не предусмотрено НК РФ. Уполномоченный представитель налогоплательщика-организации осуществляет свои полномочия на основании доверенности, выдаваемой в порядке, установленном гражданским законодательством. Уполномоченный представитель налогоплательщика — физического лица

осуществляет свои полномочия на основании нотариально удостоверенной доверенности или доверенности, приравненной к нотариально удостоверенной в соответствии с гражданским законодательством.

Адвокат вправе оказывать **любую юридическую помощь**, если она не запрещена федеральным законом. Это могут быть «юридические заключения адвоката по результатам правового анализа ситуации или представленных адвокату для изучения документов», участие (с согласия клиента и при соблюдении адвокатской тайны) в публичном освещении правовых вопросов по конкретному делу, любая другая деятельность, не запрещенная законом.

В статье 2 Закона об адвокатуре указаны исчерпывающие случаи, при которых представительство организаций, органов государственной власти, органов местного самоуправления в гражданском и административном судопроизводстве, судопроизводстве по делам об административных правонарушениях признается правомерным. Такое представительство будет законным только тогда, когда его осуществляет адвокат. В качестве исключения к такому ограничению исполнения представительских функций закон допускает участие в представительстве работников, состоящих в штате организации, органов государственной власти и местного самоуправления.

Таким образом, данной нормой законодатель резко ограничил участие в представительстве интересов указанных организаций и органов других лиц, занимающихся оказанием юридической помощи (юридических фирм, лиц, не состоящих в адвокатских объединениях и т.д.). И в то же время этой нормой законодатель еще больше защитил интересы организаций, обращающихся за юридической помощью, обеспечив им возможность защищаться или представлять свои интересы на более профессиональной основе, наличие которой предполагается только у адвокатуры (в силу особого порядка приобретения статуса адвоката, независимости этого специалиста, достаточно сложной системы корпоративности в адвокатской деятельности (соблюдение адвокатской этики, порядок приостановления и лишения статуса адвоката) и т.д.).

Однако следует учесть, что исключительные права адвокатов на представительство в суде действуют в том случае, если иное не установлено федеральным законом.

К примеру, ст. 48 действующего ГПК РФ допускает в качестве представителей граждан в суде не только адвокатов. Причем полномочия таких представителей могут быть выражены в устном заявлении доверителя в суде, занесенном в протокол судебного заседания. Согласно ст. 59

АПК РФ представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, могут выступать в арбитражном суде адвокаты и иные оказывающие юридическую помощь лица.

Ранее частями 5-5.1. ст. 59 АПК РФ был установлен исчерпывающий перечень представителей организаций в арбитражном суде: руководители организаций, действующие в пределах полномочий; лица, состоящие в штате организаций (в том числе работающие по совместительству); адвокаты. Исходя из данного перечня, представителями организаций в арбитражном суде иные лица, оказывающие юридическую помощь, выступать не могли.

Однако постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П часть 5 ст. 59 АПК РФ была признана не соответствующей Конституции РФ в той мере, в какой она в системной связи с п. 4 ст. 2 Закона об адвокатуре исключает для выбранных организациями лиц, оказывающих юридическую помощь, возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей, если они не относятся к числу адвокатов или лиц, состоящих в штате этих организаций. Соответственно положения, признанные неконституционными, утратили силу.

ГЛАВА 6

Статус адвоката

§1. Понятие «адвокат»

Термин «адвокат» происходит от латинского слова “advocare” — призывать на помощь. Под определением «адвокат» (лат. advocatus) всегда понимался юрист, оказывающий профессиональную правовую помощь посредством консультаций, защиты обвиняемого на суде и т.д.

Понятие «адвокат» состоит из двух частей: первая определяет его правовую (статусную) сторону, вторая — функциональную, т.е. предназначение адвоката.

Адвокат — это лицо, получившее статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. При этом порядок получения статуса адвоката должен соответствовать Федеральному закону об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам. Это вторая часть определения. В ней раскрывается функциональная сторона, во имя которой, по существу, и необходимо соблюдение специальных требований о приобретении статуса адвоката. Таким образом, только в единстве с законностью приобретения статуса адвоката и с независимостью адвоката как советника своего клиента по правовым вопросам и может рассматриваться фигура современного адвоката.

Адвокату запрещено помимо адвокатской заниматься другой оплачиваемой деятельностью за исключением научной, преподавательской или иной творческой деятельности. В целях осуществления творческой деятельности адвокат вправе вступать в соответствующие трудовые отношения (работать научным сотрудником в научно-исследовательском институте, преподавателем вуза, корреспондентом средства массовой информации и т.д.).

Кроме того, в законе сделана оговорка о том, что адвокат не вправе также занимать государственные и муниципальные должности. Данная оговорка вызвана тем, что некоторые адвокаты занимали указанные должности, ссылаясь на государственную службу как особый вид профессиональ-

ной служебной деятельности граждан Российской Федерации, который не относится к «другой оплачиваемой деятельности».

Федеральный закон не ограничивает адвоката территорией, на которой он вправе осуществлять свою деятельность. При этом никто не вправе требовать от адвоката, проживающего в другом субъекте РФ или внесенного в иной региональный реестр, какого-либо разрешения для выполнения своих обязанностей на «чужой» территории (в иных субъектах РФ). Это очень важное законодательное установление. Оно дает возможность гражданину приглашать адвокатов из других регионов, быть более защищенным от местного влияния на правосудие и законность.

Федеральным законом предусмотрены ограничения в участии иностранных адвокатов в адвокатской деятельности на территории Российской Федерации. Такое участие адвокатов иностранного государства допускается лишь для оказания юридической помощи по вопросам права данного иностранного государства. Однако даже и в этом случае, если такое участие связано с государственной тайной Российской Федерации, адвокат иностранного государства не может оказывать юридическую помощь на территории нашей страны.

§2. Полномочия адвоката

Адвокат обладает весьма широкими полномочиями при осуществлении своих обязанностей, связанных с защитой и представительством граждан и организаций. Некоторые из этих полномочий непосредственно указаны в Федеральном Законе об адвокатуре. Другие содержатся в нормах конституционного, гражданского, арбитражного, административного и уголовного судопроизводства.

Полномочия адвоката в конституционном судопроизводстве изложены в ст. 53 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». В гражданском судопроизводстве полномочия адвоката в суде регулируются ГПК РФ (гл. 5 «Представительство в суде»). УПК РФ определяет права адвоката в уголовном судопроизводстве в ст. 45 гл. 6 «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения» и в ст.ст. 49—53, 55 гл. 7 «Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты». Участие адвоката в производстве по делу об административном правонарушении регламентируется ст. 25.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях. При этом в данной статье понятие «адвокат» приравнено к термину «защитник».

Участие адвоката в судопроизводстве в арбитражном суде в качестве представителя предусматривается в главе 6 АПК РФ «Представительство в арбитражном суде». Полномочия адвоката в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, предусмотрены ст.ст. 26—29 НК РФ.

Документом, удостоверяющим полномочия адвоката на исполнение поручения в случаях, установленных законом, является **ордер**, выдаваемый адвокатским образованием, в котором адвокат осуществляет свою деятельность. Если соответствующий закон не требует обязательного наличия ордера, адвокат вправе представлять доверителя только на основании доверенности.

Следует учесть, что иногда даже при наличии ордера адвокату дополнительно требуется специальная доверенность на подтверждение определенных полномочий. Так, в соответствии со ст. 62 АПК РФ адвокат вправе совершать на основании ордера от имени представляемого им лица все процессуальные действия, за исключением тех, которые требуют специальной оговорки в доверенности или ином документе. В арбитражном судопроизводстве это касается права адвоката на подписание искового заявления и отзыва на исковое заявление, заявления об обеспечении иска, передачу дела в третейский суд, полный или частичный отказ от исковых требований и признание иска, изменение основания или предмета иска, заключение мирового соглашения и соглашения по фактическим обстоятельствам, передачу своих полномочий представителю другому лицу (передоверие), а также права на подписание заявления о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, обжалование судебного акта, получение присужденных денежных средств или иного имущества.

Законом предусмотрена единообразная форма ордера, утверждаемая федеральным органом юстиции. Поскольку характер отношений адвоката и его клиента (доверителя) представляет собой адвокатскую тайну и несет конфиденциальную информацию, то никто не вправе требовать от адвоката предъявления в качестве подтверждения существующих отношений с доверителем договоров или иных соглашений с ним об оказании юридической помощи.

Обеспечивая свободу деятельности адвокатов при выполнении функции защиты граждан и организаций, ст. 6 Закона об адвокатуре предоставляет им собственные **широкие права**. Адвокат вправе совершать иные действия, не противоречащие законодательству РФ, и, соответственно, выйти за рамки прямо оговоренных в данной статье прав. Ранее дейст-

вовавшее Положение об адвокатуре таких полномочий для адвокатов не предоставляло.

Теперь адвокат вправе, представляя права и законные интересы своих доверителей, запрашивать и собирать иным способом справки, характеристики и иные документы и сведения, необходимые для оказания юридической помощи. При этом круг собираемых сведений не ограничен. Государственные органы, общественные объединения, а также иные организации, куда обращается адвокат, обязаны выдавать ему запрошенные документы или их заверенные копии. Что касается других форм сбора информации, то в Законе они не оговорены, а значит, предполагается, что если такая процедура не противоречит Закону, то всякая полученная адвокатом информация, всякое сведение должны быть приняты тем органом, для которого они собраны.

Закон особо выделяет такой документ, как адвокатский запрос, который адвокат вправе направлять в органы государственной власти и местного самоуправления, общественные объединения и иные организации, а также устанавливает сроки его рассмотрения. Адвокатский запрос это официальное обращение адвоката в органы и организации о предоставлении справок, характеристик и иных документов, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи. Требования к форме, порядку оформления и направления адвокатского запроса определены Минюстом России в приказе от 14 декабря 2016 г. № 288.

В предоставлении адвокату запрошенных сведений может быть отказано только в случае, если: 1) адвокат обращается по вопросу, который не входит в компетенцию органа и организации; 2) субъект, получивший адвокатский запрос, не располагает запрошенными сведениями; 3) нарушены требования к форме, порядку оформления и направления адвокатского запроса; 4) запрошенные сведения отнесены законом к информации с ограниченным доступом. При этом неправомерный отказ в предоставлении сведений или нарушение сроков их предоставления влекут административную ответственность в соответствии со ст. 5.39 КоАП РФ.

Адвокат имеет правовую возможность **опрашивать лиц** (с их согласия), предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому он оказывает юридическую помощь. Такой опрос может совершаться в письменной форме, чтобы в последующем можно было предъявить этот «опросный лист» в суд или иной орган, например, с ходатайством о допросе этого лица. Однако при использовании на практике данного полномочия адвокату необходимо быть достаточно осмотрительным, чтобы

не оказаться в последующем в роли свидетеля или иного лица, процессуальное положение которого устраниет его как адвоката.

Адвокат наделен полномочиями **представлять и собирать предметы и документы**, которые могут быть признаны вещественными доказательствами. При этом также необходимо иметь в виду, что личное участие в таких сборах при определенных условиях вполне может трансформироваться в частную детективную деятельность, что недопустимо с точки зрения как адвокатской этики, так и требований процессуального законодательства. Однако сбор предметов и документов может осуществляться путем их получения адвокатом от уполномоченных на их поиск лиц, от доверителей, от частных детективов или от официальных органов и работников. Все эти действия должны строго соотноситься с требованиями процессуального законодательства и соответствовать ему.

Адвокат вправе **привлекать специалистов** для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи. Эта форма неофициально уже давно используется адвокатами. Нередко адвокаты при возникновении на практике сложных правовых вопросов прибегали к исследованию ситуаций и представлению следственным или судебным органам юридических заключений, составленных приглашенными ими специалистами в области права. Такие документы помогали соответствующим органам в решении этих вопросов.

Законом **разрешено фиксировать** (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную и иную охраняемую законом тайну. Это важное право дает, к примеру, возможность адвокату беспрепятственно с помощью собственной техники копировать всю необходимую информацию из дела, которое он ведет.

Адвокат не вправе принимать поручения, если они носят **заведомо незаконный характер**. Очевидно, что при применении этой нормы могут возникать некоторые трудности. Проблема здесь в том, что нет определения понятия «заведомо незаконный характер». Оно явно оценочное, что может по-разному интерпретироваться в адвокатской практике, возможны столкновения позиций и точек зрения на одну и ту же проблему. Представляется, что со временем эта норма будет разъяснена законодателем, исходя из практических наработок в деятельности адвокатских образований. Ведь бывает достаточно сложно определить и оценить незаконный характер того или иного обращения к адвокату.

Степень субъективного понимания законности или незаконности тех или иных действий определить очень сложно. Понятие «заведомо неза-

конный характер» относится именно к субъективной стороне восприятия. Если данную норму трактовать также и с точки зрения объективной стороны, то критериями заведомой незаконности, наряду с субъективным восприятием ситуации как незаконной, могут быть действия, явно противоречащие Конституции РФ, конкретной норме материального или процессуального права, международным нормам, если незаконность этих действий подтверждена вступившим в силу судебным решением.

Адвокат **не вправе принимать** от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случаях, если он: имеет самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интереса данного лица; участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста, переводчика, является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также если он являлся должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица; состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица; оказывает юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица.

Адвокат, принявший поручение своего доверителя, **не вправе в последующем занимать** по делу позицию вопреки воле доверителя. Однако в данном правиле есть одно исключение: адвокат может занять позицию вопреки воле своего доверителя, если он убежден в самооговоре доверителя. В таком случае его позиция должна быть направлена на исправление ситуации в пользу доверителя и установление всех мотивов и причин самооговора. Адвокат не имеет права также делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает.

Нередко адвокаты при исполнении поручений клиентов прибегают к помощи средств массовой информации или иным путем сообщают сведения, сообщенные им доверителями в связи с оказанием ими юридических услуг. Такие действия должны быть всегда согласованы с доверителями и без их согласия недопустимы.

Адвокат, принявший на себя защиту клиента, **не вправе в последующем от нее отказаться**. Термин «защита» применяется только в уголовном и административном процессе, поэтому в этой норме законодатель значительно сузил круг существовавших ранее в ряде т.н. «Кодексов этики» многих коллегий адвокатов случаев, когда адвокат не мог отказаться от принятого на себя представительства клиента. В данном случае речь не идет

о взаимоотношениях адвоката с доверителями по вопросам частно-правового регулирования и иным вопросам, где не осуществляется защита клиента, а оказывается ему иная юридическая помощь.

Моментом принятия адвокатом на себя защиты является достижение соглашения между адвокатом и доверителем об оказании юридической помощи. В уголовном судопроизводстве адвокат выступает в качестве представителя доверителя только на основании договора поручения, который относится к числу консенсуальных. Это означает, что договор поручения считается совершенным в момент достижения соглашения между сторонами.

Моментом принятия адвокатом на себя защиты будет признаваться момент подписания соглашения с клиентом в случаях, установленных ст. 51 УПК РФ («Обязательное участие адвоката»), а также тогда, когда это специально оговорено в соглашении с клиентом. В иных случаях стороны соглашения об оказании юридической помощи могут оговорить момент вступления в силу соглашения, а также момент принятия адвокатом на себя защиты отдельной датой либо какими-то обстоятельствами (предварительным поступлением вознаграждения адвокату и компенсации на предстоящие расходы, связанные с исполнением поручения клиента, и т.д.). Указанные положения не могут толковаться расширительно и распространяться на случаи разового участия дежурного или иного адвоката, приглашенного следователем, дознавателем, прокурором, судом в порядке ст. 51 УПК РФ, без заключения соответствующего соглашения между адвокатом и доверителем.

Отдельной нормой ч. 5 ст. 6 Закона об адвокатуре предусмотрен **запрет на негласное сотрудничество** адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность (ОРД). Такое сотрудничество на практике проявляется не только в случаях, когда органы, осуществляющие ОРД (оперативные службы МВД, ФСБ и т.д.), вербуют агентов из числа сотрудников той или иной структуры, в том числе и адвокатов, но и для получения информации о состоянии дел в этой структуре.

Негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими ОРД, может иметь место также и в интересах клиентов адвоката (прослушивание по просьбе адвоката телефонных разговоров, фотографирование или иная фиксация сотрудниками спецслужб действий процессуального противника доверителя, перлюстрация почтовых отправлений, проникновение в жилище, другие формы оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых по просьбе адвоката). Негласное сотрудничество проявляется и в достижении договоренности адвоката и спецслужб

об уменьшении ответственности клиента адвоката путем фабрикации материалов оперативных проверок, поиска лжесвидетелей и т.д. Тем самым «занижается» роль доверителя в установленных ранее или если и не установленных действиях, однако потенциально устанавливаемых в ходе осуществляемой проверки. Возможны и многие другие способы негласного сотрудничества, что, помимо настоящего законодательного запрета, должно быть одним из строго осуждаемых адвокатской этикой действий адвоката.

В то же время запрет на негласное сотрудничество, установленный ст. 6 Закона об адвокатуре, не распространяется на передачу информации федеральному органу исполнительной власти, принимающему меры по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (уполномоченному органу) в соответствии с Федеральным законом «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ. Согласно ст. 7.1 указанного закона адвокаты обязаны осуществлять меры по идентификации клиентов, организации внутреннего контроля, фиксированию и хранению информации в случаях, когда они готовят или выполняют от имени или по поручению своего клиента следующие операции с денежными средствами или иным имуществом: сделки с недвижимым имуществом; управление денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом клиента; управление банковскими счетами или счетами ценных бумаг; привлечение денежных средств для создания организаций, обеспечения их деятельности или управления ими; создание организаций, обеспечение их деятельности или управление ими, а также куплю-продажу организаций. При наличии у адвоката любых оснований полагать, что указанные сделки или финансовые операции осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, он обязан уведомить об этом уполномоченный орган. Адвокат вправе передать такую информацию как самостоятельно, так и через адвокатскую палату. При этом ни адвокат, ни адвокатская палата не вправе разглашать факт передачи указанной информации.

Положения Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ об обязательном предоставлении адвокатом уполномоченному органу информации о сделках или финансовых операциях, направленных на легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем, и финансировании терроризма значительно ограничены другой нормой этого же

закона, установившей, что указанные положения не относятся к передаче сведений, на которые распространяется требование законодательства о соблюдении адвокатской тайны.

§3. Обязанности адвоката

Деятельность адвокатуры посвящена отстаиванию интересов граждан и организаций, а не государственных интересов в первую очередь, как это зачастую было раньше. Соответственно, на первое место в обязанностях адвоката выдвигается честное, разумное и добросовестное отстаивание прав и законных интересов доверителя всеми не запрещенными законодательством средствами (**назовем такие обязанности «внешними»**). В то же время обязанности адвокатов отражают более значимую роль каждого адвоката в деятельности адвокатского сообщества. Ведь адвокат, состоящий в адвокатской палате, имеющий адвокатский кабинет или работающий в адвокатском бюро, коллегии, должен иметь обязанности и по отношению к этим структурам (**назовем эти обязанности «внутренними»**).

Следует обратить внимание также на формулировки обязанностей, содержащиеся в Основных положениях о роли адвокатов (1990 г.). Так, в соответствии со ст.ст. 12—15 Основных положений адвокаты должны постоянно поддерживать честь и достоинство своей профессии как важные участники отправления правосудия. Обязанности адвоката по отношению к клиенту включают:

- а) консультации клиента о его правах и обязанностях с разъяснением принципов работы правовой системы, поскольку они относятся к правам и обязанностям клиента;
- б) оказание помощи клиенту любым законным способом и совершение правовых действий для защиты его интересов;
- в) оказание клиенту помощи в судах, трибуналах и административных органах.

Адвокаты, оказывая помощь своим клиентам при осуществлении правосудия, обязаны добиваться соблюдения прав человека и основных свобод, признаваемых национальным и международным правом, и должны всегда действовать свободно и настойчиво в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими нормами. Адвокат должен всегда быть лояльным к интересам своего клиента.

Законодатель специально выделил как одну из основных обязанностей адвоката **обязательное участие в качестве защитника** в уголовном судопроизводстве по назначению, а также предусмотренное законодательством **оказание юридической помощи гражданам бесплатно**. Порядок оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда определяется Советом Федеральной палаты адвокатов. В настоящее время действует «Порядок назначения адвокатов в качестве защитников в уголовном судопроизводстве» (утв. решением Совета Федеральной палаты адвокатов от 5 октября 2017 г., протокол № 5).

Адвокаты обязаны **соблюдать кодекс профессиональной этики** и исполнять решения органов адвокатского самоуправления — адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, обязательными членами которой они являются, а также Федеральной палаты адвокатов. Кодекс профессиональной этики адвоката принимает Всероссийский съезд адвокатов.

В структуре Федеральной палаты адвокатов создан специальный коллегиальный орган — **Комиссия по этике и стандартам**, который разрабатывает стандарты оказания квалифицированной юридической помощи и другие стандарты адвокатской деятельности, а также дает обязательные для всех адвокатских палат и адвокатов разъяснения по вопросам применения кодекса профессиональной этики адвоката.

Данные нормы обеспечивают властные полномочия органов адвокатского самоуправления и служат правовой основой для привлечения к ответственности адвокатов, не исполняющих их решения. Тем самым заложен юридический фундамент для координации и единообразия в деятельности адвокатских образований.

Адвокат обязан **осуществлять отчисления** из своего вознаграждения на общие нужды адвокатской палаты и на содержание адвокатского образования, в котором он осуществляет свою деятельность.

Закон не оговаривает размер и порядок отчислений на содержание адвокатских образований. Очевидно, что адвокат или адвокаты обязаны обеспечить финансирование своего адвокатского образования в размере, необходимом для его нормального функционирования и выполнения всех обязанностей в соответствии с действующим законодательством. Порядок указанных отчислений определяется самими адвокатами. Закон содержит только одно уточнение: отчисления на общие нужды адвокатской палаты должны осуществляться адвокатом ежемесячно. Дан-

ное положение не запрещает адвокату производить отчисления авансом, т.е. сразу за несколько месяцев или год.

В статье 7 Закона об адвокатуре на адвоката возложена **обязанность по страхованию риска** своей профессиональной имущественной ответственности. Содержание данной обязанности специально раскрыто в ст. 19 Закона, которая уточняет, что адвокат осуществляет в соответствии с федеральным законом страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности за нарушение условий заключенного с доверителем соглашения об оказании юридической помощи.

Страхование профессиональной ответственности является довольно специфической отраслью страхования, сопряженной с особыми рисками. Этот вид страхования по действующему в настоящее время законодательству относится к страхованию внедоговорной, или деликтной, ответственности.

За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Законом об адвокатуре. Так, в соответствии со ст. 17 за неисполнение либо ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем предусмотрено прекращение статуса адвоката. Совет адвокатской палаты рассматривает жалобы на действия или бездействие адвоката с учетом заключения квалификационной комиссии. Одной из задач последней является рассмотрение указанных жалоб и дача заключений о наличии или об отсутствии в действиях (бездействии) адвоката нарушения норм кодекса профессиональной этики адвоката, о неисполнении или ненадлежащем исполнении им своих обязанностей.

Указанные нормы содержат весьма общие положения об ответственности адвоката и ничего не говорят о конкретных мерах ответственности адвоката. Остается неурегулированным и вопрос о процедуре признания адвоката неисполнившим или ненадлежаще исполнившим свои обязанности.

§4. Адвокатская тайна

Адвокат **не имеет права разглашать любые сведения**, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи без согласия доверителя. Эта важнейшая обязанность адвоката требует особого внимания. Адвокат обязан строго соблюдать адвокатскую тайну, которую составляют само обращение к адвокату и любые иные сведения, свя-

занные с оказанием адвокатом юридической помощи своим клиентам. В связи с этим адвокат не подлежит вызову и допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или ее оказанием. Запрещается прослушивать телефонные и иные переговоры адвоката, обследовать помещения, в которых оказывается юридическая помощь, проводить иные оперативно-розыскные мероприятия, ставящие под угрозу сохранение адвокатской тайны, если отсутствует соответствующее судебное решение. Материалы и документы, не составляющие досье адвоката по делу, могут подлежать до-мотру, осмотру, выемке и изъятию только на основании судебного решения.

Указание в ст. 8 Закона об адвокатуре на то, что адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля, имеет непосредственное отношение к установленным государством гарантиям адвокатской деятельности и обеспечению адвокатской тайны. В указанном положении изложено не профессиональное право адвоката по обеспечению адвокатской тайны, а скорее обязанность государства по обеспечению государственной гарантии независимой деятельности адвоката.

Закон определенно исходит из невозможности совмещения процессуальных функций адвоката (защитника) с обязанностью давать свидетельские показания по тому же делу. Данная норма связана с требованиями п.п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, согласно которым не подлежат допросу в качестве свидетелей: адвокат подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием; адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи. Реализация данных норм направлена на обеспечение конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату в связи с выполнением последним своих профессиональных функций.

Уголовно-процессуальное законодательство, не устанавливая каких-либо исключений из этого правила в зависимости от времени получения адвокатом сведений, составляющих адвокатскую тайну, не ограничивает их сведениями, полученными лишь после того, как адвокат был допущен к участию в деле в качестве защитника обвиняемого. Запрет допрашивать адвоката о ставших ему известными обстоятельствах дела распространяется на сведения, полученные им также в связи с осуществлением защиты подозреваемого.

Адвокат не вправе разглашать сведения, сообщенные ему как в связи с осуществлением защиты, так и при оказании другой юридической по-

мощи. Следует обратить внимание, что некоторые обстоятельства могут стать известны адвокату в связи с обращением к нему лица еще до заключения соглашения об оказании юридической помощи. Такие обстоятельства также подпадают под адвокатскую тайну.

Адвокатская тайна распространяется и на любые сведения о сделках и финансовых операциях клиента, которые стали известны адвокату в связи с оказанием юридической помощи своему доверителю и которые адвокат обязан фиксировать и хранить в соответствии с Федеральным законом «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

Освобождение адвоката от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах и сведениях, которые ему стали известны или были доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению права каждого гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (п. 1 ст. 23 Конституции РФ) и является гарантией того, что информация о частной жизни, конфиденциально доверенная лицом в целях собственной защиты только адвокату, не будет вопреки воле этого лица использована в иных целях, в том числе как свидетельство против него самого (ст. 24, п. 1 ст. 51 Конституции РФ).

Закон существенно ограничивает возможность вторжения оперативных служб и следственных органов в деятельность адвоката и предписывает оперативно-розыскные мероприятия и следственные действия в отношении адвокатов проводить только на основании судебного решения. Полученные оперативными службами и следственными органами сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения лишь тогда, если эти сведения, предметы и документы не входят в производство адвокатов по делам доверителей.

Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления и предметы, запрещенные к обращению, или оборот которых ограничен законодательством.

Ограничения в оборотоспособности некоторых объектов установлены, например, Указом Президента РФ от 22 февраля 1992 г. № 179. Им утвержден перечень видов продукции и отходов производства, свободная реализация которых запрещена. К таковым относятся, в частности:

- драгоценные и редкоземельные металлы и изделия из них;
- драгоценные камни и изделия из них;
- стратегические материалы;

— вооружение, боеприпасы к нему, военная техника, запасные части, комплектующие изделия и приборы к ним, взрывчатые вещества, средства взрывания, порох, все виды ракетного топлива, а также специальные материалы и специальное оборудование для их производства, специальное снаряжение личного состава военизированных организаций и нормативно-техническая продукция на их производство и эксплуатацию;

— боевые отравляющие вещества, средства защиты от них и нормативно-техническая документация на их производство и использование;

— рентгеновское оборудование, приборы и оборудование с использованием радиоактивных веществ и изотопов;

— результаты научно-исследовательских и проектных работ, а также фундаментальных поисковых исследований по созданию вооружения и военной техники;

— специальные и иные технические средства, предназначенные (разработанные, приспособленные, запрограммированные) для негласного получения информации, нормативно-техническая документация на их производство и использование и др.

В п. 4 ст. 82 Налогового кодекса Российской Федерации особо оговаривается, что при осуществлении налогового контроля не допускаются сбор, хранение, использование и распространение информации о налогоплательщике (плательщике сбора, налоговом агенте), полученной в нарушение принципа сохранности информации, составляющей профессиональную тайну иных лиц, в частности адвокатскую тайну.

При проведении налоговых проверок адвокат не может допрашиваться налоговыми органами в качестве свидетеля, если он получил информацию, необходимую для проведения налогового контроля, в связи с исполнением своих профессиональных обязанностей и если подобные сведения относятся к профессиональной тайне адвоката (ст. 90 Налогового кодекса Российской Федерации).

§5. Приобретение статуса адвоката

Статус адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, которое имеет высшее юридическое образование, полученное в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, либо ученую степень по юридической специальности. Указанное лицо также должно иметь стаж ра-

боты по юридической специальности не менее двух лет либо пройти стажировку в каком-либо адвокатском образовании в срок от одного года до двух лет.

Для определения наличия высшего юридического образования лицо, претендующее на получение статуса адвоката, должно представить диплом образовательного учреждения высшего профессионального образования, прошедшего государственную аккредитацию, либо диплом, которым подтверждается присуждение ученой степени по юридической специальности.

В стаж работы по юридической специальности, необходимой для приобретения статуса адвоката, включается работа:

- 1) в качестве судьи;
- 2) на требующих высшего юридического образования государственных должностях в федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов Российской Федерации, иных государственных органах;
- 3) на требовавших высшего юридического образования должностях в существовавших до принятия действующей Конституции Российской Федерации государственных органах СССР, РСФСР и Российской Федерации, находившихся на территории Российской Федерации;
- 4) на требующих высшего юридического образования муниципальных должностях;
- 5) на требующих высшего юридического образования должностях в органах Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации;
- 6) на требующих высшего юридического образования должностях в юридических службах организаций;
- 7) на требующих высшего юридического образования должностях в научно-исследовательских учреждениях;
- 8) в качестве преподавателя юридических дисциплин в учреждениях среднего профессионального, высшего профессионального и послевузовского профессионального образования;
- 9) в качестве адвоката;
- 10) в качестве помощника адвоката;
- 11) в качестве нотариуса.

Указанный перечень видов стажа работы, необходимой для приобретения статуса адвоката, является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Основной чертой указанного перечня является

необходимость наличия стажа работы на должностях, требовавших или требующих высшего юридического образования.

Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре установлено **два ограничения** для претендентов **на приобретение статуса адвоката**: недееспособность (ограниченная дееспособность) и непогашенная или неснятая судимость за совершение умышленного преступления.

Согласно ст. 29 ГК РФ гражданин, который вследствие психических расстройств не может понимать значения своих действий или руководить ими, может быть признан судом недееспособным в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством. Над ним устанавливается опека. Оценку здоровья гражданина дает судебно-психиатрическая экспертиза, которая производится на основании Закона РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании».

Согласно ст. 30 ГК РФ гражданин, который вследствие пристрастия к азартным играм, злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит свою семью в тяжелое материальное положение, может быть ограничен судом в дееспособности в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством. Над ним устанавливается попечительство.

Подробно процедура признания гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным урегулирована в новом ГПК РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (ст.ст. 281–286).

Лицо, осужденное за совершение преступления, считается судимым со дня вступления обвинительного приговора суда в законную силу до момента погашения или снятия судимости. Правила погашения и снятия судимости регламентируются ст.ст. 86 и 95 УК РФ. Важно обратить внимание на то, что закон не устанавливает ограничений на приобретение статуса адвоката в случае, когда у претендента имеется непогашенная или неснятая судимость за совершение преступления по неосторожности.

Порядок проверки претендентов и выявления указанных ограничений законом не регулируется. От претендента на статус адвоката не требуется предъявлять какие-либо документы о своей дееспособности (заключение или справку психоневрологического диспансера или судебное решение) и о своей несудимости. Не регулируется и процедура выявления претендентов с указанными ограничениями: запрашивают ли такие сведения квалификационной комиссией, адвокатской па-

латой, иной адвокатской структурой (откуда конкретно запрашиваются), или таковая проверка вообще не проводится, а информация принимается «на веру».

В связи с требованием ст. 10 Закона об адвокатуре о предоставлении претендентом на статус адвоката анкеты, содержащей биографические сведения, информация о судимости может стать известной квалификационной комиссии. В этом случае Закон допускает проверку указанных сведений и дает возможность, в том числе путем запроса в компетентные органы, установить факт погашения или снятия судимости.

Иностранные граждане и лица без гражданства могут приобретать статус адвоката при соблюдении общих требований, установленных для российских граждан. В то же время законодательство содержит ограничения при осуществлении иностранными гражданами и лицами без гражданства адвокатской деятельности на территории Российской Федерации.

§6. Квалификационный экзамен

Законодательство предусматривает несколько **процедурных стадий допуска к квалификационному экзамену** претендента на статус адвоката. При этом самым полным правовым актом, регламентирующим порядок сдачи квалификационного экзамена, в настоящее время является Положение о сдаче квалификационного экзамена на присвоение статуса адвоката, принятого Советом Федеральной Палаты адвокатов РФ, которое включает:

1) подачу заявления в квалификационную комиссию о присвоении статуса адвоката. При этом лицо должно отвечать требованиям, предъявляемым законом к претендентам. Законодательство в настоящее время не предусматривает специальной формы заявления, поэтому оно может быть подано в произвольной форме;

2) представление в квалификационную комиссию необходимых документов (копии паспорта или иного документа, удостоверяющего личность, анкеты, копии трудовой книжки или иного документа о подтверждении стажа работы по юридической специальности, копии документа о высшем юридическом образовании либо о наличии ученой степени, других документов). Важно обратить внимание на то, что законом не требуется представления нотариальных копий документов. В то же время квалификационная комиссия имеет право проверки достоверности

документов, что подразумевает возможность потребовать у претендента оригиналы документов для их сверки с ксерокопиями;

3) проверку при необходимости в течение двух месяцев достоверности документов и сведений, представленных претендентом. Решение о необходимости проведения проверки принимается квалификационной комиссией. Основания для принятия такого решения законодательством не установлены. Поэтому комиссия вправе принять решение о проведении проверки по своему усмотрению. Осуществление проверки не является обязательным.

Организация процедуры проверки возложена на квалификационную комиссию. При этом комиссия может обратиться в соответствующие органы с запросом о проверке либо подтверждении достоверности указанных документов и сведений. В то же время, обязывая указанные органы сообщать не позднее месяца со дня получения запроса квалификационной комиссии о результатах проверки документов и сведений, Закон не устанавливает ответственности указанных органов за нарушение данного срока либо за непредставление ответа на запрос комиссии. Не урегулирован и вопрос о том, как быть, если проведенная проверка не дает возможности устранить сомнения квалификационной комиссии в достоверности документов или сведений;

4) принятие квалификационной комиссией решения о допуске претендента к квалификационному экзамену.

Отказ в допуске к экзамену может иметь место только по основаниям, предусмотренным в законе.

Во-первых, гражданину может быть отказано в допуске к квалификационному экзамену, если комиссия обнаружит, что имеются препятствия, указанные в п.п. 1 и 2 ст. 9 Закона об адвокатуре, и, следовательно, в соответствии с законом лицо не имеет права претендовать на приобретение статуса адвоката.

Во-вторых, основанием для отказа в допуске к квалификационному экзамену является представление претендентом недостоверных сведений.

В-третьих, основанием для отказа в допуске к квалификационному экзамену является представление претендентом недостоверных документов либо обнаружение недостоверности документов самой квалификационной комиссией при первичном приеме документов или в ходе организованной проверки.

Решение о таком отказе может быть обжаловано претендентом в суд в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством.

Положение о порядке сдачи квалификационного экзамена и оценки знаний претендентов на статус адвоката, а также перечень экзаменационных вопросов разрабатываются и утверждаются советом Федеральной палаты адвокатов.

В связи с необходимостью осуществления функций по присвоению статуса адвоката до формирования совета Федеральной палаты адвокатов советы адвокатских палат субъектов Российской Федерации разрабатывают и утверждают Временное положение о порядке сдачи квалификационного экзамена и оценки знаний претендентов, а также перечень вопросов, предлагаемых претендентам.

Квалификационный экзамен состоит из двух частей:

- 1) письменные ответы на вопросы, выполняемые в форме тестирования (тестирование проводится в компьютерной форме);
- 2) собеседование.

При этом Перечень вопросов тестирования и Перечень вопросов устного собеседования утверждаются Советом Федеральной палаты адвокатов РФ.

Процедура проведения квалификационного экзамена, критерии оценки и возможная глубина проверки знаний и навыков претендентов, круг вопросов, задаваемых на устном собеседовании, в настоящий момент не регламентируются.

В случае недостаточности знаний претендента для приобретения статуса адвоката квалификационная комиссия принимает решение о том, что претендент не сдал квалификационный экзамен. Оценка знаний претендента осуществляется по усмотрению комиссии. В то же время, учитывая, что претендент будет отвечать в том числе письменно, в случае несогласия с решением комиссии у него сохраняется возможность обжалования ее действий.

При отрицательном результате экзамена, равно как при неявке на экзамен без уважительных причин, претендент вправе повторно обратиться с заявлением о сдаче экзамена в ту же квалификационную комиссию в установленный ею срок, но не ранее чем через один год.

Данная норма является императивной и не допускает каких-либо исключений. Необходимости прохождения новой процедуры подачи и проверки ранее представленных в квалификационную комиссию документов при желании претендента повторно сдать экзамен Федеральный закон не устанавливает.

§7. Присвоение статуса адвоката

Статья 12 Закона об адвокатуре устанавливает трехмесячный срок со дня подачи претендентом заявления о присвоении ему статуса адвоката, в течение которого квалификационная комиссия обязана принять решение о присвоении либо об отказе в присвоении указанного статуса. В течение этого срока комиссия должна успеть осуществить проверку документов и сведений, представленных претендентом, и принять у него экзамен. Правовые последствия пропуска срока для принятия решения данным законом не установлены. Поэтому в каждом конкретном случае претенденту необходимо решать, как защитить свое право на своевременное получение решения квалификационной комиссии.

Длительная задержка в принятии решения и неопределенность в статусе претендента дают основание на обжалование действий комиссии.

Квалификационная комиссия может принять решение о присвоении статуса адвоката в течение трех месяцев. Однако данное решение вступает в силу только в тот день, когда претендент, уже зная о положительном решении, принимает присягу адвоката.

Успешная сдача квалификационного экзамена является бесспорным основанием для присвоения статуса адвоката. Однако и в этом случае действует общее правило о том, что в случае обнаружения обстоятельств, препятствующих допуску к экзамену, квалификационная комиссия вправе отказать в присвоении статуса адвоката. Такой отказ может быть обжалован претендентом в суд.

Статус адвоката присваивается претенденту пожизненно. Он не может быть ограничен ни каким-либо сроком, ни возрастом адвоката. В то же время статус адвоката может быть приостановлен либо прекращен.

В соответствии со ст. 13 Закона об адвокатуре претендент на статус адвоката, успешно сдавший квалификационный экзамен, в обязательном порядке приносит **присягу** следующего содержания:

«Торжественно клянусь честно и добросовестно исполнять обязанности адвоката, защищать права, свободы и интересы доверителей, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и кодексом профессиональной этики адвоката».

Присяга означает официальное и торжественное обещание претендента на статус адвоката исполнять обязанности адвоката. Принесение присяги должно осуществляться в официальной обстановке и в порядке, который устанавливается адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

После принятия присяги претендент приобретает статус адвоката и становится членом адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. В то же время адвокату необходимо дождаться внесения в региональный реестр и получить удостоверение, которое является единственным документом гражданина, подтверждающим его статус адвоката.

О присвоении претенденту статуса адвоката квалификационная комиссия в семидневный срок со дня принятия присяги лицом, успешно сдавшим квалификационный экзамен, уведомляет территориальный орган юстиции, который в месячный срок со дня получения уведомления вносит сведения об адвокате в **региональный реестр** и выдает адвокату соответствующее удостоверение. Общий порядок внесения в реестр сведений об адвокате регламентирован ст. 15 Закона об адвокатуре. Указанные действия осуществляются на паритетных началах, началах взаимодействия и делового сотрудничества квалификационных комиссий, советов адвокатских палат и региональных органов юстиции при отсутствии каких бы то ни было признаков главенства какой-либо из названных структур в этой сфере.

На органы юстиции возложено осуществление контроля и надзора в сфере адвокатуры, в том числе ведение технических процедур. В Законе определены обязанности (а не только права) органов юстиции перед адвокатскими палатами (направление в адвокатские палаты копий регионального реестра — один раз в год не позднее 1 февраля; направление в адвокатские палаты уведомлений о внесении изменений в региональный реестр — в 10-дневный срок со дня внесения таких изменений и др.).

К полномочиям Минюста России отнесено определение порядка ведения реестров адвокатов субъектов Российской Федерации, а также утверждение формы ордера на исполнение поручения, выдаваемого адвокатским образованием, и формы удостоверения адвоката. Ведение реестров адвокатов субъектов Российской Федерации (региональных реестров) возложено на территориальные органы Министерства юстиции Российской Федерации и осуществляется согласно Приказа Минюста России от 23 апреля 2014 г. № 85 г. Москва «Об утверждении Порядка ведения реестров адвокатов субъектов Российской Федерации».

Таковыми территориальными органами являются главные управления, управления и отделы Минюста России по субъекту или субъектам Российской Федерации. Их деятельность регулируется Положением о Главном управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Положением об Управлении (От-

деле) Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации.

В реестр адвокатов субъекта Российской Федерации вносятся основные сведения о лицах, получивших статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. В настоящее время Порядок ведения реестров адвокатов субъектов Российской Федерации утвержден приказом Минюста России от 23 апреля 2014 г. № 85. В связи с упразднением Федеральной регистрационной службы полномочия в части ведения реестров адвокатов реализуются территориальными органами Минюста России.

Региональный реестр ведется по утвержденной форме на бумажном носителе и в электронном виде. Сведения об адвокате могут вноситься только в один реестр. В реестре указывается наименование субъекта РФ, регистрационный номер адвоката и его ФИО, сведения о присвоении, приостановлении, возобновлении, прекращении или восстановлении статуса адвоката, об исключении данных об адвокате из реестра, а также о внесении различных изменений. Реестровые дела адвокатов хранятся в течение 75 лет.

Внесение в реестр сведений (исключение из реестра сведений) осуществляется бесплатно. Они открыты и общедоступны, поскольку реестр размещается на официальном сайте lawyers.minjust.ru в сети Интернет, а территориальный орган Минюста России делает на своем официальном сайте ссылку на указанный сайт.

Регистрационный номер адвоката в реестре включает две составляющие (группы цифр), разделенные косой чертой, из которых первые две цифры — это номер субъекта РФ; а вторая составляющая (третья и далее цифры) — порядковый номер записи при внесении сведений об адвокате в реестр. Формирование второй составляющей регистрационного номера осуществляется путем сквозной нумерации независимо от года. Регистрационный номер имеет следующий вид: № (например, 01/253, 35/2, 77/1486). Этот регистрационный номер указывается на томе реестрового дела адвоката.

Регистрационный номер не может быть присвоен другому лицу, в том числе при исключении сведений из реестра в случае изменения адвокатом членства в адвокатской палате или внесении в реестр сведений в случае прекращения статуса адвоката.

Единственным документом, подтверждающим статус адвоката в его взаимоотношениях с третьими лицами, является удостоверение адвоката за исключением случая, когда адвокату выдается справка взамен сданного удостоверения при изменении членства в адвокатской палате. Удосто-

верения выдаются адвокату территориальным органом в связи с присвоением статуса адвоката, изменением адвокатом членства в адвокатской палате одного субъекта Российской Федерации на членство в адвокатской палате другого субъекта РФ, восстановлением статуса адвоката на основании судебного акта, изменением фамилии, имени и (или) отчества адвоката, утратой или порчей удостоверения.

Удостоверение выдается без ограничения срока по утвержденной форме. В удостоверении указываются фамилия, имя, отчество адвоката, его регистрационный номер в региональном реестре. В удостоверении должна быть фотография адвоката, заверенная печатью территориального органа юстиции. Для оформления удостоверения принимаются цветные или черно-белые фотографии без светлого угла размером 3x4 см на матовой тонкой фотобумаге (бюст, анфас, без головного убора). Допускается представление фотографий в головных уборах, не скрывающих овал лица, гражданами, религиозные убеждения которых не позволяют показываться перед посторонними лицами без головных уборов.

При заполнении внутренней стороны удостоверения не допускаются помарки и подчистки. Удостоверение без необходимого оформления, с помарками и подчистками считается недействительным. В случае обнаружения в своем удостоверении каких-либо исправлений, помарок, иных повреждений, а также его ненадлежащего оформления адвокату необходимо произвести замену удостоверения в установленном порядке. Удостоверение выдается адвокату либо его представителю на основании доверенности, оформленной в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

В качестве документа, подтверждающего статус адвоката, признается также справка, выдаваемая взамен изымаемого удостоверения по форме, предусмотренной приложением 5 к указанному Порядку. Выдача удостоверения адвоката, а также документа, подтверждающего статус адвоката (в случае изменения им членства в адвокатской палате), осуществляется бесплатно.

Закон устанавливает случаи, при которых адвокат обязан сдать свое удостоверение. Так, лицо, статус адвоката которого прекращен или приостановлен, обязан сдать свое удостоверение в территориальный орган юстиции после принятия соответствующего решения советом адвокатской палаты. В то же время в Законе не определен срок, в течение которого лицо обязано сдать удостоверение. Не предусматривает законодательство и ответственности указанного лица за нарушение данной нормы, например за отказ от сдачи удостоверения.

Еще одним основанием для сдачи удостоверения является решение адвоката об изменении членства в адвокатской палате одного субъекта Российской Федерации на членство в адвокатской палате другого субъекта Российской Федерации.

Адвокат может быть членом только одной адвокатской палаты, основанной на членстве адвокатов одного субъекта Российской Федерации. В то же время адвокат вправе сам выбирать адвокатскую палату, членом которой он будет. Соответственно, сведения об адвокате могут быть внесены только в один региональный реестр.

Адвокат вправе принять решение об изменении членства в адвокатской палате одного субъекта Российской Федерации на членство в адвокатской палате другого субъекта Российской Федерации. О своем решении адвокат обязан уведомить заказным письмом совет адвокатской палаты, членом которой он является. Об указанном решении адвоката совет уведомляет территориальный орган юстиции в 10-дневный срок со дня получения уведомления адвоката. В случае наличия у адвоката задолженности по отчислениям перед адвокатской палатой совет вправе не направлять указанное уведомление до полного погашения адвокатом суммы задолженности.

Территориальный орган юстиции исключает сведения об адвокате из регионального реестра не позднее чем через месяц со дня получения уведомления совета. При этом адвокат обязан сдать свое удостоверение в территориальный орган юстиции. Взамен сданного адвокатом удостоверения территориальный орган юстиции выдает адвокату документ (справку), подтверждающий статус адвоката. В данном документе указываются дата внесения сведений об адвокате в региональный реестр и дата исключения сведений об адвокате из регионального реестра. Адвокат в месячный срок со дня исключения сведений о нем из регионального реестра обязан заказным письмом уведомить об этом совет адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, членом которой он намерен стать.

Совет адвокатской палаты соответствующего субъекта Российской Федерации в месячный срок со дня получения от адвоката указанного уведомления проверяет сведения об адвокате и выносит решение о его приеме в члены адвокатской палаты. Об этом решении совет уведомляет территориальный орган юстиции и адвоката в десятидневный срок со дня принятия решения.

Территориальный орган юстиции в месячный срок со дня получения уведомления от совета вносит сведения об адвокате в региональный ре-

есть и выдает адвокату новое удостоверение. Порядок изменения адвокатом членства в адвокатской палате одного субъекта Российской Федерации на членство в адвокатской палате другого субъекта Российской Федерации определяется советом Федеральной палаты адвокатов.

Не допускается работа адвоката в адвокатском образовании (филиале адвокатского образования) на территории субъекта Российской Федерации, в реестре которого отсутствуют сведения об адвокате как члене адвокатской палаты этого субъекта Российской Федерации.

Адвокат вправе осуществлять свою деятельность только в одном адвокатском образовании, учрежденном в соответствии с Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Адвокат со дня присвоения статуса адвоката, либо внесения сведений об адвокате в региональный реестр после изменения им членства в адвокатской палате, либо возобновления статуса адвоката обязан уведомить совет адвокатской палаты об избранной им форме адвокатского образования в трехмесячный срок со дня наступления указанных обстоятельств.

Неизбрание адвокатом формы адвокатского образования, в котором он будет осуществлять свою деятельность, является основанием для прекращения статуса адвоката.

§8. Приостановление статуса адвоката

Закон об адвокатуре предусматривает возможность временного приостановления статуса адвоката. Основным правовым последствием приостановления статуса адвоката является временный запрет на осуществление им адвокатской деятельности. В статье 16 содержится **пять оснований для приостановления статуса адвоката**.

Адвокат не вправе заниматься в период осуществления адвокатской деятельности другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности. В связи с этим в качестве основания приостановления статуса адвоката специально выделяется его **избрание в орган государственной власти или орган местного самоуправления** на период работы на постоянной, соответственно платной, основе.

Указанное основание является также специальной гарантией для адвокатов, избранных на выборные должности в государственных органах и органах местного самоуправления.

К выборным должностям в государственных органах относятся должности: Президента Российской Федерации, депутатов Государственной Думы и законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации, глав исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Уставом муниципального образования могут быть предусмотрены должность главы муниципального образования — выборного должностного лица, возглавляющего деятельность по осуществлению местного самоуправления на территории муниципального образования, а также иные выборные должности местного самоуправления.

Адвокат, избранный на должность в орган государственной власти или местного самоуправления, обязан обратиться в совет адвокатской палаты с заявлением о приостановлении своего статуса. Такое приостановление может произойти по заявлению и иных заинтересованных лиц, а также по инициативе совета адвокатской палаты.

Одним из оснований приостановления статуса адвоката является его **неспособность более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности** (подп. 2 п. 1 ст. 16 Закона об адвокатуре).

Ряд специалистов полагает, что подп. 2 п. 1 ст. 16 Закона об адвокатуре является открытым. Например, Р. Мельниченко считает, что «если адвокат в течение шести месяцев не занимается адвокатской деятельностью, но не желает приостанавливать свой статус, последний не может быть насильно приостановлен»⁷⁷. Исходя из этого, делается вывод о том, что применимо ли указанное основание к той или иной ситуации, в каждом конкретном случае должен решать совет адвокатской палаты.

Действительно, рассматриваемая норма Закона сформулирована так, что возможны различные варианты ее толкования, при этом очевидна возможность широкого толкования. Так, обстоятельством, препятствующим адвокату в исполнении его профессиональных обязанностей, может быть занятие какой-либо другой оплачиваемой деятельностью, осуществление которой одновременно с адвокатской деятельностью недопустимо в силу ст. 2 Закона. В этом случае, если адвокат более шести месяцев не способен исполнять свои профессиональные обязанности в силу запрета закона, но не хочет прекращать свой статус, он может обратиться в совет адвокатской палаты с заявлением о приостановлении своего статуса на основании подп. 2 п. 1 ст. 16 Закона.

Однако более правильным является иное толкование словосочетания «неспособность адвоката», основанное на смысловом содержании слова

⁷⁷ Мельниченко Р. Остановка для адвоката // ЭЖ-Юрист. — 2008. — № 40.

«неспособность». Смысл слова «неспособность» достаточно однозначно определяется в словарях русского языка. Оно означает неспособность по телесным или по умственным недостаткам, негодность для какого-либо дела (В. Даль), неумение, отсутствие способности что-нибудь делать (Д.Н. Ушаков), бессильный, бездарный и т.п. Т.е. в законе речь идет, прежде всего, о внутренних обстоятельствах, связанных с личностью адвоката, а не внешних факторах, которые препятствуют ему в исполнении профессиональных обязанностей.

Наиболее вероятным и допустимым основанием в данном случае может быть признание адвоката полностью нетрудоспособным по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, т.е. наличие такого состояния адвоката, которое не дает ему никакой возможности осуществлять какую-либо адвокатскую деятельность. Очевидно, что неспособность адвоката исполнять свои профессиональные обязанности должна быть подтверждена объективно. Таким подтверждением, например, может быть заключение федерального учреждения медико-социальной экспертизы, в компетенцию которого входит определение степени утраты профессиональной трудоспособности человека (см. ст. 8 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» и Приказ Минтруда России от 11 октября 2012 г. № 310н «Об утверждении Порядка организации и деятельности федеральных государственных учреждений медико-социальной экспертизы»).

В то же время неспособность адвоката исполнять свои профессиональные обязанности может быть вызвана не только его состоянием здоровья, но и внешними обстоятельствами, которые прямо не зависят от воли адвоката и препятствуют ему в исполнении профессиональных обязанностей (например, потребность ухода за ребенком до достижения последним возраста 3 лет, необходимость ухода за больными родственниками, находящимися в ином регионе, необходимость получения длительного образования, повышения квалификации в силу недостатка знаний, временный переезд в другой регион по уважительным причинам и т.п.). Представляется, что указанные обстоятельства не препятствуют сохранению статуса адвоката, хотя адвокат временно не в состоянии выполнять свои профессиональные обязанности. По заявлению адвоката его статус в таких случаях может приостанавливаться по основанию, предусмотренному подп. 2 п. 1 ст. 16, поскольку иных оснований для приостановления статуса адвоката в подобных случаях нет. К обстоятельствам, включаемым в подп. 2 п. 1, можно отнести и направление адвоката на альтерна-

тивную гражданскую службу взамен военной, поскольку данное основание не указано в подп. 3 п. 1.

Важно обратить внимание на то, что предусмотренный законом шестимесячный срок в подп. 2 п. 1 ст. 16 предполагает, что в данный период адвокат не терял своего статуса, и нет оснований для его прекращения. То есть закон исходит из того, что в указанный период адвокат правомерно обладал своим статусом, но не мог исполнять свои профессиональные обязанности в силу неспособности.

При этом неспособность адвоката исполнять свои профессиональные обязанности нельзя путать с невозможностью исполнять адвокатом профессиональные обязанности в силу закона. Поэтому, если, например, адвокат назначается на должность в орган государственной власти или местного самоуправления, то он не вправе заниматься адвокатской деятельностью в связи с запретом, установленным в ст. 2 Закона об адвокатуре, хотя и способен это делать. Поскольку оснований для приостановления статуса адвоката нет, этот статус должен быть прекращен.

Статус адвоката приостанавливается в связи с его **призывом на военную службу**. Призыв осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе».

Призыву на военную службу подлежат граждане мужского пола в возрасте от 18 до 27 лет, состоящие на воинском учете или не состоящие, но обязанные состоять на воинском учете и не пребывающие в запасе. На военную службу не призываются граждане, которые в соответствии с Федеральным законом № 53-ФЗ освобождены от исполнения воинской обязанности, призыва на военную службу, граждане, которым предоставлена отсрочка от призыва на военную службу, а также граждане, не подлежащие призыву на военную службу.

Основанием для приостановления статуса адвоката, призванного на военную службу, является повестка военного комиссариата района, города без районного деления, иного муниципального (административно-территориального) образования о явке на призывной пункт для отправки в воинскую часть с целью прохождения военной службы (Положение о призыве на военную службу граждан Российской Федерации, утв. постановлением Правительства РФ от 11 ноября 2006 г. № 663).

Основанием приостановления статуса адвоката может быть также **признание его безвестно отсутствующим**. Возможность признания адвоката безвестно отсутствующим предусмотрена ст. 42 ГК РФ. По заявлению заинтересованных лиц суд может признать адвоката безвестно отсутствующим.

щим только при установлении двух фактов: адвокат постоянно отсутствовал в течение года в месте своего жительства (т.е. в месте, где гражданин постоянно или преимущественно проживает); отсутствуют какие-либо сведения о месте его пребывания, и невозможно это место установить.

Порядок признания лица безвестно отсутствующим определен ст.ст. 276–280 ГПК РФ. Заявление в суд подается заинтересованным лицом по месту его жительства или месту нахождения. В заявлении должно быть указано, для какой цели ему необходимо признать гражданина безвестно отсутствующим, а также излагаются обстоятельства, подтверждающие безвестное отсутствие лица. Относится ли заявитель к заинтересованным лицам, устанавливает суд. Дело рассматривается в порядке особого производства с обязательным участием прокурора.

Исчисление срока для признания адвоката безвестно отсутствующим регламентируется ч. 2 ст. 42 ГК РФ. При невозможности установить день получения последних сведений об отсутствующем началом исчисления указанного срока считается первое число месяца, следующего за тем, в котором были получены последние сведения об отсутствующем, а при невозможности установить этот месяц — 1 января следующего года.

В п. 2 ст. 16 названо еще одно основание, применяемое к адвокату в судебном порядке в случае **назначения принудительных мер медицинского характера**. В то же время, принимая решение о применении к гражданину указанных мер, суд не обязан приостанавливать его статус адвоката.

Основания применения и виды принудительных мер медицинского характера предусмотрены гл. 15 УК РФ. Производство о применении указанных мер регулируется гл. 51 УПК РФ. Порядок исполнения принудительных мер медицинского характера определяется уголовно-исполнительным законодательством Российской Федерации и иными федеральными законами (см., например, ст. 18 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации «Применение к осужденным мер медицинского характера»).

Принудительные меры медицинского характера могут быть назначены судом лицам:

- а) совершившим деяния, предусмотренные статьями Особенной части УК РФ, в состоянии невменяемости;
- б) у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания;
- в) совершившим преступление и страдающим психическими расстройствами, не исключающими вменяемости;

г) совершившим преступление и признанным нуждающимися в лечении от алкоголизма или наркомании.

Указанным лицам принудительные меры медицинского характера назначаются только в случаях, когда психические расстройства связаны с возможностью причинения этими лицами иного существенного вреда либо с опасностью для себя или других лиц.

Суд может назначить следующие виды принудительных мер медицинского характера:

- а) амбулаторное принудительное наблюдение и лечение у психиатра;
- б) принудительное лечение в психиатрическом стационаре общего типа;
- в) принудительное лечение в психиатрическом стационаре специализированного типа;
- г) принудительное лечение в психиатрическом стационаре специализированного типа с интенсивным наблюдением.

Статья 445 УПК РФ предусматривает, что суд прекращает, изменяет или продлевает применение к лицу, признанному невменяемым, принудительной меры медицинского характера на следующие шесть месяцев по подтвержденному медицинским заключением ходатайству администрации психиатрического стационара, а также по ходатайству законного представителя указанного лица и его защитника.

Приостановление статуса адвоката влечет приостановление действия гарантий в отношении данного адвоката, предусмотренных законом. Однако после приостановления его статуса адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии или бездействии.

Лицо, статус адвоката которого приостановлен, не вправе осуществлять адвокатскую деятельность, а также занимать выборные должности в органах адвокатской палаты или Федеральной палаты адвокатов. Нарушение этого запрета влечет за собой прекращение статуса адвоката.

Полномочия по принятию решения о приостановлении или возобновлении статуса адвоката предоставлены совету адвокатской палаты того субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения об этом адвокате.

Принимая решение о приостановлении статуса адвоката, совет должен установить законную необходимость такого приостановления на основании объективных данных, наличие которых предусмотрено соответствующим законодательством.

Совет адвокатской палаты в 10-дневный срок со дня принятия им решения о приостановлении либо возобновлении статуса адвоката обязан уведомить об этом в письменной форме территориальный орган юстиции для внесения соответствующих сведений в региональный реестр, а также лицо, статус адвоката которого приостановлен или возобновлен, за исключением случая приостановления статуса адвоката по причине признания его безвестно отсутствующим, и адвокатское образование, в котором данное лицо осуществляло адвокатскую деятельность. Территориальный орган юстиции в 10-дневный срок со дня получения указанного уведомления вносит сведения о приостановлении либо возобновлении статуса адвоката в региональный реестр.

В случае приостановления статуса адвоката информация об этом направляется в управление (отдел) Судебного департамента при Верховном Суде РФ и органы предварительного следствия в субъекте Российской Федерации.

Приостановление статуса адвоката носит временный характер. Поэтому после прекращения действия оснований, послуживших причиной его приостановления, статус адвоката подлежит возобновлению по решению совета адвокатской палаты, приостановившего указанный статус. Совет может принять решение о возобновлении статуса адвоката только на основании его личного заявления.

В некоторых случаях применение оснований приостановления статуса адвоката носит оценочный характер. Поэтому не исключен отказ совета адвокатской палаты в удовлетворении заявления адвоката о возобновлении его статуса. В связи с этим решение об отказе в возобновлении статуса адвоката может быть обжаловано в суд.

§9. Прекращение статуса адвоката

Статус адвоката может быть прекращен в соответствии со ст. 17 Закона об адвокатуре. Основным правовым последствием прекращения статуса адвоката является невозможность осуществления гражданином адвокатской деятельности.

Закон содержит **двенадцать самостоятельных оснований** для прекращения статуса адвоката, разделенных на две группы. В первую входят обстоятельства, на основании которых соответствующий совет адвокатской палаты обязан самостоятельно принять решение о прекращении статуса адвоката. Вторая группа оснований может быть применена советом ад-

вокатской палаты для решения вопроса о прекращении статуса адвоката лишь при наличии соответствующего заключения квалификационной комиссии. При этом совет может не согласиться с мнением комиссии и не принять решения о прекращении статуса адвоката.

Адвокат вправе прекратить свой статус **по собственному желанию**. Для этого ему достаточно подать в совет адвокатской палаты письменное заявление о прекращении статуса адвоката. Заявление подается в совет адвокатской палаты того субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения о данном адвокате. Решение о прекращении статуса адвоката принимается данным советом без заключения квалификационной комиссии.

Статус адвоката прекращается с момента вынесения соответствующего решения совета адвокатской палаты. Однако поскольку в данном случае основанием прекращения статуса адвоката является его личное желание, то до принятия решения советом адвокат вправе изменить свое желание и отозвать заявление. В этом случае совет адвокатской палаты будет не вправе рассматривать отозванное заявление и принимать по нему решение о прекращении статуса адвоката.

В практике и теории нередко возникают спорные вопросы, связанные с применением оснований прекращения или приостановления статуса адвоката в тех или иных случаях. Например, если адвокат собирается работать в органах местного самоуправления (юристом), то его статус следует прекратить или на основании подп. 2 п. 1 ст. 16 Закона об адвокатуре статус можно лишь приостановить?

В Законе об адвокатуре специально оговорено, что адвокат не вправе занимать государственные и муниципальные должности, должности государственной службы. Данная оговорка вызвана тем, что некоторые адвокаты занимали указанные должности, ссылаясь на государственную службу как особый вид профессиональной служебной деятельности граждан Российской Федерации, который не относится к «другой оплачиваемой деятельности».

Таким образом, если адвокат принял решение поступить на работу в качестве юриста в орган местного самоуправления, он с момента оформления трудовых отношений не может обладать действующим статусом адвоката. Каковы должны быть действия адвоката в этом случае?

В статье 16 Федерального закона об адвокатской деятельности в качестве основания приостановления статуса адвоката выделено его избрание в орган государственной власти или орган местного самоуправления на период работы на постоянной, соответственно платной, основе. Однако

указанное основание является специальной гарантией только для адвокатов, избранных на выборные должности в государственных органах и органах местного самоуправления.

В то же время адвокат может быть назначен или утвержден на любую не выборную должность в органах государственной власти или местного самоуправления. В этом случае новая деятельность становится несовместимой со статусом адвоката и он должен лишиться своего статуса, поскольку возможность приостановления статуса адвоката, предусмотренная подп. 1 п. 1 ст. 16 Федерального закона об адвокатской деятельности, установлена только в отношении выборных должностей.

Не все специалисты разделяют эту точку зрения. Так, по мнению авторов «Научно-практического комментария к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»» под редакцией Д.Н. Козака, «несмотря на то, что в соответствии с подпунктом 1 комментируемого пункта основанием для приостановления статуса адвоката указано избрание адвоката в орган государственной власти или орган местного самоуправления, бесспорным основанием для приостановления статуса является и назначение адвоката на должности в указанные органы».

Согласиться с таким утверждением нельзя в силу буквального толкования нормы закона. Указанная «неточность» до сих пор законодателем не исправлена. Более того Государственной Думой при рассмотрении поправок в Закон № 63-ФЗ было отклонено предложение по внесению в п. 1 ст. 16 соответствующего положения, предусматривающего назначение адвоката на должность в орган государственной власти на период работы на постоянной основе в качестве самостоятельного основания для приостановления статуса адвоката.

Адвокат, назначенный на должность в орган государственной власти или местного самоуправления, обязан обратиться в совет адвокатской палаты с заявлением о прекращении статуса адвоката (подп. 1 п. 1 ст. 17). Применение в этом случае основания приостановления статуса адвоката, установленного в подп. 2 п. 1 ст. 16 Закона об адвокатуре (неспособность адвоката более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности), представляется весьма сомнительной.

Если статус такого адвоката не прекращается по его заявлению, то в течение упомянутых шести месяцев (до момента, когда возможно приостановление статуса адвоката по подп. 2 п. 1 ст. 16) адвокат будет нарушать Федеральный закон и Кодекс профессиональной этики, что явля-

ется самостоятельным основанием для прекращения статуса адвоката по решению совета адвокатской палаты субъекта Российской Федерации.

Лица, признанные недееспособными или ограниченно дееспособными, не вправе претендовать на приобретение статуса адвоката. В то же время лицо может быть признано **недееспособным или ограниченно дееспособным** уже после приобретения такого статуса. Тогда в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 17 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре это будет являться безусловным основанием для прекращения статуса адвоката.

При этом решение суда о признании адвоката недееспособным или ограниченно дееспособным должно вступить в законную силу в соответствии с требованиями ГПК РФ.

Смерть гражданина является основанием для прекращения его статуса адвоката. Установление факта естественной смерти подтверждается медицинским свидетельством о смерти установленной формы, выдаваемым медицинской организацией или частнопрактикующим врачом в соответствии с Приказом Минздравсоцразвития РФ от 26 декабря 2008 г. № 782н «Об утверждении и порядке ведения медицинской документации, удостоверяющей случаи рождения и смерти».

В соответствии с Федеральным законом от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» (ст. 64) на основании указанного медицинского свидетельства либо вступившего в законную силу решения суда об установлении факта смерти или об объявлении лица умершим органом записи актов гражданского состояния осуществляется обязательная государственная регистрация смерти адвоката. Регистрация производится посредством составления соответствующей записи акта гражданского состояния, на основании которой выдается свидетельство о смерти.

Свидетельство о смерти является надлежащим документом, на основе которого совет адвокатской палаты принимает решение о прекращении статуса адвоката. Заключение квалификационной комиссии в данном случае не требуется.

Порядок объявления гражданина умершим регулируется ст. 45 ГК РФ. Отсутствие адвоката в месте постоянного жительства и неизвестность места его пребывания в течение пяти лет являются основанием для объявления адвоката умершим. В ГК РФ установлен сокращенный срок в шесть месяцев для объявления гражданина умершим, если он пропал без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая (катастрофа,

стихийное бедствие и т.п.). Порядок судебного производства об объявлении гражданина умершим регулируется ст.ст. 276—280 нового ГПК РФ и аналогичен порядку признания гражданина безвестно отсутствующим.

Днем смерти гражданина, объявленного умершим, считается день вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим. Однако суд может признать днем смерти гражданина день его предполагаемой смерти, если он пропал без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая.

Объявление гражданина умершим по правовым последствиям приравнено к естественной смерти. В то же время гражданин, объявленный умершим, в случае если он жив, обладает правоспособностью и дееспособностью.

Факт смерти адвоката может быть также установлен судом в порядке, описанном в гл. 28 ГПК РФ. При этом следует различать объявление гражданина умершим судом и установление судом факта смерти лица в определенное время и при определенных обстоятельствах (ст.ст. 264 268 ГПК РФ). Суд устанавливает факт смерти адвоката при отказе органов записи актов гражданского состояния в регистрации события смерти, поскольку от этого факта зависят возникновение, изменение и прекращение личных и имущественных прав граждан и организаций.

Решение суда об установлении факта смерти служит основанием для ее регистрации органом записи актов гражданского состояния и выдачи соответствующего свидетельства о смерти. В то же время правовым основанием для прекращения статуса адвоката может служить как указанное свидетельство, так и решение суда об установлении факта смерти адвоката или об объявлении его умершим.

Лица, имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершенные умышленного преступления, не вправе претендовать на приобретение статуса адвоката. В то же время лицо может быть **признано вступившим в законную силу приговором суда виновным в совершении умышленного преступления** уже после приобретения такого статуса. Тогда в соответствии с подп. 4 п. 1 ст. 17 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре это будет безусловным основанием для прекращения статуса адвоката. Заключение квалификационной комиссии в данном случае не требуется.

Подпункт 5 п. 1 ст. 17 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре предусматривает в качестве самостоятельного основания для прекращения статуса адвоката **выявление обстоятельств, предусмотренных п. 2 ст. 9 Закона** (наличие недееспособности или ограниченной

дееспособности адвоката, а также непогашенной или неснятой судимости за совершение умышленного преступления).

В отличие от оснований, предусмотренных подп. 2 и 4, в подп. 5 п. 1 данной статьи речь идет о выявлении перечисленных обстоятельств, которые существовали ранее и не были известны при предоставлении лицу статуса адвоката. Соответственно, основания, предусмотренные подп. 2 и 4, должны применяться уже после присвоения статуса адвоката, т.е. они появляются в процессе осуществления лицом адвокатской деятельности.

Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ в ст. 17 было внесено самостоятельное основание прекращения статуса адвоката — **нарушение запрета, содержащегося в п. 3.1 ст. 16** Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре. Речь идет о тех случаях, когда лицо, статус адвоката которого приостановлен, продолжает осуществлять адвокатскую деятельность или занимать выборные должности в органах адвокатской палаты или Федеральной палаты адвокатов. Запрет распространяется на все время приостановления статуса адвоката. Поэтому будет считаться нарушением и любое возобновление лицом адвокатской деятельности или избрание такого лица на выборные должности уже после приостановления его статуса адвоката.

Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ из ст. 17 исключено такое основание прекращения статуса адвоката, как совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры. Несмотря на, казалось бы, важную роль ответственности адвоката за совершение подобных проступков, критерии их порочности являются оценочными и дают повод для вольного толкования и применения в зависимости от той или иной ситуации.

Моральный и нравственный уровень претендентов на получение адвокатского статуса не определяется квалификационными требованиями, предъявляемыми к претенденту в соответствии со ст.ст. 9 и 10 Закона. Наличие в биографии претендента поступков, порочащих честь и достоинство или умаляющих авторитет его будущей профессии адвоката, как это было сплошь и рядом ранее, не учитывается при присвоении статуса адвоката. Соответственно, такие поступки закон не может рассматривать в качестве оснований, делающих невозможным продолжение адвокатской деятельности и влекущих обязательное прекращение статуса адвоката.

В статье 17 имеются три самостоятельных основания, содержащих нечеткие критерии оценки противоправных действий адвоката, влекущих прекращение его статуса. Так, адвокат может быть лишен статуса **за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих профессиональных обя-**

занных перед доверителем, нарушение норм Кодекса профессиональной этики адвоката, а также за неисполнение или ненадлежащее исполнение решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции (подп. 1, 2 и 3 п. 2 ст. 17), а также за незаконное использование и (или) разглашение информации, связанной с оказанием адвокатом квалифицированной юридической помощи своему доверителю, либо систематическое несоблюдении установленных законодательством Российской Федерации требований к адвокатскому запросу.

При реализации этих положений органы адвокатской палаты могут превратиться в карательные адвокатские структуры, что не предусмотрено ни концепцией Закона, ни содержанием норм, регламентирующих правовой статус этих органов.

Введя такое основание, как неисполнение решений органов адвокатской палаты, законодатель фактически произвел изменение концептуальной основы Закона, поскольку предоставил адвокатской палате и ее органам не свойственные для нее властные функции. Тем самым адвокатская палата с помощью юридического механизма прекращения статуса адвоката приобрела статус органа власти по отношению к каждому адвокату.

Формулировки подп. 1 и 2 п. 2 ст. 17 не содержат четких критериев оценки неисполнения или ненадлежащего исполнения адвокатом профессиональных обязанностей и норм Кодекса профессиональной этики адвоката. В смысле ст. 7, весьма широко раскрывающей обязанности адвоката, и ст. 25, допускающей включение в соглашение между адвокатом и его доверителем широкого круга условий, указанные нормы ст. 17 представляются очень суровой мерой воздействия на адвоката, не ограниченной никакими серьезными рамками. Без установления законодательных ограничений в ее применении на практике могут возникнуть весьма скандальные и несправедливые ситуации по отношению ко вполне добросовестным адвокатам.

Такое основание против адвоката, как неисполнение либо ненадлежащее исполнение им обязанностей перед доверителем, будет несложно «организовать» заинтересованным лицам, для этого достаточно подготовить несколько инициированных жалоб доверителей. Можно вменить адвокату невыполнение какого-либо, даже самого незначительного, циркуляра адвокатской палаты, ведь оценка важности такого циркуляра законом не предусмотрена. А поскольку в законе отсутствуют иные, менее строгие меры, которые могут быть применены к нерадивым адвокатам за недобросовестное отношение к доверителям или невыполнение инструкций и циркуляров палаты и ее органов, при желании заинтересованных

лиц прекращение статуса адвоката по указанным основаниям становится практически неизбежным.

Таким образом, наличие упомянутых оснований прекращения статуса адвоката превращает его из защищенного законом человека в уязвимую фигуру, зависимую от своего исполнительного органа. Подобные нормы совершенно нивелируют установленные Законом гарантии для адвокатской деятельности и делают уязвимой принципиальную позицию адвоката в отстаивании интересов своего клиента.

Пункт 2 ст. 10 Закона обязывает претендента на статус адвоката представить в квалификационную комиссию документы, содержащие необходимые сведения об адвокате и его деятельности. Причем представление недостоверных сведений может служить основанием для отказа в допуске претендента к квалификационному экзамену.

Однако **недостоверность представленных в квалификационную комиссию сведений** может быть выявлена уже после присвоения статуса адвоката. В этом случае статус адвоката подлежит прекращению на основании подп. 4 п. 2 ст. 17. Недостоверность сведений должна быть установлена документально.

Обязанностью адвоката, согласно п. 6 ст. 15, является уведомление совета адвокатской палаты об избранной им форме адвокатского образования в течение трех месяцев со дня присвоения статуса адвоката, либо внесения сведений о нем в региональный реестр после изменения членства в адвокатской палате, либо возобновления статуса адвоката в порядке ст. 16 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Отсутствие точных сведений об избранной адвокатом форме адвокатского образования является достаточным основанием для прекращения статуса адвоката. При этом, в отличие от п. 6 ст. 15, в подп. 5 срок отсутствия сведений увеличен до четырех месяцев. Какие-либо письма адвоката о намерении избрать в будущем форму адвокатского образования и просьбу пролонгировать указанный в Законе срок не заменяют собой требуемую Законом форму уведомления.

Закон не требует от адвоката сообщать в адвокатскую палату какие-либо дополнительные сведения о том адвокатском образовании, учредителем (членом) которого он является. Полномочия по принятию решения о прекращении статуса адвоката предоставлены Законом совету адвокатской палаты того субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения об этом адвокате.

Принимая решение о прекращении статуса адвоката, совет должен установить наличие документально подтвержденных оснований, перечис-

сленных в п.п. 1 и 2 ст. 17. Необходимые документы должны быть оформлены в порядке, предусмотренном соответствующим законодательством. По основаниям, предусмотренным в п. 2 ст. 17, совет адвокатской палаты может прекратить статус адвоката только при наличии заключения квалификационной комиссии, принятого в соответствии с ее компетенцией в порядке ст. 33 Закона.

Совет адвокатской палаты в десятидневный срок со дня принятия им решения о прекращении статуса адвоката обязан уведомить об этом в письменной форме лицо, статус адвоката которого прекращен, адвокатское образование, в котором адвокат осуществлял свою деятельность, и территориальный орган Минюста России, ведущий реестр, в котором содержатся сведения о данном адвокате. Форма уведомления законодательством не установлена.

Комментируемая статья устанавливает, что в случае смерти адвоката или вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим указанное уведомление в адрес адвоката не направляется. Не предусмотрено и уведомление родственников адвоката.

Уведомление совета адвокатской палаты о принятии им решения о прекращении статуса адвоката при его поступлении в территориальный орган Минюста России регистрируется и обрабатывается в общем порядке, предусмотренном для внесения сведений об адвокате в региональный реестр.

В 10-дневный срок со дня получения соответствующего уведомления совета адвокатской палаты территориальный орган Минюста России издает распоряжение о внесении в региональный реестр сведений о прекращении статуса адвоката. На основании указанного распоряжения в региональный реестр вносятся сведения о прекращении статуса адвоката (в графе 9 проставляются реквизиты (дата и номер) решения совета адвокатской палаты о прекращении статуса адвоката; в графе 10 — реквизиты соответствующего распоряжения территориального органа Минюста России). После этого адвокат уведомляется о внесении соответствующих сведений в региональный реестр и о необходимости сдачи удостоверения адвоката (в случае смерти гражданина или объявления его умершим уведомление не направляется). Форма уведомления адвоката законодательством не регламентируется.

Информация о прекращении статуса адвоката направляется территориальным органом Минюста России в управление (отдел) Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации и органы предварительного следствия в соответствующем субъекте Российской Федерации.

В случае если территориальный орган Минюста России установит несоответствие оснований прекращения статуса адвоката основаниям,

предусмотренным ст. 17, распоряжение территориального органа юстиции о внесении в региональный реестр сведений о прекращении статуса адвоката не издается. Об этом территориальный орган юстиции ставит в известность совет адвокатской палаты и адвоката мотивированным уведомлением, которое направляется не позднее 10 дней со дня получения уведомления совета адвокатской палаты о прекращении статуса адвоката.

Прекращение статуса адвоката влечет серьезные правовые и фактические последствия для адвоката. С момента прекращения статуса адвоката лицо не вправе осуществлять адвокатскую деятельность, занимать выборные должности в органах адвокатской палаты или Федеральной палаты адвокатов, прекращается действие гарантий, предусмотренных законодательством для адвокатов. В связи с этим в Законе специально предусмотрена возможность обжалования в суд решения совета адвокатской палаты о прекращении статуса адвоката.

В то же время при рассмотрении данных споров возникнет немало сложностей. Так, в случаях обжалования решения о прекращении статуса адвоката по основаниям подп. 1–3 п. 2 ст. 17 суду будет весьма затруднительно удовлетворить иск адвоката о признании недействительным решения о лишении его статуса адвоката даже при малозначительности совершенного им проступка. Ведь поступок, из-за которого адвоката могут лишить статуса, реально совершен. А оценку его негативных последствий для клиента адвоката, адвокатуры и других субъектов Закон отдает на усмотрение квалификационной комиссии и совета адвокатской палаты.

При этом ст. 17 настолько неконкретна и неопределенна в этой части, что допускает множество вариантов оценки действий адвоката. Ущемлены ли интересы клиента, какова степень ненадлежащего исполнения адвокатом своих обязанностей или Кодекса профессиональной этики адвоката — решает совет адвокатской палаты. Суду придется лишь утвердить уже принятое органом адвокатской палаты решение. В случае обжалования решения о прекращении статуса адвоката в случае невыполнения им каких-либо решений палаты суд не вправе по своей инициативе определять, важные или нет были эти решения.

В Федеральном законе об адвокатской деятельности и адвокатуре совершенно отсутствуют нормы о возможности или необходимости учета тяжести поступка и смягчающих обстоятельств, как это предусмотрено в других федеральных законах, регулирующих привлечение гражданина к какой-либо ответственности. Не предусмотрено и предварительное применение более мягких мер воздействия к нарушителю.

В законе также не предусмотрен учет интересов того адвокатского образования (коллегии адвокатов, адвокатского бюро), учредителем которого является адвокат. Процедура учета мнения соответствующего адвокатского образования при решении вопроса о прекращении статуса адвоката законом не оговаривается. В связи с этим нарушены предусмотренные этим же законом принципы деятельности адвокатуры: самоуправление и корпоративность.

Нарушение лицом, статус адвоката которого прекращен, запрета на занятие адвокатской деятельностью или работу на выборных должностях в органах адвокатских палат влечет ответственность, предусмотренную федеральным законом. В настоящее время такая ответственность Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре не детализирована. После внесения соответствующих изменений в КоАП РФ и УК РФ федеральными законами, возможно, будет установлена административная или уголовная ответственность за указанные правонарушения.

Пункт 6 статьи 17 предоставляет территориальному органу юстиции право в установленном порядке добиваться прекращения статуса адвоката, если этот орган считает, что имеются достаточные основания для прекращения его статуса. Закон в данном случае устанавливает двухступенчатую процедуру действий территориального органа юстиции. Территориальный орган юстиции вправе сначала направить представление о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату. Причем для направления представления органу юстиции достаточно располагать любой информацией о существовании обстоятельств, являющихся основанием для прекращения статуса адвоката. На основании представления совет адвокатской палаты должен в трехмесячный срок в порядке, предусмотренном ст. 17, рассмотреть представление территориального органа юстиции, а также, исходя из смысла ст. 17, принять решение о прекращении статуса адвоката либо об отказе в принятии такого решения.

В случае если совет адвокатской палаты в трехмесячный срок со дня поступления представления территориального органа юстиции не рассмотрит это представление, указанный орган вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката. Причем статья допускает обращение в суд даже тогда, когда совет адвокатской палаты не успел по каким-либо причинам рассмотреть в срок данный вопрос. Процедура обращения территориального органа юстиции в суд регулируется общими нормами гражданского процессуального законодательства.

В то же время следует отметить, что Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ рассматриваемые положения были значительно из-

менены. Ранее статья 17 допускала обращение органа юстиции в суд только тогда, когда совет адвокатской палаты в месячный срок не принял решения о прекращении статуса адвоката. Теперь территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд только в случае, если его представление не будет в срок рассмотрено. При этом Закон не регулирует ряд ситуаций. Например, как быть в случаях, когда совет адвокатской палаты в соответствии с Законом рассмотрел представление органа юстиции, однако не принял никакого решения?

Статья 17 фактически наделила территориальный орган Минюста России полномочиями по надзору за соблюдением адвокатами действующего законодательства и обязательств перед доверителями.

Подобная правовая конструкция вызывает некоторые сомнения в ее правомерности с точки зрения принципов независимости, самоуправления и корпоративности адвокатуры. В связи с этим возникает много правовых вопросов, ответов на которые нет в содержании изучаемой нормы. Например, неясно, какое решение должен принять суд в случае, если совет адвокатской палаты считает, что адвокат добросовестно исполнял свои профессиональные обязанности перед доверителем, а территориальный орган Минюста России настаивает на обратном. С учетом оценочности оснований прекращения статуса адвоката непонятно, чью сторону должен занять суд и вправе ли он самостоятельно оценить достаточность указанных оснований. Вызывает сомнение и возможность как территориального органа юстиции, так и суда самостоятельно оценивать профессиональные взаимоотношения адвоката и его доверителя с точки зрения наличия оснований для прекращения статуса адвоката.

В Федеральном законе об адвокатской деятельности и адвокатуре законодатель отказался от понятия «отчисление адвоката из коллегии». Однако по существу прекращение статуса адвоката предполагает и исключение его из соответствующего адвокатского образования.

В то же время положения ст. 17 о прекращении статуса адвоката не согласованы с нормами ст.ст. 21–23, которые признают адвоката учредителем адвокатского кабинета, коллегии адвокатов и адвокатского бюро. В Законе не решен вопрос о процедуре выхода адвоката из состава учредителей соответствующего адвокатского образования и правовых последствиях прекращения статуса адвоката для данного образования и гражданина. Автоматическая ликвидация или реорганизация юридического лица по такому основанию, как прекращение статуса адвоката, гражданским законодательством не предусмотрена.

ГЛАВА 7

Организация адвокатской деятельности

Под понятием «организация адвокатской деятельности» понимается правовая и организационная форма объединения адвокатов в соответствующую структуру для эффективного осуществления своих задач. С помощью организационных форм адвокатуры осуществляется как сама адвокатская деятельность непосредственно, так и обеспечиваются юридические, социальные и иные гарантии этой деятельности, в том числе и защита адвокатов от неправомерных действий и вмешательства в деятельность адвокатуры со стороны государства.

Под понятием «организация адвокатской деятельности» понимается правовая и организационная форма объединения адвокатов в соответствующую структуру для эффективного осуществления своих задач. С помощью организационных форм адвокатуры как осуществляется сама адвокатская деятельность непосредственно, так и обеспечиваются юридические, социальные и иные гарантии этой деятельности, в том числе и защита адвокатов от неправомерных действий и вмешательства в деятельность адвокатуры со стороны государства.

§1. Адвокатская палата как основное звено организационного строения адвокатуры

В соответствии со ст. 29 Закона об адвокатуре адвокатская палата является негосударственной некоммерческой организацией, основанной на обязательном членстве адвокатов одного субъекта Российской Федерации. Адвокатские палаты действуют на основании общих положений для организаций данного вида, предусмотренных названным Федеральным законом. Адвокатская палата имеет свое наименование, содержащее указание на ее организационно-правовую форму и субъект Российской Федерации, на территории которого она образована.

Адвокатская палата образуется учредительным собранием (конференцией) адвокатов. Адвокатская палата является юридическим лицом, имеет самостоятельный баланс, открывает расчетный и другие счета в банках в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также

имеет печать, штампы и бланки со своим наименованием, содержащим указание на субъект Российской Федерации, на территории которого она образована. Адвокаты не отвечают по обязательствам адвокатской палаты, а адвокатская палата не отвечает по обязательствам адвокатов. Адвокатская палата подлежит государственной регистрации, которая осуществляется на основании решения учредительного собрания (конференции) адвокатов и в порядке, установленном федеральным законом о государственной регистрации юридических лиц. На территории субъекта Российской Федерации может быть образована только одна адвокатская палата, которая не вправе образовывать свои структурные подразделения, филиалы и представительства на территориях других субъектов Российской Федерации. Образование межрегиональных и иных межтерриториальных адвокатских палат не допускается.

Решения органов адвокатской палаты, принятые в пределах их компетенции, обязательны для всех членов адвокатской палаты. Адвокатская палата не вправе осуществлять адвокатскую деятельность от своего имени, а также заниматься предпринимательской деятельностью.

Статьей 35 того же Закона определен статус Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. В частности, установлено, что Федеральная палата адвокатов так же, как и адвокатская палата субъекта Федерации, является общероссийской негосударственной некоммерческой организацией, основанной на обязательном членстве адвокатских палат субъектов Российской Федерации. Федеральная палата адвокатов как орган адвокатского самоуправления в Российской Федерации создается в целях представительства и защиты интересов адвокатов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, координации деятельности адвокатских палат, обеспечения высокого уровня оказываемой адвокатами юридической помощи.

Федеральная палата адвокатов является юридическим лицом, имеет смету, расчетный и другие счета в банках в соответствии с законодательством Российской Федерации, печать, штампы и бланки со своим наименованием. Федеральная палата адвокатов образуется Всероссийским съездом адвокатов. Образование других организаций и органов с функциями и полномочиями, аналогичными функциям и полномочиям Федеральной палаты адвокатов, не допускается. Устав Федеральной палаты адвокатов принимается Всероссийским съездом адвокатов. Федеральная палата адвокатов подлежит государственной регистрации в порядке, установленном Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц». Решения Федеральной па-

§1. Адвокатская палата как основное звено организационного строения адвокатуры

латы адвокатов и ее органов, принятые в пределах их компетенции, обязательны для всех адвокатских палат и адвокатов.

Указанные выше нормы Закона имеют важнейшее значение с точки зрения анализа независимости адвокатуры. Правовая природа адвокатской палаты определена в Законе как коллективное адвокатское объединение лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, т.е. **адвокатская палата является своего рода профессиональной ассоциацией адвокатов субъекта Российской Федерации.**

Объединения лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, отличаются от организаций, создаваемых в соответствии с законодательством об общественных объединениях. Они различаются по целям, функциям, субъектам правового регулирования, требованиям, предъявляемым к вступающим, статусу своих членов, возложенным на них обязанностям.

В соответствии с указанными выше Основными положениями о роли адвокатов, принятыми VIII Конгрессом ООН в августе 1990 г., адвокатам самим (без вмешательства государства) должно быть предоставлено право формировать самоуправляемые ассоциации для представительства их интересов, постоянной учебы, переподготовки и поддержания их профессионального уровня. Исполнительные органы профессиональных ассоциаций избираются их членами и осуществляют свои функции без внешнего вмешательства.

Профессиональные ассоциации адвокатов играют жизненно важную роль в поддержании профессиональных стандартов и этических норм, защищают своих членов от преследований и необходимых ограничений и посягательств, обеспечивают юридическую помощь для всех, кто нуждается в ней, и кооперируются с правительством и другими институтами для достижения целей правосудия и общественного интереса.

Ранее действовавшим Положением об адвокатуре в РСФСР совершенно игнорировались указанные выше международные стандарты о роли адвокатов и их независимости. Устанавливая, с одной стороны, способ формирования коллегий адвокатов как добровольных профессиональных формирований самих адвокатов (учредителей, состоящих из лиц, имеющих высшее юридическое образование), Положение, с другой стороны, наделяло такими же полномочиями по образованию коллегий адвокатов исполнительные и распорядительные органы местных Советов народных депутатов.

В соответствии с **международными Стандартами независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов, принятой на конференции МАЮ в сентябре 1990 г. в г. Нью-Йорке**, в каждом регионе должна

быть образована одна (или более) независимая самоуправляемая ассоциация юристов, признанная действующим законодательством, чей исполнительный орган должен быть свободно избран всеми членами без какого-либо вмешательства других органов и лиц.

Это положение должно осуществляться независимо от права создавать или вступать, помимо того, в другие профессиональные ассоциации адвокатов и юристов.

Основными функциями адвокатской палаты согласно Закону об адвокатуре являются:

— обеспечение оказания квалифицированной юридической помощи;

— обеспечение доступности юридической помощи для населения на всей территории субъекта Федерации; организация юридической помощи, оказываемой гражданам Российской Федерации бесплатно; **представительство и защита интересов адвокатов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях;**

— контроль за профессиональной подготовкой лиц, допущенных к осуществлению адвокатской деятельности;

— контроль за соблюдением адвокатами кодекса профессиональной этики адвоката.

Представляется, что из перечисленных выше функций **три первые (обеспечение доступности юридической помощи для населения — заметим, не в адвокатских образованиях, а на всей территории субъекта Федерации; обеспечение оказания квалифицированной юридической помощи; организация юридической помощи, оказываемой гражданам Российской Федерации бесплатно)** не относятся к чисто адвокатской деятельности, а являются властно-контрольной государственной функцией самого субъекта Федерации, имеющей гораздо более широкий спектр применения, нежели только адвокатское сообщество.

В этом плане достаточно обратиться ч. 3 ст. 1 Закона, чтобы удостовериться, что понятие «юридическая деятельность» намного шире, чем понятие «адвокатская деятельность». А поэтому вменение в обязанность адвокатской палате отвечать за доступность юридической помощи на всей территории субъекта Федерации, обеспечивать организацию юридической помощи и организовывать бесплатную юридическую помощь, т.е. выполнять государственные функции, не отвечает духу и концепции адвокатской независимости, ставит орган адвокатского сообщества вровень с территориальным органом юстиции и обязывает его подменять по-

§1. Адвокатская палата как основное звено организационного строения адвокатуры

следний, что порождает, в свою очередь, контроль государства за исполнением этих функций.

А со всяким контролем, несомненно, связано командование и руководство.

Закрепление за адвокатской палатой вышеназванных функций и перемещение основной функции палаты, связанной с защитой и представительством интересов своих членов, на третьестепенный уровень фактически превращает ее не в орган адвокатского сообщества, а в полугосударственную структуру, выполняющую государственный заказ по организации в стране всей юридической помощи населению.

В связи с указанными противоречиями и на фоне адвокатской палаты показательными представляются полномочия такой же некоммерческой организации — нотариальной палаты. Ее функции определены ст. 25 **Основ законодательства РФ о нотариате**: *«Нотариальная палата представляет и защищает интересы нотариусов, оказывает им помощь и содействие в развитии частной нотариальной деятельности; организует стажировку лиц, претендующих на должность нотариуса, и повышение профессиональной подготовки нотариусов; возмещает затраты на экспертизы, назначенные судом по делам, связанным с деятельностью нотариусов; организует страхование нотариальной деятельности»*.

Таким образом, из сравнения названных законов и установленных ими функций палат видно, что нотариат, действующий от имени государства и несущий гораздо больше государственных обязанностей, чем адвокатура, которая государственной структурой вообще не является, в функциональных обязанностях своего главного органа — нотариальной палаты сосредоточил только представительские функции нотариусов и защиту их интересов.

В адвокатской же палате представительство и защита интересов адвокатов занимают лишь третьестепенное место после обязанностей, которые на нее переложило государство. Это серьезным образом подрывает ее авторитет в глазах адвокатского сообщества и вполне может превратить палату, как и ранее действовавшие президиумы коллегий адвокатов, в послушный государству орган «по управлению адвокатами» и привести к серьезным последствиям, связанным с ограничением независимости адвокатуры по приказам государственных структур.

Законом предусмотрено, что адвокатская палата является некоммерческой организацией и она не вправе заниматься предпринимательской деятельностью. Между тем такой же орган — нотариальная палата, являясь также некоммерческой организацией, в соответствии со ст. 24 Основ

наделена правом *«осуществлять предпринимательскую деятельность постольку, поскольку это необходимо для выполнения ее уставных задач»*.

Подобное законодательное установление значительно облегчило нотариусам бремя содержания своего органа, что могло бы быть достаточно веским аргументом и при принятии Закона об адвокатуре. Однако законодатель почему-то применил неравенство подходов к аналогичным ситуациям.

§2. Совет адвокатской палаты

В Законе об адвокатуре и адвокатской деятельности (ст.ст. 30, 31) раскрываются положения о высшем и исполнительном органе адвокатского сообщества субъекта Федерации. Как и в ранее действовавшем Положении об адвокатуре в РСФСР, подчеркнута руководящая роль в жизни адвокатуры исполнительных органов.

Ведь именно им принадлежит инициатива созыва собраний адвокатов, определения норм представительства на собраниях (конференции), избрания президента и вице-президентов адвокатской палаты, а значит, и формулирования повесток, назначения докладчиков, подготовки вопросов для обсуждения и т.д.

Между тем в данных правовых нормах нет ни слова о правах самих адвокатов на созыв высшего органа управления (внеочередное собрание, конференция адвокатов созываются советом по требованию одной трети членов адвокатской палаты либо по требованию территориального органа юстиции), праве присутствовать на собрании, получать необходимые документы, праве на информацию о принятых решениях.

Более того, в Законе много внимания уделено функциональным полномочиям и обязанностям адвокатов (ст.ст. 6, 7), и совершенно ничего не говорится о внутриорганизационных правах. Это превращает их в фактических статистов при своих исполнительных органах. Получается, что «самоуправляемая» организация адвокатов — адвокатская палата — намного менее демократична, чем хозяйственное общество (ООО, ЗАО, ОАО и т.д.), участники которого наделены гораздо большими правами в управлении своими организациями, нежели адвокаты, и которое в то же время «самоуправляемым» не называется.

Хотя, казалось бы, все должно быть как раз не так: ведь в хозяйственных обществах их участники содержатся за счет обществ, а в коллегиях адвокатов, наоборот, адвокаты содержат за счет заработанных ими вознаграждений свои органы.

В связи с этим возникает вполне правомерный вопрос: в чем же тогда смысл и значение терминов «самоуправляемая», «самоуправление»?

По-видимому, указанный выше пробел в правах адвокатов со временем будет устранен и адвокатам представится возможность участвовать в управлении адвокатской палатой на более демократичных условиях, которые необходимо было бы «выровнять» в принимаемых уставах адвокатских палат.

В частности, как и во всякой некоммерческой организации, адвокат может быть наделен правами получать информацию о деятельности палаты и знакомиться с ее бухгалтерскими документами и иной документацией в установленном уставом порядке, принимать участие в подготовке и принятии решений по гонорарной и иной финансовой политике, знакомиться с принятыми советом адвокатской палаты и общими собраниями решениями, присутствовать на всех собраниях, конференциях, заседаниях, даже не являясь делегатом, давать письменные наказы делегатам собраний (конференций) об их позиции по принципиальным вопросам жизни палаты.

Кроме того, например, было бы целесообразным предусмотреть право адвокатов, обладающих не менее чем 3% количественного состава палаты, или адвокатов, принявших коллективное решение в не менее чем одном адвокатском образовании с членами не менее 50 человек, на созыв общего собрания (конференции) коллегии с предложенными ими вопросами повестки дня. Конечно, последнее предложение потребует изменения Закона. Все же остальные предложения могут быть рассмотрены при принятии уставов адвокатских палат.

В ч. 4 ст. 31 Закона предусмотрено право территориального органа юстиции требовать созыва внеочередного собрания (конференции) адвокатов для прекращения полномочий совета адвокатской палаты (возможно, и по другим вопросам).

Представляется, что подобная норма противоречит концепции независимости адвокатуры от государства и ставит совет адвокатской палаты в зависимое положение от территориального органа юстиции.

Последний, таким образом, опосредованно продолжает, как и прежде, руководить адвокатурой и контролировать ее, превращая совет адвокатской палаты в послушный ему орган власти над адвокатами. Эта норма, как и ряд названных выше, в которых существенным образом ущемлены права адвокатского сообщества и нарушены принципы законности, корпоративности и независимости, противоречит Конституции РФ и Основным положениям о роли адвокатов.

В соответствии с п. 24 **Основных положений о роли адвокатов** профессиональные ассоциации адвокатов, коими по сути и являются адвокатские палаты, должны быть защищены от произвольного вмешательства в их деятельность государства. Лишь самим адвокатам предоставлено право формировать самоуправляемые ассоциации для представительства их интересов, постоянной учебы и переподготовки и поддержания их профессионального уровня. Исполнительные органы профессиональной ассоциации избираются их членами и осуществляют свои функции без внешнего вмешательства.

Указанная же выше норма Закона об адвокатской деятельности как раз и предусматривает внешнее вмешательство в дела и исполнительного органа адвокатской ассоциации, и всего адвокатского сообщества со стороны государства. Это явное ущемление независимости адвокатуры.

§3. Формы адвокатских образований

Непосредственная адвокатская деятельность осуществляется в адвокатских образованиях. Закон об адвокатуре предусматривает только четыре организационно-правовые формы адвокатских образований, в которых может осуществляться адвокатская деятельность: **адвокатский кабинет, коллегия адвокатов, адвокатское бюро и юридическая консультация**. При этом в ГК РФ введена специальная ст. 123.16-2, которая особо выделяет адвокатские образования, являющиеся юридическими лицами. Такими признаются некоммерческие организации, созданные в соответствии с законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре в целях осуществления адвокатами адвокатской деятельности. Адвокатские образования, являющиеся юридическими лицами, создаются только в виде коллегии адвокатов, адвокатского бюро или юридической консультации. Особенности их создания, правового положения и деятельности определяются законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Адвокат обязан уведомить совет адвокатской палаты об избранной им форме адвокатского образования в течение шести месяцев со дня получения статуса адвоката, либо внесения сведений об адвокате в региональный реестр после изменения им членства в адвокатской палате, либо возобновления статуса адвоката. Неисполнение указанной обязанности влечет правовые последствия для адвоката: его статус подлежит прекращению.

В то же время ст. 20 предоставляет адвокату право самостоятельно выбрать форму адвокатского образования и место осуществления адвокатской деятельности.

Законодательство не предусматривает какой-либо процедуры принудительного распределения адвокатов по кабинетам, коллегиям, бюро и консультациям. Прием в эти адвокатские образования должен осуществляться на основании соответствующих учредительных документов.

Адвокатская палата вправе **учредить юридическую консультацию**, если на территории одного судебного района общее число адвокатов во всех адвокатских образованиях, расположенных на данной территории, составляет менее двух на одного федерального судью. В этом случае собрание (конференция) адвокатов как высший орган адвокатской палаты субъекта Российской Федерации также определяет порядок направления адвокатов для работы в юридических консультациях.

Решение о создании консультации принимает совет адвокатской палаты как коллегиальный исполнительный орган адвокатской палаты. На основании порядка, установленного собранием (конференцией) адвокатов, совет направляет конкретных адвокатов для работы в соответствующие юридические консультации, и эти адвокаты обязаны будут осуществлять свою адвокатскую деятельность в указанном образовании. В то же время Закон предоставляет адвокату право выбора адвокатского образования. Поэтому он может отказаться от направления его в юридическую консультацию и выбрать иную форму осуществления адвокатской деятельности.

Установленная в ранее действовавшем Положении об адвокатуре зависимость юридических консультаций (иных организационно-правовых структур, установленных законодательством, тогда не существовало) от президиумов коллегий адвокатов серьезным образом сдерживала самостоятельность и финансовую активность. Нередко возникали вопросы о неэквивалентности отчислений на нужды вышестоящих органов, что, в свою очередь, порождало искусственное занижение поступлений в адвокатские структуры средств от гонораров с помощью двойной формы расчетов с клиентами.

Новые адвокатские образования фактически должны быть трансформированы из ранее действовавших юридических консультаций в профессиональные образования, на которые возложена обязанность по объединению адвокатов для осуществления адвокатской деятельности. Нынешние коллегии адвокатов и адвокатские бюро призваны выполнять публично значимую задачу — **осуществить объединительную функцию, создать кол-**

лектив профессионалов для того, чтобы им было удобнее заниматься адвокатской деятельностью.

Таким образом, коллегия адвокатов превращается из административной надстройки в одну из организационно-правовых форм, способствующих профессиональной деятельности адвокатов.

Предусмотренные Законом формы адвокатских образований позволяют по-новому решать и вопросы собственности. Раньше адвокат не имел никаких имущественных прав — все имущество было собственностью даже не юридической консультации, а коллегии адвокатов, несмотря на огромные отчисления из собственных средств (гонораров) и фактически формирование из них самой адвокатской структуры и ее материальной хозяйственной основы.

§4. Адвокатский кабинет

Адвокатский кабинет является новой формой адвокатского образования в России. Общий порядок создания и основные принципы организации адвокатского кабинета установлены в ст. 21 Закона об адвокатуре.

Закон разрешает адвокату осуществлять свою адвокатскую деятельность индивидуально, без объединения с другими адвокатами, но при условии, что он уже имеет стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет. В этом случае адвокат принимает самостоятельное **решение об учреждении адвокатского кабинета**. Решение должно быть оформлено в письменном виде как документ.

В решении указываются необходимые сведения: наименование документа (решение об учреждении адвокатского кабинета); фамилия, имя, отчество адвоката; существо принятого решения (учредить адвокатский кабинет); название адвокатского кабинета и его местонахождение; дата принятия решения; подпись адвоката.

Уведомление об учреждении адвокатского кабинета составляется адвокатом в произвольной форме и направляется в совет адвокатской палаты заказным письмом. Уведомление должно содержать сведения об адвокате, место нахождения адвокатского кабинета, порядок осуществления телефонной, телеграфной, почтовой и иной связи между советом адвокатской палаты и адвокатом.

Законодательство не содержит перечня сведений, которые должен сообщить адвокат. Поэтому они могут быть минимальными: регистрационный номер адвоката в региональном реестре, его фамилия, имя и отчество.

Понятие места нахождения адвокатского кабинета законодательством не определено. ГК РФ устанавливает применительно к гражданам место жительства, а применительно к юридическим лицам — место нахождения. Местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК РФ). Местом нахождения юридического лица определяется место его государственной регистрации, которая осуществляется по месту нахождения постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа — иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности (п. 2 ст. 54 ГК РФ).

Поскольку адвокатский кабинет не является юридическим лицом, на него не распространяются положения ст. 54 ГК РФ. Поэтому адвокат самостоятельно определяет, что указать в качестве места нахождения адвокатского кабинета.

Закон разрешает адвокату использовать для размещения адвокатского кабинета жилые помещения, которые принадлежат на праве собственности ему либо членам его семьи. Причем не требуется, чтобы адвокат постоянно проживал в указанном помещении, соответственно, это может быть любое жилое помещение, оформленное в собственность адвоката либо членов его семьи, в том числе и не используемое для постоянного проживания.

Адвокат вправе использовать помещения, находящиеся в собственности членов его семьи, лишь с их согласия. Закон не требует письменного согласия. Однако с целью избежания возможных конфликтов лучше оформить указанное согласие письменно.

Закон разрешает также использовать для размещения адвокатского кабинета жилые помещения, занимаемые адвокатом и членами его семьи по договору найма. В этом случае требуется согласие наймодателя и всех совершеннолетних лиц, проживающих совместно с адвокатом.

Факт получения согласия на использование жилого помещения имеет важное правовое значение. Его отсутствие будет нарушением требований закона, защищающим права членов семьи адвоката и наймодателей на жилое помещение. В соответствии с п. 3 ст. 292 ГК РФ члены семьи собственника жилого помещения могут требовать устранения нарушений их прав на жилое помещение от любых лиц, включая собственника помещения. Члены семьи имеют такую же возможность защитить свое абсолютное право пользования жилым помещением, как и собственник. Они могут требовать устранения всяких нарушений этого права, в том числе

исходящих от собственника, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения (ст. 305 ГК РФ). Аналогичной защитой от нанимателя-адвоката обладает и наймодатель жилого помещения.

Общие принципы использования жилых помещений на основании договора найма регулируются гл. 35 ГК РФ.

Адвокатский кабинет **не является юридическим лицом**. Это означает, что нормы ГК РФ и иных нормативных актов, касающиеся юридических лиц, к адвокатскому кабинету не относятся. Его правовое положение определяется Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре и иными нормативными актами, регулирующими адвокатскую деятельность.

Адвокатский кабинет не является организацией и не может иметь в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленного имущества. Поскольку адвокатский кабинет не обладает имуществом, он не может отвечать по каким-либо обязательствам адвоката перед третьими лицами. Адвокатский кабинет не может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Правовое положение адвокатского кабинета нельзя отождествлять и с гражданским статусом физического лица.

Таким образом, адвокатский кабинет является неким внешним оформлением места осуществления адвокатом своей деятельности, имеющим закрепленный в законе организационный статус. Учреждение адвокатского кабинета является правовым подтверждением того, что адвокат осуществляет свою деятельность лично.

Для осуществления индивидуальной адвокатской деятельности адвокат **обязан открыть счет или счета в банках, иметь печать, штампы и бланки**, оформленные в соответствии с требованиями законодательства. Адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты, обязаны письменно сообщать в налоговый орган по месту своего жительства об открытии (о закрытии) счетов, предназначенных для осуществления ими профессиональной деятельности, в течение семи дней со дня открытия (закрытия) таких счетов.

Адвокаты, которые осуществляют адвокатскую деятельность в адвокатском кабинете, в силу подп. 4 п. 1 ст. 2 и подп. 1 п. 2 ст. 6 Федерального закона от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» обязаны вести бухгалтерский учет, либо учет доходов и расходов в порядке, установленном налоговым законодательством Российской Федерации. С учетом этого адвокат, учредивший адвокатский кабинет, обязан пред-

ставлять по запросу налогового органа книгу учета доходов и расходов и хозяйственных операций, либо годовую бухгалтерскую (финансовую) отчетность не позднее трех месяцев после окончания отчетного года (подп. 5 п. 1 ст. 23 Налогового кодекса РФ (часть 1)).

Адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты, исчисляют налоговую базу по итогам каждого налогового периода на основе данных учета доходов и расходов и хозяйственных операций в порядке, определяемом Минфином России.

В целях проведения налогового контроля адвокат подлежит постановке на учет в налоговом органе по месту его жительства на основании сведений, сообщаемых адвокатской палатой субъекта Российской Федерации. Адвокатские палаты субъектов Российской Федерации обязаны не позднее 10-го числа каждого месяца сообщать в налоговый орган по месту нахождения адвокатской палаты субъекта Российской Федерации сведения об адвокатах, внесенные в предшествующем месяце в реестр адвокатов субъекта Российской Федерации (в том числе сведения об избранной ими форме адвокатского образования) или исключенные из указанного реестра, а также о принятых за этот месяц решениях о приостановлении (возобновлении) статуса адвокатов.

Налоговый орган обязан осуществить постановку на учет (снятие с учета) адвокатов по месту их жительства в течение пяти дней со дня поступления сведений от адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. Налоговый орган в тот же срок обязан выдать или направить по почте свидетельство о постановке на учет в налоговом органе и (или) уведомление о постановке на учет (уведомление о снятии с учета) в налоговом органе по формам, которые устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов, и в порядке, который утверждает Минфин России Российской Федерации.

Если адвокат изменил место нахождения или место жительства, снятие с учета налогоплательщика осуществляется налоговым органом, в течение пяти дней со дня получения сведений о факте регистрации от органов, осуществляющих регистрацию физических лиц по месту жительства, в порядке, утвержденном Минфином Российской Федерации.

В случае прекращения статуса адвоката снятие с учета осуществляется налоговым органом на основании сведений, сообщаемых адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

В отношениях с третьими лицами адвокат выступает от своего имени. Соглашения об оказании юридической помощи в адвокатском кабинете

закключаются непосредственно между адвокатом и доверителем и регистрируются в документации адвокатского кабинета.

Адвокат, осуществляющий индивидуальную адвокатскую деятельность посредством адвокатского кабинета, имеет имущество на праве собственности, приобретает имущество при осуществлении адвокатской деятельности, вправе завещать это имущество. На указанное имущество распространяется право наследования. Адвокат вправе совершать любые не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах, иметь имущественные и личные неимущественные права.

Преимущества деятельности адвоката в форме адвокатского кабинета заключаются в том, что отчисления, производимые на нужды кабинета, — это фактически отчисления на самосовершенствование и самообеспечение, в то время как отчисления на нужды других адвокатских образований — это средства, идущие на коллективные нужды. Кроме того, в организационном плане работа в адвокатском кабинете не связана с взаимными обязательствами с другими адвокатами, основанными на учредительстве, не влечет отчетов перед коллективным органом управления, такая работа несет в себе характер индивидуальной деятельности со всеми ее достоинствами и недостатками.

§5. Коллегия адвокатов

Коллегия адвокатов является **новой организационно-правовой формой** адвокатского образования, в котором адвокатская деятельность осуществляется на коллективной основе. Она существенно отличается от коллегий адвокатов, действовавших ранее на основании Положения об адвокатуре. Прежние коллегии адвокатов были единственным видом объединения лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, имели предусмотренную Положением систему органов управления и контроля (высший орган — общее собрание (конференция) членов коллегии; исполнительный орган — президиум, в составе которого избирались председатель президиума и его заместитель (заместители); контрольно-ревизионный орган — ревизионная комиссия), обладали властными полномочиями по отношению к своим структурным подразделениям — юридическим консультациям. Образование коллегии адвокатов осуществлялось по заявлению группы учредителей или по инициативе исполнительного и распорядительного органа соответствующего Совета народных депутатов и зависело от согласия Министерства юстиции РСФСР.

Теперь правовым основанием возникновения коллегии адвокатов является **решение двух и более адвокатов** об учреждении коллегии адвокатов. Данное решение, согласно п. 2 ст. 22 Закона об адвокатуре, должно быть выражено в форме утверждения устава и заключения учредительного договора коллегии. Количество учредителей коллегии адвокатов не ограничено. Однако, в числе учредителей коллегии адвокатов должно быть не менее двух адвокатов, имеющих стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет.

Пункт 3 ст. 22 содержит императивную норму о том, что учредителями коллегии адвокатов могут быть адвокаты, сведения о которых внесены только в один региональный реестр. В то же время п. 10 данной статьи требует внесения сведений об адвокатах, осуществляющих деятельность в филиале коллегии, в региональный реестр по месту создания данного филиала. Поскольку филиалы коллегии адвокатов могут быть созданы в различных субъектах Российской Федерации, а согласно ст. 15 Закона сведения об адвокате вносятся только в один региональный реестр, то членами коллегии адвокатов могут оказаться адвокаты, сведения о которых внесены в несколько региональных реестров (по месту нахождения коллегии и ее филиалов).

Указанные противоречия не касаются адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность в филиале коллегии адвокатов, созданном на территории иностранного государства, поскольку сведения о них должны вноситься в региональный реестр того субъекта Российской Федерации, на территории которого учреждена коллегия адвокатов.

Коллегия адвокатов является **некоммерческой организацией**. Ее правовое положение регулируется общими нормами ГК РФ о юридических лицах (гл. 4 ч. 1), Федеральным законом от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее — Федеральный закон о некоммерческих организациях), а также Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Указанные законодательные акты определяют порядок создания, деятельности, реорганизации и ликвидации коллегий адвокатов как некоммерческих организаций, общие принципы формирования и использования их имущества, права и обязанности учредителей, основы управления и возможные формы поддержки коллегий адвокатов органами государственной власти и местного самоуправления.

В соответствии с подп. 18 ст. 22 к отношениям, возникающим в связи с учреждением, деятельностью и ликвидацией коллегии адвокатов, применяются правила, предусмотренные для некоммерческих партнерств Феде-

ральным законом «О некоммерческих организациях». В случае противоречия этих правил нормам Закона об адвокатуре применяются последние.

Следует учитывать также приоритет ГК РФ над законами. В случае противоречия норм гражданского права, содержащихся в Федеральном Законе об адвокатуре, положениям ГК РФ должны применяться последние, как в своем содержании, так и в юридической терминологии.

Коллегия адвокатов как **некоммерческое партнерство** является основанной на членстве некоммерческой организацией, учрежденной адвокатами для содействия ее членам в осуществлении адвокатской деятельности.

Члены коллегии адвокатов вправе:

- участвовать в управлении делами коллегии адвокатов;
- получать информацию о деятельности коллегии адвокатов в установленном учредительными документами порядке;
- по своему усмотрению выходить из коллегии адвокатов;
- если иное не установлено федеральным законом или учредительными документами, получать при выходе из коллегии адвокатов либо в случае исключения из нее часть имущества коллегии адвокатов или стоимость этого имущества в пределах стоимости имущества, переданного членами коллегии в ее собственность, за исключением членских взносов, в порядке, предусмотренном учредительными документами коллегии адвокатов;
- получать в случае ликвидации коллегии адвокатов часть ее имущества, оставшегося после расчетов с кредиторами, либо стоимость этого имущества в пределах стоимости имущества, переданного членами коллегии в ее собственность, если иное не предусмотрено федеральным законом или учредительными документами коллегии адвокатов.

Член коллегии адвокатов может быть исключен из нее по решению остающихся членов в случаях и в порядке, которые предусмотрены учредительными документами коллегии.

Члены коллегии адвокатов могут иметь и другие права, предусмотренные ее учредительными документами и не противоречащие законодательству.

Может ли коллегия адвокатов заниматься коммерческой деятельностью, совместима ли адвокатская деятельность с предпринимательством — эти вопросы являются одними из самых проблемных в организации внутренней жизни адвокатуры.

Закон в п. 2 ст. 1 четко определяет, что адвокатская деятельность не является предпринимательской. Однако запрещая предпринимательскую деятельность, он относит данное ограничение лишь в чистом виде только к самой адвокатской деятельности, т.е. к оказанию квалифицированной

юридической помощи адвокатами. И такому ограничению есть вполне логичное оправдание: адвокатскую деятельность на коммерческую основу ставить нельзя, ибо в таком случае будут нарушены основные конституционные принципы о праве граждан на получение квалифицированной юридической помощи и защиты. Коммерция в адвокатской деятельности — это торг, коррупция, торжество теневой юстиции.

В то же время указанные ограничения не могут быть распространены на образованные адвокатами адвокатские структуры, в том числе коллегии адвокатов. Потому что данные структуры не занимаются адвокатской деятельностью непосредственно, в чистом виде. Они создаются лишь в целях способствования такой деятельности.

Закон устанавливает только одно исключение в отношении адвокатской структуры: п. 10 ст. 29 запрещает адвокатской палате заниматься предпринимательской деятельностью. Однако данное ограничение, установленное для одного вида некоммерческой организации (адвокатской палаты), в силу общепринятого принципа о недопустимости расширительного толкования Закона не может быть распространено на другие виды некоммерческих организаций — коллегии адвокатов и адвокатские бюро.

Согласно п. 2 ст. 8 Федерального закона о некоммерческих организациях некоммерческое партнерство вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, соответствующую целям, для достижения которых оно создано. Противоречит ли эта норма Закону об адвокатской деятельности в части коллегии адвокатов? Нисколько. Ведь в нормах ограничений заниматься предпринимательской деятельностью для коллегий адвокатов не предусмотрено.

Федеральный закон о некоммерческих организациях разрешенной предпринимательской деятельностью признает приносящее прибыль производство товаров и услуг, отвечающих целям создания некоммерческой организации, а также приобретение и реализацию ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие в хозяйственных обществах и участие в товариществах «на вере» в качестве вкладчика. При этом некоммерческая организация обязана вести учет доходов и расходов по предпринимательской деятельности.

В интересах достижения целей, предусмотренных уставом, некоммерческая организация может создавать другие некоммерческие организации и вступать в ассоциации и союзы.

Таким образом, как сами адвокаты индивидуально, если их деятельность не связана с адвокатской, вправе заниматься предпринимательством и иной оплачиваемой работой (например, в сферах научной, пре-

подавательской и иной творческой деятельности: к примеру, могут рисовать картины и продавать их, выступать с платными лекциями и т.д.), так и учрежденные ими адвокатские образования в виде коллегий адвокатов и адвокатских бюро как некоммерческие организации также могут заниматься всевозможными коммерческими проектами и воплощением их в жизнь, если их предпринимательская деятельность соответствует целям, для достижения которых эти адвокатские образования созданы.

Как практически может осуществляться коммерческая деятельность? Здесь существует множество вариантов ответов в зависимости от того, какую форму предпринимательской деятельности решило вести то или иное адвокатское образование.

Например, коллегия адвокатов приобретает недвижимость, которую затем сдает в аренду и тем самым зарабатывает себе средства для более качественного оказания адвокатских услуг, развития собственной базы. В этом случае заключение арендных соглашений вполне возможно выполнить силами исполнительного органа адвокатского образования. Возглавляющий адвокатское образование адвокат выполняет функцию, не связанную с адвокатской деятельностью, а направленную на решение хозяйственных проблем своей организации как обычного юридического лица, наделенного соответствующими гражданскими правами и обязанностями в соответствии с Конституцией РФ и ГК РФ.

В другом случае с той же целью адвокатское образование приобретает пакет акций какого-либо крупного предприятия, которые котируются на фондовом рынке и приносят прибыль. Здесь от имени адвокатского образования могут выступать соответствующие профессиональные участники рынка ценных бумаг (фондового рынка), всевозможные дилеры, брокеры, иные поверенные.

Еще одна форма: коллегия адвокатов создает свое самостоятельное коммерческое предприятие. Например, консалтинговый центр, аудиторскую фирму, экспертное бюро, частное детективное агентство и т.д. Там коммерческой (предпринимательской) деятельностью будет заниматься наемный директор или коллегиальный исполнительный орган этой фирмы. Аналогичным образом с помощью наемного персонала могут действовать и адвокатский кабинет, и юридическая консультация, работающая в форме учреждения.

Учредительными документами коллегии адвокатов являются: устав, утвержденный учредителями, и учредительный договор, который должны заключить учредители. Требования учредительных документов коллегии адвокатов обязательны для исполнения самой коллегией и ее учредите-

лями (членами). Учредительные документы коллегии адвокатов обязательны также для всех лиц, которые вступают в отношения с данной коллегией, включая органы власти (ограничения этого правила установлены ст.ст. 173 и 174 ГК РФ, определяющими условия сохранения в силе сделок, выходящих за пределы правоспособности юридического лица).

В учредительном договоре учредители обязуются создать коллегию адвокатов; определяют порядок совместной деятельности по ее созданию, условия передачи коллегии адвокатов своего имущества, порядок участия в ее деятельности, порядок и условия приема в коллегию новых членов и выхода учредителей (членов) из ее состава, права и обязанности учредителей (членов) коллегии адвокатов, порядок внесения изменений в учредительный договор. Указанные положения должны быть обязательно отражены в учредительном договоре. В то же время степень их детализации Федеральным законом не установлена.

Учредительный договор является, по существу, разновидностью договора простого товарищества (договора о совместной деятельности), предусмотренного ст.ст. 1041—1054 ГК РФ.

Пункт 5 ст. 22 Федерального закона определяет перечень обязательных сведений, которые должны содержаться в уставе коллегии адвокатов: наименование коллегии адвокатов, содержащее указание на характер ее деятельности и организационно-правовую форму; место нахождения (определяется местом государственной регистрации); предмет и цели деятельности; источники образования имущества и основные направления его использования; порядок управления коллегией адвокатов; сведения о ее филиалах; порядок реорганизации и ликвидации коллегии адвокатов; порядок внесения изменений и дополнений в устав. Изменения в устав коллегии адвокатов вносятся по решению ее высшего органа управления. Устав может дублировать положения учредительного договора, а также содержать иные положения, предусмотренные Законом об адвокатуре и иными федеральными законами.

Кроме того, учредительные документы коллегии адвокатов должны содержать условия о составе и компетенции ее органов управления, порядке принятия ими решений, в том числе по вопросам, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов, и о порядке распределения имущества, остающегося после ликвидации коллегии адвокатов.

Закон не дает ответа на вопрос о том, как быть при возникновении противоречий между положениями устава и учредительного договора колле-

гии адвокатов. Однако в тех случаях, когда, согласно Закону, учредительными документами юридического лица признаются и устав, и учредительный договор, практика арбитражных судов признает приоритет устава.

В Законе не раскрыто содержание **целей и задач** коллегии адвокатов. Однако подобный законодательный пробел должен быть восполнен в принимаемых внутренних документах коллегии: учредительном договоре и уставе. Не будет противоречить Закону, например, возложение на коллегию адвокатов не только объединительных функций для создания адвокатам соответствующего «рабочего места», но и принятие на себя обязательств по обеспечению адвокатской деятельности. Такая функция коллегии адвокатов будет дополнять обязанности адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, которая создается в целях обеспечения оказания квалифицированной юридической помощи, представительства и защиты интересов адвокатов, контроля за соблюдением адвокатами кодекса профессиональной этики адвоката. Необходимо учесть, что одно адвокатское объединение (адвокатская палата), образованное на территории субъекта Федерации, может быть настолько громоздким в некоторых субъектах РФ из-за громоздкости адвокатских палат, что до конкретного адвоката помощь адвокатской палаты может просто не дойти. Поэтому на подготовку учредительных документов коллегии адвокатов необходимо обращать особое внимание, сосредотачивая в них многие организационные, финансовые и иные вопросы, не нашедшие отражения в Федеральном законе и дополняющие его.

Учредители коллегии адвокатов обязаны направить в совет адвокатской палаты заказным письмом **уведомление о ее учреждении**. Закон возлагает обязанность направления уведомления на всех учредителей, поэтому исполнить эту обязанность может любой из учредителей. Уведомление составляется в произвольной форме и должно содержать сведения об учредителях, месте нахождения коллегии адвокатов, порядке осуществления телефонной, телеграфной, почтовой и иной связи между советом адвокатской палаты и коллегией адвокатов.

Закон не содержит перечень сведений, которые учредители должны сообщить о себе. Поэтому эти сведения могут быть минимальными: регистрационные номера адвокатов в региональном реестре, их фамилии, имена и отчества.

Учредители обязаны приложить к уведомлению нотариально заверенные копии учредительного договора и устава. Финансовые расходы на нотариальное заверение копий учредительных документов относятся на затраты коллегии адвокатов.

В соответствии с новым абз. 2 п. 13 ст. 22 коллегия адвокатов обязана уведомлять адвокатскую палату также о любых изменениях в составе своих членов. Порядок такого уведомления Законом не регулируется. Поэтому по аналогии могут быть применены нормы п. 7 ст. 22.

Коллегия адвокатов как юридическое лицо подлежит **государственной регистрации** в порядке, установленном Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (далее — Закон № 129-ФЗ).

Закон № 129-ФЗ вступил в силу 1 июля 2002 г. и регулирует отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией юридических лиц при их создании, реорганизации и ликвидации, при внесении изменений в их учредительные документы и при ведении Единого государственного реестра юридических лиц (далее — государственный реестр).

Государственная регистрация юридических лиц является актом уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемым посредством внесения в государственный реестр сведений о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц. Согласно ст. 2 Закона № 129-ФЗ и постановлению Правительства РФ от 17 мая 2002 г. № 319 «Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц» обязанность производить государственную регистрацию начиная с 1 июля 2002 г. возложена на МНС России (в настоящее время — Федеральная налоговая служба).

В связи с реализацией государственной политики упрощения и дебиюрократизации процесса регистрации юридических лиц Законом № 129-ФЗ определен уведомительный порядок регистрации.

Согласно ст. 9 Закона № 129-ФЗ документы представляются в регистрирующий орган заявителем непосредственно или направляются почтовым отправлением с объявленной ценностью при его пересылке и описью вложения. Заявление, представляемое в регистрирующий орган, удостоверяется подписью уполномоченного лица, подлинность которой должна быть засвидетельствована в нотариальном порядке. Таким уполномоченным лицом при регистрации коллегии адвокатов могут быть:

— руководитель постоянно действующего исполнительного органа регистрируемого юридического лица или иное лицо, имеющие право без доверенности действовать от имени этого юридического лица;

— один из учредителей (учредители) коллегии адвокатов при ее создании;

— лицо, действующее на основании доверенности или иного полномочия, предусмотренного федеральным законом.

Согласно ст. 13 Закона № 129-ФЗ государственная регистрация юридических лиц при их создании осуществляется в срок не более чем три рабочих дня со дня представления документов в регистрирующий орган, по месту нахождения указанного в заявлении постоянно действующего исполнительного органа, в случае отсутствия такого исполнительного органа — по месту нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени коллегии адвокатов без доверенности.

Статьей 12 Закона № 129-ФЗ определен перечень документов, представляемых при государственной регистрации создаваемого юридического лица. Применительно к коллегии адвокатов такими документами будут:

а) подписанное заявителем заявление о государственной регистрации по форме, утвержденной Правительством РФ. В заявлении подтверждается, что: представленные устав и учредительный договор соответствуют установленным законодательством Российской Федерации требованиям к учредительным документам коллегии адвокатов; сведения, содержащиеся в учредительных документах, иных представленных для государственной регистрации документах, заявлении о государственной регистрации, достоверны; при создании юридического лица соблюден установленный для коллегий адвокатов порядок их учреждения. Подпись заявителя на указанном заявлении должна быть нотариально удостоверена;

б) решение о создании коллегии адвокатов в виде учредительного договора (подлинник или нотариально удостоверенная копия);

в) устав коллегии адвокатов (подлинник или засвидетельствованная в нотариальном порядке копия);

г) документ об уплате государственной пошлины.

Решение о государственной регистрации, принятое налоговым органом, является основанием внесения соответствующей записи в государственный реестр. На основании п. 2 ст. 51 ГК РФ и п. 8 ст. 22 Закона об адвокатуре коллегия адвокатов считается созданной (учрежденной) с момента ее государственной регистрации (со дня внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц).

Регистрация коллегии адвокатов как юридического лица влечет за собой также включение в состав Единого государственного регистра предприятий и организаций всех форм собственности и хозяйствования (ЕГРПО) и присвоение органами статистики кодов Общероссийского классификатора предприятий и организаций (ОКПО) и классификационных признаков (СООГУ — принадлежность к органу управления; СОАТО — местона-

хождение; ОКОНХ — вид деятельности; КФС — форма собственности; КОПФ — организационно-правовая форма). Присвоение кодов производится на основании представленных в органы государственной статистики копий учредительных документов.

Изменения в учредительные документы коллегии адвокатов вносятся в соответствии с порядком, установленным данными документами. Регистрация изменений также осуществляется в соответствии с Законом № 129-ФЗ. Так, согласно ст. 17 для государственной регистрации изменений, вносимых в учредительные документы коллегии адвокатов, в регистрирующий орган должны быть представлены:

а) подписанное заявителем заявление о государственной регистрации по форме, утвержденной ФНС. В заявлении подтверждается, что изменения, вносимые в учредительные документы юридического лица, соответствуют установленным законодательством Российской Федерации требованиям, что сведения, содержащиеся в этих учредительных документах и в заявлении, достоверны и соблюден установленный федеральным законом порядок принятия решения о внесении изменений в учредительные документы юридического лица;

б) решение о внесении изменений в учредительные документы коллегии адвокатов;

в) сами изменения, вносимые в учредительные документы коллегии адвокатов;

г) документ об уплате государственной пошлины.

Регистрация изменений в учредительные документы коллегии адвокатов и (или) внесение в государственный реестр изменений, касающихся сведений о юридическом лице, но не связанных с изменениями, вносимыми в учредительные документы, осуществляются в течение пяти рабочих дней.

В случае внесения изменений в сведения о коллегии адвокатов в связи с переменной места нахождения юридического лица налоговый орган вносит в государственный реестр соответствующую запись и пересылает регистрационное дело в налоговый орган по новому месту нахождения юридического лица. В случае государственной регистрации учредительных документов в новой редакции и (или) внесения в государственный реестр изменений, касающихся сведений о юридическом лице, но не связанных с изменениями, вносимыми в учредительные документы, в государственный реестр вносится соответствующая запись.

В соответствии с п. 3 ст. 52 ГК РФ изменения учредительных документов становятся обязательными для третьих лиц с момента их госу-

дарственной регистрации, а в случаях, специально указанных в законах, — с момента уведомления регистрирующего органа об утверждении этих изменений, т.е. со дня подачи соответствующих документов в порядке, установленном федеральным законом. Но если третье лицо, узав о принятых изменениях, действовало с учетом данных изменений, ни сама коллегия адвокатов, учредительные документы которой изменены, ни ее учредители (члены) не вправе ссылаться на отсутствие регистрации и требовать применения старых учредительных документов без принятых изменений.

Согласно ст. 5 Закона № 129-ФЗ в **Едином государственном реестре должны содержаться следующие сведения и документы о коллегии адвокатов:**

а) полное и (в случае, если имеется) сокращенное наименование на русском языке. В случае, если в учредительных документах коллегии адвокатов ее наименование указано на одном из языков народов Российской Федерации и (или) на иностранном языке, в Едином государственном реестре указывается также наименование коллегии на этих языках;

б) организационно-правовая форма;

в) адрес (место нахождения) постоянно действующего исполнительного органа коллегии адвокатов (в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа — иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности), по которому с ней осуществляется связь;

г) способ образования коллегии адвокатов (создание или реорганизация);

д) сведения об учредителях;

е) подлинники или засвидетельствованные в нотариальном порядке копии учредительных документов;

ж) сведения о правопреемстве — для юридических лиц, созданных в результате реорганизации иных юридических лиц; для юридических лиц, в учредительные документы которых вносятся изменения в связи с реорганизацией; а также для юридических лиц, прекративших свою деятельность в результате реорганизации;

з) дата регистрации изменений, внесенных в учредительные документы, или в случаях, установленных законом, дата получения регистрирующим органом уведомления об изменениях, внесенных в учредительные документы;

и) способ прекращения деятельности коллегии адвокатов (путем реорганизации или путем ликвидации);

и. л) сведения о том, что коллегия адвокатов находится в процессе ликвидации;

к) фамилия, имя, отчество и должность лица, имеющего право без доверенности действовать от имени коллегии адвокатов, а также паспортные данные такого лица или данные иных документов, удостоверяющих личность в соответствии с законодательством Российской Федерации, и идентификационный номер налогоплательщика (при его наличии);

л) сведения о филиалах и представительствах коллегии адвокатов;

м) идентификационный номер налогоплательщика, код причины и дата постановки на учет коллегии адвокатов в налоговом органе;

н) коды по Общероссийскому классификатору видов экономической деятельности;

о) номер и дата регистрации коллегии в качестве страхователя: в территориальном органе Пенсионного фонда Российской Федерации; в исполнительном органе Фонда социального страхования Российской Федерации; в территориальном фонде обязательного медицинского страхования;

п) сведения о банковских счетах коллегии адвокатов.

Коллегия адвокатов является юридическим лицом, имеет в собственности обособленное имущество, отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. Коллегия адвокатов должна иметь самостоятельный баланс и вправе в установленном порядке открывать счета в банках на территории Российской Федерации и за ее пределами.

Коллегия адвокатов имеет печать, штампы и бланки с адресом и своим наименованием на русском языке. Закон требует, чтобы наименование коллегии адвокатов содержало указание на субъект Российской Федерации, на территории которого она учреждена. Коллегия адвокатов вправе иметь зарегистрированную в установленном порядке эмблему.

Коллегия адвокатов, наименование которой зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования.

Коллегия адвокатов создается без ограничения срока деятельности, если иное не установлено ее учредительными документами.

Коллегия адвокатов обязана вести бухгалтерский учет и статистическую отчетность и предоставлять информацию о своей деятельности органам государственной статистики и налоговым органам, учредителям и иным лицам в соответствии с законодательством и учредительными документами.

Размеры и структура доходов коллегии адвокатов, а также сведения о размерах и составе ее имущества, о расходах, численности и составе работников, об оплате их труда, об использовании безвозмездного труда граждан не могут быть предметом коммерческой тайны.

Первоначальное **имущество коллегии адвокатов** образуется из вкладов ее учредителей. Такое имущество, внесенное учредителями коллегии адвокатов в качестве вкладов, становится ее собственностью. В дальнейшем имущество, переданное членами коллегии адвокатов в качестве взносов, также переходит в собственность коллегии. Члены коллегии адвокатов не отвечают по ее обязательствам, а коллегия адвокатов не отвечает по обязательствам своих членов.

В то же время, согласно п. 2 ст. 48 ГК РФ, в связи с участием в образовании имущества коллегии адвокатов как некоммерческого партнерства ее учредители (члены) могут иметь определенные обязательственные права в отношении коллегии адвокатов в соответствии с Федеральным законом о некоммерческих организациях и учредительными документами коллегии.

Коллегия адвокатов может иметь в собственности здания, сооружения, жилищный фонд, земельные участки, оборудование, инвентарь, денежные средства в рублях и иностранной валюте, ценные бумаги и иное имущество.

Источниками формирования имущества коллегии адвокатов в денежной и иных формах могут быть:

- регулярные и единовременные поступления от учредителей (членов);
- добровольные имущественные взносы и пожертвования;
- выручка от реализации товаров, работ, услуг;
- дивиденды (доходы, проценты), получаемые по принадлежащим коллегии адвокатов акциям, облигациям, другим ценным бумагам и вкладам;
- доходы, получаемые от собственности коллегии адвокатов;
- другие не запрещенные законом поступления.

Порядок регулярных поступлений от учредителей (членов) должен быть определен в учредительных документах коллегии адвокатов. Полученная коллегией адвокатов прибыль не подлежит распределению между членами коллегии адвокатов, а должна быть направлена на ее уставные цели.

Структура, компетенция, порядок формирования и срок полномочий **органов управления коллегии адвокатов**, порядок принятия ими решений и выступления от имени коллегии устанавливаются ее учредительными документами.

Высшим органом управления коллегии адвокатов является общее собрание ее членов. Основная функция общего собрания — обеспечение соблюдения коллегией адвокатов целей, в интересах которых она была создана.

К компетенции общего собрания относится решение следующих вопросов:

- а) изменение устава;
- б) определение приоритетных направлений деятельности коллегии адвокатов, принципов формирования и использования ее имущества;
- в) образование исполнительных органов и досрочное прекращение их полномочий;
- г) утверждение годового отчета и годового бухгалтерского баланса;
- д) утверждение финансового плана коллегии адвокатов и внесение в него изменений;
- е) создание филиалов и открытие представительств;
- ж) участие в других организациях;
- з) реорганизация и ликвидация коллегии адвокатов.

Учредительными документами коллегии адвокатов может предусматриваться создание постоянно действующего коллегиального органа управления, к ведению которого может быть отнесено решение вопросов, предусмотренных указанными выше подп. «г»—«ж». Вопросы, предусмотренные подп. «а»—«в» и «з», относятся к исключительной компетенции общего собрания коллегии адвокатов.

Общее собрание членов коллегии адвокатов или заседание коллегиального органа управления правомочно, если на указанном собрании или заседании присутствует более половины его членов. Решение указанного общего собрания или заседания принимается большинством голосов членов, присутствующих на собрании или заседании. Решение общего собрания или заседания по вопросам исключительной компетенции высшего органа управления коллегии адвокатов принимается единогласно или квалифицированным большинством голосов в соответствии с учредительными документами.

Согласно п. 5 ст. 29 Федерального закона о некоммерческих организациях коллегия адвокатов не вправе осуществлять выплату вознаграждения членам ее высшего органа управления за выполнение ими возложенных на них функций, за исключением компенсации расходов, непосредственно связанных с участием в работе высшего органа управления.

Исполнительный орган коллегии адвокатов может быть коллегиальным (например, правление) и (или) единоличным (например, председа-

тель). Он осуществляет текущее руководство деятельностью коллегии адвокатов и подотчетен ее высшему органу управления.

К компетенции исполнительного органа относится решение всех вопросов, которые не составляют исключительную компетенцию других органов управления коллегии адвокатов, определенную федеральными законами и учредительными документами.

При совершении коллегией адвокатов тех или иных действий возможен **конфликт интересов заинтересованных лиц и коллегии**. В таких случаях необходимо руководствоваться ст. 27 Федерального закона о некоммерческих организациях, которая регулирует отношения, связанные с заинтересованностью лиц в совершении некоммерческими организациями тех или иных действий, в том числе сделок с другими организациями или гражданами (далее — заинтересованные лица). Такими лицами признаются руководитель (заместитель руководителя) некоммерческой организации, а также лицо, входящее в состав органов управления некоммерческой организацией или органов надзора за ее деятельностью, если указанные лица состоят с этими организациями или гражданами в трудовых отношениях, являются участниками, кредиторами этих организаций либо состоят с этими гражданами в близких родственных отношениях или являются кредиторами этих граждан. При этом указанные организации или граждане являются поставщиками товаров (услуг) для некоммерческой организации, крупными потребителями товаров (услуг), производимых некоммерческой организацией, владеют имуществом, которое полностью или частично образовано некоммерческой организацией, или могут извлекать выгоду из пользования, распоряжения имуществом некоммерческой организации.

Заинтересованные лица обязаны соблюдать интересы некоммерческой организации прежде всего в отношении целей ее деятельности и не должны использовать возможности некоммерческой организации или допускать их использование в иных целях, помимо предусмотренных учредительными документами некоммерческой организации. Под термином «возможности некоммерческой организации» понимаются принадлежащие некоммерческой организации имущество, имущественные и неимущественные права, возможности в области предпринимательской деятельности, информация о деятельности и планах некоммерческой организации, имеющая для нее ценность.

В случае, если заинтересованное лицо имеет заинтересованность в сделке, стороной которой является или намеревается быть некоммерческая организация, а также в случае иного противоречия интересов ука-

занного лица и некоммерческой организации в отношении существующей или предполагаемой сделки, оно обязано сообщить о своей заинтересованности органу управления некоммерческой организацией или органу надзора за ее деятельностью до момента принятия решения о заключении сделки. Сделка должна быть одобрена органом управления некоммерческой организацией или органом надзора за ее деятельностью.

Сделка, в совершении которой имеется заинтересованность и которая совершена с нарушением указанных выше требований, может быть признана судом недействительной. При этом заинтересованное лицо несет перед некоммерческой организацией ответственность в размере убытков, причиненных ей. А если убытки причинены некоммерческой организации несколькими заинтересованными лицами, их ответственность является солидарной.

Коллегия адвокатов может создавать филиалы и открывать представительства на всей территории Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также на территории иностранного государства, если это предусмотрено его законодательством.

Филиалом коллегии адвокатов является ее обособленное подразделение, расположенное вне места нахождения коллегии и осуществляющее все ее функции или часть их, в том числе функции представительства. Представительством коллегии адвокатов является обособленное подразделение, которое расположено вне места ее нахождения, представляет интересы коллегии адвокатов и осуществляет их защиту. Объем функций представительства существенно меньше, чем у филиала.

Филиал и представительство коллегии адвокатов не являются юридическими лицами, наделяются имуществом создавшей их некоммерческой организации и действуют на основании утвержденного ею положения. Имущество филиала или представительства учитывается на отдельном балансе и на балансе создавшей их коллегии адвокатов. Руководители филиала и представительства назначаются коллегией адвокатов и действуют на основании доверенности, выданной коллегией адвокатов.

Филиал и представительство осуществляют деятельность от имени создавшей их коллегии адвокатов. Следовательно, ответственность за деятельность своих филиала и представительства несет создавшая их коллегия адвокатов.

Закон определяет правовое положение адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность в филиале коллегии адвокатов. Они должны быть обязательно членами коллегии адвокатов, создавшей соответствующую

ющий филиал, обладать всеми правами и исполнять обязанности, предусмотренные для членов данной коллегии адвокатов.

Коллегия адвокатов обязана направить заказным письмом уведомление о создании или закрытии своего филиала в совет адвокатской палаты субъекта РФ, на территории которого учреждена коллегия, а также в совет адвокатской палаты субъекта РФ, на территории которого создан данный филиал. Закон возлагает обязанность направления уведомления на коллегия адвокатов, поэтому исполнить эту обязанность может любое уполномоченное лицо. Уведомление составляется в произвольной форме и должно содержать сведения обо всех адвокатах, осуществляющих в филиале коллегии адвокатскую деятельность, о месте нахождения коллегии адвокатов и ее филиала, о порядке осуществления телефонной, телеграфной, почтовой и иной связи между советом адвокатской палаты и коллегией адвокатов, а также ее филиалом.

Закон не содержит перечня сведений, которые коллегия должна сообщить об адвокатах, осуществляющих в филиале адвокатскую деятельность. Поэтому эти сведения могут быть минимальными: регистрационные номера адвокатов в региональном реестре, их фамилии, имена и отчества.

К уведомлению должны быть приложены нотариально заверенные копии решения коллегии адвокатов о создании филиала и положение о данном филиале. Финансовые расходы на нотариальное заверение копий относятся на затраты коллегии адвокатов.

Срок, в течение которого коллегия адвокатов обязана направить в советы адвокатских палат уведомления о создании или закрытии своего филиала, законом не установлен.

Коллегия адвокатов может быть реорганизована в порядке, предусмотренном ГК РФ и Федеральным законом о некоммерческих организациях. Ее реорганизация может осуществляться в форме слияния, присоединения, разделения, выделения и преобразования. Коллегия адвокатов будет считаться реорганизованной (за исключением случаев реорганизации в форме присоединения) с момента государственной регистрации вновь возникшей организации (организаций). При реорганизации коллегии адвокатов в форме присоединения к другой коллегии адвокатов первая из них считается реорганизованной с момента внесения в Единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенной организации.

Коллегия адвокатов не может быть преобразована в коммерческую организацию или любую иную некоммерческую организацию, за исключением случаев преобразования коллегии адвокатов в адвокатское бюро.

Статья 17 Федерального закона о некоммерческих организациях устанавливает, что решение о преобразовании некоммерческого партнерства должно приниматься учредителями единогласно. Вместе с тем применительно к коллегии адвокатов остается неясным вопрос о том, вправе ли члены коллегии адвокатов принимать решение о ее преобразовании в адвокатское бюро, и как быть в случае, если через определенное время в коллегии адвокатов не останется ее первых учредителей. Исходя из равного правового положения учредителей и иных членов коллегии адвокатов, следует признать, что ограничительная норма ст. 17 Федерального закона о некоммерческих организациях противоречит Закону об адвокатуре и не может ограничивать право членов коллегии адвокатов на участие в принятии решения о ее преобразовании.

При преобразовании коллегии адвокатов к вновь возникшему адвокатскому бюро переходят права и обязанности реорганизованной коллегии адвокатов в соответствии с передаточным актом.

Коллегия адвокатов может быть ликвидирована на основании и в порядке, которые предусмотрены ГК РФ (ст.ст. 61–64) и Федеральным законом о некоммерческих организациях (ст.ст. 18–21).

Решение о ликвидации коллегии адвокатов вправе принять ее учредители, орган коллегии адвокатов, уполномоченный на то учредительными документами, и суд. Указанные субъекты, принявшие решение о ликвидации коллегии адвокатов, назначают ликвидационную комиссию (ликвидатора) и устанавливают порядок и сроки ликвидации коллегии адвокатов. С момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами коллегии адвокатов. Ликвидационная комиссия от имени ликвидируемой организации выступает в суде.

Ликвидационная комиссия помещает в органах печати, в которых публикуются данные о государственной регистрации юридических лиц, публикацию о ликвидации коллегии адвокатов, порядке и сроке заявления требований ее кредиторами. Срок заявления требований кредиторами не может быть менее чем два месяца со дня публикации о ликвидации. Ликвидационная комиссия принимает меры по выявлению кредиторов и получению дебиторской задолженности, а также уведомляет в письменной форме кредиторов о ликвидации коллегии адвокатов.

По окончании срока для предъявления требований кредиторами ликвидационная комиссия составляет промежуточный ликвидационный баланс, который содержит сведения о составе имущества ликвидируемой коллегии адвокатов, перечне предъявленных кредиторами требований, а также о результатах их рассмотрения. Промежуточный ликвидацион-

ный баланс утверждается учредителями коллегии адвокатов или органом, принявшим решение о ее ликвидации, по согласованию с органом, осуществляющим государственную регистрацию юридических лиц.

Если имеющиеся у ликвидируемой коллегии адвокатов денежные средства недостаточны для удовлетворения требований кредиторов, ликвидационная комиссия осуществляет продажу имущества коллегии с публичных торгов в порядке, установленном для исполнения судебных решений. Выплата денежных сумм кредиторам ликвидируемой организации производится ликвидационной комиссией в порядке очередности, установленной ГК РФ, в соответствии с промежуточным ликвидационным балансом начиная со дня его утверждения, за исключением кредиторов пятой очереди, выплаты которым производятся по истечении месяца со дня утверждения промежуточного ликвидационного баланса.

После завершения расчетов с кредиторами ликвидационная комиссия составляет ликвидационный баланс, который утверждается учредителями коллегии адвокатов или органом, принявшим решение о ее ликвидации, по согласованию с органом, осуществляющим государственную регистрацию юридических лиц.

При ликвидации коллегии адвокатов оставшееся после удовлетворения требований кредиторов имущество подлежит распределению между ее членами в соответствии с их имущественным взносом. Размер подлежащего распределению имущества не может превышать размер имущественных взносов членов коллегии адвокатов, если иное не установлено федеральными законами или ее учредительными документами.

Оставшееся имущество коллегии адвокатов, стоимость которого превышает размер имущественных взносов ее членов, направляется, в соответствии с учредительными документами коллегии адвокатов, на цели, в интересах которых она была создана, и (или) на благотворительные цели. Если использование имущества ликвидируемой коллегии адвокатов не представляется возможным, оно обращается в доход государства.

Ликвидация коллегии адвокатов считается завершенной, а коллегия адвокатов — прекратившей существование после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц.

Закон определяет основные принципы **финансовых взаимоотношений** между коллегией адвокатов, адвокатом и доверителем.

Согласно п. 15 ст. 22 и ст. 25 Закона об адвокатуре в коллегии адвокатов адвокат от своего имени самостоятельно заключает соглашение с доверителем об оказании последнему юридической помощи. При этом,

даже если доверитель обратился с просьбой об оказании юридической помощи непосредственно в коллегия адвокатов, стороной в соглашении все равно должен быть конкретный адвокат. Соответственно, финансовые условия оказания юридической помощи определяются соглашением адвоката и доверителя.

Коллегия адвокатов не является стороной в соглашении об оказании юридической помощи. Однако указанное соглашение должно обязательно регистрироваться в документации коллегии адвокатов. С этим связана необходимость своевременной уплаты коллегией адвокатов налогов по доходам, полученным членами коллегии адвокатов при осуществлении адвокатской деятельности. **Закон наделил коллегия адвокатов статусом налогового агента ее членов.**

Согласно ст. 24 Налогового кодекса Российской Федерации налоговыми агентами признаются лица, на которых возложены обязанности по исчислению, удержанию у налогоплательщика и перечислению в соответствующий бюджет (внебюджетный фонд) налогов. Налоговые агенты имеют те же права, что и налогоплательщики, если иное не предусмотрено НК РФ. Налоговые агенты обязаны:

1) правильно и своевременно исчислять, удерживать из денежных средств, выплачиваемых налогоплательщикам, и перечислять налоги в бюджетную систему Российской Федерации на соответствующие счета Федерального казначейства;

2) письменно сообщать в налоговый орган по месту своего учета о невозможности удержать налог и о сумме задолженности налогоплательщика в течение одного месяца со дня, когда налоговому агенту стало известно о таких обстоятельствах;

3) вести учет начисленных и выплаченных налогоплательщикам доходов, исчисленных, удержанных и перечисленных в бюджетную систему Российской Федерации налогов, в том числе по каждому налогоплательщику;

4) представлять в налоговый орган по месту своего учета документы, необходимые для осуществления контроля за правильностью исчисления, удержания и перечисления налогов;

5) в течение четырех лет обеспечивать сохранность документов, необходимых для исчисления, удержания и перечисления налогов.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение возложенных на нее обязанностей налогового агента коллегия адвокатов несет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. Нормы, регулирующие ответственность за налоговые правонарушения, содержатся в разд. 6 НК РФ (ч. 1).

Например, ст. 123 НК РФ содержит ответственность налогового агента за невыполнение обязанности по удержанию и (или) перечислению налогов. Неправомерное неперечисление (неполное перечисление) сумм налога, подлежащего удержанию и перечислению налоговым агентом, влечет взыскание штрафа в размере 20% от суммы, подлежащей перечислению.

Согласно п. 1 ст. 126 НК РФ непредставление в установленный срок налоговым агентом в налоговые органы документов и (или) иных сведений, предусмотренных Налоговым кодексом и иными актами законодательства о налогах и сборах, влечет взыскание штрафа в размере 200 руб. за каждый непредставленный документ. По вопросу, касающемуся применения к налоговым агентам ответственности, предусмотренной п. 1 ст. 126 Кодекса, см. также письмо МНС РФ от 11 мая 2001 г. № БГ-6-18/377@. Согласно п. 2 ст. 126 НК РФ непредставление в установленный срок налоговому органу сведений о налогоплательщике (плательщике страховых взносов), выразившееся в отказе организации предоставить имеющиеся у нее документы, предусмотренные НК РФ, со сведениями о налогоплательщике по запросу налогового органа, либо предоставление документов с заведомо недостоверными сведениями, если такое деяние не содержит признаков нарушения законодательства о налогах и сборах, предусмотренного статьями 126.1 и 135.1 Налогового кодекса, влечет взыскание штрафа в размере 10 000 руб.

По вопросу, касающемуся административной ответственности за непредставление сведений, необходимых для осуществления налогового контроля, см. ст. 15.6 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Кроме того, коллегия адвокатов наделена также статусом представителя адвоката по его расчетам с доверителями и третьими лицами и по другим вопросам, предусмотренным учредительными документами коллегии. Соответственно, все расчеты между адвокатом и доверителями (третьими лицами) должны осуществляться только через кассу либо расчетный счет коллегии адвокатов. Адвокат не вправе принимать деньги лично. Положения соглашения между адвокатом и доверителем (третьим лицом), не соответствующие данным требованиям Закона об адвокатуре, являются недействительными.

Общие нормы, касающиеся действий одного лица (представителя) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на указании Закона, регулируются гл. 10 ГК РФ.

В связи с возложением на коллегия адвокатов обязанностей налогового агента и обязательностью регистрации ею соглашения об оказании юридической помощи адвокат должен своевременно передавать в колле-

гию заключенное им соглашение. Он не имеет права скрывать или иным образом задерживать передачу соглашения коллегии адвокатов. В то же время закон не устанавливает ни сроков на передачу соглашения, ни ответственности адвоката за непредоставление соглашения на регистрацию в коллегию адвокатов. Не урегулировано и распределение ответственности в подобных случаях за возможные налоговые и иные финансовые нарушения. Очевидно, основные правила заключения и регистрации соглашения об оказании юридической помощи необходимо регламентировать внутренними документами коллегии адвокатов.

Следует обратить внимание на то, что в связи с введением в действие Закона об адвокатуре внесены изменения в федеральные законы, регулирующие налогообложение и некоторые другие финансовые вопросы в адвокатских образованиях, в частности в коллегии адвокатов (Федеральный закон от 31 декабря 2002 г. № 187-ФЗ).

Так, не подлежит налогообложению налогом на добавленную стоимость оказание услуг адвокатами, а также оказание услуг коллегами адвокатов, адвокатскими бюро, адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации или Федеральной палатой адвокатов своим членам в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности (подп. 14 п. 3 ст. 149 НК РФ).

Налог с доходов адвокатов исчисляется, удерживается и уплачивается коллегами адвокатов (адвокатскими бюро, юридическими консультациями), которые, соответственно, являются налоговыми агентами (п. 1 ст. 226 НК РФ).

Коллегия адвокатов как организация является плательщиком страховых взносов в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 419 НК РФ. Коллегия адвокатов обязана исчислять и уплачивать (перечислять) страховые взносы в Пенсионный фонд Российской Федерации на обязательное пенсионное страхование, Фонд социального страхования Российской Федерации на обязательное социальное страхование на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования на обязательное медицинское страхование.

Коллегии адвокатов (адвокатские бюро) не учитывают при определении налогооблагаемой базы по налогу на прибыль отчисления адвокатов на их содержание, поскольку Налоговый кодекс отнес данные отчисления к целевым поступлениям на содержание некоммерческой организации (подп. 8 п. 2 ст. 251 НК РФ).

Имущество коллегий адвокатов (адвокатских бюро, юридических консультаций) освобождено от налога на имущество организаций (ст. 381 НК РФ).

В то же время Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» установил, что коллегии адвокатов (адвокатские бюро) не могут применять упрощенные способы ведения бухгалтерского учета, включая упрощенную бухгалтерскую (финансовую) отчетность.

Имея статус представителя адвоката, коллегия адвокатов получила фактическую возможность существенно влиять на его взаимоотношения с доверителем прежде всего в организационной и финансовой сферах. В связи с этим Закон установил **правовую гарантию невмешательства** коллегии адвокатов в профессиональную деятельность адвоката. Согласно п. 16 ст. 22 Закона об адвокатуре ничто в положениях данной статьи не может рассматриваться как ограничение независимости адвоката при исполнении им поручения доверителя, а также его личной профессиональной ответственности перед последним.

Это означает, что никакие внутренние правила коллегии адвокатов и фактические действия ее работников не могут препятствовать в осуществлении адвокатом его деятельности. Адвокат вправе требовать устранения всяких организационных, финансовых и тому подобных препятствий, затрудняющих оказание им юридической помощи своим доверителям.

Вместе с тем на практике могут возникнуть трудности в применении указанной нормы, поскольку она носит оценочный характер. Определение того, что действительно ограничивает независимость адвоката, будет, несомненно, вызывать споры.

Статьей 31 Федерального закона о некоммерческих организациях предусмотрена возможность **экономической поддержки** некоммерческих организаций, в том числе коллегий адвокатов, органами государственной власти и местного самоуправления. Возможно предоставление в соответствии с законодательством льгот по уплате налогов, таможенных и иных сборов и платежей; предоставление иных льгот, в том числе полное или частичное освобождение от платы за пользование государственным и муниципальным имуществом, в частности, при аренде помещений; предоставление в соответствии с законом льгот по уплате налогов гражданам и юридическим лицам, оказывающим некоммерческим организациям материальную поддержку.

В то же время указанный Федеральный закон запрещает предоставление льгот по уплате налогов в индивидуальном порядке отдельным некоммерческим организациям, а также отдельным гражданам и юридическим лицам, оказывающим этим некоммерческим организациям материальную поддержку.

§6. Адвокатское бюро

Два и более адвоката вправе учредить адвокатское бюро. Адвокатское бюро, как и коллегия адвокатов, является коллективной организационно-правовой формой осуществления адвокатской деятельности. Однако в отличие от коллегии адвокатов, адвокатское бюро предполагает более тесные взаимоотношения между адвокатами-партнерами и, соответственно, более ограниченный круг партнеров. Определяя правовое положение адвокатского бюро, законодатель в ст. 22 Закона об адвокатуре попытался соединить **статус некоммерческой организации** как юридического лица с правовыми чертами договора простого товарищества. В результате юридическая конструкция адвокатского бюро оказалась весьма сложной и не вполне логичной с точки зрения общих принципов гражданского права.

Правовым основанием возникновения адвокатского бюро является **решение двух и более адвокатов** об учреждении адвокатского бюро. Количество учредителей бюро не ограничено. Согласно п. 2 ст. 23 к отношениям, возникающим в связи с учреждением и деятельностью адвокатского бюро, применяются правила ст. 22, касающейся коллегии адвокатов, если иное не предусмотрено данной статьей.

Таким образом, при учреждении адвокатского бюро **необходимо руководствоваться всеми основными положениями ст. 22** и дополнительно применить нормы, связанные с заключением партнерского договора. Следовательно, адвокатское бюро, так же как и коллегия адвокатов, является некоммерческой организацией, действующей на основании устава, утверждаемого его учредителями, и заключаемого ими учредительного договора (подробнее по вопросам учреждения и деятельности адвокатского бюро см. §5 гл. VII настоящего учебника). При этом п. 3 ст. 23 дополнительно устанавливает, что адвокаты, учредившие адвокатское бюро, заключают между собой партнерский договор в простой письменной форме. Закон не дает однозначного ответа на вопрос — заменяет ли партнерский договор учредительный и будет ли противоречием законодательству об адвокатской деятельности заключение одновременно двух указанных договоров. Сопоставление ст.ст. 22 и 23 позволяет сделать вывод о том, что необходимо заключение двух договоров: учредительного договора с целью определения порядка и основных условий совместной деятельности адвокатов по созданию бюро и партнерского договора для установления взаимных прав и обязанностей адвокатов по совместному осуществлению адвокатской деятельности. Положения партнерско-

го договора должны соответствовать уставу и учредительному договору. При этом партнерский договор признается документом, который содержит конфиденциальную информацию. Поэтому он не должен предоставляться для государственной регистрации адвокатского бюро.

Заключая **партнерский договор**, адвокаты-партнеры обязуются соединить свои усилия для оказания юридической помощи от имени всех партнеров. Партнерский договор содержит черты договора простого товарищества, предусмотренного гл. 55 ГК РФ. Соответственно, в части толкования содержания формулировок ст. 23 Закона об адвокатуре можно руководствоваться нормами ГК РФ, раскрывающими их правовой смысл. В то же время положения гл. 55 ГК РФ не могут применяться непосредственно, поскольку по договору простого товарищества лица обязуются действовать без образования юридического лица, а адвокатское бюро является юридическим лицом.

Пункт 4 ст. 23 содержит открытый **перечень существенных условий**, которые должны быть отражены в партнерском договоре. Основными вопросами партнерского договора являются управленческие — порядок принятия решений, избрания управляющего партнера и его компетенция.

Так же как и в коллегии адвокатов, структура, компетенция, порядок формирования и срок полномочий органов управления адвокатского бюро, порядок принятия ими решений и выступления от имени коллегии устанавливаются ее учредительными документами. Указанные положения формулируются с учетом партнерских отношений, регулируемых партнерским договором.

Партнерский договор должен быть заключен на определенный срок. В то же время закон не устанавливает ограничение по сроку, поэтому партнеры сами определяют продолжительность действия договора.

В партнерском договоре должен быть отражен **порядок ведения общих дел** адвокатского бюро. Общие дела ведутся по общему согласию всех партнеров либо по большинству голосов, если это предусмотрено договором. Права партнеров при решении общих вопросов равны и не зависят от их вклада в деятельность бюро, стажа адвокатской деятельности и других условий. Решения партнеров могут оформляться протоколом общего собрания либо дополнительным соглашением к партнерскому договору. Если указанные документы не были подписаны всеми партнерами, то они не считаются вступившими в силу и не становятся обязательными для третьих лиц.

По смыслу Закона об адвокатуре исполнительным органом адвокатского бюро является **управляющий партнер**. Именно он осуществляет ве-

дение общих дел бюро, представляет его в отношениях с третьими лицами, осуществляет текущее руководство деятельностью бюро и подотчетен партнерам. Однако в партнерском договоре возможно установление исключения из этого общего правила: ведение общих дел может быть поручено любому партнеру данного адвокатского бюро, либо ведение общих дел может осуществляться совместно всеми партнерами. В последнем случае для совершения каких-либо действий необходимо одновременное согласие всех партнеров, поэтому применение данной формы в повседневной деятельности бюро будет весьма затруднительным.

Возложение полномочий по ведению общих дел на управляющего или иного партнера обязывает его участвовать в широком круге взаимоотношений, в частности: внутри бюро — по организации его деятельности, ведению документации и бухгалтерского учета, планированию и осуществлению общих расходов; с органами государственной власти — по вопросам представления бухгалтерской, налоговой и иной документации; с правоохранительными органами и судами — по поводу оказания юридической помощи гражданам и организациям; с третьими лицами — по вопросам аренды, уплаты коммунальных и иных платежей, банковским операциям, заключению иных сделок; с доверителями — по заключению и исполнению соглашений об оказании юридической помощи; с адвокатской палатой — по вопросам участия в ее деятельности, отчетлений на общие нужды палаты и т.д.

В адвокатском бюро соглашение об оказании юридической помощи с доверителем может заключаться от имени всех партнеров управляющим партнером, а также любым другим партнером. При этом, подписывая соглашение, партнер должен действовать на основании **доверенностей**, выданных ему каждым партнером бюро. Управляющий партнер также должен иметь доверенности от других партнеров на заключение соглашения и иных сделок.

Оформление доверенностей осуществляется по общим правилам гражданского законодательства (см. гл. 10 ГК РФ). В доверенностях должны быть перечислены ограничения полномочий партнера на совершение сделок с доверителями и третьими лицами (в отношении вида сделок, их суммы и т.п.). Уполномоченный партнер обязан довести до сведения доверителей и третьих лиц ограничения по своим полномочиям, содержащиеся в доверенности.

При отсутствии указаний на ограничения полномочий в доверенности партнеры будут не вправе ссылаться на ограничения прав партнера, и совершенная им сделка будет признана общей для всех. Соот-

ветственно, обязанность по доказыванию того, что в момент заключения соглашения или иной сделки доверитель или третье лицо знало или должно было знать о существующих ограничениях, возлагается на всех партнеров.

Поскольку доверенности выдаются каждым партнером индивидуально, то их содержание может различаться. Выдающий доверенность партнер вправе самостоятельно определять круг полномочий и ограничения на совершение сделок, срок доверенности и другие условия. Выдача индивидуальных доверенностей может затруднить деятельность бюро, поэтому целесообразно оформлять общую доверенность за подписью всех партнеров.

Пункт 6 ст. 23 Закона об адвокатуре содержит три **основания прекращения партнерского договора** и внутренние условия этих оснований, которые могут изменяться по желанию партнеров.

По истечении срока действия партнерского договора он прекращается, и адвокаты обязаны в силу п. 12 ст. 23 заключить новый договор. Условия о пролонгации партнерского договора противоречат требованиям Закона и не могут включаться в текст договора.

По общему правилу партнерский договор прекращается в случае приостановления или прекращения статуса адвоката, являющегося одним из партнеров. В то же время адвокаты вправе предусмотреть в партнерском договоре возможность его сохранения в отношениях между остальными партнерами. В этом случае партнерский договор прекращается только в отношении адвоката, статус которого приостановлен или прекращен.

В партнерском договоре должна предусматриваться возможность его прекращения по требованию любого партнера. Даже если такого положения в договоре нет, он подлежит прекращению по требованию любого из партнеров. Однако адвокаты вправе оговорить для подобных случаев возможность сохранения договора в отношениях между остальными партнерами. В этом случае партнерский договор прекращается только в отношении адвоката, потребовавшего прекращения договора.

Помимо оснований, указанных в Законе об адвокатуре, партнерский договор может быть прекращен по общим правилам гражданского законодательства, предусмотренным гл. 29 ГК РФ.

Согласно п. 7 ст. 23 Закона об адвокатуре с момента прекращения партнерского договора его участники несут солидарную ответственность по неисполненным общим обязательствам в отношении доверителей и третьих лиц. Нормы об ответственности являются императивными и не могут быть изменены соглашением сторон.

При солидарной ответственности адвокатов кредитор вправе требовать исполнения как от всех партнеров совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. Условия и порядок применения солидарной ответственности регулируются ст.ст. 322–325 ГК РФ. Основания и размер ответственности определяются по общим правилам гл. 25 ГК РФ.

Ответственность партнеров за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей друг перед другом также наступает по общим правилам гл. 25 ГК РФ.

Солидарная ответственность партнеров в адвокатском бюро основана на том, что соглашения и иные сделки заключаются с доверителями и третьими лицами только от имени всех партнеров. Поэтому обязательства адвокатского бюро перед доверителями и третьими лицами являются общими обязательствами партнеров. Такое правовое положение партнеров в рамках адвокатского бюро исключает для них возможность ведения дел доверителей с противоположными интересами.

Выход из партнерского договора одного из адвокатов не снимает с него солидарной ответственности перед доверителями и третьими лицами по общим обязательствам, возникшим в период его участия в договоре. В связи с этим при выходе из договора партнер обязан передать управляющему партнеру производства по всем делам, по которым он оказывал юридическую помощь.

Адвокаты, осуществляющие свою деятельность в адвокатском бюро, отвечают по общим обязательствам всем своим имуществом. В то же время Законом об адвокатуре недостаточно ясно урегулирован вопрос о взаимной ответственности партнеров и адвокатского бюро как юридического лица по общим обязательствам: партнеры должны солидарно нести субсидиарную ответственность своим имуществом по общим обязательствам адвокатского бюро. Заключая соглашение от имени всех партнеров, адвокат фактически выступает от имени адвокатского бюро, объединяющего партнеров. Поэтому общие обязательства являются одновременно обязательствами и адвокатского бюро, и всех адвокатов.

Поскольку адвокатское бюро является юридическим лицом, оно, как и коллегия адвокатов, может иметь в собственности **имущество**. Порядок формирования его имущества такой же, как и в коллегии адвокатов. Соответственно, адвокатское бюро может нести ответственность по своим обязательствам этим имуществом.

Таким образом, при наступлении ответственности перед доверителями или третьими лицами последние, по логике Закона, должны сначала

ла предъявить требование к самому адвокатскому бюро и лишь затем — к его партнерам, которые будут отвечать солидарно. Вопросы subsidiарной ответственности регулируются ст. 399 ГК РФ.

Пункт 10 ст. 23 Закона об адвокатуре содержит общий **принцип независимости адвоката** и его профессиональной ответственности перед доверителем. Следовательно, ни учредительные документы, ни партнерский договор, ни какие-либо внутренние правила адвокатского бюро либо действия партнеров не могут препятствовать адвокату в осуществлении его деятельности.

При желании адвокат может потребовать от других партнеров выдачи ему доверенностей на самостоятельное заключение соглашений об оказании юридической помощи от имени всех партнеров. Если партнеры отказывают ему в этом, адвокат может выйти из договора.

Адвокатское бюро, как и коллегия адвокатов, не является стороной в соглашении об оказании юридической помощи. Вместе с тем указанное соглашение должно регистрироваться в документации бюро. Это связано с необходимостью выполнения адвокатским бюро **функций налогового агента** адвокатов в соответствии с п. 1 ст. 226 НК РФ (подробнее о принципах налогообложения и других финансовых вопросах в деятельности адвокатских образований см. §5 гл. VII настоящего учебника).

Процедура **ликвидации и реорганизации** адвокатского бюро аналогична порядку, применяемому в отношении коллегии адвокатов. Адвокатское бюро не может быть преобразовано в коммерческую организацию или любую иную некоммерческую организацию, за исключением случаев преобразования адвокатского бюро в коллегия адвокатов.

В отличие от коллегии адвокатов предусматривается обязательное преобразование либо ликвидация адвокатского бюро. Согласно п. 12 ст. 23 если после прекращения действия партнерского договора новый договор не заключен в течение месяца, то адвокатское бюро подлежит принудительному преобразованию в коллегия адвокатов либо ликвидации. Исходя из указанной нормы, адвокаты, являвшиеся партнерами данного бюро, обязаны принять решение о его преобразовании либо ликвидации. В данном случае адвокатское бюро может быть ликвидировано также по решению суда.

Закон исходит из того, что наличие партнерского договора является одним из необходимых правовых оснований для оказания юридической помощи в рамках адвокатского бюро. При отсутствии такого договора адвокаты не вправе осуществлять адвокатскую деятельность в бюро. Соответственно, с момента прекращения партнерского договора и до мо-

мента преобразования адвокатского бюро в коллегии адвокатов либо заключения нового партнерского договора адвокаты не вправе заключать соглашения об оказании юридической помощи от имени всех партнеров.

Если соглашение все же будет заключено от имени партнеров или адвокатского бюро, оно должно признаваться ничтожным в порядке ст. 168 ГК РФ как не соответствующее требованиям закона.

§7. Юридическая консультация

Юридическая консультация является **одной из форм адвокатских образований**. Правовой режим ее деятельности установлен в ст. 24 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Ранее в соответствии с Положением об адвокатуре (1980 г.) юридическая консультация была основным структурным подразделением коллегии адвокатов, не обладающим статусом юридического лица. По новому Закону ее правовое положение принципиально иное, а значимость в сфере адвокатской деятельности существенно уменьшена. Теперь юридическая консультация — не основная форма оказания правовой помощи, и она является юридическим лицом. В силу ограничений, обуславливающих создание юридических консультаций, их распространение будет весьма незначительным.

Юридическая консультация **учреждается адвокатской палатой субъекта Российской Федерации**, на территории которого она будет осуществлять свою деятельность, по представлению органа исполнительной власти данного субъекта Федерации.

Решение о создании юридической консультации принимает совет адвокатской палаты как ее коллегиальный исполнительный орган. Принятие указанного решения в обязательном порядке предшествует направлению органом исполнительной власти в адрес совета адвокатской палаты представления о создании юридической консультации. Согласно п. 3 ст. 24 в представлении указываются сведения, подтверждающие необходимость принятия решения о создании юридической консультации на территории данного судебного района.

Юридическая консультация создается **в целях обеспечения доступности юридической помощи** на всей территории субъекта Российской Федерации, в том числе юридической помощи, оказываемой гражданам бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством. В связи с этим юридическая консультация учреждается в обязательном по-

рядке в случае, если на территории одного судебного района общее количество адвокатов во всех адвокатских образованиях, расположенных на территории данного судебного района, составляет менее двух на одного федерального судью. Данное положение предусматривает создание юридической консультации только в определенных случаях и тем самым делает невозможным создание консультаций в регионах с большим количеством адвокатов.

По смыслу закона юридическая консультация может быть создана только после согласования советом адвокатской палаты с органом исполнительной власти субъекта РФ материально-технических и финансовых условий деятельности данной консультации.

Согласно ст. 77 Конституции РФ система органов государственной власти республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов устанавливается субъектами Российской Федерации самостоятельно в соответствии с федеральным законом. Соответственно, в каждом субъекте РФ существует свой орган исполнительной власти, который оформляет представление в адвокатскую палату о необходимости учреждения юридической консультации.

После принятия решения об учреждении юридической консультации совет адвокатской палаты обязан направить заказным письмом соответствующее уведомление в орган исполнительной власти субъекта РФ. Срок, в течение которого совет должен направить указанное уведомление, Законом не установлен.

В юридических консультациях могут работать только адвокаты, направляемые согласно подп. 4 п. 3 ст. 31 советом адвокатской палаты для работы в данных консультациях. Порядок направления адвокатов для работы в юридических консультациях утверждается советом адвокатской палаты как исполнительным органом адвокатской палаты субъекта РФ (п. 5 ст. 24 и подп. 4 п. 3 ст. 31 Закона).

Юридическая консультация, так же как коллегия адвокатов и адвокатское бюро, **является некоммерческой организацией**. Ранее Закон допускал возможность создания юридической консультации только в форме **учреждения**. Теперь это ограничение снято.

Правовое положение, порядок создания, деятельности, реорганизации и ликвидации юридической консультации, формирования и использования имущества консультации, права и обязанности адвокатской палаты как ее учредителя, основы управления юридической консультацией и возможные формы ее поддержки органами государственной власти и органами местного самоуправления регулируются ГК РФ, Федераль-

ным законом от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» и Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре.

Юридическая консультация создается адвокатской палатой как собственником для оказания юридической помощи, однако финансируется палатой лишь частично. Основное бремя расходов на содержание юридической консультации возложено на органы власти соответствующего субъекта РФ. Будучи некоммерческой организацией, консультация не может ставить извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и поэтому не вправе отчислять полученную прибыль своему учредителю.

Юридическая консультация, так же как и другие адвокатские образования, может осуществлять **предпринимательскую деятельность** лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых она создана (подробнее о предпринимательской деятельности адвокатских образований см. § 5 гл. VII настоящего учебника).

Юридическая консультация считается созданной как **юридическое лицо** с момента ее государственной регистрации в установленном законом порядке, имеет в оперативном управлении обособленное имущество, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Юридическая консультация создается без ограничения срока деятельности, если иное не установлено ее учредительными документами. Она должна иметь самостоятельную смету и вправе в установленном порядке открывать счета в банках на территории Российской Федерации и за пределами ее территории.

Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ из текста ст. 24 Закона была исключена норма об обязанности собрания (конференции) адвокатов ежегодно определять смету расходов на содержание юридической консультации. Вместе с тем юридическая консультация является учреждением адвокатской палаты, которая и должна утверждать указанную смету исходя из общих принципов, установленных в ГК РФ. Расходы на содержание юридической консультации могут быть отражены в общей смете расходов на содержание адвокатской палаты в соответствии с подп. 5 п. 2 ст. 30 Закона.

Юридическая консультация должна иметь печать со своим полным наименованием на русском языке. Кроме того, она вправе изготовить штампы и бланки со своим наименованием, а также зарегистрировать в установленном порядке эмблему. Юридическая консультация, наименование которой зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования. Место нахождения юридической консуль-

тации определяется местом ее государственной регистрации. Наименование и место нахождения юридической консультации должны быть указаны в ее учредительных документах.

Создание юридической консультации осуществляется в результате ее учреждения по решению совета адвокатской палаты, действующего от имени учредителя — адвокатской палаты. В соответствии со ст. 14 Закона о некоммерческих организациях **учредительными документами** юридической консультации являются решение совета адвокатской палаты о создании юридической консультации и устав, утвержденный советом адвокатской палаты.

В учредительных документах должны определяться наименование юридической консультации, содержащее указание на характер ее деятельности и организационно-правовую форму, место нахождения, порядок управления деятельностью, предмет и цели деятельности, источники формирования имущества, порядок внесения изменений в учредительные документы, порядок использования имущества в случае ликвидации юридической консультации и иные положения, предусмотренные федеральными законами.

Юридическая консультация может быть реорганизована в порядке, предусмотренном ГК РФ и Законом о некоммерческих организациях. Реорганизация может осуществляться в форме слияния, присоединения, разделения, выделения и преобразования. Согласно ст. 17 Закона о некоммерческих организациях учреждение может быть преобразовано в фонд, автономную некоммерческую организацию, хозяйственное общество. Каких-либо иных специальных ограничений в отношении преобразования юридических консультаций федеральное законодательство не содержит. Решение о преобразовании юридической консультации принимается советом адвокатской палаты.

Юридическая консультация может быть **ликвидирована** на основании и в порядке, которые предусмотрены ГК РФ (ст.ст. 61–64) и Законом о некоммерческих организациях (ст.ст. 18–21). Решение о ликвидации юридической консультации вправе принять совет адвокатской палаты. В принудительном порядке юридическая консультация может быть ликвидирована только по решению суда. Ликвидация юридической консультации считается завершенной, а консультация — прекратившей существование после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц.

Первоначальное имущество юридической консультации формируется из вклада ее учредителя. В соответствии со ст. 25 Закона о некоммерче-

ских организациях юридическая консультация может иметь в **оперативном управлении** здания, сооружения, жилищный фонд, оборудование, инвентарь, денежные средства в рублях и иностранной валюте, ценные бумаги и иное имущество.

Права юридической консультации на закрепленное за ней в оперативном управлении имущество определяются в соответствии со ст.ст. 123.21, 296 и 298 ГК РФ.

Так, юридическая консультация в отношении закрепленного за ней имущества осуществляет в пределах, установленных законом, в соответствии с целями своей деятельности, заданиями адвокатской палаты и назначением имущества права владения, пользования и распоряжения данным имуществом (ст. 296 ГК РФ). Содержание права оперативного управления на закрепленное за учреждением имущество конкретизируется в ст. 298 ГК РФ.

По общему правилу юридическая консультация даже с согласия адвокатской палаты не вправе отчуждать или иным способом распоряжаться (сдавать в аренду, предоставлять в залог, продавать и т.п.) имуществом, как закрепленным за ней палатой, так и приобретенным за счет средств, выделенных ей по смете. Соответственно, консультация может самостоятельно расходовать только денежные средства, выделенные по смете. Однако в этом случае денежные средства могут использоваться только в строгом соответствии с их целевым назначением.

С другой стороны, в учредительных документах юридической консультации может быть предусмотрено ее право на осуществление приносящей доход деятельности. В этом случае доходы, полученные от такой деятельности, а также приобретенное за счет этих доходов имущество поступают в самостоятельное распоряжение юридической консультации. Такие доходы и имущество должны учитываться на отдельном балансе юридической консультации и не могут быть изъяты адвокатской палатой даже при их использовании не по назначению.

В то же время адвокатская палата обладает достаточно широкими правами по распоряжению имуществом, закрепляемым ею за юридической консультацией. Она вправе во внесудебном порядке изъять излишнее, неиспользуемое либо используемое не по назначению имущество у юридической консультации и распорядиться им по своему усмотрению. Следует, однако, учесть, что данные широкие права не являются безусловными. В случае, если консультация обратится в арбитражный суд с иском о признании недействительным решения адвокатской палаты об изъятии ее имущества, палата обязана будет доказать, что иму-

щество действительно является излишним, неиспользуемым либо используется не по назначению.

Юридическая консультация отвечает по своим обязательствам находящимися в ее распоряжении денежными средствами, полученными от учредителя или из иных законных источников. При их недостаточности субсидиарную ответственность по обязательствам юридической консультации будет нести адвокатская палата как собственник имущества, учредивший данную консультацию. Порядок привлечения к субсидиарной ответственности регулируется ст. 399 ГК РФ.

В случае недостаточности денежных средств у юридической консультации взыскание не может быть обращено на иное имущество, закрепленное за ней на праве оперативного управления, а также на имущество, приобретенное за счет средств, выделенных по смете. Однако если юридической консультации предоставлено право заниматься приносящей доход деятельностью, то взыскание по ее долгам может быть обращено на такие доходы и приобретенное на них имущество. Соответственно, субсидиарная ответственность адвокатской палаты по долгам юридической консультации может наступить при недостаточности у последней как денежных средств, так и учитываемого на отдельном балансе имущества.

При совершении тех или иных действий следует учитывать, что возможно возникновение **конфликта интересов** заинтересованных лиц и юридической консультации. В таких случаях необходимо руководствоваться правилами, установленными ст. 27 Федерального закона о некоммерческих организациях (подробнее см. § 5 гл. VII настоящего учебника).

Источниками формирования имущества юридической консультации в денежной и иных формах могут быть:

- регулярные и единовременные поступления от учредителя;
- регулярные и единовременные финансовые и материальные средства, направляемые органом исполнительной власти субъекта РФ на материально-техническое и финансовое обеспечение деятельности юридической консультации;
- добровольные имущественные взносы и пожертвования;
- выручка от реализации товаров, работ, услуг;
- другие не запрещенные законом поступления.

Порядок регулярных поступлений от адвокатской палаты должен быть определен в уставе юридической консультации.

Основное материально-техническое и финансовое обеспечение деятельности юридической консультации и работающих в ней адвокатов должно

осуществляться органом исполнительной власти субъекта РФ. При этом смета расходов на содержание юридической консультации должна утверждаться собранием (конференцией) адвокатов как ее учредителем. Кроме того, за счет средств адвокатской палаты ее советом может быть предусмотрена выплата дополнительного вознаграждения адвокатам, направляемым для работы в юридической консультации.

Статьей 31 Закона о некоммерческих организациях предусмотрена возможность экономической поддержки некоммерческих организаций, в том числе юридических консультаций, органами государственной власти и местного самоуправления. Возможно предоставление в соответствии с законодательством льгот по уплате налогов, таможенных и иных сборов и платежей; предоставление иных льгот, в том числе полное или частичное освобождение от платы за пользование государственным и муниципальным имуществом, в частности при аренде помещений; предоставление в соответствии с законом льгот по уплате налогов гражданам и юридическим лицам, оказывающим некоммерческим организациям материальную поддержку.

В целях государственной поддержки деятельности юридических консультаций Федеральный закон об адвокатской деятельности и адвокатуре специально выделяет вопросы их материально-технического и финансового обеспечения. Согласно подп. 4 п. 3 ст. 24 этого закона на органы исполнительной власти субъектов РФ возложены обязанности по материально-техническому и финансовому обеспечению деятельности юридических консультаций, в том числе по предоставлению консультации соответствующего помещения и организационно-технических средств, а также по обеспечению основного финансирования оплаты труда адвокатов, направляемых для работы в юридическую консультацию. Орган исполнительной власти обязан не только указать источники финансирования оплаты труда адвокатов, но и обеспечить достаточный размер средств, выделяемых на оплату труда.

Структура, компетенция, порядок формирования и срок полномочий органов управления юридической консультацией, порядок принятия ими решений и выступления от имени консультации устанавливаются уставом.

Закон специально не оговаривает вопросы финансовых взаимоотношений между юридической консультацией, адвокатом и доверителем. В связи с этим необходимо применять общие принципы деятельности адвоката в рамках адвокатских образований.

ГЛАВА 8

Адвокат в процессе производства по делам об административных правонарушениях

§ 1. Административные правонарушения

Административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (далее по тексту также КРФоАП, КоАП РФ и Кодекс) или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность (ст. 2.1 КРФоАП).

Согласно КРФоАП к административной ответственности могут быть привлечены виновные как физические, так и юридические лица.

Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КРФоАП или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ — основной федеральный акт, устанавливающий административную ответственность в Российской Федерации. Он содержит одновременно материальную часть административного права и процессуальные правила применения статей Кодекса.

В Кодексе 32 главы. Главы 1—4 (Раздел I) содержат общие положения, 5—21 (Раздел II) — перечень видов административных правонарушений, за которые предусмотрена административная ответственность.

В главах 22 и 23 (Раздел III) перечисляются лица, уполномоченные разбирать дела об административных правонарушениях и выносить решения по ним. В главах 24—30 (Раздел IV) сосредоточены вопросы процессуального права, а в 31 и 32 (Раздел V) — порядок исполнения постановлений по делам об административных правонарушениях.

Действующим Кодексом предусмотрены две формы вины — умышленная и неосторожная. Согласно ст. 2.2 Кодекса административное правонарушение **признается совершенным умышленно**, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично.

Административное правонарушение признается **совершенным по неосторожности**, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

Ст. 22.1 Кодекса определяет органы, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях. Дела рассматриваются:

- 1) судьями (мировыми судьями);
- 2) комиссиями по делам несовершеннолетних и защите их прав;
- 3) федеральными органами исполнительной власти, их структурными подразделениями, территориальными органами и структурными подразделениями территориальных органов, а также иными государственными органами в соответствии с задачами и функциями, возложенными на них федеральными законами либо нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации;
 - 3.1) Банком России в соответствии с задачами и функциями, возложенными на него федеральными законами;
 - 4) органами и учреждениями уголовно-исполнительной системы;
 - 5) органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, осуществляющими региональный государственный надзор либо переданные им полномочия в области федерального государственного надзора, указанными в главе 23 Кодекса;
 - 6) государственными учреждениями, подведомственными федеральным органам исполнительной власти, уполномоченным в соответствии с федеральными законами на осуществление федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), федерального государственного пожарного надзора, государственного портового контроля, государственного надзора в области использования и охраны особо охраняемых природных территорий федерального значения, а также государственными учреждениями, подведомственными органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, уполномоченным в соответствии с

ГЛАВА 8. Адвокат в процессе производства по делам
об административных правонарушениях

федеральными законами на осуществление федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), государственного надзора в области использования и охраны особо охраняемых природных территорий регионального значения.

Дела об административных правонарушениях, предусмотренных законами субъектов Российской Федерации, рассматриваются в пределах полномочий, установленных этими законами:

- 1) мировыми судьями;
- 2) комиссиями по делам несовершеннолетних и защите их прав;
- 3) уполномоченными органами и учреждениями органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации;
- 4) административными комиссиями, иными коллегиальными органами, создаваемыми в соответствии с законами субъектов Российской Федерации.

5) государственными учреждениями, подведомственными соответственно органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, уполномоченным в соответствии с федеральными законами на осуществление федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), государственного надзора в области использования и охраны особо охраняемых природных территорий на особо охраняемых природных территориях регионального значения.

В Кодексе приведен исчерпывающий список органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, и возглавляют этот список судьи.

Статья 23.1 Кодекса подробно описывает, какие дела рассматриваются судьями непосредственно, а какие в случаях, если орган или должностное лицо, к которым поступило дело о таком административном правонарушении, передает его на рассмотрение судье.

Дела об административных правонарушениях, совершенных военнослужащими и гражданами, призванными на военные сборы, рассматриваются судьями гарнизонных военных судов.

Дела об административных правонарушениях, производство по которым осуществляется в форме административного расследования, дела об административных правонарушениях, совершенных сотрудниками Следственного комитета Российской Федерации, а также дела об административных правонарушениях, влекущих административное выдворение за пределы Российской Федерации, административное приостановление деятельности или дисквалификацию лиц, замещающих должности федеральной государственной гражданской службы, долж-

ности государственной гражданской службы субъекта Российской Федерации, должности муниципальной службы, рассматриваются судьями районных судов.

Арбитражные суды рассматривают дела об административных правонарушениях, совершенных юридическими лицами, а также индивидуальными предпринимателями.

Дела об административных правонарушениях подлежат открытому рассмотрению, за исключением случаев, когда это может привести к разглашению государственной, военной, коммерческой или иной охраняемой законом тайны, а равно в случаях, когда этого требуют интересы обеспечения безопасности лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении, членов их семей, их близких, а также защиты чести и достоинства указанных лиц.

Решение о закрытом рассмотрении дела об административном правонарушении выносится судьей, органом, должностным лицом, рассматривающими дело, в виде определения.

Производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств:

- 1) отсутствие события административного правонарушения;
- 2) отсутствие состава административного правонарушения, в том числе недостижение физическим лицом на момент совершения противоправных действий (бездействия) возраста, предусмотренного Кодексом для привлечения к административной ответственности, или невменяемость физического лица, совершившего противоправные действия (бездействие);
- 3) действия лица в состоянии крайней необходимости;
- 4) издание акта амнистии, если такой акт устраняет применение административного наказания;
- 5) признание утратившими силу закона или его положения, устанавливающих административную ответственность за содеянное, за исключением случая одновременного вступления в силу положений закона, отменяющих административную ответственность за содеянное и устанавливающих за то же деяние уголовную ответственность;
- 6) истечение сроков давности привлечения к административной ответственности;
- 7) наличие по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, постановления о

назначении административного наказания, либо постановления о прекращении производства по делу об административном правонарушении, предусмотренном той же статьей или той же частью статьи настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации, либо постановления о возбуждении уголовного дела;

8) смерть физического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении;

9) внесение в единый государственный реестр юридических лиц записи о ликвидации юридического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, на основании определения арбитражного суда о завершении конкурсного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве);

10) иные предусмотренные Кодексом обстоятельства, при наличии которых лицо, совершившее действия (бездействие), содержащие признаки состава административного правонарушения, освобождается от административной ответственности.

В ходе производства об административном правонарушении лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с Кодексом.

Ходатайства заявляются в письменной форме и подлежат немедленно рассмотрению. Решение об отказе в удовлетворении ходатайства выносится судьей, органом, должностным лицом, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, в виде определения.

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам об административных правонарушениях

Правовая основа участия адвоката в процессе производства по делам об административном правонарушении приведена в Конституции РФ (ст. 48) и в КРФоАП, в ст. 25.5 которого говорится, что для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в производстве по делу об административном правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему — представитель.

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам об административных правонарушениях

В процессе производства по делам об административных правонарушениях и потерпевший, и лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, нуждаются в квалифицированной юридической помощи по ряду причин. Прежде всего, административное право является динамичной и наиболее объемной отраслью права, которая регулирует обширный круг общественных отношений. Лицу, не имеющему необходимого минимума юридических знаний, крайне сложно разобраться во всей совокупности норм и правил административного права, которые содержатся в различных по значению и характеру нормативных правовых актах.

Кроме того, правом осуществлять административную юрисдикцию наделены более чем 60 органов и должностных лиц, обладающих государственно-властными полномочиями. При этом лицу, привлекаемому к административной ответственности, противостоять такому субъекту без помощи адвоката зачастую сложно. Участие защитника в производстве по делу об административном правонарушении способствует обеспечению прав лиц, привлекаемых к административной ответственности, и предотвращению нарушений их прав. Таким образом, участие адвоката в производстве по делам об административных правонарушениях является гарантией защиты прав и свобод потерпевшего и лица, привлекаемого к административной ответственности.

В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо.

Если лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, изъявит желание иметь для оказания юридической помощи защитника, то адвокат или иное лицо, приглашенное им для осуществления защиты при рассмотрении дела, должны быть допущены к участию в деле при условии соблюдения требований, перечисленных в ч. 3 ст. 25.5 КоАП РФ.

При применении ч. 3 ст. 25.5 КоАП РФ необходимо учитывать, что, поскольку КоАП РФ не регулирует вопрос о том, каким образом должны быть оформлены полномочия защитника и представителя на участие в деле об административном правонарушении, данный вопрос должен быть решен применительно к общим положениям ГПК РФ, в которых закреплен порядок оформления полномочий представителя.

Если лицо, привлекаемое к административной ответственности, либо потерпевший в судебном заседании заявит ходатайство о привлечении защитника или представителя к участию в деле об административном пра-

вонарушении, то такой защитник или представитель должен быть допущен к участию в деле об административном правонарушении без предоставления соответствующей доверенности.

При этом право представителя на подписание и подачу жалоб на постановление по делу об административном правонарушении, на решение по жалобе на постановление по делу об административном правонарушении, на отказ от таких жалоб, на получение взысканных расходов, понесенных в связи с рассмотрением дела об административном правонарушении, на получение изъятых и возвращаемых орудий совершения и (или) предметов административного правонарушения должно быть специально оговорено в доверенности.

Полномочия адвоката удостоверяются ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием. Полномочия иного лица, оказывающего юридическую помощь, удостоверяются доверенностью, оформленной в соответствии с законом.

Защитник и представитель допускаются к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении.

В случае административного задержания физического лица в связи с административным правонарушением защитник допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента административного задержания.

Защитник и представитель, допущенные к участию в производстве по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, участвовать в рассмотрении дела, обжаловать применение мер обеспечения производства по делу, постановление по делу, пользоваться иными процессуальными правами в соответствии с законом.

В соответствии с п. 1 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», адвокат, применительно к участию в процессе производства по делам об административных правонарушениях, вправе:

1) собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и иных организаций в порядке, предусмотренном ст. 6.1 Федерального закона. Указанные органы и организации в установленном порядке обязаны выдать адвокату запрошенные им документы или их копии;

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам об административных правонарушениях

2) опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;

3) собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации;

4) привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи;

5) фиксировать (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную и иную охраняемую законом тайну;

6) совершать иные действия, не противоречащие законодательству Российской Федерации.

По делу об административном правонарушении необходимо выяснить:

1) наличие события административного правонарушения;

2) лицо, совершившее противоправное действие (бездействие), за которое Кодексом об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность;

3) виновность лица в совершении административного правонарушения;

4) обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность;

5) характер и размер ущерба, причиненного административным правонарушением;

6) обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении;

7) иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения административного правонарушения.

После установления, что событие имело место и есть лицо, обвиняемое в совершении административного правонарушения, необходимо установить, доказана ли вина, т.е. собрать доказательства.

Доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела.

Эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными законом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами.

Не допускается использование доказательств по делу об административном правонарушении, в том числе результатов проверки, проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, если указанные доказательства получены с нарушением закона — так гласит ст. 26.2 КоАП.

Рассмотрим этот вопрос более подробно.

Объяснения лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показания потерпевшего и свидетелей представляют собой сведения, имеющие отношение к делу и сообщенные указанными лицами в устной или письменной форме.

В своих объяснениях лицо, в отношении которого ведется производство по делу, потерпевший в своих показаниях вправе затрагивать любые вопросы, которые, как они считают, имеют значение для дела. Они могут, в частности, сообщить данные о смягчающих (потерпевший — отягчающих) обстоятельствах, причинах и условиях, способствующих совершению данного правонарушения. Объяснения (показания) могут касаться характеристики потерпевшего (лица, в отношении которого ведется производство по делу), свидетелей, взаимоотношений с ними и между ними и т.д. Сообщаемые данные должны быть полными и конкретными, по поводу каждого факта должен указываться источник осведомленности о нем.

Объяснения лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показания потерпевшего и свидетелей отражаются в протоколе об административном правонарушении, протоколе о применении меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, протоколе рассмотрения дела об административном правонарушении, и в случае необходимости записываются и приобщаются к делу.

В случаях, если при производстве по делу об административном правонарушении возникает необходимость в использовании специальных знаний в науке, технике, искусстве или ремесле, судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, выносят определение о назначении экспертизы. Определение обязательно для исполнения экспертами или учреждениями, которым поручено проведение экспертизы.

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам
об административных правонарушениях

В определении указываются:

- 1) основания для назначения экспертизы;
- 2) фамилия, имя, отчество эксперта или наименование учреждения, в котором должна быть проведена экспертиза;
- 3) вопросы, поставленные перед экспертом;
- 4) перечень материалов, предоставляемых в распоряжение эксперта.

Кроме того, в определении должны быть записи о разъяснении эксперту его прав и обязанностей и о предупреждении его об административной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Вопросы, поставленные перед экспертом, и его заключение не могут выходить за пределы специальных познаний эксперта.

До направления определения для исполнения судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, обязаны ознакомить с ним лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, и потерпевшего, разъяснить им права, в том числе право заявлять отвод эксперту, право просить о привлечении в качестве эксперта указанных ими лиц, право ставить вопросы для дачи на них ответов в заключении эксперта.

Эксперт дает заключение в письменной форме от своего имени. В заключении эксперта должно быть указано, кем и на каком основании проводились исследования, их содержание, должны быть даны обоснованные ответы на поставленные перед экспертом вопросы и сделаны выводы.

Заключение эксперта не является обязательным для судьи, органа, должностного лица, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, однако несогласие с заключением эксперта должно быть мотивировано.

При исследовании вещественных доказательств адвокат должен занимать активную позицию, особенно изучая документы.

Согласно п. 18 Постановления пленума Верховного суда РФ № 24 от 24 марта 2005 г. «О некоторых вопросах применения общей части КоАП РФ» при рассмотрении дела об административном правонарушении собранные по делу доказательства должны оцениваться в соответствии со ст. 26.11 КоАП РФ, а также с позиции закона при их получении (п. 3 ст. 26.2. КоАП РФ).

Главное, чтобы представленные доказательства со стороны защитника согласовывались между собой в логической последовательности. Для этого необходимо в заявлении о приобщении полученных доказательств указывать источники, место, время и технические средства их получения. В теории права и практики правоприменения существует презумпция до-

бросовестности. Иными словами, каждый предмет считается настоящим, верным и действительным до тех пор, пока не доказано иное. Поэтому бремя доказывания недействительности представленных защитой доказательств по умолчанию возлагается на суд.

Под вещественными доказательствами по делу об административном правонарушении понимаются орудия совершения или предметы административного правонарушения, в том числе орудия совершения или предметы административного правонарушения, сохранившие на себе его следы.

Вещественные доказательства должны быть подробно описаны в протоколе об административном правонарушении или ином протоколе (например, протоколе о досмотре транспортного средства, протоколе об изъятии вещей и документов), по возможности сфотографированы и приобщены к делу. В случае необходимости при их изъятии осуществляется видеозапись, иные установленные способы фиксации доказательств. В протоколе должны быть зафиксированы признаки, позволяющие выделить предмет из числа ему подобных и обуславливающие его доказательственное значение. Следует, в частности, указывать: материал, форму, размер, цвет предмета, сорт и качество изделия; тип, марку, модель, калибр, серию, номер, иные идентификационные признаки оружия, реквизиты документов и т.д. При этом в протокол заносятся только достоверно установленные признаки. Описание в протоколе, фотографирование, фиксация иными способами преследуют цель предотвратить возможность подмены или смешения данного предмета с другими, позволяют в известной степени восполнить пробел в случае утраты вещественного доказательства.

Судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, обязаны принять необходимые меры по обеспечению сохранности вещественных доказательств до разрешения дела по существу, а также принять решение о них по окончании рассмотрения дела.

Должностные лица обязаны принять все возможные меры к обнаружению и изъятию не только обвинительных, но и оправдательных вещественных доказательств (например, предметов, находящихся у потерпевшего, если их наличие и характер соответствуют показаниям лица о том, что действия потерпевшего угрожали его здоровью или жизни).

Документы признаются доказательствами, если сведения, изложенные или удостоверенные в них организациями, их объединениями, должностными лицами и гражданами, имеют значение для производства по делу об административном правонарушении.

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам
об административных правонарушениях

Документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме. К документам могут быть отнесены материалы фото- и киносъемки, звуко- и видеозаписи, информационных баз и банков данных и иные носители информации.

Судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, обязаны принять необходимые меры по обеспечению сохранности документов до разрешения дела по существу, а также принять решение о них по окончании рассмотрения дела (вернуть, уничтожить, реализовать и т.п.).

Если судье, органу, должностному лицу, в производстве которых находится дело, нужно запросить какие-либо документы в органах, учреждениях, организациях, в общественных объединениях, у граждан, они истребуют сведения, необходимые для разрешения дела. В документах, подготовленных по поручению судьи, органа, должностного лица, должны быть полно и конкретно изложены запрашиваемые сведения.

Государственные и муниципальные органы, учреждения, организации, общественные объединения должны направлять документы либо с сопроводительным письмом, подписанным руководителем или иным уполномоченным на то лицом, либо сам документ должен быть подписан таким лицом с приложением печати организации.

Все процессуальные действия согласно Кодексу ведутся уполномоченными органами, должностными лицами и судом.

Кодекс не устанавливает способы получения доказательств со сторон защитника и подзащитного, потерпевшего и его представителя. Поэтому защитник вправе и обязан собирать доказательства невиновности подзащитного любыми законными способами.

Для рассмотрения дела об административном правонарушении законом установлены определенные сроки.

Дело об административном правонарушении рассматривается в 15-дневный срок со дня получения органом, должностным лицом, правомочными рассматривать дело, протокола об административном правонарушении и других материалов дела либо материалов, полученных с применением работающих в автоматическом режиме специальных технических средств, имеющих функции фото- и киносъемки, видеозаписи, или средств фото- и киносъемки, видеозаписи.

Дело об административном правонарушении рассматривается в двухмесячный срок со дня получения судьей, правомочным рассматривать дело, протокола об административном правонарушении и других материалов дела.

В случае поступления ходатайств от участников производства по делу об административном правонарушении либо в случае необходимости в дополнительном выяснении обстоятельств дела срок рассмотрения дела может быть продлен судьей, органом, должностным лицом, рассматривающими дело, но не более чем на один месяц. О продлении указанного срока судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дело, выносят мотивированное определение.

Дело об административном правонарушении, совершение которого влечет административный арест либо административное выдворение, рассматривается в день получения протокола об административном правонарушении и других материалов дела, а в отношении лица, подвергнутого административному задержанию, — не позднее 48 часов с момента его задержания.

На стадии подготовки к рассмотрению дела об административном правонарушении адвокату следует осуществить ряд действий: провести беседу с доверителем для выяснения фактических обстоятельств дела, изучить обстоятельства дела, дать правовую оценку проблеме и определить тактику ведения дела. Также адвокату следует установить обстоятельства, исключающие привлечение лица к административной ответственности, смягчающие возможное административное наказание, оправдывающие подзащитного или опровергающие доказательство его виновности в совершении административного правонарушения.

Следующим важным этапом работы адвоката на стадии подготовки дела к судебному разбирательству является сопоставление признаков состава административного правонарушения с установленными фактическими обстоятельствами дела. При определении признаков любого состава административного правонарушения адвокату необходимо не только провести анализ соответствующей статьи Особенной части КоАП, но и обратиться к нормам Общей части, содержащим указание на признаки, обязательные для любого состава административного правонарушения. Признаками состава административного правонарушения являются: объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона.

Закон устанавливает порядок рассмотрения дел об административных правонарушениях, т.е. процедуру производства по делу:

1) объявляется, кто рассматривает дело, какое дело подлежит рассмотрению, кто и на основании какого закона привлекается к административной ответственности;

2) устанавливается факт явки физического лица, или законного представителя физического лица, или законного представителя юридическо-

§2. Участие адвоката в процессе производства по делам
об административных правонарушениях

го лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении (за исключением случаев рассмотрения дел, связанных с выявлением административных правонарушений, зафиксированных с применением работающих в автоматическом режиме специальных технических средств, имеющих функции фото- и киносъемки, видеозаписи, или средств фото- и киносъемки, видеозаписи), а также иных лиц, участвующих в рассмотрении дела;

3) проверяются полномочия законных представителей физического или юридического лица, защитника и представителя;

4) выясняется, извещены ли участники производства по делу в установленном порядке, выясняются причины неявки участников производства по делу и принимается решение о рассмотрении дела в отсутствие указанных лиц либо об отложении рассмотрения дела;

5) разъясняются лицам, участвующим в рассмотрении дела, их права и обязанности;

6) рассматриваются заявленные отводы и ходатайства;

7) выносится определение об отложении рассмотрения дела в случае: — поступления заявления о самоотводе или об отводе судьи, члена коллегиального органа, должностного лица, рассматривающих дело, если их отвод препятствует рассмотрению дела по существу;

— отвода специалиста, эксперта или переводчика, если указанный отвод препятствует рассмотрению дела по существу;

— необходимости явки лица, участвующего в рассмотрении дела, истребования дополнительных материалов по делу или назначения экспертизы;

8) выносится определение о приводе лица, участие которого признается обязательным при рассмотрении дела;

9) выносится определение о передаче дела на рассмотрение по подведомственности.

При продолжении рассмотрения дела об административном правонарушении оглашается протокол об административном правонарушении, а при необходимости и иные материалы дела. Заслушиваются объяснения физического лица или законного представителя юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, показания других лиц, участвующих в производстве по делу, пояснения специалиста и заключение эксперта, исследуются иные доказательства, а в случае участия прокурора в рассмотрении дела заслушивается его заключение.

В случае необходимости осуществляются другие процессуальные действия в соответствии с Кодексом.

Вместе с тем адвокату закон не предоставляет права выступить с правовым заключением по сути рассматриваемого дела.

Однако защитник вправе давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы.

При представлении доказательств, заявлении ходатайств, а также при ссылке на материалы дела (административного производства), имеющие доказательственное значение, защитнику необходимо точно указывать их идентифицирующие признаки, такие как: правильное, полное и точное наименование документа, реквизиты (номера, даты, правильное, полное и точное наименование источника получения), указания на оригинал или копию соответствующего материала, количество листов (страниц) и т.п.

Какое решение может быть принято по делу об административном правонарушении? Как и куда его можно обжаловать?

По результатам рассмотрения дела об административном правонарушении может быть вынесено постановление:

1) о назначении административного наказания;

2) о прекращении производства по делу об административном правонарушении.

Постановление о прекращении производства по делу об административном правонарушении выносится в случае:

1) наличия хотя бы одного из обстоятельств, исключающих производство по делу, предусмотренных Кодексом;

2) объявления устного замечания;

3) прекращения производства по делу и передачи материалов дела прокурору, в орган предварительного следствия или в орган дознания в случае, если в действиях (бездействии) содержатся признаки преступления;

4) освобождения лица от административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные отдельными статьями Кодекса, в случаях добровольного и окончательного отказа от противоправных действий.

Окончательный отказ от противоправных действий означает, что лицо не пыталось скрыть следы административного правонарушения либо иным образом не препятствовало собиранию доказательств и расследованию совершенного правонарушения. В противном случае это может свидетельствовать об отсутствии у лица признаков добровольности совершения активных действий.

По результатам рассмотрения дела об административном правонарушении может быть вынесено определение:

§3. Обжалование постановлений об административном правонарушении

1) о передаче дела судьей, в орган, должностному лицу, уполномоченным назначать административные наказания иного вида или размера либо применять иные меры воздействия в соответствии с законодательством Российской Федерации;

2) о передаче дела на рассмотрение по подведомственности, если выяснено, что рассмотрение дела не относится к компетенции рассмотревших его судьи, органа, должностного лица.

**§3. Обжалование постановлений
об административном правонарушении**

Постановление обжалуется в соответствии со ст. 30.1 КРФоАП:

1) вынесенное судьей — в вышестоящий суд;

2) вынесенное коллегиальным органом — в районный суд по местонахождению коллегиального органа;

3) вынесенное должностным лицом — в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела;

4) вынесенное должностным лицом, руководителем соответствующих органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, заместителем руководителя органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации (в случаях, предусмотренных Кодексом) — городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга, Республики Крым и города федерального значения Севастополя — в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, в уполномоченный соответствующим нормативным правовым актом Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации или соглашением о передаче осуществления части полномочий федеральный орган исполнительной власти либо в районный суд по месту рассмотрения дела;

5) вынесенное иным органом, созданным в соответствии с законом субъекта Российской Федерации, — в районный суд по месту рассмотрения дела.

Постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное судьей, может быть также обжаловано в вышестоящий суд должностным лицом, уполномоченным в соответствии с Кодексом составлять протокол об административном правонарушении.

В случае, если жалоба на постановление по делу об административном правонарушении поступила в суд и в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, ее рассматривает суд.

По результатам рассмотрения жалобы выносится решение.

Постановление по делу об административном правонарушении, связанном с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности юридическим лицом или лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, обжалуется в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подается судье, в орган, должностному лицу, которыми вынесено постановление по делу и которые обязаны в течение трех суток со дня поступления жалобы направить ее со всеми материалами дела в соответствующий суд, вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу.

Жалоба на постановление судьи о назначении административного наказания в виде административного ареста либо административного выдворения подлежит направлению в вышестоящий суд в день получения жалобы.

Жалоба может быть подана непосредственно в суд, вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, уполномоченным ее рассматривать.

В случае, если рассмотрение жалобы не относится к компетенции судьи, должностного лица, которым обжаловано постановление по делу об административном правонарушении, жалоба направляется на рассмотрение по подведомственности в течение трех суток.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении государственной пошлиной не облагается.

Жалоба на постановление судьи о назначении административного наказания в виде административного приостановления деятельности подлежит направлению в вышестоящий суд в день получения жалобы.

Законом установлены сроки обжалования по делу об административном нарушении. Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении может быть подана в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления. Если по каким-либо причинам срок пропущен, то он по ходатайству лица, подающего жалобу, может быть восстановлен судьей или должностным лицом, правомочными рассматривать жалобу.

Об отклонении ходатайства о восстановлении срока обжалования постановления по делу об административном правонарушении выносится определение.

Кодексом установлен сокращенный (5-дневный) срок обжалования постановлений по делам о нарушениях избирательных прав граждан и

§3. Обжалование постановлений об административном правонарушении

законодательства о выборах и референдумах. В сочетании с пятидневным сроком рассмотрения таких жалоб (п. 2 ст. 30.5 КоАП РФ) это призвано обеспечить более оперативное правовое реагирование на допущенное правонарушение в условиях динамичного и ограниченного по времени избирательного процесса.

Каковы сроки рассмотрения жалоб в вышестоящих инстанциях?

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подлежит рассмотрению в 10-дневный срок со дня ее поступления со всеми материалами дела в орган, должностному лицу, правомочным рассматривать жалобу.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подлежит рассмотрению в двухмесячный срок со дня ее поступления со всеми материалами дела в суд, правомочный рассматривать жалобу.

Жалоба на постановление по делу о привлечении к административной ответственности за нарушение избирательного законодательства подлежит рассмотрению в 5-дневный срок со дня ее поступления со всеми материалами в суд, полномочный рассматривать жалобы (ч. 2 ст. 30.5 КоАП РФ).

Жалоба на постановление об административном аресте либо административном выдворении подлежит рассмотрению в течение суток с момента подачи жалобы, если лицо, привлеченное к административной ответственности, отбывает административный арест либо подлежит административному выдворению.

Жалоба на постановление о назначении административного наказания в виде административного приостановления деятельности подлежит рассмотрению в 5-дневный срок со дня ее поступления со всеми материалами в вышестоящий суд, уполномоченный рассматривать соответствующую жалобу.

По результатам рассмотрения жалобы на постановление по делу об административном правонарушении выносятся одно из следующих решений:

1) об оставлении постановления без изменения, а жалобы — без удовлетворения;

2) об изменении постановления, если при этом не усиливается административное наказание или иным образом не ухудшается положение лица, в отношении которого вынесено постановление;

3) об отмене постановления и о прекращении производства по делу в силу его малозначительности или при обстоятельствах, упомянутых нами ранее при объяснении, почему может прекращаться производство по делу или вообще не может быть начато, а также при недоказанности обстоятельств, на основании которых было вынесено постановление.

ГЛАВА 9

Участие адвоката в уголовном процессе

§1. Процессуальные роли адвоката в уголовном процессе: адвокат-защитник, адвокат-представитель, участие адвоката без приобретения процессуального статуса

УПК РФ предусматривает возможность участия адвоката в уголовном процессе с приобретением процессуального статуса участника уголовного судопроизводства: в качестве защитника (ч. 2 ст. 49 УПК РФ) и представителя (ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 55 УПК РФ). В этом случае адвокат имеет определенные УПК РФ процессуальные права и обязанности.

Адвокат может участвовать в уголовном процессе и без приобретения специального статуса в том случае, если он оказывает юридическую помощь:

- свидетелю, присутствуя на его допросе (ч. 5 ст. 189 УПК РФ);
- лицу, в помещении которого производится обыск (ч. 11 ст. 182 УПК РФ);
- лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении (ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ).

В этом случае адвокат имеет общепрофессиональные права и обязанности, предусмотренные Законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». Кроме того, УПК РФ специально оговаривает, что адвокат, присутствующий при допросе свидетеля, пользуется правами защитника, предусмотренными ч. 2 ст. 53 УПК РФ (ч. 5 ст. 189 УПК РФ).

Будучи участником уголовного процесса, адвокат может выступать как на стороне защиты — в качестве защитника, представителя гражданского ответчика, так и на стороне обвинения — в качестве представителя потерпевшего, гражданского истца, частного обвинителя.

§2. Адвокат-защитник в уголовном судопроизводстве

Наличие у подозреваемого, обвиняемого, подсудимого возможности защищаться от имеющегося в отношении него подозрения, обвинения об-

условлено тем, что в основе уголовного процесса России заложен принцип презумпции невиновности, в соответствии с которым лицо считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК РФ).

При этом в Российской Федерации на конституционном уровне гарантируется государственная защита прав и свобод человека и гражданина (ст. 45 Конституции РФ) и право каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ). Эти нормы не просто провозглашают наличие у обвиняемого права на защиту, а делают акцент на его гарантированность.

Последовательное продолжение данные конституционные положения находят в уголовно-процессуальном принципе обеспечения подозреваемому и обвиняемому права на защиту, закрепленному в ст. 16 УПК РФ. Содержание этого принципа сводится к следующим установкам: во-первых, обвиняемому обеспечивается право на защиту, которое он может осуществлять лично либо с помощью защитника и (или) законного представителя; во-вторых, суд, прокурор, следователь, дознаватель разъясняют обвиняемому его права и обеспечивают возможность защищаться всеми не запрещенными законом способами и средствами; в-третьих, в случаях, предусмотренных законом, обязательное участие защитника и (или) законного представителя обвиняемого обеспечивается должностными лицами, осуществляющими производство по делу; в-четвертых, в определенных законом случаях обвиняемый может пользоваться помощью защитника бесплатно.

Защитник является одним из основных субъектов уголовного процесса, призванным защищать права и законные интересы подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления. В отличие от государственных органов и их должностных лиц, осуществляющих производство по уголовному делу, на которых лежит обязанность по обеспечению прав личности, вовлеченной в сферу уголовного судопроизводства, но отнесенных законодателем к стороне обвинения, защитник является участником со стороны защиты и участвует в уголовном процессе исключительно для защиты прав и законных интересов подозреваемых, обвиняемых и оказания им квалифицированной юридической помощи.

Функция защиты, осуществляемая защитником, представляет собой направление деятельности, целью которой является оспаривание возникшего подозрения или предъявленного обвинения, выяснение обстоятельств, оправдывающих обвиняемого и подозреваемого или смягчаю-

щих их ответственность, а также оказание подозреваемому и обвиняемому необходимой юридической помощи.

В соответствии с ч. 1 ст. 49 УПК РФ защитник — это лицо, осуществляющее защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.

В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

Вопрос о круге лиц, которые вправе участвовать в уголовном судопроизводстве в качестве защитников, был предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ, который, подтверждая право гражданина на самостоятельный выбор адвоката (защитника), в постановлении от 28 января 1997 г. № 2-п указал, что по своему содержанию право на самостоятельный выбор адвоката (защитника) не означает право выбирать в качестве защитника любое лицо по усмотрению подозреваемого или обвиняемого и не предполагает возможность участия в уголовном процессе любого лица в качестве защитника. Закрепленное в ч. 2 ст. 48 Конституции РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного ч. 1 ст. 48 Конституции РФ каждому человеку, — права на получение квалифицированной юридической помощи.

Участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица, по выбору подозреваемого или обвиняемого, может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую помощь.

Современное уголовное судопроизводство основано на принципе состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты (ст. 15 УПК РФ). На стороне обвинения в уголовном судопроизводстве выступают профессиональные юристы — прокуроры, следователи, дознаватели. При формальном юридическом равенстве невозможно достичь фактического равноправия сторон, если не гарантировать подозреваемому и обвиняемому возможность осуществлять право на защиту не только самостоятельно, но и с помощью профессионального защитника. Именно поэтому в УПК РФ с учетом приведенной выше позиции Конституцион-

ного Суда РФ предусмотрено, что по общему правилу в качестве защитников допускаются адвокаты.

Однако по определению или постановлению суда в качестве защитника наряду с адвокатом может быть допущен один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. Вместе с тем кроме ходатайства обвиняемого для этого необходимо соблюдение еще одного условия: близкий родственник или иное лицо должен быть объективно способен оказывать обвиняемому именно юридическую помощь. Закон не требует, чтобы указанные лица обязательно имели юридическое образование, однако суд должен убедиться, что они смогут оказывать своему подзащитному реальную юридическую помощь. Допуск таких лиц — не обязанность, а право суда. При производстве у мирового судьи названные лица допускаются в процесс как наряду с адвокатом, так и вместо него. По смыслу ч. 2 ст. 49 УПК РФ допуск в качестве защитников близких родственников и иных лиц предусмотрен лишь в судебных стадиях процесса, поскольку, во-первых, решение об этом принимает суд, а во-вторых, речь идет только об обвиняемом, но не о подозреваемом. Обвиняемый же, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, именуется подсудимым (ч. 2 ст. 47 УПК РФ).

Перед защитником в уголовном процессе стоят две задачи: защищать права и интересы подозреваемых и обвиняемых; оказывать подзащитному необходимую юридическую помощь.

Защита прав и интересов подозреваемого, обвиняемого проявляется следующим образом: во-первых, защитник содействует осуществлению прав подзащитного. С этой целью он разъясняет подозреваемому, обвиняемому его права, обязанности, ответственность; сущность подозрения или обвинения; значение обстоятельств, благоприятных для подзащитного (оправдывающих, смягчающих или исключающих его ответственность) и неблагоприятных для него (отягчающих наказание и ответственность, уличающих в совершении преступления); а также права других субъектов уголовного процесса. Во-вторых, реализуя собственные полномочия, защитник выявляет обстоятельства, оправдывающие подозреваемого или обвиняемого либо смягчающие его ответственность. В-третьих, будучи профессиональным участником процесса, контролирует соответствие действий и решений дознавателя, следователя, прокурора, суда требованиям закона или наличие бездействия и реагирует на нарушения в пределах, которых требуют интересы защиты.

Юридическая помощь защитника в уголовном судопроизводстве может быть выражена в следующих формах:

— консультации по правовым вопросам, которые проявляются в виде содействия адвоката в выявлении возможных правовых вариантов решения проблемы, прогнозировании их последствий, а также определении средств и способов реализации выбранного варианта решения существующей проблемы;

— подготовка юридических документов (заявлений, жалоб, ходатайств, замечаний, возражений и т.д.) от имени доверителя;

— представление интересов доверителя в судах, правоохранительных органах, органах государственной власти, местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях.

Будучи самостоятельным участником процесса, защитник не заменяет обвиняемого, а действует наряду с ним, обладая при этом собственной совокупностью прав и обязанностей. Ряд полномочий защитника совпадает с правами подозреваемого, обвиняемого, например: знакомиться с протоколами следственных действий, проводимых с подозреваемым, обвиняемым; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда. Но реализация этих прав защитником не лишает возможности воспользоваться ими подозреваемого, обвиняемого.

Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлению удостоверения адвоката и ордера (ч. 5 ст. 49 УПК РФ).

В случае, если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении (ч. 5 ст. 49 УПК РФ).

Уголовно-процессуальный закон запрещает адвокату отказываться от принятой на себя защиты подозреваемого (обвиняемого).

§3. Вступление защитника в уголовный процесс

УПК РФ в ч. 3 ст. 49 закрепляет определенные моменты, с которых защитник может вступить в уголовный процесс:

— вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, в том случае, если до этого момента защитник в уголовном процессе не участвовал;

— возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица;

— фактическое лишение свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, в случае его задержания или применения к нему меры пресечения в виде заключения под стражу до предъявления обвинения;

— вручение уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ;

— объявление лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

— начало осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления;

— начало осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ.

Значение законодательного установления данных моментов заключается в том, что с их наступлением в производство по уголовному делу имеет право вступить адвокат в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого, а у последнего появляется право на помощь защитника. У должностных лиц, осуществляющих судопроизводство, наступает обязанность по обеспечению данного права. Данные процессуальные действия и решения являются определенной «контрольной точкой» для должностного лица, ведущего производство по уголовному делу: если до сих пор защитник не мог вступить в уголовный процесс, то с этого момента он должен в нем участвовать, и обязанность по обеспечению указанного права подозреваемого, обвиняемого лежит именно на дознавателе, следователе, прокуроре и суде (ч. 2 ст. 16 УПК РФ).

Подозреваемый, обвиняемый самостоятельно принимает решение о необходимости профессиональной юридической помощи адвоката и имеет право отказаться от помощи защитника, что, однако, не лишает его права впоследствии обратиться к помощи адвоката, который сможет вступить в уголовный процесс. Но в данном случае речь уже идет не о том, имеет ли право подозреваемый, обвиняемый пользоваться помощью защитника, а защитник вступить в уголовное дело, а о том, желает ли подозреваемый или обвиняемый воспользоваться своим правом на помощь защитника. Так, если лицо задерживается по подозрению в совершении преступления, оно имеет право на помощь защитника с момента фактического лишения свободы передвижения; если уголовное дело возбуждается в отношении конкретного лица — с момента вынесения постановления о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица в

процесс должен вступить защитник. Если же уголовное дело возбуждается по факту обнаружения признаков преступления, оснований для применения мер принуждения к подозреваемому нет, но у следователя возникает сомнение во вменяемости подозреваемого, и он назначает судебно-психиатрическую экспертизу, то защитник может присутствовать с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы. В ситуации, когда сомнений во вменяемости подозреваемого не возникает, защитник может участвовать в процессе с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (при расследовании в форме предварительного следствия) или вручения уведомления о подозрении в совершении преступления (при расследовании в форме дознания). Законодатель специально обращает внимание на то, что участие защитника с момента привлечения лица в качестве обвиняемого является самым поздним моментом вступления защитника в уголовный процесс (п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

УПК РФ предусматривает возможность вступления защитника в уголовный процесс не только с момента приобретения подозреваемым, обвиняемым его процессуального статуса, но также с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в связи с возникшим в отношении него подозрением в совершении преступления до приобретения данным лицом статуса участника процесса. В этом смысле приобретение участником статуса подозреваемого и возникновение у него права на помощь защитника могут не совпадать. Второе может предшествовать первому. Так, еще на этапе проверки сообщения о преступлении лицо, в отношении которого она проводится, уже имеет право на помощь защитника. Лицо, задержанное на месте преступления, имеет право на защитника даже в том случае, если уголовное дело еще не возбуждено.

В соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ подозреваемый имеет право пользоваться помощью защитника с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица, с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления в случаях, предусмотренных ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, и в случае применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу, а также с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ. Таким образом, законодатель в данной норме определил возможность подозреваемого пользоваться помощью защитника только с момента приобре-

тения им статуса соответствующего участника процесса. В соответствии с ч. 1 ст. 46 УПК РФ подозреваемым является лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело в порядке и по основаниям, предусмотренным главой 20 УПК РФ, либо которое задержано по подозрению в совершении преступления в соответствии со ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, либо к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 100 УПК РФ, либо которое уведомлено о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ. Между тем в ч. 3 ст. 49 УПК РФ предусматривается возможность вступления защитника для защиты подозреваемого и в других случаях. В данной норме используется более широкое понятие подозреваемого, выявленное Конституционным Судом РФ.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» пришел к выводу о том, что Конституция РФ не связывает предоставление помощи адвоката (защитника) с формальным признанием лица подозреваемым либо обвиняемым и, следовательно, с моментом принятия органом дознания, следствия или прокуратуры какого-либо процессуального акта и не предоставляет федеральному законодателю право устанавливать ограничительные условия его реализации.

Участие защитника в уголовном деле с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица

Уголовное дело публичного и частно-публичного обвинения возбуждается путем вынесения соответствующего постановления органом дознания, дознавателем, руководителем следственного органа, следователем (ч. 1 ст. 146 УПК РФ). Если указанными должностными лицами принято решение о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица, с момента вынесения постановления о возбуждении уголовного дела оно приобретает статус подозреваемого, право пользоваться помощью защитника (п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ), а защитник имеет право вступить в уголовный процесс (п. 2 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Положение о допуске защитника с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица предполагает, что это право должно быть реально обеспечено. Подозреваемый имеет право знать, в чем он подозревается, и получить копию постановления о возбуждении против

него уголовного дела (п. 2 ч. 4 ст. 46 УПК РФ). Однако ст. 146 УПК РФ не предусматривает направления подозреваемому копии данного постановления. В ч. 4 данной статьи говорится о необходимости незамедлительно уведомлять лица, в отношении которого возбуждено уголовное дело, руководителем следственного органа, следователем, дознавателем о принятом решении. Между уведомлением и вручением копии постановления может быть значительный временной интервал. Закон ничего не говорит и о форме указанного уведомления. Каким бы оно ни было, поскольку законодатель предоставил возможность подозреваемому пользоваться помощью защитника с момента возбуждения в отношении него уголовного дела, а обязанность по разъяснению данного права лежит на должностных лицах, ведущих процесс, уже при уведомлении подозреваемого о возбуждении против него уголовного дела ему должно быть разъяснено право на приглашение или назначение защитника. Иное следует расценивать как нарушение права подозреваемого на защиту.

Защитник может вступить в уголовное дело и с момента возбуждения уголовного дела частного обвинения в отношении конкретного лица.

Уголовное дело частного обвинения в отношении конкретного лица возбуждается путем подачи потерпевшим или его законным представителем заявления в суд (ч. 1 ст. 318 УПК РФ). О принятии судом заявления к своему производству мировой судья выносит постановление (ч. 7 ст. 318 УПК РФ). При наличии оснований для назначения судебного заседания мировой судья в течение 7 суток со дня поступления заявления в суд вызывает лицо, в отношении которого подано заявление, знакомит его с материалами уголовного дела, вручает копию поданного заявления, разъясняет права подсудимого в судебном заседании, предусмотренные ст. 47 УПК РФ (ч. 3 ст. 319 УПК РФ), в том числе и право пользоваться помощью защитника (п. 7 ч. 3 ст. 47 УПК РФ).

Участие защитника в уголовном деле с момента фактического лишения свободы

Лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления в случаях, предусмотренных ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, имеет право на помощь защитника с момента фактического задержания.

Право каждого задержанного пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента задержания определено в ч. 2 ст. 48 Конституции РФ. В уголовно-процессуальном законодательстве это право не толь-

ко закрепляется в п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, но и уточняется момент, с которого оно может наступить: момент фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления в случае задержания лица по подозрению в совершении преступления в порядке, определенном ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, или применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу. В соответствии с ч. 15 ст. 5 УПК РФ момент фактического задержания — это момент производимого в порядке, установленном УПК РФ, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления. Таким образом, право пользоваться помощью защитника наступает с момента фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, производимого в порядке, установленном ст.ст. 91, 92, 100 УПК РФ.

Задержание — процесс не одномоментный, он включает в себя как минимум захват, доставление, процессуальное оформление, уведомление прокурора и родственников. Отсутствие законодательной регламентации порядка захвата и доставления (как первоначальных этапов задержания) породило неоднозначность в определении того, какой период задержания является моментом фактического задержания, о котором в ч. 15 ст. 5 УПК РФ говорится как о «порядке, установленном настоящим Кодексом». В УПК РФ регулируется порядок задержания подозреваемого после доставления его в орган дознания или к следователю (ст. 92 УПК РФ).

Несмотря на это, право на помощь защитника возникает в момент физического задержания (захвата), когда лицо лишается свободы передвижения.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» указал, что норма ч. 2 ст. 48 Конституции РФ указывает на существенные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи в силу того, что его конституционные права, прежде всего, на свободу и личную неприкосновенность, ограничены (в том числе в связи с уголовным преследованием в целях установления его виновности). Поэтому конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным. По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст.ст. 45 и 48 Конституции РФ, правом на получение юридической помощи адвоката обладает каждое лицо вне связи с его формальным процессуальным статусом. Это право гарантируется, в том числе независи-

мо от признания лица задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, в связи с удержанием официальными властями, принудительным приводом или доставлением в органы дознания и следствия, содержанием в изоляции без каких-либо контактов, а также какими-либо иными действиями, существенно ограничивающими свободу и личную неприкосновенность.

Однако для того, чтобы реализовать право, надо, прежде всего, знать о его существовании. С этой целью УПК РФ предусматривает очень важное принципиальное положение, согласно которому обязанность по разъяснению прав, обязанностей и ответственности участникам уголовного судопроизводства (в том числе подозреваемому), а также обеспечение возможности осуществления этих прав лежит на дознавателе, следователе, прокуроре и суде (ч. 1 ст. 11, ч. 2 ст. 16 УПК РФ). Тем не менее, несмотря на то, что право пользоваться помощью защитника возникает у подозреваемого с момента лишения свободы передвижения, узнать о наличии такого права он может только при составлении протокола задержания после доставления подозреваемого в орган дознания или к следователю. В срок не более 3 часов с момента доставления должен быть составлен протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены права, предусмотренные ст. 46 УПК РФ, в том числе право пользоваться помощью защитника с момента фактического задержания (п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ). Таким образом, право уже есть, а обязанность его разъяснения возникает только с составлением протокола или, при самом оптимистическом настрое, с момента доставления в правоохранительный орган.

Большие сложности предвещает и обеспечение права задержанного воспользоваться помощью защитника с момента фактического лишения его свободы передвижения. Если задержанный имеет возможность связаться со своим адвокатом тут же, то такая возможность должна быть ему предоставлена. Если у задержанного нет такой возможности, то при доставлении задержанного в официальное учреждение ему должно быть без промедления обеспечено право пригласить защитника самому или через родственников, или же по его просьбе он обеспечивается защитником по назначению. Решение о необходимости сохранения в тайне факта задержания в интересах следствия и неуведомление в этой связи родственников о произведенном задержании (ч. 4 ст. 96 УПК РФ) не должны препятствовать реализации задержанным права на защиту. Однако права

«на один телефонный звонок», подобно американскому, российское законодательство не предусматривает.

Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ (ред. от 3 февраля 2014 г.) «О полиции» в ст. 14 «Задержание» устанавливает обязанность сотрудника полиции в каждом случае задержания разъяснить лицу, подвергнутому задержанию, его право на юридическую помощь (ч. 3). Часть 5 указанной статьи предусматривает право задержанного лица пользоваться в соответствии с федеральным законом услугами адвоката (защитника) и переводчика с момента задержания, который в соответствии с ч. 4 этой же статьи исчисляется с момента фактического ограничения свободы передвижения лица. Задержанное лицо в кратчайший срок, но не позднее трех часов с момента задержания, если иное не установлено уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации, имеет право на один телефонный разговор в целях уведомления близких родственников или близких лиц о своем задержании и месте нахождения. Такое уведомление по просьбе задержанного лица может сделать сотрудник полиции (ч. 7). УПК РФ устанавливает срок для уведомления родственников — 12 часов (ч. 1 ст. 96 УПК РФ), если с согласия прокурора не будет принято решение о сохранении факта задержания в тайне. Таким образом, действующее законодательство не предусматривает возможность задержанного связаться с адвокатом самостоятельно. Защитником его могут обеспечить родственники, но они могут узнать о задержании и через 12 часов, когда уже будут проведены некоторые следственные действия, у задержанного отобраны объяснения. Единственная возможность задержанного получить помощь защитника — ходатайствовать об обеспечении его защитником перед должностными лицами.

Безусловно, при производстве неотложных следственных действий не исключены трудности в обеспечении права на защиту лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, в частности, с обеспечением права на защиту в ночное время. Однако они не могут служить основанием для оправдания нарушений конституционных прав граждан. Как указано в постановлении Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П, государство обязано гарантировать приоритет прав и свобод человека и гражданина, не допуская предпочтения им даже самых важных общественных, ведомственных или личных интересов⁷⁸.

⁷⁸ Постановление КС РФ от 2 февраля 1996 г. по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан К.М. Кульнева, В.С. Лалуева, Ю.В. Лукашова и И.П. Серебренникова.

Подозреваемый имеет право пользоваться помощью защитника с момента фактического задержания в случае применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Обращает на себя внимание тот факт, что подозреваемым лицо становится в случае применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ любой меры пресечения, а право пользоваться помощью защитника у подозреваемого возникает лишь в случае применения к нему в качестве меры пресечения заключения под стражу, поскольку п. 3 ч. 4 ст. 46 УПК РФ предусматривает право подозреваемого пользоваться помощью защитника с момента, предусмотренного лишь п.п. 2–3.1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ. Если выделение данной меры пресечения из других можно объяснить тем, что оно обусловлено специфическим моментом вступления защитника в процесс при ее применении — с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, — то почему норма УПК РФ, закрепляющая права подозреваемого, ограничивает момент, с которого данный участник может пользоваться помощью защитника, и не предусматривает вступление защитника с момента применения к подозреваемому других мер пресечения? Да и в ст. 49 УПК РФ прямо о вступлении защитника в уголовное дело с момента применения к подозреваемому мер пресечения не говорится.

УПК РФ предусматривает возможность участия защитника в уголовном процессе с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Иные меры процессуального принуждения — это самостоятельное процессуальное понятие, отдельная группа мер принуждения наряду с задержанием и мерами пресечения. Их к подозреваемому и обвиняемому могут применить дознаватель, следователь или суд в целях обеспечения установленного УПК РФ порядка уголовного судопроизводства, надлежащего исполнения приговора (ч. 1 ст. 111 УПК РФ). К ним относятся обязательство о явке (ст. 112 УПК РФ), привод (ст. 113 УПК РФ), временное отстранение от должности (ст. 114 УПК РФ), наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК РФ).

Говоря об иных процессуальных действиях, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления, как основания для допуска защитника в уголовный процесс, следует обратиться к уже упоминаемому постановлению Конституционного Суда РФ, который указал, что конституционное право пользоваться помощью адвока-

та (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него. Поскольку такие действия направлены на выявление фактов и обстоятельств, уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику).

В соответствии с этими же идеями Конституционного Суда РФ законодатель, расширив перечень процессуальных действий, проводимых в стадии возбуждения уголовного дела при проверке сообщения о преступлении, предусмотрел возможность вступления защитника с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ (п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Защитник также допускается к участию в уголовном деле с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы (п. 4 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Постановление о назначении судебно-психиатрической экспертизы выносится следователем в том случае, когда необходимо установить психическое состояние подозреваемого, обвиняемого, если возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве. В этом случае назначение судебной экспертизы обязательно (п. 3 ч. 196 УПК РФ). В случае, если будет установлено, что лицо, совершившее запрещенное уголовным законом деяние, находилось в состоянии невменяемости или после совершения преступления у него наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение, кроме того при этом психическое расстройство лица связано с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда, к данному лицу могут быть применены принудительные меры медицинского характера

(ч. 1, 2 ст. 433 УПК РФ). В соответствии со ст. 438 УПК РФ в производстве о применении принудительных мер медицинского характера участие защитника является обязательным с момента вынесения постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы, если защитник ранее не участвовал в данном уголовном деле. Но в соответствии с п. 4 ч. 3 ст. 49 УПК РФ вступить в уголовное дело защитник может не с момента вынесения указанного постановления, а с момента объявления его лицу, подозреваемому в совершении преступления. Закон специально не оговаривает, в течение какого времени с момента вынесения следователь должен ознакомить подозреваемого с постановлением о назначении судебной экспертизы и разъяснить ему его права (ч. 3 ст. 195 УПК РФ). Если для производства судебно-психиатрической экспертизы необходимо помещение подозреваемого в психиатрический стационар, то следователь возбуждает перед судом соответствующее ходатайство (ч. 1 ст. 195, п. 3 ч. 2 ст. 29 УПК РФ).

Таким образом, поскольку участие защитника с момента вынесения постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы является обязательным, защитник, если не участвовал в уголовном деле, может вступить в него с момента вынесения указанного постановления. Лицо, в отношении которого вынесено данное постановление, должно быть обеспечено защитником уже к моменту объявления ему постановления.

Участие защитника в уголовном деле с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ

Уведомление о совершении преступления составляется дознавателем в том случае, если уголовное дело возбуждено по факту совершения преступления (то есть не в отношении конкретного лица) и в ходе дознания получены достаточные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления (ч. 1 ст. 223.1 УПК РФ). Копию данного уведомления дознаватель вручает подозреваемому и разъясняет ему права подозреваемого, предусмотренные ст. 46 УПК РФ, о чем составляется протокол с отметкой о вручении копии уведомления. В отличие от привлечения лица в качестве обвиняемого, при котором защитник может вступить в уголовный процесс с момента принятия решения о привлечении лица в качестве обвиняемого, защитник при уведомлении о подозрении в совершении преступления может участвовать с момента вручения уведомления

о подозрении в совершении преступления. Таким образом, после того, как дознаватель вручит подозреваемому копию уведомления о подозрении, разъяснит ему его права, в том числе право пользоваться помощью защитника с данного момента, которого он может пригласить сам или ходатайствовать о его назначении дознавателем, подозреваемый может реализовать предоставленное ему законом право на помощь защитника.

Самый поздний момент вступления защитника в уголовный процесс — вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. Адвокат имеет право начать осуществление защиты обвиняемого с этого момента в том случае, если он не участвовал в производстве по данному уголовному делу ранее. Это могло произойти, например, в следующем случае: уголовное дело было возбуждено по факту обнаружения признаков преступления, расследовалось в форме предварительного следствия, лицо не задерживалось по подозрению в совершении преступления и к нему не применялись меры принуждения, не назначалась судебно-психиатрическая экспертиза.

Обвинение предъявляется обвиняемому в течение трех суток с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, но защитник имеет право участвовать в процессе уже с момента вынесения указанного постановления. Поэтому неизменным условием участия защитника в деле является своевременное разъяснение обвиняемому его права пригласить защитника по своему выбору или ходатайствовать о его назначении. С этой целью это право разъясняется обвиняемому одновременно с уведомлением о дне предъявления обвинения (ст. 172 УПК РФ), например, в повестке, которой обвиняемый вызывается для предъявления ему обвинения. Обвинение всегда должно предъявляться в присутствии защитника, за исключением случаев, когда принят отказ от защитника.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия» (в ред. от 16.04.2013 г.) разъяснено, что в соответствии с ч. 2 ст. 48 Конституции РФ и на основании п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ каждое лицо, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы этого лица. Согласно п. 3 ч. 4 ст. 46, п.п. 2–5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ каждый подозреваемый имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника): с момента возбуждения в отношении его уголовного дела;

с момента фактического задержания в случаях, предусмотренных ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, либо в случае применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу; с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ; с момента объявления ему постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы; с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Каждый обвиняемый в силу указанной конституционной нормы и на основании п. 8 ч. 4 ст. 47 и п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. При нарушении этого конституционного права все объяснения лица, в отношении которого проводилась проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, а также показания подозреваемого, обвиняемого и результаты следственных и иных процессуальных действий, произведенных с их участием, должны рассматриваться судами как доказательства, полученные с нарушением закона.

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

Ведя речь о появлении защитника в уголовном деле, уголовно-процессуальный закон использует понятия «приглашение защитника» и «назначение защитника».

Приглашение защитника

Защитник приглашается самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого (ч. 1 ст. 50 УПК РФ). Приглашая адвоката участвовать в уголовном процессе в качестве защитника, указанные лица заключают с ним соглашение в соответствии с ст. 25 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Заключить соглашение об оказании юридической помощи с адвокатом может как сам подозреваемый, обвиняемый, его законные представите-

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

ли, так и по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого другие лица — родственники, друзья, знакомые и проч.

Когда подозреваемый, обвиняемый находится на свободе, реализовать свое право на помощь защитника не представляет для него сложности: он может самостоятельно обратиться к привлекательному для него адвокату и заключить соглашение об оказании ему юридической помощи. Иная ситуация складывается, когда подозреваемый, обвиняемый задержан или к нему применена мера пресечения заключение под стражу. В этом случае защитника для лишённого свободы подозреваемого, обвиняемого могут пригласить его близкие — родственники, друзья и проч. Подозреваемый, обвиняемый также может ходатайствовать об обеспечении его защитником перед должностными лицами.

Дознаватель, следователь или суд обеспечивают участие защитника по просьбе подозреваемого или обвиняемого в любом случае, независимо от того, имеют указанные лица возможность самостоятельно обратиться к адвокату или нет (ч. 2 ст. 50, ч. 1, 2 ст. 16 УПК РФ). Обеспечение участия защитника может осуществляться как в форме его назначения дознавателем, следователем и судом, так и создания условий для приглашения защитника. Дознаватель, следователь и суд обязаны предоставить подозреваемому (обвиняемому) по его просьбе возможность связаться с адвокатом (принцип 18 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме) с целью реализации права на выбор им самим конкретного защитника (подп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод) либо с родственниками и иными лицами, которые сделают это по поручению подозреваемого или обвиняемого.

Пленум Верховного Суда РФ особо подчеркивает, что при судебном разбирательстве должно строго соблюдаться гарантированное Конституцией РФ (ч. 1 ст. 48) право каждого на получение квалифицированной юридической помощи. С учетом этого конституционного положения суд обязан обеспечить участие защитника в уголовном деле во всех случаях, когда оно является обязательным в силу ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

На основании ч. 1 ст. 52 УПК РФ подозреваемый, обвиняемый вправе в любой момент производства по делу отказаться от защитника, однако такой отказ не должен быть вынужденным и может быть принят лишь при наличии реальной возможности участия защитника в деле.

Назначение защитника вместо обеспечения участия защитника по приглашению влечет за собой применение процессуальных санкций. Так, лишение подсудимого возможности пригласить защитника по своему выбо-

ру влечет отмену приговора. Если следователь вместо адвоката, избранного обвиняемым, пригласил иного защитника, то суд обязан признать право лица на защиту нарушенным.

Назначение защитника

Процедура назначения защитника предполагает уведомление о необходимости выделения защитника по назначению. УПК РФ не определяет порядок назначения защитника. В соответствии с п. 5 ч. 3 ст. 31 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» порядок участия адвокатов в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению определяет Совет адвокатской палаты, в обязанности которого входит также доведение этого порядка до сведения адвокатов, органов дознания и предварительного следствия, суда. Совет адвокатской палаты обеспечивает контроль за исполнением порядка оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в уголовном судопроизводстве в качестве защитников.

В соответствии со ст. 50 УПК РФ, применяемой в корреспонденции с подп. 5 п. 3 ст. 31 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», дознаватель или следователь, принявший решение о назначении защитника подозреваемому или обвиняемому по уголовному делу, вправе направить соответствующее уведомление о необходимости выделения защитника по назначению только в адвокатскую палату (или сообщить по телефону). При этом необходимо учитывать, что из положений ст. 50 УПК РФ следует, что следователь, дознаватель или суд, принимая меры по назначению защитника обвиняемому (подозреваемому), не наделены полномочиями по назначению конкретного адвоката в качестве защитника. Следовательно, при принятии мер по назначению защитника для участия в уголовном судопроизводстве дознаватель, следователь или суд должны принимать их с учетом положений подп. 5 п. 3 ст. 31 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», то есть сообщить адвокату о принятом решении о назначении его в качестве защитника для участия в уголовном судопроизводстве. Соответствующее уведомление о назначении адвоката для участия в уголовном судопроизводстве дознаватель, следователь или суд направляют в адвокатскую палату. Из положений ст. 50 УПК РФ следует, что дознаватель, следователь или суд не вправе назначить обвиняемому (подозреваемому) конкретного адвоката в качестве защитника в порядке назна-

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

чения и в том случае, если имеется заявление обвиняемого (подозреваемого) о приглашении конкретного адвоката. В этом случае (при наличии заявления обвиняемого или подозреваемого) считается, что адвокат вступает в дело по соглашению. Согласно ч. 5 ст. 50 УПК РФ расходы на оплату труда адвоката компенсируются за счет средств федерального бюджета только в случае, если адвокат участвует в уголовном судопроизводстве по назначению дознавателя, следователя или суда.

В соответствии с п. 8 ст. 10 Кодекса профессиональной этики адвоката обязанности адвоката, установленные действующим законодательством, при оказании им юридической помощи бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством, или по назначению органа дознания, органа предварительного следствия или суда не отличаются от обязанностей при оказании юридической помощи за гонорар.

Замена защитника

УПК РФ говорит о замене защитника в случае его неявки (ч. 3, 4 ст. 50). В этом случае защитник подозреваемому, обвиняемому назначается. Замена защитника может произойти как в досудебном производстве, так и в судебном разбирательстве.

В досудебном производстве при неявке приглашенного защитника в течение 5 суток со дня заявления ходатайства подозреваемого или обвиняемого о его приглашении дознаватель, следователь вправе предложить подозреваемому или обвиняемому пригласить другого защитника, а если тот откажется это сделать, принять меры по назначению защитника (ч. 3 ст. 50 УПК РФ). Еще более жесткие правила, касающиеся замены защитника, действуют при задержании подозреваемого или заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу. Если выяснится, что явка приглашенного им защитника невозможна в 24-часовой срок с момента задержания или заключения под стражу, защитник обеспечивается в порядке назначения, без предложения подозреваемому и обвиняемому пригласить другого защитника (ч. 4 ст. 50 УПК РФ). При отказе подозреваемого или обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого или обвиняемого, согласно данной норме, могут производиться и без участия защитника, за исключением случаев обязательного участия защитника (п.п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ). По-видимому, установление этого правила объясняется необходимостью допроса задержанного в течение 24 часов (ч. 2 ст. 46 УПК РФ). Однако данную нор-

му нельзя признать удачной, так как она чревата нарушением права на защиту. Дело в том, что отказ подозреваемого или обвиняемого от назначенного ему органами предварительного расследования защитника неравнозначен отказу от защитника вообще. Если защитник по назначению не устраивает подозреваемого или обвиняемого ввиду его юридической квалификации либо той позиции, которую он предлагает занять по делу, подозреваемый или обвиняемый вправе отказаться от его услуг. Это не должно отрицательно сказываться на процессуальном положении обвиняемого или подозреваемого, чего не учитывает данная норма. Представляется, что если в подобной ситуации имеет место отказ от назначенного защитника, дознаватель, следователь обязаны выяснить у подозреваемого, чем вызван его отказ от назначенного защитника, и при уважительности причин такого отказа предложить вновь заменить защитника, даже если это повлечет за собой пропуск 24-часового срока для проведения первого допроса подозреваемого. Право на защиту — большая ценность, чем соблюдение процессуального срока, тем более что последний и установлен как раз с целью обеспечения права на защиту.

Возможна замена и уже участвующего в процессе защитника, если он не является для производства определенного процессуального действия.

Если участвующий в уголовном деле защитник в течение 5 суток по каким-либо причинам не может принять участия в производстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника, за исключением случаев обязательного участия защитника, предусмотренных п.п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

Также в УПК РФ идет речь о замене защитника и при неявке защитника для ознакомления с материалами уголовного дела по окончании предварительного следствия. Если защитник по уважительным причинам не может явиться для ознакомления с материалами уголовного дела в назначенное время, то следователь откладывает ознакомление на срок не более 5 суток (ч. 3 ст. 215 УПК РФ). В случае невозможности избранного обвиняемым защитника явиться для ознакомления с материалами уголовного дела следователь по истечении 5 суток вправе предложить обвиняемому избрать другого защитника или при наличии ходатайства обвиняемого принимает меры для явки другого защитника. Если обвиняемый отказывается от назначенного защитника, то следователь предъявляет ему материалы уголовного дела для ознакомления без участия защитника, за

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

исключением случаев, когда участие защитника в соответствии со ст. 51 УПК РФ является обязательным (ч. 4 ст. 215 УПК РФ).

При рассмотрении уголовного дела в суде в случае неявки защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается (ч. 2 ст. 248 УПК РФ). Замена защитника производится в порядке, определенном ч. 3 ст. 50 УПК РФ. Если приглашенный защитник не явится в течение 5 суток со дня заявления ходатайства обвиняемого о его приглашении, суд вправе предложить обвиняемому пригласить другого защитника, а если тот откажется это сделать, принять меры по назначению защитника (ч. 3 ст. 50 УПК РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 14 Кодекса профессиональной этики адвоката при невозможности по уважительным причинам прибыть в назначенное время для участия в судебном заседании или следственном действии, а также при намерении ходатайствовать о назначении другого времени для их проведения, адвокат должен при возможности заблаговременно уведомить об этом суд или следователя, а также сообщить об этом другим адвокатам, участвующим в процессе, и согласовать с ними время совершения процессуальных действий. При использовании права на отпуск (отдых) адвокат должен принять меры к обеспечению законных прав и интересов доверителя (ч. 3 ст. 14 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Отказ от защитника

Подозреваемый, обвиняемый вправе отказаться от помощи защитника (ст. 52 УПК РФ). Следует различать отказ от услуг конкретного защитника и отказ от помощи любого защитника вообще. Отказ от конкретного защитника предусмотрен ст. 50 УПК РФ и может повлечь за собой замену защитника. Отказ от помощи защитника вообще имеет своим непосредственным последствием не замену защитника, а осуществление подозреваемым и обвиняемым своей защиты самостоятельно.

Отказ подозреваемого, обвиняемого от помощи защитника допускается только по его инициативе и заявляется в письменном виде. Заявление подозреваемого или обвиняемого об отказе от защитника должно иметь форму отдельного документа, причем как на досудебном производстве, так и при рассмотрении дела в суде. Однако если отказ от защитника заявлен во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе. Закон не требует непременно присутствия защитника, если заявление сделано подозреваемым или обвиняемым до

начала следственного или иного процессуального действия. Если же подозреваемый, обвиняемый отказался от услуг защитника в его присутствии, к материалам дела следует приобщить ордер защитника, так как это подтверждает наличие у подозреваемого или обвиняемого реальной возможности воспользоваться его помощью.

В соответствии с п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 5 марта 2004 г. «О применении судами норм УПК РФ» судам надлежит обеспечивать выполнение требований закона об участии в уголовном судопроизводстве защитника. Его участие обязательно, если подозреваемый или обвиняемый не отказался от него в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ. При этом участие в производстве по уголовному делу обвинителя (государственного обвинителя) не является обязательным условием участия в уголовном судопроизводстве защитника, поскольку обвиняемый (подсудимый) вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника. В таких случаях суду необходимо выяснить причину отказа от защитника и установить, не был ли такой отказ вынужденным, обусловленным, например, соображениями материального порядка. Отказ от защитника может быть принят судом, если будут выяснены причины отказа от защитника, а его участие в судебном заседании фактически обеспечено судом. При принятии отказа от защитника суду надлежит в определении (постановлении) мотивировать свое решение. С учетом изложенного вынесение приговора с соблюдением процедур, установленных УПК РФ, не может рассматриваться как нарушение прав подсудимого на защиту, если отказ от защитника был заявлен в письменном виде или отражен в протоколе соответствующего процессуального действия.

Поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 49 УПК РФ один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, может быть допущено судом в качестве защитника только наряду с адвокатом, принятие отказа от адвоката влечет за собой и прекращение участия в деле этого лица (за исключением производства у мирового судьи).

Дознавателем, следователем и судом должны выясняться причины отказа подозреваемого или обвиняемого от защитника. Когда отказ заявлен при рассмотрении дела в судебном заседании, суд должен заслушать мнение других участников судебного разбирательства. В судебной практике считается существенным нарушением уголовно-процессуального закона, если суд не обсудит заявленный обвиняемым отказ от защитника. Мотивами отказа от защитника могут служить: недоверие к институту защитников, стремление защищать себя самостоятельно, нежелание тратить деньги на оплату услуг адвоката и т.д.

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

Как вынужденный отказ от защитника рассматривается в судебной практике такая ситуация, когда подсудимый отказывается от помощи защитника либо соглашается на предложение о рассмотрении дела без участия защитника единственно вследствие того, что судом не обеспечена реальная возможность участия адвоката в судебном заседании. Данное положение распространяется и на досудебное производство, в том числе на деятельность органов предварительного расследования. Если выяснится вынужденный характер отказа (ввиду неявки защитника, отсутствия средств на оплату его услуг и т.д.), дознаватель, следователь и суд обязаны обеспечить участие защитника и разъяснить подозреваемому и обвиняемому в установленных законом случаях возможность бесплатного оказания помощи защитником.

Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Допуск защитника не влечет за собой повторения процессуальных действий, которые к этому моменту уже были проведены.

Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда (ч. 2 ст. 52 УПК РФ). Отклонение отказа от защитника — право, а не обязанность лиц, ведущих процесс. Мотивы отказа от защитника и реальная способность подозреваемого и обвиняемого самостоятельно защищать свои права и интересы должны быть внимательно исследованы и оценены лицами, ведущими процесс.

Вместе с тем дознаватель, следователь могут отклонить отказ подозреваемого, обвиняемого от защитника и в интересах следствия. Так, показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные ими в суде являются недопустимыми доказательствами (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ). Поэтому очевидно, что при необходимости допроса подозреваемого, обвиняемого в случае их отказа от защитника, такой отказ не будет принят.

В случае отклонения отказа подозреваемого, обвиняемого от защитника речь фактически идет о принудительной защите, что вряд ли вызовет одобрение у подозреваемого, обвиняемого, и не может не сказаться на взаимоотношениях защитника и подзащитного.

Норма УПК РФ о необязательности для дознавателя, следователя, суда отказа подозреваемого, обвиняемого от защитника неоднократно рассматривалась Конституционным Судом РФ, который пришел к следующим выводам.

УПК РФ прямо закрепил право подозреваемого, обвиняемого отказаться от помощи защитника в любой момент производства по уголовно-

му делу (ч. 1 ст. 52), пригласить другого защитника или несколько защитников (ч. 1 ст. 50), установил перечень оснований обязательного участия защитника в уголовном судопроизводстве и обязанность дознавателя, следователя и суда обеспечить участие защитника в форме его назначения (ч. 3 и 4 ст.ст. 50, 51). Если назначенный таким образом защитник не устраивает подозреваемого или обвиняемого ввиду его низкой квалификации, занятой им позиции по делу или ввиду другой причины, подозреваемый или обвиняемый вправе отказаться от его помощи, что, однако, не должно отрицательно сказываться на процессуальном положении привлекаемого к уголовной ответственности лица. В этом случае дознаватель, следователь, суд обязаны выяснить у подозреваемого или обвиняемого, чем вызван отказ от назначенного защитника, разъяснить сущность и юридические последствия такого отказа и при уважительности его причин предложить заменить защитника. Обоснованность отказа от конкретного защитника должна оцениваться исходя из указанных в ст. 72 УПК РФ обстоятельств, исключающих его участие в деле, а также обязанностей адвоката, перечисленных в ст.ст. 6 и 7 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» (определения Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 488-О-О, от 17 декабря 2009 г. № 1622-О-О, от 29 мая 2012 г. № 1014-О и от 24 сентября 2012 г. № 1617-О).

При этом ч. 2 ст. 52 УПК РФ, находящаяся в нормативном единстве с частью первой той же статьи и ст. 51 данного Кодекса и предусматривающая, что отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда, предполагает, что при разрешении соответствующего ходатайства в каждом конкретном случае следует установить, является ли волеизъявление лица свободным и добровольным и нет ли причин для признания такого отказа вынужденным и причиняющим вред его законным интересам. Тем самым названная норма как публично-правовая гарантия защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ) направлена на защиту прав подозреваемого, обвиняемого, а не на их ограничение, и не предполагает возможности навязывать лицу конкретного защитника, от которого оно отказалось (Определение Конституционного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 1014-О)⁷⁹.

Если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле

⁷⁹ Определение КС РФ от 28 мая 2013 г. № 799-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Федорова Николая Николаевича на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 52 и ч. 1 ст. 72 УПК РФ, ч. 3 ст. 18 УК РФ».

§4. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и его отвод

по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета (ч. 4 ст. 132 УПК РФ).

Отвод защитника

На основании ст. 72 УПК РФ защитник не вправе участвовать в производстве по уголовному делу и должен заявить самоотвод, если имеются обстоятельства, исключающие его участие в деле.

Адвокат согласно ст. 72 УПК РФ не вправе участвовать в уголовном деле в качестве защитника или представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика по данному делу, если он:

— ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого;

— является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному уголовному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты;

— оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

Адвокат не вправе оказывать юридическую помощь лицам, интересы которых противоречат друг другу (ч. 6 ст. 49 УПК РФ). Например, это случаи, когда двое обвиняемых пытаются переложить вину друг на друга. Это расценивается как грубое нарушение прав обоих обвиняемых, а приговор подлежит отмене. Участие защитника на стороне двух подсудимых, имеющих противоречивые интересы по делу, Верховный Суд РФ приравнивает к отсутствию защиты, признает субъективным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора.

Нарушением права обвиняемого на защиту признается и случай, если адвокат осуществлял защиту в отношении лица, интересы которого противоречат интересам другого лица, которому он оказывал юридическую помощь по другому делу.

Решение об отводе защитника принимает дознаватель, следователь. В ходе судебного производства указанное решение принимает суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей (ч. 1 ст. 69 УПК РФ).

Из содержания п.п. 3–5 ч. 4 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» следует также, что адвокат не вправе принять на себя защиту и продолжать ее осуществление, если он занимает по делу позицию вопреки воле подзащитного (подозреваемого или обвиняемого), за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии его самооговора.

Помимо случаев, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, адвокат в соответствии с ч. 1 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката не вправе принимать поручение на осуществление защиты по одному уголовному делу от двух и более лиц, если:

- 1) интересы одного из них противоречат интересам другого;
- 2) интересы одного не противоречат интересам другого, но эти лица придерживаются различных позиций по одним и тем же эпизодам дела;
- 3) необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия.

В соответствии с п. 10 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат не вправе оказывать юридическую помощь в условиях конфликта интересов доверителей, предусмотренного ст. 11 настоящего Кодекса.

§5. Обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве

По общему правилу обвиняемый и подозреваемый сами решают, необходима ли им помощь защитника. Однако закон в ряде случаев признает участие в деле защитника обязательным (эти ситуации предусмотрены в ч. 1 ст. 51 и некоторых других нормах УПК РФ).

1. Подозреваемый или обвиняемый не отказался от защитника. При этом считается, что отказа от защитника не было, если в деле отсутствует письменное заявление подозреваемого или обвиняемого об отказе от помощи защитника (п. 1 ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52 УПК РФ). Пленум Верховного Суда РФ специально акцентирует внимание судов на том, что участие защитника обязательно, если подозреваемый или обвиняемый не отказался от него в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ. В таких слу-

§5. Обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве

чаях суду необходимо выяснить причину отказа от защитника и установить, не был ли такой отказ вынужденным, обусловленным, например, соображениями материального порядка.

Конституционный Суд РФ указывает, что Конституция РФ определяет начальный, но не конечный момент осуществления обвиняемым права на помощь адвоката (защитника), поэтому оно должно обеспечиваться на всех стадиях уголовного процесса, в том числе при производстве в надзорной инстанции, а также при исполнении приговора (постановления от 27 марта 1996 г. № 8-П, от 25 октября 2001 г. № 14-П и от 26 декабря 2003 г. № 20-П).

Конституционные положения о праве обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи и праве на помощь адвоката (защитника) конкретизированы в УПК РФ, которым к категории обвиняемых отнесены не только лица, в отношении которых вынесены постановление о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительный акт, но и подсудимые — обвиняемые, по уголовному делу которых назначено судебное разбирательство, а также осужденные — обвиняемые, в отношении которых вынесен обвинительный приговор, и оправданные — обвиняемые, в отношении которых вынесен оправдательный приговор (ч. 1 и 2 ст. 47).

Из рассматриваемых в нормативном единстве ч. 1 ст. 11 УПК РФ, предусматривающей обязанность суда, прокурора, следователя, дознавателя разъяснять обвиняемому, как и другим участникам уголовного судопроизводства, его права и обязанности, а также обеспечивать возможность их осуществления, и ч. 3 ст. 51 УПК РФ, возлагающей на прокурора, следователя, дознавателя и суд при наличии обстоятельств, указывающих на необходимость обязательного участия защитника в деле, если защитник не приглашен самим обвиняемым, его законным представителем либо другими лицами по поручению или с согласия обвиняемого, обеспечение участия защитника в уголовном судопроизводстве, следует, что реализация права пользоваться помощью адвоката (защитника) на той или иной стадии уголовного судопроизводства не может быть поставлена в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, т.е. от решения, не основанного на перечисленных в уголовно-процессуальном законе обстоятельствах, предусматривающих обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве, в том числе по назначению.

В отсутствие отказа подсудимого от защитника или при наличии других обстоятельств, указанных в ч. 1 ст. 51 УПК РФ, предполагается обя-

занность суда обеспечить участие защитника при производстве в суде кассационной инстанции⁸⁰. Именно из-за необеспечения осужденного защитником наиболее часто на сегодняшний момент происходит отмена решений кассационной инстанции⁸¹.

2. Подозреваемый или обвиняемый является несовершеннолетним. При рассмотрении уголовных дел в отношении несовершеннолетних судам следует иметь в виду, что право на защиту, закрепленное в ст. 16 УПК РФ в качестве принципа уголовного судопроизводства, а также право на дополнительные процессуальные гарантии, предусмотренные для несовершеннолетних УПК РФ, должны обеспечиваться на всех стадиях уголовного процесса в отношении не только подозреваемых, обвиняемых и подсудимых, но и в отношении осужденных несовершеннолетних. Начальный момент, с которого защитник допускается к участию в уголовном деле в отношении несовершеннолетнего, установлен ч. 3 ст. 49 УПК РФ.

Право на защиту несовершеннолетние могут осуществлять лично, а также с помощью защитника, законного представителя (ч. 1 ст. 16, ст.ст. 48 и 428 УПК РФ). Приглашение, назначение и замена защитника осуществляются в порядке, предусмотренном ст. 50 УПК РФ, с учетом иных норм, устанавливающих дополнительные гарантии реализации права на защиту в отношении несовершеннолетних, действие которых заканчивается по достижении ими восемнадцатилетнего возраста, за исключением случаев, предусмотренных ст. 96 УК РФ.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 51 УПК РФ участие защитника при осуществлении уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетних является обязательным. Если защитник не приглашен в порядке, установленном ч. 1 ст. 50 УПК РФ, его участие обеспечивает суд.

3. Подозреваемый или обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту. Физические или психические недостатки — это недостатки или заболевания, в силу которых подозреваемый, обвиняемый не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту. Физические недостатки — это, прежде всего, такие дефекты или заболевания, как немота, глухота, слепота или болезнь зрения, а равно физические дефекты и увечья,

⁸⁰ Определение КС РФ по жалобе гр. Ефименко Сергея Александровича на нарушение его конституционных прав положениями п. 1 и 5 ч. 1 и ч. 3 ст. 51, ч. 2 ст. 376 УПК РФ от 8 февраля 2007 г. № 252-О-П; Определение КС РФ по жалобе гр. Туктамышева Дениса Фаридовича на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 50 и ч. 3 ст. 51 УПК РФ от 8 февраля 2007 г. № 254-О-П.

⁸¹ Надзорное определение ВС РФ от 20 июня 2013 г. № 16-ДП13-11.

§5. Обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве

существенно ограничивающие способность к передвижению, в силу которых обвиняемый, подозреваемый испытывает дополнительные затруднения, например при возникновении у него необходимости посещения следователя, прокурора, судьи для подачи жалоб, заявления ходатайств или ознакомления с материалами дела (отсутствие или болезнь ног, нарушение двигательных функций). Физические недостатки — это не только дефекты и увечья, но и наличие у подозреваемого или обвиняемого острого или хронического тяжелого заболевания, из-за которого он не может правильно воспринимать и оценивать ход и результаты следственных и иных процессуальных действий. Физические недостатки, не препятствующие реализации процессуальных прав, даже если они имеют весьма серьезный характер (например, отсутствие руки, которой обвиняемый не пользуется при письме), не являются основанием для обязательного участия защитника. Психическими недостатками, требующими обязательного участия защитника, следует считать не только психические расстройства, которые лишают обвиняемого, подозреваемого возможности осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить ими (вменяемости) либо делают невозможным в дальнейшем назначение ему наказания, но и такие психические расстройства, которые не исключают вменяемости подозреваемого или обвиняемого и назначения ему наказания. В неочевидных случаях для решения этого вопроса необходимо получение медицинского заключения либо даже проведение судебной экспертизы. При этом следует иметь в виду, что даже сам факт назначения подобной экспертизы служит поводом для обеспечения помощи защитника в обязательном порядке, как это имеет место при производстве о применении принудительных мер медицинского характера (ст. 438 УПК РФ).

4. Подозреваемый (обвиняемый) не владеет или недостаточно хорошо владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу. Недостаточно владеющим языком, на котором ведется судопроизводство, должно признаваться и лицо, которое хотя понимает этот язык, но не может на нем свободно общаться либо читать или писать. При этом необходимо учитывать специфику владения языком данного лица, так как оно может общаться на бытовом или узкопрофессиональном уровне, но не понимать или плохо понимать значения слов, необходимых для свободного общения в области судопроизводства.

5. Лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначено лишение свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы либо смертная казнь.

6. Хотя бы один из обвиняемых по данному делу заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, а выделение дела в отношении остальных обвиняемых в отдельное производство невозможно (п. 1 ч. 5 ст. 217 УПК РФ).

7. Обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, установленном главой 40 УПК РФ.

8. Подозреваемый заявил ходатайство о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме в порядке, установленном главой 32.1 УПК РФ

9. Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве (ч. 1 ст. 317.1 УПК РФ)

В случае, если подозреваемый или обвиняемый не отказался от защитника или если он является несовершеннолетним или если он в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту или не владеет или недостаточно хорошо владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу, а также если лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначено лишение свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы либо смертная казнь (п.п. 1—5 ч. 1 ст. 51 УПК РФ), участие защитника обеспечивается с момента появления у указанных лиц права на защитника, предусмотренного ч. 3 ст. 49 УПК РФ.

В случае заявления обвиняемым ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей или о рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, установленном главой 40 УПК РФ или о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме в порядке, установленном главой 32.1 УПК РФ, следователь, дознаватель или суд обязаны обеспечить обвиняемого защитником в порядке, определенном ст. 50 УПК РФ и ч. 3 ст. 51 УПК РФ, с момента заявления такого ходатайства (ч. 2 ст. 51 УПК РФ)

Рассмотрение уголовного дела без участия защитника, если его участие является обязательным, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 4 ч. 2 ст. 389.17 УПК РФ).

В соответствии с п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 5 марта 2004 г. «О применении судами норм УПК РФ» участие в производстве по уголовному делу обвинителя (государственного обвинителя) не является обязательным условием участия в уголовном суде-

производстве защитника, поскольку обвиняемый (подсудимый) вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника.

§6. Адвокат-представитель в уголовном процессе

Адвокат в уголовном судопроизводстве может выступать в качестве представителя потерпевшего, гражданского истца и ответчика, частного обвинителя.

В соответствии со ст. 45 УПК РФ представителем потерпевшего могут быть адвокаты. Для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, к обязательному участию в уголовном деле привлекаются их законные представители или представители, причем представителями потерпевшего могут быть только адвокаты и лишь при рассмотрении уголовного дела мировым судьей, по его постановлению, в качестве представителя потерпевшего могут быть также допущены один из близких родственников потерпевшего, либо иное лицо, о допуске которого ходатайствует потерпевший (ч. 1 ст. 45 УПК РФ).

В УПК РФ четко определено, что представитель потерпевшего имеет те же процессуальные права, что и представляемое им лицо, а также что личное участие в уголовном деле потерпевшего не лишает его права иметь по этому уголовному делу представителя (ч. 4 ст. 45 УПК РФ).

В законе не указывается порядок приглашения представителя и отказа от него, однако очевидно, что если обвиняемый вправе в любой момент отказаться от защитника, разумеется, если этот отказ не является вынужденным, то и потерпевший должен иметь такое же право.

Представитель потерпевшего не может участвовать в производстве по уголовному делу в тех же случаях, что и защитник обвиняемого (ст. 72 УПК РФ).

Уголовно-процессуальный закон не регулирует порядок допуска к участию в деле представителя потерпевшего. На практике это осуществляется аналогично с допуском адвоката-защитника, т.е. адвокатом предьявляется соответствующий ордер и адвокатское удостоверение. Но этого еще недостаточно, так как необходимо проверить, не подпадает ли данный представитель под предусмотренные ст. 72 УПК РФ случаи, исклю-

чающие возможность его участия в деле, а также имеется ли согласие потерпевшего на представительство его интересов данным адвокатом.

Потерпевший является фактически обвинителем, заинтересованным в изобличении и наказании лица, причинившего ему вред, в этом состоит интерес потерпевшего в ходе всего судопроизводства. Соответствующую помощь при этом ему оказывает его представитель, также выполняющий функцию обвинения.

Представитель не замещает потерпевшего, а осуществляет свое право стороны в процессе, действуя не вместо потерпевшего, а наряду с ним. Разумеется, представитель согласовывает свои действия с представляемым им потерпевшим и не может действовать вопреки законным интересам последнего.

Уголовно-процессуальный закон не содержит запрета на отказ представителя от участия в процессе, как это имеет место в отношении адвоката-защитника, принявшего поручение на осуществление защиты по делу.

Адвокат-представитель гражданского истца является участником стороны обвинения. Адвокат-представитель гражданского ответчика является субъектом стороны защиты.

Представителем гражданского истца — физического лица может быть адвокат, а при рассмотрении дела мировым судьей последний, по ходатайству гражданского истца, может допустить в качестве представителя родственника или иное лицо (ч. 1 ст. 45 УПК РФ).

Представителем гражданского ответчика помимо адвоката (на основании определения суда или постановления судьи, следователя, дознавателя) может быть близкий родственник или иное лицо, о допуске которого ходатайствует гражданский ответчик (ч. 1 ст. 55 УПК РФ). Чем объясняется такое различие в требованиях, предъявляемых к представителю гражданского истца и гражданского ответчика, ни в самом законе, ни комментариях не объяснено.

В основе представительства гражданского истца и гражданского ответчика в уголовном и гражданском процессе лежат одни и те же принципы. Особенное заключается в том, что в уголовном процессе представительство является не только судебным, но и досудебным (в стадии расследования). При осуществлении представительства гражданского истца, как и вообще при производстве по гражданскому иску в уголовном деле, в отличие от гражданского процесса, вместо принципа диспозитивности действует принцип публичности. Появление представителей гражданского истца в уголовном процессе возможно только в связи с причинением вреда непосредственно преступлением.

На представительство в уголовном процессе накладывает отпечаток также то, что гражданский истец — физическое лицо одновременно является и потерпевшим, а представительство интересов последнего имеет свою специфику. При определении назначения и сущности процессуального статуса потерпевшего и в том числе его отношений со своим представителем на первый план выходят не вопросы владения, распоряжения имуществом и защиты его принадлежности конкретному лицу, а вопросы защиты гражданина от преступных посягательств и ликвидации, нейтрализации их последствий.

Право на помощь адвоката-представителя у гражданского истца, гражданского ответчика возникает в связи с принятием дознавателем, следователем, судом процессуального решения о признании их участниками уголовного процесса. Следователь, дознаватель, суд выносят указанное решение при предъявлении адвокатом удостоверения и ордера адвокатского образования.

Соглашение о представительстве может быть заключено не только самим гражданским истцом или гражданским ответчиком, но и с их согласия либо по поручению близкими родственниками или иными лицами. Принятие адвокатом поручения на представительство в уголовном деле интересов нескольких гражданских истцов или гражданских ответчиков возможно лишь при условии, что интересы представляемых не противоречат друг другу.

После допуска к участию в расследовании представитель может осуществлять все процессуальные права гражданского истца или гражданского ответчика. Тем не менее нельзя не учитывать, во-первых, неприемлемость для представителя использования некоторых прав гражданского истца или гражданского ответчика, во-вторых, настоятельную необходимость предоставить представителю некоторые собственные, принадлежащие именно ему самому права, отражающие представительский характер его участия в деле.

Так, право давать показания, несомненно, является прерогативой гражданского истца или ответчика. Представитель не может давать показания за него или вместо него. В то же время представителю должно быть предоставлено специальное право, в котором не нуждается гражданский истец или ответчик, — присутствовать при допросе истца или ответчика.

Что касается возможности участия в расследовании преступлений гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, то это в значительной степени определяется предоставленными им правами.

Так, в ходе предварительного расследования преступлений гражданский истец и его представитель могут представлять доказательства и давать объяснения по предъявленному иску, заявлять ходатайства и отводы, участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по их ходатайству и знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с их участием, знать о принятых решениях, затрагивающих их интересы и получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному гражданскому иску, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения следователя и дознавателя.

Гражданским истцом в уголовном деле чаще всего бывает потерпевший, которому, как уже указывалось, в случаях, если он является несовершеннолетним или лицом с физическими или психическими недостатками, мешающими ему самостоятельно осуществлять свои права, в обязательном порядке должны быть предоставлены законный представитель или представитель. Это правило распространяется и на гражданского истца, являющегося потерпевшим по делу. Однако, как уже отмечалось, закрепив в законе это очень важное положение, законодатель не раскрыл механизма его осуществления: как должен поступить дознаватель, следователь, когда законный представитель у подобного гражданского лица отсутствует или отказывается участвовать в деле; кто в таком случае будет представителем, причем это должно быть лицо, способное оказать квалифицированную юридическую помощь; кто работу такого представителя будет оплачивать. По-видимому, этот вопрос должен решаться аналогично тому, как в обязательном порядке обеспечивается защитником обвиняемый (подозреваемый) и подсудимый, но, несомненно, здесь необходимо законодательное регулирование, так как в ином случае данное положение может остаться декларативным.

ГЛАВА 10

Адвокатское расследование в уголовном процессе

В настоящее время в отношении деятельности защитника-адвоката по выявлению обстоятельств и собиранию доказательств в интересах защиты подозреваемого, обвиняемого, подсудимого и оказания им квалифицированной юридической помощи используют различные процессуальные термины: параллельное расследование или следствие⁸², частные расследовательские меры⁸³, адвокатское расследование⁸⁴, познавательная деятельность адвоката⁸⁵, поисковая деятельность защитника⁸⁶.

Важно подчеркнуть, что с одной стороны, ни один из приведенных терминов никогда не использовали в российском законодательстве⁸⁷, а с другой — не все перечисленные термины имеют право на жизнь в теории, и особенно на практике. Именно термин «адвокатское расследование» наиболее адекватно выражает природу, сущность, роль и место процессуальной деятельности защитника-адвоката на досудебном производстве.

⁸² Горя Н. Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1990. — № 7. — С. 22; Баев О.Я. О двух предложениях совершенствования профессиональной защиты от обвинения // Проблемы судебной реформы. Юридические записки. Вып. 1. — Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 1994. — С. 85; Болтошев Е.Д. К вопросу о состязательности в досудебных стадиях уголовного судопроизводства России // Российский судья. — 2001. — № 10. — С. 17; Трунов И.Л. Расширение состязательности уголовного процесса на стадии предварительного расследования в свете судебной реформы // Российский судья. — 2002. — № 3. — С. 6; Трунов И.Л. Закрепление доказательств, собранных адвокатом // Адвокатская практика. — 2002. — № 3. — С. 22; Маркина Е.А. Доказывание. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.Я. Сухарева. — М.: Изд-во «Норма», 2002. — С. 170.

⁸³ Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры в России. Научно-практическое пособие. — М.: Юристъ, 1997. — С. 82–83; Бойков А.Д. Третья власть в России. — М.: Изд-во НИИСЗ, 1999. — С. 280.

⁸⁴ Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 192; Мартынич Е.Г., Колоколова Э.Е. Российская адвокатура на переломе веков (сравнительно-правовое исследование) // Адвокатская практика. — 2001. — № 2. — С. 6–7.

⁸⁵ Краснова Н.В. Познавательная-поисковая деятельность адвоката // Адвокатская практика. — 2000. — № 1. — С. 57–59.

⁸⁶ Гриненко А.В. Поисковая деятельность защитника // Адвокатская практика. — 2002. — № 5. — С. 31.

⁸⁷ В п. 1 ст. 13 проекта Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», представленного Президентом Российской Федерации в Государственную Думу, предусматривалась возможность для адвоката «осуществлять частные расследовательские меры».

Так называемое параллельное расследование, производимое адвокатом, означает, что оно проводится наряду с предварительным расследованием, которое осуществляют орган дознания, следователь или прокурор. В виду этого такое адвокатское расследование является автономным, самостоятельным, не связанным с производимым государством. По своей сути оно призвано заменить предварительное расследование, производимое по закону органами и должностными лицами государства.

Отсюда следует, что параллельное расследование отличается от предварительного расследования и может противостоять ему как по принятым промежуточным, так и окончательным решениям относительно события преступления, причастных к нему лиц, их виновности в содеянном (форма вины, мотивы и цели преступления), квалификации преступления, форм окончания досудебного производства, то есть по наиболее важным и существенным вопросам уголовного дела.

Существование параллельного расследования повлекло бы разрушение принципа публичности в уголовном судопроизводстве, так как возбуждение уголовного преследования и причинно связанная с ним борьба с преступностью перестали бы быть исключительным правом государства.

Неприемлемо и понятие «альтернативное расследование адвоката», поскольку оно означало бы необходимость одного из двух видов досудебного производства по уголовному делу⁸⁸: или предварительного расследования, производимого органом дознания, следователем, или производимого адвокатом.

Кроме того, адвокат профессионально не подготовлен к ведению расследования уголовного дела таким образом, чтобы по своей сущности оно могло составить альтернативу предварительному расследованию, осуществляемому компетентными органами и должностными лицами государства.

Адвокатское же расследование принципиально и по многим параметрам отличается и от параллельного расследования, и от альтернативного расследования, которые тоже производит адвокат. В первую очередь тем, что защитник-адвокат проводит свое расследование по уголовному делу, которое возбудили прокурор, следователь, орган дознания, и в пределах определенного ими досудебного производства. Причем адвокат производит расследование не параллельно производимому следователем либо органом дознания, а в дополнение к тому, что они выясняют, но только в интересах подзащитного.

⁸⁸ В этимологическом смысле «альтернатива» означает необходимость выбора одного из двух (или нескольких) возможных решений. См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. — М.: «Азъ», 1995. — С. 20.

Адвокатское расследование, как и вся профессиональная деятельность адвоката в уголовном процессе, является односторонней, нацеленной на выявление, установление и закрепление обстоятельств и доказательств, подтверждающих невиновность подзащитного или смягчающих его участь, или обосновывающих основания для реабилитации. Собранные в ходе адвокатского расследования доказательства не составляют отдельного уголовного дела, а по приобщении их к нему являются его неотъемлемой частью.

Объем и пределы адвокатского расследования, как и в целом досудебного производства, а также особенности деятельности адвоката на данном этапе процесса определяют ст.ст. 45, 53, 73, ч. 3 ст. 86 УПК Российской Федерации. По-видимому, в ходе развития и совершенствования российского уголовно-процессуального законодательства, и прежде всего состязательной модели судопроизводства, неизбежно встанут вопросы о закреплении процедур деятельности адвоката по собиранию и фиксации доказательств, формы и содержания принимаемых им процессуальных решений, иных актов, составляемых протоколов, актов завершения адвокатского расследования.

Возможно, что возникнет необходимость нормативно урегулировать и такой острый вопрос, как наделение адвоката правом собранные и закреплённые им материалы в ходе адвокатского расследования, принятые решения и составленные юридические акты объединять в отдельное производство с тем, чтобы представить его суду.

Адвокатское расследование нацелено на выявление, закрепление и включение в сферу доказывания по уголовному делу лишь доказательств, опровергающих доводы стороны обвинения, либо свидетельствующих о совершении обвиняемым, подсудимым иного менее тяжкого преступления или о наличии обстоятельств, смягчающих ответственность за содеянное.

Понятия «частное адвокатское расследование» и тем более «частные расследовательские меры» тоже не могут быть признаны адекватным обобщенным выражением процессуальной деятельности адвоката на досудебном производстве по уголовным делам. В первом и во втором понятии ключевое значение имеют термины «частное» и «частные» в характеристике деятельности адвоката, которые не отражают ее природы и сущности.

Деятельность адвоката, направленная на выяснение соответствующих обстоятельств и собирание доказательств в целях защиты подозреваемого или обвиняемого, является публично-правовой, а не частной. Эта приро-

да деятельности адвоката в целом в уголовном процессе и на отдельных его стадиях обусловлена самой сущностью уголовного судопроизводства как публичной деятельности государства, направленной на выявление, расследование и рассмотрение уголовных конфликтов уполномоченными на то органами и должностными лицами в пределах предоставленной им законом компетенции (дознатель, следователь, прокурор, судья, суд).

В уголовно-процессуальной деятельности адвокат выполняет свои, но возложенные на него законом, ролевые функции — защитника, обвинителя, представителя⁸⁹, — оказывая тем самым квалифицированную юридическую помощь и осуществляя право на защиту. Важнейший вид квалифицированной юридической помощи как раз и состоит в осуществлении права на защиту.

Адвокатское расследование выступает как составная часть досудебного производства по уголовным делам, представляет собой новый вид предварительного расследования, которое гармонично дополняет существующие его формы: дознание и предварительное следствие. Основываясь на этом, можно утверждать, что в настоящее время досудебное производство в уголовном процессе включает следующие составные: дознание, предварительное следствие, адвокатское расследование.

По отношению к первым двум видам досудебного производства последнее выполняет субсидиарную (вспомогательную) роль⁹⁰, ибо производится факультативно, лишь тогда, когда сторона защиты в лице подозреваемого, обвиняемого и защитника-адвоката придет к выводу, что при проведении дознания или предварительного следствия не установлены или неполно установлены обстоятельства, имеющие значение для защиты прав, свобод и законных интересов подзащитного, а также в случаях, когда с достаточной полнотой не собраны доказательства, характеризующие личность подозреваемого или обвиняемого и влияющие на вид и размер наказания, которое может быть назначено подсудимому. По своим объему и направленности адвокатское расследование представляет одностороннюю публично-правовую деятельность в интересах подзащитного, осуществляемую его адвокатом (адвокатами) на досудебном производстве по уголовным делам.

⁸⁹ Подробно о ролевых функциях адвоката и адвокатуры см.: Мартынич Е.Г. Публичные роли российской адвокатуры: теория, законодательные регламентации и их совершенствование // Адвокатская практика. — 2002. — № 6. — С. 10–14.

⁹⁰ В сороковые годы прошлого века в советской юридической науке было высказано мнение о том, что по отношению к деятельности судов частично вспомогательными органами являются прокуратура, следственный аппарат и адвокатура. См.: Чельцов М.А. Уголовный процесс. — М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. — С. 26.

Наконец, рассмотрим понятия «познавательная-поисковая деятельность адвоката» и «поисковая деятельность защитника». Приведенные понятия являются непроцессуальными, а потому и не удивительно, что их не использует российское уголовно-процессуальное законодательство и почти не используют ученые-юристы в своих исследованиях.

Таким образом, адвокатское расследование — это основанный на законе, опирающийся на правовые основы вид публично-правовой деятельности, осуществляемый адвокатом на досудебном производстве по уголовному делу в интересах подзащитного или доверителя в целях выявления, установления и закрепления доказательств и обстоятельств, имеющих значение для защиты прав, свобод, законных интересов подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика⁹¹.

Предмет защиты — это довольно сложное образование, включающее многие составные. Причем предмет защиты един для всего уголовного процесса, хотя может быть конкретизирован применительно к отдельным его стадиям с точки зрения объектов, подлежащих защите. Предмет же защиты в уголовном процессе предопределяет предмет адвокатского расследования, который никогда не может быть шире предмета защиты в уголовном судопроизводстве. Предмет адвокатского расследования либо совпадает с предметом защиты, либо охватывает его часть.

Предмет адвокатского расследования предопределяют обстоятельства, подлежащие доказыванию по каждому уголовному делу при производстве по нему дознания, предварительного следствия и судебного разбирательства (ст. 73 УПК). В силу этого предусмотренные данной нормой обстоятельства не только едины для всего уголовного судопроизводства, но и универсальны в том смысле, что подлежат доказыванию на каждой стадии уголовного процесса и ориентируют его стороны и суд, в каком направлении надлежит осуществлять информационный поиск с тем, чтобы выяснить, установить, зафиксировать и исследовать наиболее значимые факты по каждому уголовному делу.

Предмет адвокатского расследования могут составить обстоятельства, подтверждающие вывод: о причастности подозреваемого к совершению более тяжкого деяния или совершении обвиняемым более тяжкого преступления; о причинении обвиняемым большего имущественного вреда, чем вмененный ему в вину; о совершении преступления не одним лицом, а группой лиц либо организованной преступной группой; о необоснованности изменения обвинения дознавателем, следова-

⁹¹ Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность // Адвокатская практика. — 2005. — № 1. — С. 9–14.

телем или прокурором в сторону смягчения участи виновных в совершенном преступлении.

Предмет адвокатского расследования — это совокупность обстоятельств уголовного дела, имеющих юридическое значение и подлежащих установлению в интересах подзащитного или доверителя с учетом их поручения, требований, адресованных адвокату по конкретному уголовному делу и в предусмотренных законом пределах⁹².

По отношению к дознанию и предварительному следствию адвокатское расследование имеет вспомогательное (субсидиарное) значение. Прокурор, следователь, дознаватель расследуют уголовное дело в полном объеме, в то время как перед адвокатом, производящим адвокатское расследование, такая задача не стоит и не может быть поставлена. Ибо адвокат осуществляет частичное расследование, направленное на: а) выявление, установление, исследование и закрепление узкого круга обстоятельств, имеющих значение для защиты, либо представительства интересов подзащитного или доверителя (например, устанавливает лишь некоторые из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК); б) собирание доказательств, подтверждающих позицию адвоката и его клиента, в виду чего закон ограничил возможности адвоката по исследованию доказательственной информации пределами, предусмотренными ч. 3 ст. 86 УПК. Адвокатское расследование носит односторонний характер, и адвокат не обязан в ходе его установить истину по делу. Он своей процессуальной деятельностью призван содействовать установлению истины следователем, прокурором, судом.

Трудно переоценить социальное и правовое значение названного вида досудебного производства. В социальном плане адвокатское расследование представляет разновидность контроля института гражданского общества — адвокатуры — за объективностью и справедливостью дознания или предварительного следствия. При отступлении от перечисленных требований при производстве предварительного расследования адвокат имеет реальную возможность принять меры по устранению названных недостатков путем проведения адвокатского расследования.

В этом смысле оно играет компенсаторную роль по отношению к дознанию либо предварительному следствию, то есть нацелено на то, чтобы устранить пробелы в доказательственной информации, которые негативно скажутся на защите прав, свобод и законных интересов подозреваемого, обвиняемого или потерпевшего. Речь идет о пробелах в предварительном расследовании, несомненно указывающих на явную невыясненность обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, или свидетель-

⁹² Там же. — С. 9–14.

ствующих о совершении ими менее тяжкого деяния. В таких случаях адвокатское расследование выступает как процессуальная гарантия жизненных ценностей и благ личности на досудебном производстве по уголовным делам.

Более того, с точки зрения уголовно-процессуального права адвокатское расследование — это универсальная и эффективная гарантия прав, свобод, законных интересов подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, подсудимого. Она позволяет каждому из них реально влиять на ход и исход производства по уголовному делу, поскольку сопряжена с участием в уголовно-процессуальном доказывании, то есть в самой важной сфере уголовно-процессуальной деятельности. Полученная же в процессе ее информация об обстоятельствах и доказательствах по делу составляет собственную базу защиты или представительства, позволяя независимо от имеющихся в деле материалов формировать по нему собственную позицию адвоката, его выводы и требования. Вот в чем состоит принципиальное значение адвокатского расследования, чего нельзя упускать из вида и тем более игнорировать, когда речь идет о функциональном предназначении данного института уголовно-процессуального права и судопроизводства.

Адвокатское расследование — это составная часть досудебного производства, осуществляемого профессиональным юристом: адвокатом-защитником или адвокатом-представителем либо тем и другим одновременно, но в интересах различных участников уголовного судопроизводства. В первом случае — в интересах подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, гражданского ответчика, а во втором — в интересах потерпевшего, частного обвинителя или гражданского истца.

Наряду с дознанием и предварительным следствием адвокатское расследование выступает как новый вид уголовно-процессуальной деятельности, осуществляемой в рамках и пределах объема названных видов досудебного производства и по возбужденному прокурором, следователем или дознавателем уголовному делу по основаниям и в порядке, предусмотренным ст.ст. 140–145, 146, 147, 149 УПК.

Вопрос об основаниях для начала производства адвокатского расследования, как правило, возникает в двух случаях: 1) по делам частного обвинения, возбуждаемым по заявлению потерпевшего, его законного представителя (ч. 2 ст. 20, ст.ст. 22, 43, 318, п. 2 ч. 4 ст. 321 УПК); 2) при отказе в возбуждении уголовного дела (ст. 148 УПК). В последнем случае потерпевший, его законный представитель вправе: обжаловать прокурору или в суд решение об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 4, 5 ст. 148 УПК); поручить адвокату провести адвокатское расследование с тем, чтобы выявить, собрать и закрепить сведения, предметы, докумен-

ты, иную информацию (подп. 1–4, 6, 7 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре), подтверждающую незаконность и необоснованность отказа в возбуждении уголовного дела публичного или частного публичного обвинения и необходимости отмены обжалуемого решения; обосновать наличие достаточных оснований, указывающих на признаки преступления в конкретном деянии, в виду чего требовать возбуждения уголовного дела (согласно п. 7 ст. 3 Закона «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» разрешен «сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса»⁹³). Разумеется, что такого рода доказательственную информацию не каждый подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, их законные представители в состоянии собрать и представить суду.

Особые условия и процедура возбуждения уголовных дел частного обвинения имеют прямое отношение и к адвокатскому расследованию. В частности, потому, что потерпевший, его законный представитель в заявлении мировому судье о возбуждении уголовного дела частного обвинения должны описать событие преступления, а также место, время и обстоятельства его совершения, данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности, список свидетелей, подлежащих вызову в суд (п. 2, 4, 5 ч. 5 ст. 318 УПК). В виду этого не исключено, что на досудебном этапе производства по данной категории уголовных дел может возникнуть необходимость в выявлении, собирании и закреплении соответствующей доказательственной информации, подтверждающей обоснованность выводов заявления о принятии судом дела к производству и привлечении виновного к уголовной ответственности (п. 3, 4 ч. 5 ст. 318 УПК).

Таким образом, можно прийти к следующим выводам относительно особенностей оснований и процедуры для начала и проведения адвокатского расследования. С одной стороны, как правило, названные основания не нужны, так как адвокатское расследование по делам публичного и частного публичного обвинения проводится тогда, когда уголовное дело возбудили прокурор, следователь или дознаватель и для адвоката нет никакой необходимости принимать процессуальное решение по данному поводу.

Нет юридической необходимости в законодательной регламентации оснований начала адвокатского расследования. Иное дело — процессуально-правовая процедура его проведения. В ней имеется потребность и ее следовало бы урегулировать в УПК Российской Федерации путем внесения в него соответствующих дополнений.

⁹³ Частная детективная и охранная деятельность / Сборник нормативных актов. — М., 2002. — С. 5.

С другой стороны, потребность в наличии аналогичной процедуры по делам частного обвинения тоже очевидна, если основываться на особенностях досудебного производства по ним: обязанность потерпевшего, его законного представителя в заявлении на имя мирового судьи обосновать факт совершения конкретным лицом одного преступления или нескольких преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 20 УПК. Для этого надо располагать соответствующими доказательствами, а выяснить и собрать их может только компетентное лицо, обладающее профессиональной подготовкой, чтобы провести расследование требующихся фактических данных.

Вне сомнений, что таким лицом является адвокат-представитель частного обвинителя, обладающий профессиональной подготовкой и практическим опытом, которые позволяют ему со знанием дела провести адвокатское расследование. Именно адвокату-представителю и надлежит предоставить право по предусмотренным законом основаниям и в установленном им порядке возбуждать уголовное дело частного обвинения и проводить досудебное расследование в целях собирания доказательств, необходимых для обоснования обвинения и привлечения виновного к уголовной ответственности. Данным положением предлагаем дополнить ч. 1 ст. 318 УПК Российской Федерации.

Можно выделить несколько групп субъектов, имеющих отношение к началу и продолжению данного вида публично-правовой деятельности. В первую группу необходимо включить как субъектов стороны защиты (подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, их законных представителей, гражданского ответчика), так и некоторых субъектов стороны обвинения (потерпевшего, его законного представителя, гражданского истца, его законного представителя). В эту группу входят субъекты, имеющие личный интерес в уголовном судопроизводстве и для защиты его наделенные процессуальными правами.

И, тем не менее, данная группа участников уголовного судопроизводства по своему статусу и квалификационным характеристикам самостоятельно не сможет проводить расследование и таким путем реализовать одну из реальных и действенных гарантий защиты и охраны их прав, свобод, законных интересов. Поэтому каждому из субъектов первой группы неизбежно придется обращаться за квалифицированной юридической помощью к тому лицу, которое может ее оказать.

По конституционному, уголовно-процессуальному и адвокатскому праву таким лицом является адвокат (ч. 2 ст. 48 Конституции Российской Федерации, ч. 1 ст. 16, ч. 2 ст. 49 УПК Российской Федерации, п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 2 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации).

Вот почему защитники-адвокаты и представители-адвокаты образуют вторую группу субъектов уголовного процесса, имеющих прямое и непосредственное отношение к началу, продолжению и завершению (окончанию) адвокатского расследования.

Уголовно-процессуальное законодательство предоставляет равные права по собиранию доказательств как подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу (ч. 2 ст. 86 УПК), так и защитнику (ч. 3 ст. 86 УПК).

Однако важно не только данное равноправие, но и возможности и способности реализации его на практике, в правовой действительности уголовного судопроизводства. Здесь же принципиальное значение имеют профессионализм и опыт, то есть личностные качества субъекта. Только благодаря этим качествам адвокаты как субъекты доказывания в уголовном процессе выделяются среди участников судопроизводства со стороны защиты, а также некоторых лиц стороны обвинения (потерпевшего, его законного представителя, частного обвинителя, гражданского истца). Естественно, что все это усиливает процессуальную роль адвокатов в уголовном судопроизводстве в целом, при совершении различных правовых действий, в том числе и адвокатского расследования.

Российское законодательство, международно-правовые и европейские акты ориентируют адвокатов на активные действия в рамках закона. Проведение адвокатского расследования закону не противоречит. В осуществлении же его адвокат обладает явными преимуществами по сравнению с подзащитными и доверителями, поручения и требования которых для него обязательны, в том числе и относительно начала и проведения адвокатского расследования. В проведении последнего адвокату принадлежит особая процессуально-правовая роль⁹⁴.

По объему выясняемых обстоятельств, собираемой доказательственной информации и целеполаганию адвокатское расследование является сугубо односторонней деятельностью. В процессе его производства односторонне выясняется набор обстоятельств, доказательств, иной информации, которые составляют предмет доказывания по уголовному делу, но выясненные с явно недостаточной полнотой, препятствующей адвокату профессионально, квалифицированно, со знанием дела осуществлять защиту или представительство в уголовном процессе.

⁹⁴ Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. — 2003. — № 6. — С. 21–29; Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. — 2004. — № 3. — С. 4–11.

В силу этого и приходится производить адвокатское расследование, призванное устранить существенные пробелы в доказательственной информации, допущенные прокурором, следователем или дознавателем.

Материалы и предметы, выявленные и собранные в ходе адвокатского расследования, становятся составной частью всего массива доказательственной информации в результате включения их в системы доказательств по уголовному делу. Собранные и представленные адвокатом доказательства составляют основания для выдвижения и проверки имеющихся и новых версий по делу, производства различных процессуальных действий. В таких случаях в механизме доказывания материалы адвокатского расследования выполняют уравнивающую роль по отношению к доказательствам, собранным следователем или дознавателем, дополняя их информацией, имеющей существенное значение для защиты подозреваемого и обвиняемого и др.

Таким образом, в процессе доказывания на досудебном производстве по уголовным делам адвокатское расследование становится важным видом уголовно-процессуальной деятельности по собиранию доказательств, которое по своему значению является вспомогательной, но весьма существенной с точки зрения защиты прав и интересов субъектов стороны защиты⁹⁵.

Ученые-юристы и практикующие адвокаты высказываются за предоставление защитнику — адвокату — полномочия составлять защитительное заключение по каждому уголовному делу, по которому он выполняет названную публично-правовую функцию⁹⁶. Предоставление адвокату права составлять такое заключение не увязывается ни с ведением, ни тем более с осуществлением адвокатского расследования.

Однако данные обстоятельства играют первостепенную роль, поскольку составление защитительного заключения — это логическое развитие и завершение адвокатского расследования как самостоятельного и вспомогательного вида уголовно-процессуальной деятельности.

⁹⁵ Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. — 2003. — № 6. — С. 21–29; Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. — 2004. — № 3. — С. 4–11.

⁹⁶ Горя Н. Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1990. — № 7. — С. 22–23; Трунов И. Л. Адвокатское защитительное заключение // Адвокатская практика. — 2002. — № 6. — С. 27–29; Трунов И.Л. Предложения по совершенствованию некоторых норм УПК РФ // Российский следователь. — 2002. — № 12. — С. 6–7; Трунов И.Л. Расширение состязательности уголовного процесса на стадии предварительного расследования в свете судебной реформы // Российский судья. — 2002. — № 3. — С. 6.

Действующее федеральное уголовно-процессуальное законодательство сначала предусматривает основания, а затем формы окончания предварительного расследования. Согласно ч. 1 ст. 215 УПК следователь, признав, что по уголовному делу все следственные действия произведены, а собранные доказательства достаточны для составления обвинительного заключения, уведомляет об этом обвиняемого и разъясняет ему право на ознакомление с материалами уголовного дела как лично, так и с помощью защитника, законного представителя.

Исходя из этих предписаний закона, в качестве оснований окончания адвокатского расследования может быть признано совершение адвокатом всех необходимых процессуальных действий по собиранию информации, предметов, документов, иных сведений в целях:

а) защиты прав, свобод и законных интересов подозреваемого или обвиняемого;

б) подтверждения того, что суд, прокурор, следователь, дознаватель нарушили конституционные права потерпевшего на защиту и на судебную охрану его жизненных ценностей и благ и принятия мер по восстановлению нарушенной законности и справедливости.

В более широком плане основаниями окончания адвокатского расследования являются решение задач и достижение поставленных перед ним целей. Выводы об этом адвокат может сформулировать только на основе доказательств, собранных в ходе адвокатского расследования. Такие доказательства подтверждают следующие обстоятельства уголовного дела: оправдывающие обвиняемого, т.е. опровергающие обвинение в целом либо в части; реабилитирующие подозреваемого или обвиняемого; подтверждающие необходимость применения уголовного закона о менее тяжком преступлении; смягчающие ответственность обвиняемого и подсудимого, т.е. влияющие на вид и размер уголовного наказания; влияющие на гражданско-правовую ответственность обвиняемого.

Анализ норм, содержащихся в главах 29–31 УПК, позволяет выделить следующие формы окончания досудебного производства по уголовному делу, имеющие основополагающее значение для выведения и раскрытия форм окончания адвокатского расследования:

1) прекращение уголовного дела следователем (гл. 29 УПК);

2) направление следователем уголовного дела с обвинительным заключением прокурору (гл. 30 УПК);

3) прекращение прокурором уголовного дела, поступившего к нему с обвинительным заключением или обвинительным актом (п. 2 ч. 1 ст. 221, п. 3 ч. 1 ст. 226 УПК).

Из перечисленных форм окончания предварительного следствия или дознания наиболее распространенными на практике являются прекращение уголовного дела (уголовного преследования) по предусмотренным законом основаниям или составление по делу обвинительного заключения либо обвинительного акта. Эти формы окончания предварительного следствия и дознания, основываясь на использовании аналогии в праве, больше всего приемлемы и для форм окончания адвокатского расследования.

С учетом особенностей последнего представляется, что основной формой завершения адвокатского расследования будет окончание его составлением процессуального акта, который предлагали и предлагают называть «защитительное заключение».

Одним из первых исследовал защитительное заключение Г.Д. Побегайло, обосновавший положение о том, что следовало бы возложить на защитника обязанность после ознакомления с материалами оконченного следствия составлять защитительное заключение и представлять его суду⁹⁷.

Адвокат завершает участие на досудебном производстве по уголовному делу составлением адвокатского защитительного заключения в случаях, если:

- а) по собственной инициативе производил адвокатское расследование;
- б) адвокатское расследование производил по поручению подозреваемого, обвиняемого, их законных представителей.

В каждом из перечисленных случаев составление адвокатского защитительного заключения становится процессуальной обязанностью адвоката.

При этом возникает вопрос о том, надо ли составлять защитительное заключение по всем уголовным делам. Представляется, что названный процессуальный акт следует составлять лишь тогда, когда для этого имеются важные фактические и юридические основания. В противном случае он может превратиться в ненужную процессуальную формальность.

Во всех случаях защитительное заключение, независимо от того, кто его составил, представляет собой разновидность процессуальных актов, выражающих субъективное мнение участников стороны защиты и некоторых участников стороны обвинения.

Адвокатское защитительное заключение должно быть законным, обоснованным и мотивированным. По структуре оно должно состоять из 3 частей: вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной.

Каждое поступившее в суд защитительное заключение должно быть рассмотрено и оценено в ходе судебного разбирательства и при постановлении приговора по уголовному делу.

⁹⁷ Побегайло Г.Д. К вопросу о дальнейшей демократизации деятельности советской адвокатуры // Труды Воронежского государственного университета. Т. 88. — Воронеж. — 1970. — С. 132.

ГЛАВА 11

Участие адвоката в гражданском процессе

§1. Понятие и значение представительства

Исследование понятия, природы, сущности и значения гражданско-процессуального представительства всегда привлекало внимание ученых-юристов России. Так, одни ученые-юристы судебное представительство признавали самостоятельным правовым институтом (например, Е.В. Васьковский, И.Е. Энгельман), а другие включали представительство в институт доверенности (например, Д.И. Мейер).

На наш взгляд, очевидны научно-практические преимущества концепции представительства как самостоятельного института и правозаступничества.

Судебная реформа 1864 г. и принятые в ходе ее нормативно-правовые акты стимулировали научные изыскания проблем представительства в российской цивилистике.

Ст. 249 Устава гражданского судопроизводства от 20 ноября 1864 г. гласила: поверенный представляет лицо, тяжущееся в суде. Эта формулировка весьма лаконична и не дает ответа на вопрос о том, что же есть судебное представительство как институт современного права. Российские ученые-юристы использовали такую возможность для исследования представительства в гражданском судопроизводстве как нового для российской юридической науки правового института.

Так, М.В. Гордон указывал, что существо представительства состоит в том, что одно лицо отправляет юридическую деятельность вместо другого⁹⁸. Здесь четко прослеживаются такие характерные слагаемые процессуального представительства, как: замещение представителем другого лица; осуществление представительства представляет собой юридическую деятельность (последняя осуществляется в рамках гражданского судопроизводства и по установленной законом процедуре).

⁹⁸ Гордон М.В. Представительство в гражданском праве. — СПб., 1879. — С. 8. — Цит. по книге: Адвокат в уголовном процессе. — М.: Новый Юрист, 1997. — С. 13.

С одной стороны, деятельность представителя порождает правовые последствия для доверителя (представляемого), а с другой — представитель несет ответственность перед доверителем за качество выполняемой деятельности.

Эти же вопросы полно и комплексно исследовал А.М. Пальховский, который охарактеризовал субъектов представительства в дореформенный и пореформенный периоды, раскрыл роль адвокатуры в гражданском процессе, показал различие между частными и присяжными поверенными, рассмотрел социально-правовую проблему о праве женщин быть частными поверенными и таким путем осуществлять представительство в суде⁹⁹.

Особого внимания заслуживает фундаментальный труд Н.И. Казанцева, посвященный учению о представительстве в гражданском праве¹⁰⁰. В нем представительство определено как такое юридическое понятие, где одно лицо, имея другого, заключает юридическую сделку и производит юридические действия на имя этого другого лица¹⁰¹.

Приведенное понятие выделяет такие элементы представительства, как: представительство — юридическая сделка; эта сделка дает право производить юридические действия от имени другого лица; представительство есть понятие юридическое.

Вместе с тем следует отметить, что несмотря на различные в полноте формулировок понятия представительства В.М. Гордона и Н.И. Казанцева, их объединяет одно важное обстоятельство: они рассматривали представительство как институт гражданского права. Такой подход к трактовке данного института в российской дореволюционной цивилистике сохранялся и в последующий период, хотя сам институт получил и совершенно иное видение.

В частности, понятие и сущность представительства в гражданском праве отдельные цивилисты рассматривали через призму договора доверенности в гражданском праве. Например, Д.И. Мейер писал: «Договор доверенности, называемый также поручением, препоручением, представляет собой юридическое отношение, в котором одно лицо обязывается быть представителем другого по какому-либо гражданскому действию»¹⁰². Существо же договора доверенности автор видел в том, что «он исключи-

⁹⁹ Пальховский А.М. О праве представительстве на суде. — М.: Типография Ф. Иогансов, 1876. — С. 1–115.

¹⁰⁰ Казанцев Н.И. Учение о представительстве в гражданском праве. Т. 1. — СПб., 1879. — С. 120. — Цит. По книге: Адвокат в уголовном процессе. — М.: Новый Юрист, 1997. — С. 13.

¹⁰¹ Там же. — С. 13.

¹⁰² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. — М.: «Статут», 1997. — С. 333.

тельно направляется к установлению представительства»¹⁰³. В связи с этими положениями возникает ряд вопросов: есть ли что-либо общее между договором доверенности и представительством; как они соотносятся; не является ли договор доверенности составной частью представительства, формой его юридического выражения?

Прежде всего, следует сказать, что в гражданском праве доверенность на осуществление представительства (гражданского действия) действительно связана со многими сделками: купли-продажи, дарения, займа и т.д., то есть с гражданскими правоотношениями, регулируемым материальным правом.

В системе же такого рода договоров доверенность поручительства и представительства занимает особое место в виду того, что она относится не только к материальному, но и процессуальному праву. Более того, изначально представительство появилось как институт судопроизводства, процесса. В связи с этим предметом представительства всегда была деятельность поверенного в суде при разрешении тяжбы.

Все это позволяет проследить различие и единство между доверенностью на представительство в гражданском праве и представительством в гражданском процессе, судопроизводстве. В первом случае доверенность дает право поверенному совершать гражданские действия, составляющие содержание представительства. А доверенность выступает только как форма, в которую облакаются полномочия поверенного.

Во втором случае доверенность уполномочивает представителя на совершение процессуальных действий в суде от имени и вместо стороны, опираясь при этом и на гражданско-правовые нормы, и на правоотношения. Следовательно, представительство в гражданском праве и представительство в гражданском процессе связывает единый критерий, выражающийся в совершении юридически значимых действий.

Более того, в институте представительства в гражданском процессе диалектически сочетаются как материально-правовые, так и процессуально-правовые начала. Благодаря этому институт представительства является межотраслевым, опираясь на нормы двух тесно взаимосвязанных отраслей законодательства и права: гражданского и гражданско-процессуального.

Что же касается доверенности на представительство, то этот юридический документ представляет собой форму, в которую облакаются полномочия поверенного, с одной стороны, на совершение сделок, а с другой — на представительство стороны гражданского процесса в суде.

¹⁰³ Там же. — С. 333.

В настоящее время в российской цивилистической науке можно выделить несколько дефиниций процессуально-правового представительства и его названий, сформулированных в течение последних почти пятидесяти лет с учетом правовых регламентаций, а также достижений теории и практики.

Так, И.М. Ильинская и Л.Ф. Лесницкая понятие представительства в гражданском процессе раскрывали через субъектный и деятельностный факторы как совершение от имени и в интересах представляемого (стороны, третьего лица) ряда процессуальных действий, направленных на убеждение суда в правильности заявленного требования или возражения против него, на доказывание обоснованности позиции представляемого им лица¹⁰⁴.

Такой же подход к формулированию понятия судебного представительства проявляет и А.Ф. Клейнман. «Судебное представительство, — писал он, — в советском гражданском процессе есть выполнение от имени и в интересах сторон или третьих лиц процессуальных действий уполномоченным лицом»¹⁰⁵.

Субъектно-деятельностный подход к понятию представительства проявляли и другие процессуалисты. Формулируя его, М.А. Вкут пишет: «Процессуальным представительством признается совершение одним лицом в пределах предоставленных ему полномочий процессуальных действий от имени и в интересах другого лица, участвующего в деле»¹⁰⁶.

Иной подход к пониманию представительства характерен для дефиниции, сформулированной А.А. Мельниковым. «Институт судебного представительства, — пишет автор, — есть регламентированные нормами гражданского процессуального законодательства права сторон и других участвующих в деле лиц поручать ведение дела, осуществление части или всех субъективных прав и обязанностей указанным в законе дееспособным лицам»¹⁰⁷.

Анализ приведенных определений представительства позволяет обратить внимание как на единство, так и на противоположность их содержания, элементов и названия. Во-первых, во всех дефинициях представи-

¹⁰⁴ Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. — М.: Юрид. лит., 1964. — С. 6.

¹⁰⁵ Гражданский процесс / под ред. М.Г. Авдюкова. — М., 1970. — С. 44.

¹⁰⁶ Вкут М.А. Представительство в гражданском процессе // Гражданский процесс / под ред. К.С. Юдельсона. — М.: Юрид. лит., 1972. — С. 96.

¹⁰⁷ Мельников А.А. Понятие представительства в гражданском процессе // Курс советского процессуального права. Ред. колл. А.А. Мельников, Т.Е. Абова, П.П. Гуреев и др. В 2-х т. Т.1. — М.: Наука, 1981. — С. 299.

тельство увязывается с деятельностью в суде лиц, уполномоченных на то сторонами или третьими лицами. Во-вторых, осуществление представителем субъективных прав и обязанностей доверителя происходит только в пределах, определенных доверителем.

В-третьих, выполняя свои обязанности, представитель вступает в процессуальные правоотношения как с доверителем, так и с судом. Эти отношения опосредуются процессуальным правом¹⁰⁸, но не только с доверителем и судом, а и с другими субъектами гражданского процесса. В-четвертых, представительство в гражданском праве и представительство в гражданском процессе тесно между собой связаны, а в единстве образуют междисциплинарный цивилистический институт представительства, сохраняя свою отраслевую самостоятельность и особенности.

В-пятых, в гражданском процессуальном законодательстве и в науке гражданского процессуального права сосуществуют различные названия представительства. Как прежде, так и в настоящее время российское процессуальное законодательство сохраняет постоянство в названии представительства, именуя его «Представительство в суде».

В доктрине российского гражданского процессуального права в последние пять десятилетий используется широкий спектр названий представительства: от совпадающих с названием его в законодательстве до различных наименований, не опирающихся на правовые предписания. Например, судебное представительство (И.М. Ильинская, Л.Ф. Лесницкая); судебное представительство в советском гражданском процессе (А.Ф. Клейнман). Последнее наименование внутренне противоречиво, ибо содержит две составные представительства: «судебное» и «в гражданском процессе». Здесь первое выступает как часть целого — представительства в гражданском процессе, составной частью которого является и судебное представительство.

Представительство же в гражданском процессе — это институт российского гражданского процессуального права, в то время как представительство в суде таким универсализмом не обладает. Итак, судебное представительство — это часть процессуального представительства. Первое дает право представлять интересы стороны только в суде, в то время как второе позволяет действовать и до суда (предъявить иск, собирать материалы, консультировать стороны и т.д.). В науке гражданского процесса на столь существенное различие не всегда обращают внимание. Более того, зачастую употребляют как синонимы выражения институт пред-

¹⁰⁸ Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения. — Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1962. — С. 35.

ставительства в судебном разбирательстве и институт представительства в гражданском процессе.

Это неверно и искажает природу, сущность и значение межотраслевого института представительства, обладающего универсальным характером по многим параметрам, например: взаимосвязь со статусом личности в гражданском судопроизводстве, охрана ее имущественных и неимущественных прав и интересов, свобода обращения за судебной защитой. Для этой цели приглашаются юристы, обладающие профессиональной подготовкой и опытом оказания квалифицированной юридической помощи сторонам гражданского процесса, третьим лицам, участвующим в нем.

Из множества имеющихся в науке гражданского процессуального права дефиниций представительства в гражданском процессе или судебного представительства понятие его с институтом права увязывают только немногие ученые-юристы, например, А.А. Мельников. В частности, сформулированное им понятие звучит следующим образом: «Институт судебного представительства есть регламентированные нормами гражданского процессуального законодательства права сторон и других участвующих в деле лиц поручать ведение дела, осуществление части или всех субъективных прав и обязанностей указанным в законе дееспособным лицам»¹⁰⁹.

Приведенное определение выделяется среди других в первую очередь тем, что представительство трактуется как институт гражданского процессуального права, а также нетрадиционным подходом к включению в него соответствующих слагаемых: прав сторон поручать ведение дела (практический аспект — Э.К.); частичное или полное осуществление представителем — дееспособным лицом прав и обязанностей. Отсюда следует, что по объему реализуемых субъективных прав и обязанностей представительство может быть частичным или полным.

При рассмотрении представительства в гражданском процессе теории и практики не уделяют внимания природе названного института права, хотя это важно как с научной, так и практической точки зрения. В связи с этим становится необходимым рассмотреть два аспекта природы представительства: понятийный и сущностный.

Первый аспект природы представительства может быть раскрыт через его предназначение как института права. В данном отношении многие правоведы, не употребляя термина «природа представительства», тем не менее касаются ее. Так, польский исследователь С. Янчевский утверждает, что с древнейших времен представительство есть не что иное, как

¹⁰⁹ Мельников А.А. Понятие представительства в гражданском процессе. — С. 299.

посредничество¹¹⁰. По-видимому, наличие посредничества в процессуальном представительстве отрицать нельзя, поскольку представитель одновременно является выразителем и защитником интересов доверителя по отношению к другой стороне судопроизводства, участвующим в нем третьим лицам и суду как органу правосудия.

Однако стройность рассматриваемой концепции природы процессуального представительства нарушается тем, что представитель в гражданском процессе может полностью заменить доверителя, отстаивая его частные интересы. И тогда возникает вопрос: между кем и кем выступает посредником представитель, полностью замещающий доверителя? Ответ очевиден: посредником между собой и другими субъектами гражданского процесса, в том числе и судом, нельзя быть.

Более того, сам термин «посредничество» предстает не как правовой, а скорее как общий, собирательный, имеющий отношение ко многим видам деятельности: банковской, хозяйственно-экономической, дипломатической и т.п. Тем не менее такая деятельность может осуществляться и представителями, но она не носит процессуально-правового характера, не урегулирована процессуальными процедурами, в силу чего и ее природа иная, чем у представительства в гражданском процессе, в том числе в судебных инстанциях.

Наряду с взглядом на природу представительства как на посредничество существуют и иные подходы к этому вопросу. Они, в частности, затронуты в трудах советских и российских цивилистов. Так, М.А. Вихит ведет речь о представительстве всего лишь как о процессуальном праве лиц, участвующих в деле¹¹¹. Данная трактовка природы представительства в гражданском процессе имеет под собой правовую основу, закрепленную в виде гражданской процессуальной дееспособности осуществлять свои права в суде и поручать ведение дела представителю (ст. 37 ГПК Российской Федерации) и субъективно-процессуального права граждан вести свои дела в суде лично или через представителей (ст. 48 ГПК Российской Федерации). Такой подход к трактовке природы представительства в гражданском процессе все-таки неприемлем, так как ведет к отождествлению субъективного права с институтом представительства в гражданском процессуальном праве. В структуре последнего субъективное право иметь представителя в гражданском процессе — это всего лишь один из многих его элементов.

¹¹⁰ Janczowski S. Dziejadwokatury w dawnejPolsce. — Warszawa: Wydawnictwoprawnicze, 1970. — S. 9.

¹¹¹ Вихит М.А. Представительство в гражданском процессе. — С.95.

В связи с этим наиболее полной и последовательной следует признать трактовку природы представительства в гражданском процессе как содействия защите прав и охраняемых законом интересов, осуществлению субъективных прав, получению квалифицированной юридической помощи¹¹². В таком контексте гражданско-процессуальное представительство по своей природе выступает как институт правоохраны, призванный служить защите жизненных ценностей и благ человека и гражданина. Благодаря этому природа процессуального представительства в современном российском гражданском судопроизводстве неразрывно связана с приоритетами судебной защиты, каковыми являются права, свободы, законные интересы сторон и других участвующих в деле лиц.

Вот так нам видятся существенные аспекты природы представительства в гражданском процессе, которое по своей сути является правовым институтом, изначально появившимся как инструмент охраны и защиты, реализации и восстановления прав тяжущихся сторон.

Представителями в суде могут быть дееспособные лица, имеющие надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела, за исключением указанных в законе определенных лиц (ст. 49 ГПК Российской Федерации). Так, представителями в суде не могут быть: судьи, следователи, прокуроры, за исключением тех случаев, когда перечисленные выше лица участвуют в гражданском процессе в качестве представителей соответствующих органов или законных представителей (ст. 51 ГПК Российской Федерации). Новеллой ГПК Российской Федерации стала закрепленная в ст. 50 обязанность суда назначать адвоката в качестве представителя в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, в других предусмотренных федеральным законом случаях.

Полномочия представителя должны быть выражены в доверенности, оформленной в соответствии с требованиями ст. 185 ГК РФ.

Адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем. Адвокат выступает в качестве представителя доверителя — физического лица в гражданском судопроизводстве только на основании договора поручения (ст. 25 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре). Адвокат должен иметь ордер на исполнение поручения, выдаваемый адвокатским образованием (п. 1 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре и п. 5 ст. 53 ГПК Российской Федерации).

Как правило, значение представительства в гражданском процессе раскрывают через категорию ценностей, которые можно реализовать и защищать, используя институт представительства. Так, А.Ф. Клейнман,

¹¹² Мельников А.А. Понятие представительства в гражданском процессе. — С. 297.

связывая представительство в суде с принципом судебного демократизма, одновременно подчеркивал, что представительство способствует осуществлению права на защиту, то есть права сторон и третьих лиц защищать в суде права и законные интересы¹¹³. И.М. Ильинская, Л.Ф. Лесницкая акцентируют внимание на том, что представительство содействует оказанию помощи гражданам и юридическим лицам, способствует осуществлению правосудия по гражданским делам¹¹⁴. А.А. Мельников видит значение представительства в защите прав и законных интересов, осуществлении субъективных прав, получении квалифицированной юридической помощи, содействии суду в установлении истины по делу¹¹⁵.

Учитывая новые исторические реалии, связанные с переменами в социальном, политическом и экономическом строе современного Российского государства, можно выделить социальное, политическое и правовое значение представительства в гражданском процессе.

Социальное значение представительства заключается в том, что оно выступает как фактор реального влияния формируемого гражданского общества на защиту благ и ценностей членов социума в случаях возникновения конфликтов и деликтов, подлежащих рассмотрению и разрешению судами.

Гражданское общество и его институты осуществляют социальный контроль за тем, насколько оптимально законодательство регулирует возможность для личности эффективно осуществлять субъективные права в гражданском судопроизводстве, выполняют ли суды в полном объеме свои задачи по защите прав, свобод, законных интересов человека при осуществлении правосудия по гражданским делам, насколько реальна возможность пользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката-представителя, являющегося субъектом одного из институтов гражданского общества — адвокатуры.

Политическое значение представительства связано с такими характеристиками гражданского процесса, как его приоритеты, статус сторон, их равноправие, состязательность и диспозитивность судопроизводства, свобода доступа к судебной защите прав, интересов, имущества физических и юридических лиц и т.д. Более того, Конституция Российской Федерации закрепляет равноправие граждан перед законом и судом, неприкосновенность частной жизни, право частной собственности, госу-

¹¹³ Гражданский процесс // под ред. М.Г. Авдюкова. — М., 1970. — С. 43.

¹¹⁴ Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. — С. 11.

¹¹⁵ Мельников А.А. Понятие представительства в гражданском процессе. — С. 297.

дарственную защиту прав и свобод, право на получение квалифицированной юридической помощи (ст.ст. 19, 23, 35, 45, 46, 48 Конституции РФ).

Такого рода квалифицированная юридическая помощь может быть оказана только адвокатом-представителем, который реализует субъективные права доверителя, принимает меры к защите его интересов.

Юридическое значение представительства заключается и выражается в возможностях использования правового потенциала представительства в целях реализации субъективных процессуальных прав, защиты и охраны интересов, имущества, иных ценностей и благ в гражданском судопроизводстве. Здесь имеется в виду значение представительства как комплексной гарантии сторон, третьих лиц в гражданском процессе. Это качество представительства охватывает различные элементы, а потому имеет особое юридическое значение. И прежде всего в тех случаях, когда представительство осуществляет специалист, профессионал, например, адвокат.

Именно адвокат имеет реальную возможность разъяснить гражданину его право обратиться в суд за защитой интересов, имущества, возмещением причиненного вреда и т.д. Затем он может составить исковое заявление, собрать и представить в суд необходимые доказательства, успешно действовать в интересах доверителя на стадии подготовки дела к судебному разбирательству и в ходе рассмотрения и разрешения дела по существу в суде первой инстанции. Профессионализм и деловитость адвоката-представителя могут сыграть важную роль в заключении мирового соглашения сторон. Если же суд не согласится с требованиями и доводами представителя или удовлетворит их частично, адвокат вправе обжаловать судебное решение в апелляционном, кассационном порядке, принимая тем самым меры для восстановления нарушенных прав и интересов стороны, представителем которой он является.

Таким образом, цивилистический институт представительства — это реальная и важная процессуальная гарантия личности в гражданском судопроизводстве, позволяющая участникам гражданского процесса, с одной стороны, поручать представительство лицу, избранному ими, а с другой требовать от представителя совершения всех предусмотренных законом мер и использования указанных в нем средств в целях защиты интересов доверителя. Именно адвокат-представитель является тем субъектом гражданского судопроизводства, который в состоянии осуществить конституционные права личности на судебную защиту и квалифицированную юридическую помощь. А это существенно и важно как для человека и гражданина, так и для общества и государства.

§2. Полномочия адвоката-представителя в гражданском процессе

Построение правового государства, достижение обществом определенного уровня культуры и цивилизованности способствовали тому, что членам социума потребовалось обеспечить возможность пользоваться профессиональной помощью соответствующих лиц в целях охраны их имущества, доброго имени, чести, деловых качеств и т.д., поскольку они сами не могут сделать этого в силу причин субъективного характера: требование поручить другому лицу выполнение юридически значимых действий в интересах доверителя (поручителя); установление особого доверительного и конфиденциального характера отношений, складывающихся между доверителем и представителем в процессе выполнения последним своих профессиональных обязанностей; регулирование отношений между доверителем и поверенным как нормами права, так и нормами корпоративной этики, когда представительство в гражданском процессе осуществляет адвокат; нравственная и юридическая ответственность адвоката-представителя за качество и результативность оказываемой клиенту правовой помощи.

Конституционное право каждого на судебную защиту его прав и свобод нашло отражение в ст. 3 ГПК Российской Федерации, предоставившей заинтересованным лицам право в порядке, установленном законодательством о гражданском судопроизводстве, обратиться в суд за защитой нарушенных либо оспариваемых прав, свобод или законных интересов. В связи с расширением сферы судебной защиты прав и свобод граждан возникла проблема обеспечения доступности правосудия и повышения его эффективности¹¹⁶.

Деятельности адвоката-представителя в российском гражданском судопроизводстве присущи многие особенности, обусловленные организационно-правовым и процессуально-правовым положением адвоката. Первого рода особенности обусловлены положением адвоката как члена адвокатской корпорации, а вторые — его статусом как субъекта, участника гражданского процесса.

В совокупности эти особенности выражаются в том, что адвокат-представитель: осуществляет гражданско-процессуальную деятельность как профессиональный юрист, обладающий достаточными знаниями и

¹¹⁶ Приходько И.А. Доступность правосудия в гражданском и арбитражном процессе. Основные проблемы // Российский судья. — 2001. — № 5. — С. 22–23.

§2. Полномочия адвоката-представителя в гражданском процессе

опытом для того, чтобы со знанием дела, умело и квалифицированно, на профессиональной основе выполнить задачи, возложенные на него законом и доверителем; отчетливо знает свои ролевые функции представителя в гражданском процессе вообще и по конкретному гражданскому делу в частности; обладает широким арсеналом предусмотренных законом мер, средств и способов выполнения своих профессиональных задач и профессиональных обязанностей; хорошо информирован о видах и размерах своей ответственности за качество, своевременность и эффективность процессуальной деятельности по поручению стороны, третьих лиц в гражданском процессе.

В соответствии с новыми формами и более совершенными процедурами российского судопроизводства, в том числе по гражданским делам, усовершенствованы и законодательные регламентации процессуального положения представителя, расширены его права и обязанности соответственно с выполняемыми публично-правовыми ролями. Эта тенденция прослеживается как в Законе об адвокатской деятельности и адвокатуре, так и в новом ГПК Российской Федерации.

Указав на то, что полномочия адвоката, участвующего в качестве представителя доверителя в гражданском судопроизводстве, регламентируются процессуальным законодательством (п. 1 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре), названный федеральный закон также уделил внимание регулированию прав и обязанностей адвоката, то есть важнейших составных его правового статуса. В частности, Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре предоставил адвокату целый ряд очень важных процессуальных прав: собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи; опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией по делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь; собирать и представлять документы, которые могут быть признаны доказательствами по делу; на договорной основе привлекать специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи; фиксировать информацию, в том числе с помощью технических средств, содержащуюся в материалах дела, по которому он участвует в качестве представителя (п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре). Адвокат-представитель вправе совершать от имени представляемого все процессуальные действия, а именно: знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, снимать копии, заявлять отводы, представлять доказательства и участвовать в их исследовании, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, свидетелям, экспертам и специалистам; заявлять ходатайства, в том числе об истре-

бовании доказательств; давать объяснения в суде в устной и письменной форме; приводить свои доводы по всем возникающим в ходе судебного разбирательства вопросам, возражать относительно ходатайств и доводов других лиц, участвующих в деле; обжаловать судебные постановления и использовать предоставленные законодательством о гражданском судопроизводстве другие процессуальные права (п. 1 ст. 35 ГПК Российской Федерации).

Специально должны быть оговорены в доверенности представителя, выданной представляемым, такие полномочия представителя, как право представителя на подписание искового заявления, предъявление его в суд, передачу спора на рассмотрение третейского суда, предъявление встречного иска, полный или частичный отказ от исковых требований, уменьшение их размера, признание иска, изменение предмета или основания иска, заключение мирового соглашения, передачу полномочий другому лицу (передоверие), обжалование судебного постановления, предъявление исполнительного документа к взысканию, получение присужденного имущества или денег (ст. 54 ГПК Российской Федерации).

Пользоваться всеми принадлежащими ему процессуальными правами представитель, как и лица, участвующие в деле, должен добросовестно (п. 1 ст. 35 ГПК Российской Федерации).

Наряду с этим в отношении адвоката как особого субъекта представительства в российском гражданском процессе закон устанавливает различные правовые запреты. Так, адвокат не вправе: принять от лица, обращающегося за оказанием юридической помощи, поручение в случае, если оно имеет заведомо незаконный характер; принять поручение на оказание юридической помощи, если он имеет интерес по делу, отличный от интереса доверителя; принять поручение на оказание юридической помощи, если он участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи, арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста или является по делу свидетелем, потерпевшим; участвовать в деле лиц, с которыми состоит в родственных или семейных отношениях и наделенных в силу своего должностного положения полномочиями расследовать или рассматривать конкретное дело; занимать по делу позицию вопреки воле доверителя; без согласия доверителя разглашать сведения, сообщенные ему последним, в связи с оказанием юридической помощи (п. 4 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре).

Наконец, важно и то, что в отличие от других лиц, по закону имеющих право участвовать в гражданском деле в качестве представителя, на адвоката возлагаются соответствующие его процессуальному статусу обязан-

ности. Например, адвокат должен: честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми средствами, не запрещенными российским законодательством (законность целей и средств, используемых адвокатом-представителем для достижения их); постоянно совершенствовать свои знания, повышать свою квалификацию, то есть профессиональное мастерство; осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности (п.п. 2, 3 ст. 7 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре).

Таковы основные организационно-правовые особенности деятельности адвоката-представителя по гражданским делам. Однако для его деятельности в названном качестве характерны еще более важные процессуальные особенности.

Отчасти их прямо закрепил новый ГПК Российской Федерации либо они логически вытекают из его основополагающих положений, сформулированных в разделе первом «Общие положения» и главе первой «Основные положения»¹¹⁷. В первую очередь речь идет о предписаниях ГПК Российской Федерации о единстве законодательства о гражданском судопроизводстве и его задачах (ст.ст. 1, 2), позволяющих судам общей юрисдикции восполнять пробелы в законодательстве, используя аналогию закона и аналогию права. Данное предписание приобретает особое значение для адвоката-представителя, на которого возлагается профессиональная обязанность осмыслить вопрос о необходимости использования той или иной формы аналогии судом с учетом интересов доверителя.

Только адвокат-представитель профессионально подготовлен для решения данной задачи, умелое решение которой обеспечивает ему дополнительные возможности охраны прав, свобод и законных интересов доверителя, используя для этого принципы диспозитивности и свободы доступа к правосудию по гражданским делам. В равной мере велика роль адвоката-представителя в эффективном использовании и положения гражданско-процессуального закона о том, что в случае, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем предусмотренные ГПК, то применяются правила международного договора (ч. 2 ст. 1 ГПК Российской Федерации). Более того, адвокат-представитель призван убедить суд в том, что при разрешении гражданского дела он применяет правила международного договора (ч. 4 ст. 11 ГПК Российской Федерации). Естественно, что профессиональная образованность адвоката требует от него

¹¹⁷ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. — М.: Юрайт, 2003. — С. 23–27.

как знания приведенных положений, так и реализации их в процессе ведения гражданского дела.

Без преувеличения можно сказать, что адвокат-представитель относится к числу тех немногих субъектов гражданского процесса, которые реально участвуют в решении основной задачи гражданского судопроизводства, сформулированной законом как правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан (ст. 2 ГПК Российской Федерации). Конечно же, не менее значима роль адвоката-представителя и в решении идейно-нравственных задач гражданского судопроизводства: способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду.

Особо следует остановиться на роли адвоката-представителя в оказании квалифицированной юридической помощи доверителю с точки зрения конституционного и процессуального начал состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации, ст. 12 ГПК Российской Федерации). Именно новые регламентации гражданского процессуального закона позволяют во всей полноте определить названную роль адвоката-представителя. От других субъектов, имеющих право осуществлять представительство в гражданском судопроизводстве, он отличается совокупностью прав, процессуальных обязанностей и запретов. Более того, в отличие от них адвокат вправе выполнять свои ролевые функции по оказанию юридической помощи как в процессуальных, так и непроцессуальных формах.

Особое место как представитель в гражданском судопроизводстве адвокат занимает в силу ряда объективных и субъективных факторов: профессионализма и компетентности; организационно-правового и процессуального статусов; выполняемых ролевых функций и их публично-правового характера; широты и полноты представленных полномочий; нравственной и психологической подготовленности к выполнению своих обязанностей; ответственности за качество, своевременность и полноту выполнения профессионального долга.

Перечисленные особенности проявляются в том, что адвокат-представитель: осуществляет свою деятельность на профессиональной основе, обладает для этого достаточными знаниями и опытом, позволяющими ему со знанием дела, квалифицированно решать возложенные на него задачи; отчетливо представляет свою роль и место в защите прав, свобод и законных интересов доверителя по конкретному гражданскому

делу; обладает широким арсеналом процессуальных и непроцессуальных средств, способов и мер выполнения профессиональных обязанностей.

Очерченные ГПК Российской Федерации роль и место адвоката-представителя в гражданском процессе, а также его возможности влиять на разрешение спора позволяют увидеть новую тенденцию: последовательное проведение идеи профессионализма в рассмотрении и разрешении гражданских дел. Нормативно эта идея выражена в усилении роли судов, адвоката и прокурора (ст.ст. 1–4, 11, 12, 22–25, 45, 50 ГПК РФ). Данная тенденция в полной мере согласуется с конституционным принципом о праве на квалифицированную юридическую помощь на протяжении всего гражданского судопроизводства.

§3. Подготовка адвоката-представителя к ведению дела

Одним из видов юридической помощи, оказываемой адвокатом, является дача консультаций и справок по правовым вопросам в устной и письменной форме (п. 2 ст. 2 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре).

Это сложный вид деятельности адвоката, поскольку в течение непродолжительного времени необходимо установить психологический контакт с клиентом, разобраться в существе его претензий и оказать квалифицированную юридическую помощь.

Убедившись, что поручение клиента имеет законный характер, адвокат принимает на себя ведение дела в суде и осуществляет следующие юридические действия с целью подготовки к судебному разбирательству: беседует с доверителем, выясняет его намерения и требования, изучает обстоятельства дела, дает правовую оценку проблеме, раскрывает возможные пути, ведущие к разрешению правового спора, определяет тактику ведения дела в суде.

Процессуальным средством защиты субъективного права и охраняемого законом интереса является иск или заявление.

Иск — это обращенное к суду требование об отправлении правосудия, содержание которого составляет выраженная в решительной форме просьба заинтересованного лица (истца) к предполагаемому нарушителю права (ответчику).

Глава 12 ГПК Российской Федерации «Предъявление иска» определяет: форму и содержание искового заявления; документы, прилагаемые к исковому заявлению; условия принятия и отказа в принятии искового заявления; основания и процедуру возвращения искового заявления,

оставления его без движения; порядок предъявления встречного иска и условия его принятия судом.

В приказном производстве, производстве по делам, возникающим из публично-правовых правоотношений, особом производстве, производстве по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов средством защиты субъективного права и охраняемого законом интереса выступает заявление, форму и содержание которого определяют ст.ст. 124, 131, 267, 270, 271, 282, 302, 308, 314, 419, 424 ГПК Российской Федерации.

Подготовка адвоката-представителя к участию в деле в суде первой инстанции происходит на стадии подготовки дела к судебному разбирательству и подчинена общим задачам этой стадии судопроизводства: уточняются фактические обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела; определяется закон, которым следует руководствоваться, и устанавливаются правоотношения сторон; разрешается вопрос о других участниках процесса; представляются необходимые доказательства лицами, участвующими в деле (ст. 148 ГПК Российской Федерации).

Адвокат-представитель истца обязан передать ответчику копии доказательств, обосновывающие фактические основания иска; заявить перед судьей ходатайства об истребовании доказательств, которые он не может получить самостоятельно без помощи суда; а адвокат-представитель ответчика уточняет исковые требования истца и фактические основания этих требований; представляет истцу или его представителю и суду возражения в письменной форме относительно исковых требований; предает истцу или его представителю и суду доказательства, обосновывающие возражения относительно иска; заявляет перед судьей ходатайства об истребовании доказательств, которые он не может получить самостоятельно без помощи суда (ст. 149 ГПК Российской Федерации).

В основе всей этой деятельности адвоката-представителя лежит ст. 56 ГПК РФ, определяющая, что сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений.

В этот же период адвокат-представитель собирает сведения, запрашивает справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций и общественных объединений; опрашивает с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу; собирает предметы и

§4. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу

документы, которые впоследствии могут быть признаны судом вещественными и иными доказательствами; определяет, кого следует вызывать в суд в качестве свидетелей, а также есть ли необходимость в проведении экспертизы, в привлечении к участию в деле специалистов.

Осуществляя подготовку дела к судебному разбирательству, адвокат-представитель разъясняет доверителю порядок рассмотрения дела в суде, процессуальные права и обязанности клиента, дает советы и рекомендации, как вести себя в суде, что следует говорить в ходе дачи объяснений, при ответах на вопросы суда и других лиц, участвующих в деле, изучает соответствующую судебную практику.

В ходе подготовки к ведению дела адвокат-представитель составляет досье, т.е. собрание документов, их копий, выписок и других материалов, необходимых для ведения дела.

Подготовка адвоката к ведению дела завершается предварительным судебным заседанием (ст. 152 ГПК Российской Федерации). Стороны в предварительном судебном заседании, следовательно, и их представители, имеют право представлять доказательства, приводить доводы, заявлять ходатайства. В предварительном судебном заседании может рассматриваться возражение ответчика относительно пропуска истцом без уважительных причин срока исковой давности для защиты права и установленного федеральным законом срока обращения в суд.

§4. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу

Исходя из требований закона, рекомендаций постановления Пленума от 14 апреля 1988 г. № 2 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству» Верховного Суда Российской Федерации (с изм. и доп., внес. постановлением Пленума от 22 декабря 1992 г. № 19, в ред. постановления Пленума от 21 декабря 1993 г. № 11) и судебной практики, мы предлагаем следующие примерные перечни обязательных материалов по каждому делу.

Материалы гражданского дела о восстановлении на работе незаконно уволенного должны содержать: копии приказов о принятии на работу, об увольнении; копия ходатайства администрации в соответствующий профсоюзный орган о даче согласия на увольнение, когда такое согласие необходимо; копия протокола заседания и постановления профсоюзного комитета о согласии на увольнение; копии справок о среднем заработке истца и об окладе должностного лица.

По делам о восстановлении на работе уволенных по сокращению численности или штата входят материалы, состоящие из: копий выписок из штатных расписаний (до и после увольнения); копий документов о сокращении численности работников или о сокращении штата; копии производственной характеристики истца; копий материалов, содержащих данные, дающие истцу преимущественное право на оставление на работе; копий доказательств, подтверждающих отказ истца от перевода на другую работу либо отсутствие у администрации возможности перевести работника на другую работу; копии предупреждения работника об увольнении не менее чем за 2 месяца.

Дело о восстановлении на работе лица, уволенного за систематическое неисполнение без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами трудового распорядка, должно содержать: копии приказов о применении мер дисциплинарных взысканий; копии докладных записок о нарушении трудовой дисциплины; копии объяснений нарушителя.

Дела о возмещении ущерба, причиненного юридическому лицу работником при исполнении им трудовых обязанностей, включают следующие материалы: копии должностных инструкций; копии документов, подтверждающих факт причинения и размер ущерба; копии справок о заработной плате, семейном и материальном положении ответчика; копию договора о материальной ответственности; копии актов ревизии, накладных; копии приговора.

Материалы дела по спору, возникающему из семейно-брачных отношений, содержат: копии свидетельств о рождении детей; копии справок с места жительства о нахождении детей на иждивении истца; копии справок с места работы ответчика о его заработке и о возможных удержаниях алиментов в пользу других лиц; копии актов обследования жилищных и бытовых условий каждого из родителей; копии заключений органов опеки и попечительства; характеристики родителей по месту работы и жительства; копии данных, характеризующих отношение родителей к детям; копии писем, денежных переводов; копии документов, подтверждающих совместное проживание сторон (при установлении отцовства).

Дело о разделе жилой площади содержит: копию лицевого счета; копию выписки из домовой книги; копию плана жилого помещения и экспликации к нему.

Материалы дела о разделе пая между разведенными супругами в доме ЖСК включают в себя: копии документов, подтверждающих время вступления в кооператив; копию документа, устанавливающего размер и сум-

§4. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу

му выплаченного пая; копию справки о составе совместно проживающих с пайщиком членов семьи; копию плана квартиры, копию свидетельств о регистрации и расторжении брака.

Дело о внесении исправлений или изменений в записи актов гражданского состояния должно содержать: копии соответствующих свидетельств; копию заключения органа загса об отказе в изменении или исправлении записи; копии материалов, послуживших основанием для восстановления записи либо об отказе в изменении или исправлении записи; копии письменных и других доказательств, с достоверностью свидетельствующих о неправомерности сведений, указанных в записи актов гражданского состояния.

Дело об освобождении имущества от ареста включает в себя: копию акта об аресте (описи) имущества; копию приговора, решения, иного постановления, во исполнение которого наложен арест; копии документов, подтверждающих заявленные истцом требования (копии договоров дарения, купли-продажи, завешания, копии чеков и счетов).

Материалы дел по спорам, связанным с правом собственности на жилой дом, содержат: копии документа, свидетельствующего о том, на каком праве принадлежит земельный участок сторонам; копию акта о принятии дома в эксплуатацию; копию договора купли-продажи, дарения; копию плана дома и земельного участка; копию справки БТИ о принадлежности дома.

Дела по спорам, возникающим из авторских правоотношений, включают в себя: копии отзывов, рецензий, иных письменных доказательств; экземпляры произведений и сличительные таблицы совпадений; копии данных о движении рукописи.

Материалы дела по спорам о выделе доли собственнику и определении порядка пользования домом, принадлежащим гражданам на праве общей собственности содержат: копии документов, подтверждающих право собственности сторон на дом и размер долей собственников; копию справки БТИ о том, за кем и в каких долях зарегистрирован дом; копию свидетельства о праве на наследство; копию договора о купле-продаже, дарении; копию судебного решения о признании права собственности на дом или на его часть; копии других документов, имеющих значение для дома.

Дела по жалобам на нотариальные действия или на отказ в их совершении включают в себя: копии договоров, завещаний, доверенностей; копии документов, выданных нотариусом; копии документов, которые должны быть нотариально удостоверены или засвидетельствованы; ко-

пию постановления нотариуса или другого правомочного должностного лица об отказе в совершении нотариальных действия.

Дела, связанные с материальной ответственностью работника за ущерб, причиненный юридическому лицу или частному предпринимателю, содержат: копии актов, подтверждающих причинение ущерба; копию приговора суда, копию постановления о привлечении лица к уголовной ответственности; копии документов, позволяющих выяснить причину возникновения ущерба, правильно определить вид и предел материальной ответственности; копию договора о материальной ответственности; копию справки о заработной плате, о составе семьи.

§5. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций

«Адвокат, — отмечал А.М. Пальховский, — в деле построения и ведения процесса должен играть роль архитектора: ему принадлежит план, ему принадлежит определение юридической устойчивости употребляемого материала, ему принадлежит определить условия юридического равновесия, на его обязанности лежит управлять ходом процессуальных действий, ему принадлежит и последний *coup de maître* — речь во время и в заключении прений. Роль же каменщиков и штукатуров, конечно, должны взять на себя другие лица. ... Всякий гражданский процесс необходимо требует: 1) ясного и совершенно правильного представления о существовании и нарушении права; 2) доказательств и нарушения этого права; 3) представления этих доказательств суду; 4) защиты своих доводов и опровержения доводов противной стороны перед судом. Это четыре неразрывные периода, через которые проходит гражданский процесс»¹¹⁸.

Судебное разбирательство является центральной стадией гражданского судопроизводства. Для него характерны устная форма, непосредственность исследования доказательств и непрерывность процесса, за исключением времени, назначенного для отдыха (ст. 157 ГПК Российской Федерации). Принцип состязательности и равноправия сторон лежит в основе судебного разбирательства.

После объявления состава суда в соответствии со ст. 164 ГПК РФ адвокат-представитель имеет право заявить отвод мировому судье или су-

¹¹⁸ Пальховский А.М. О праве представительства на суде. — С. 166, 168.

§5. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций

дье, прокурору, секретарю судебного заседания, эксперту, специалисту, переводчику (ст.ст. 16–18 ГПК Российской Федерации).

Лица, участвующие в деле, вправе заявлять ходатайства, связанные с разбирательством дела: ходатайства об исключении из процесса представленных письменных и вещественных доказательств, не относящихся к делу; ходатайства об оглашении (обозрении) отдельных доказательств; ходатайства о приобщении к делу письменных и вещественных доказательств, аудио- или видеозаписи. Ходатайства должны быть разумными и мотивированными, соответствовать требованиям доверителя по делу. Они разрешаются судом после заслушивания мнений других лиц, участвующих в деле.

После доклада дела суд заслушивает объяснения истца и участвующего на его стороне третьего лица, ответчика и участвующего на его стороне третьего лица. В зависимости от формы представительства (один или вместе с доверителем) давать объяснения может и адвокат-представитель, подчеркивая юридически значимые обстоятельства и высказывая позицию своего доверителя по делу. При этом лица, участвующие в деле, вправе задавать друг другу вопросы, а судья вправе задавать вопросы лицам, участвующим в деле, в любой момент дачи ими объяснений (ст. 174 ГПК Российской Федерации).

Затем суд устанавливает последовательность исследования доказательств.

Мы поддерживаем мнение, что адвокат-представитель является самостоятельным субъектом доказывания¹¹⁹, а не тем лицом, которое не участвует в деле, не обладает ни правами, ни обязанностями по доказыванию, не имеет каких-либо самостоятельных правомочий¹²⁰. Основанием для участия адвоката-представителя в доказывании А.А. Власов считает наличие договора с клиентом, а для устранения встречающихся на практике недоразумений он предлагает усовершенствовать ордерную форму представительства, предусмотреть конкретный перечень полномочий адвоката в суде и исполнительном производстве или одновременно оформлять ордер и доверенность, содержащую конкретные полномочия представителя при рассмотрении дела и исполнении судебного решения¹²¹.

¹¹⁹ Власов А.А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — М.: ООО Издательство «Юрлитинформ», 2000. — С. 24.

¹²⁰ Козлов А.Ф. Судебное представительство и его правовые регламентации в гражданском процессе // Вопросы эффективности судебной защиты гражданских прав. — Свердловск: 1978. — Вып. 65. — С. 15.

¹²¹ Власов А.А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — С. 32–33.

Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. К судебным доказательствам, выраженным в предусмотренной законом процессуальной форме, относятся объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов (ст. 55 ГПК РФ). Доказательства должны обладать свойствами относимости и допустимости (ст.ст. 59, 60 ГПК РФ).

В ст. 61 ГПК Российской Федерации перечисляются обстоятельства, при наличии которых стороны освобождаются от доказывания: 1) обстоятельства, признанные судом общеизвестными; 2) обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным постановлением по ранее рассмотренному делу; 3) обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением арбитражного суда; 4) вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязательен для суда, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях действий лица, в отношении которого вынесен приговор суда, по вопросам, имели ли место эти действия и совершены ли они данным лицом; 5) обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в порядке, установленном статьей 186 настоящего Кодекса, или не установлено существенное нарушение порядка совершения нотариального действия.

Адвокат-представитель должен следить за показаниями свидетелей, задавать вопросы, направленные на извлечение нужных фактов; участвовать в исследовании письменных и вещественных доказательств. Исследование предполагает ознакомление с этими документами, их анализ, установление связей между отдельными доказательствами.

В зале судебного заседания или специально оборудованном для этой цели помещении возможно воспроизведение аудио- или видеозаписи, заслушивание объяснений лиц, участвующих в деле, привлечение в связи с этим специалиста и назначение в необходимых случаях экспертизы (ст. 185 ГПК Российской Федерации).

Адвокат-представитель участвует в допросе экспертов и специалистов, если они привлекались к участию в деле.

§5. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций

Деятельность представителя при этом должна соответствовать требованиям закона, быть профессиональной и квалифицированной, не нарушать норм адвокатской этики.

Исследование доказательств предполагает и оценку доказательств¹²². В рамках оценки доказательств необходимо выявлять относимость, допустимость доказательств, их достоверность, достаточность и наличие взаимной связи¹²³.

Адвокат-представитель, оценивая доказательства по гражданскому делу, руководствуется своим внутренним убеждением, основой которого является уверенность в необходимости выполнения своей конституционной обязанности — защиты прав и законных интересов лица, обратившегося за правовой помощью¹²⁴.

После исследования всех доказательств и при отсутствии заявлений от лиц, участвующих в деле, их представителей о желании выступить с дополнительными объяснениями суд переходит к судебным прениям.

Судебные прения состоят из речей лиц, участвующих в деле, их представителей. Первым выступает истец и его представитель, затем — ответчик и его представитель.

В своей речи адвокат должен: высказать согласованную с доверителем правовую позицию по делу; проанализировать и оценить исследованные судом доказательства; указать на то, какие обстоятельства дела, по его мнению, можно считать доказанными, какие обстоятельства так и не получили подтверждения; высказывает мнение о том, о каком правоотношении сторон идет речь и каким законом следует руководствоваться.

«Каждая судебная речь должна представлять собой совокупность трех элементов: практической направленности, научной основательности в исследовании доказательств, яркой, образной формы, конкретизирующей логические доводы оратора. Искусство судебной речи заключается в умении найти для изложения своей позиции наиболее четкие и ясные выражения, способные донести до сознания слушателей сущность идей оратора. Какой бы ни была речь целеустремленной и обстоятельной, какую бы правовую аргументацию ни приводил адвокат, она не достигнет своей цели, если будет произнесена невыразительным языком либо если оратор потонет в многословии и вычурности»¹²⁵.

¹²² Там же. — С. 159.

¹²³ Гражданский процесс. Учебник / под ред. К.М. Треушников. — М., 1998. — С. 172; Власов А.А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — С. 169.

¹²⁴ Власов А.А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — С. 173, 174.

¹²⁵ Слово адвокату / под ред. К.Н. Апраксина. — М.: Юрид. лит.-ра, 1981. — С. 8.

Если необходимо, то следует использовать и право на реплику, чтобы ответить на реплики лиц, участвующих в деле, и дать этим выступлениям всестороннюю оценку.

В соответствии со ст. 231 ГПК Российской Федерации лица, участвующие в деле, их представитель вправе ознакомиться с протоколом судебного заседания и в течение 5 дней со дня его подписания подать в письменной форме замечания на него, указав на допущенные в нем неточности и (или) на его неполноту.

Вынесенное мировым судьей решение может быть обжаловано в апелляционном порядке сторонами и другими лицами, участвующими в деле, в соответствующий районный суд через мирового судью.

Апелляционная жалоба подается в течение 10 дней со дня принятия мировым судьей решения, и ее содержание определяется ст. 322 ГПК РФ.

Особенности апелляционного производства заключаются в том, что суд апелляционной инстанции рассматривает дело по правилам производства в суде первой инстанции, вправе устанавливать новые факты и исследовать новые доказательства (ст. 327 ГПК). Следовательно, адвокат-представитель действует так же, как и при рассмотрении дела в суде первой инстанции. Более того, он может выявить, получить новые доказательства по делу, ходатайствовать об их приобщении к делу и участвовать в исследовании их судом апелляционной инстанции.

Лица, участвующие в деле, их представители вправе представить мировому судье возражения в письменной форме относительно апелляционной жалобы с приложением документов, подтверждающих эти возражения; вправе знакомиться с материалами дела, с поступившими жалобой и возражениями относительно них (п. 2 ст. 325 ГПК РФ).

На решения всех судов в Российской Федерации, принятые по первой инстанции, за исключением решений мировых судей, сторонами и другими лицами, участвующими в деле, может быть подана кассационная жалоба.

Кассационная жалоба подается в течение 10 дней со дня принятия решения судом первой инстанции, и ее содержание определено ст. 339 ГПК Российской Федерации.

Составу суда кассационной инстанции адвокат-представитель вправе заявлять отводы (ст. 352 ГПК Российской Федерации).

Лица, участвующие в деле, их представители вправе заявлять ходатайства по всем вопросам, связанным с разбирательством дела в суде кассационной инстанции (ходатайства о вызове и допросе дополнительных свидетелей, об истребовании других доказательств, в исследовании которых

было отказано судом первой инстанции), которые разрешаются судом после заслушивания мнений других лиц, участвующих в деле.

Адвокат-представитель участвует в исследовании вновь представленных доказательств, если судом кассационной инстанции будет признано, что они не могли быть представлены стороной в суд первой инстанции. Исследование доказательств проводится в порядке, установленном для суда первой инстанции.

Судебные прения проводятся, если судом кассационной инстанции исследовались новые доказательства.

§6. Методика составления апелляционной и кассационной жалобы, жалобы в порядке надзора по гражданским делам

Апелляционная жалоба подается на решения мировых судей. Ее содержание определяется ст. 322 ГПК. Основанием для подачи апелляционной жалобы является незаконность и необоснованность вынесенного мировым судьей решения, нарушение или неправильное применение мировым судьей норм материального и процессуального права при осуществлении им правосудия по гражданским делам.

Стороны и другие лица, участвующие в деле, могут подать кассационные жалобы на решения всех судов, принятые по первой инстанции, за исключением решений мировых судей, в течение 10 дней со дня принятия соответствующего решения.

Адвокат-представитель должен не допустить вступление в законную силу незаконных и необоснованных решений и определений по гражданским делам, способствовать восстановлению нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, и тем самым укреплению законности и порядка, формированию уважительного отношения к закону и суду.

При этом адвокат-представитель должен решить: имеются ли основания для обжалования; в каком объеме и направлении следует обжаловать не вступившие в законную силу судебные постановления. Все начинается с изучения материалов дела, протокола судебного заседания; установления обстоятельств, приведших к вынесению неправоудного решения; выяснению того, не нарушались ли принципы гражданского процессуального права, правильно ли применялись нормы материального и процессуального права; полно ли были исследованы обстоятельства дела.

Такая деятельность адвоката-представителя позволит определить содержание, направление и характер требований, изложенных впоследствии в жалобе.

Жалоба как процессуальный документ должна содержать: наименование суда, в который она адресуется; наименование (Ф.И.О.) подающего ее лица, его место жительства; указание на решение суда, которое обжалуется; требования лица, подающего жалобу, и основания, по которым он считает решение суда неправильным; перечень прилагаемых к жалобе доказательств (ст. 339 ГПК РФ).

В жалобе, исходя из фактических обстоятельств и материалов дела, материального и процессуального законов, в соответствии с внутренним убеждением и правосознанием дается оценка судебного решения как акта правосудия, высказываются соображения о его законности и обоснованности.

Адвокат-представитель раскрывает допущенные судом первой инстанции пробелы и нарушения, свидетельствующие о неправильности обжалуемого судебного решения, и показывает, как они отразились на постановлении, не вступившем в законную силу; приводит конкретные основания и мотивы, колеблющие выводы и решения суда первой инстанции.

Требования лица, адресованные кассационной инстанции, должны быть четкими и ясными, мотивированными и законными.

Жалоба на вступившее в законную силу судебное постановление, за исключением судебных постановлений Президиума Верховного Суда Российской Федерации, подается на имя соответствующего должностного лица.

Основанием для подачи жалобы в порядке надзора является нарушение или неправильное применение норм материального и процессуального права: суд не применил закон, подлежащий применению; суд применил закон, не подлежащий применению, или неправильно истолковал закон; дело рассмотрено судом в незаконном составе, рассмотрено в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных о времени и месте судебного заседания; при рассмотрении дела были нарушены правила о языке, на котором ведется судебное производство; суд разрешил вопрос о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле; решение суда не подписано судьей или кем-либо из судей, либо решение суда подписано не тем судьей или не теми судьями, которые указаны в решении суда; решение принято не теми судьями, которые входили в состав суда, рассматривавшего дело; в деле отсутствует протокол судебного заседания; при принятии решения суда были нарушены правила о тайне совещания судей (ст.ст. 363, 364 ГПК).

§6. Методика составления апелляционной и кассационной жалобы, жалобы в порядке надзора по гражданским делам

Подаче жалобы предшествует работа адвоката-представителя по выявлению нарушений, при наличии которых подается жалоба в порядке надзора.

Содержание жалобы должно соответствовать требованиям ст. 378 ГПК и содержать: четкое указание на то, какое нарушение допущено судами, ранее рассматривающими дело; как это отразилось на постановлении суда, которое вступило в законную силу; изложение просьбы обращающегося лица.

Профессионализм и квалифицированность адвоката-представителя во многом способствуют надлежащему составлению апелляционной, кассационной и надзорной жалоб и укреплению авторитета адвокатской корпорации, оказывающей юридическую помощь.

ГЛАВА 12

Участие защитника в доказывании

§1. Защитник как субъект доказывания

В современной юридической литературе уже давно не отрицается тот факт, что адвокат-защитник является субъектом доказывания, так как он наделен широкими правами по участию в доказывании. Следует согласиться с мнением Л.Д. Кокорева, который считал, что адвокатов, выполняющих в процессе обязанности защитник, следует выделить в особую группу субъектов доказывания, ибо на них возлагаются особые обязанности по участию в доказывании, невыполнение которых может повлечь определенные меры воздействия¹²⁶.

Общее или родовое понятие «субъект» — необходимый элемент правоотношений во всех отраслях права. Однако в каждой из них его положение имеет специфику, определяемую его правовым статусом, который характеризует его (положение) по отношению к государству, государственным органам, другим лицам. Изложенное не позволяет рассматривать «субъект» как нечто простое и одностороннее. Тем более это относится к субъекту доказывания, который, с одной стороны, ограничивает содержание общего понятия субъект (права), а с другой — определяет специфику его содержания в уголовном судопроизводстве и индивидуализирует статус и полномочия защитника как участника уголовного судопроизводства.

Здесь немаловажным будет небольшой экскурс в философию с целью понимания основания и критериев оценки для последующих выводов о праве защитника-адвоката на участие в доказывании, его содержании и специфике. Так, в категориях философской науки любое отношение — это элемент триады «вещь — свойство — отношение», на основе которой происходит познание любого объекта реального мира (действительности). «В практике познания мир непосредственно делится не на множества и элементы, но на вещи, обладающие свойствами и находящиеся в

¹²⁶ См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д.П. Судебная этика. — Воронеж, 1973. — С. 223–226.

отношениях»¹²⁷. В философии основной признак вещи — это то, что явление взято в аспекте самостоятельности. «А различие или тождество вещей определяются их свойствами: в отношении свойства одной вещи раскрываются через свойства другой»¹²⁸.

Особая роль в доказывании адвоката-защитника обусловлена в первую очередь тем, что он (так же, как и дознаватель, следователь, прокурор, суд) является профессиональным участником процесса, обладающим специальными юридическими знаниями, его статус и деятельность регулируются также специальным законом — Законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», и подчинены своду обязательных этических правил, закрепленных в Кодексе профессиональной этики адвоката.

Однако прежде всего необходима определенность в вопросе соотношения понятий «защитник» и «адвокат» в уголовном судопроизводстве.

Обратимся к букве закона. Согласно частям 1, 2 ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса РФ защитник — лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В качестве защитников участвуют адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката.

Итак, по общему правилу: 1) понятие «защитник» при производстве по уголовному делу шире понятие «адвокат» (защитник не всегда адвокат); 2) адвокат при производстве по уголовному делу — всегда защитник.

При этом следует учитывать, что из любого общего правила имеются исключения. Как разъяснил Верховный Суд РФ в п. 10 Постановлении Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве», «...по смыслу положений части 2 статьи 49 УПК РФ, защите обвиняемого в досудебном производстве вправе осуществлять только адвокат»¹²⁹.

¹²⁷ Сагатовский В.Н. Основы систематизации всеобщих категорий. — Томск, 1973. — С. 176.

¹²⁸ Протасов В.Н. Правоотношение как система. — М.: Юридическая литература, 1991. — С. 36–37.

¹²⁹ Постановление Пленума ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. — М., 2015. — Выпуск № 3 (129). — С. 92.

Таким образом, изложенное приводит к выводу о том, что содержание понятий «защитник» и «адвокат» на разных стадиях производства по уголовному делу различно: на стадии досудебного производства эти понятия совпадают, а на стадии судебного производства содержание понятия «защитник» шире понятия «адвокат».

В деятельности адвоката-защитника по участию в доказывании есть определенные особенности.

Прежде всего хотелось бы с целью наглядности прибегнуть к изложению ч. 4 ст. 49 УПК РФ в редакции, действовавшей без изменения с момента введения в действие УПК РФ (1 июля 2002 г.) и до вступления в силу Федерального закона от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», а именно: адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

Таким образом, участие адвоката в качестве защитника было обусловлено допуском, т.е. неким предварительным субъективным усмотрением государственного органа в лице должностного лица, что порождало и продолжает порождать ограничения права на защиту даже после отмены данного положения. Например, до настоящего времени без предварительного письменного допуска следователя, в производстве которого находится уголовное дело, адвокатам-защитникам продолжают отказывать в свиданиях с подзащитным в ИВС и СИЗО ФСИН России.

Подп. «б» п. 2 Федерального закона от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» ч. 4 ст. 49 УПК РФ изложена в следующей редакции: «Адвокат вступает в уголовное дело в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. С этого момента на адвоката распространяются правила, установленные частью третьей статьи 53 настоящего Кодекса». Это позволяет говорить об отмене любых ограничений в указанной части и возможности беспрепятственного вступления защитника-адвоката в уголовное дело на любой стадии его производства. Во взаимосвязи с ч. 4.1. ст. 49 УПК РФ в редакции уже упомянутого ФЗ от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ этот вывод выглядит еще более обоснованным.

Как следует из принципа презумпции невиновности, подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность (ч. 2 ст. 14 УПК РФ), впрочем, как и любые другие обстоятельства, в силу того, что бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения. И в первую очередь хотелось бы обратить внимание на тот факт, что в ранее дей-

ствовавшем уголовно-процессуальном законодательстве (УПК РСФСР 1960 г.) на защитника возлагалась обязанность использовать все допустимые средства и способы защиты с тем, чтобы выяснить обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его ответственность. УПК РФ, как верно замечает З.В. Макарова, почти не использует термин «обязан», «обязанности», а употребляет термин «полномочия», «уполномочен» в отношении участников уголовного судопроизводства — государственных органов и должностных лиц, а также защитника, и термин «право» — в отношении всех других участников уголовного судопроизводства¹³⁰. В связи с этим З.В. Макарова делает вывод, что поскольку на стороне защиты только в отношении защитника законодатель пользуется термином «полномочия», постольку полномочия защитника, как и полномочия должностных лиц и органов, одновременно являются и его обязанностями. С этим утверждением можно согласиться в контексте ч. 1 ст. 7 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», специально регулирующей деятельность адвокатов по оказанию юридической помощи, в том числе в уголовном судопроизводстве. В соответствии с ней адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством средствами и способами. Следовательно, адвокат-защитник обязан защищать права и законные интересы доверителя, в том числе участвуя в доказывании по уголовному делу, поскольку доказывание является сердцевиной всей уголовно-процессуальной деятельности.

Ошибка законодателя в данном случае не отменяет нравственного требования активности адвоката, вытекающего из содержания его профессионального долга. Адвокат остается субъектом обязанности доказывания выдвигаемого тезиса, что составляет основу принципа состязательности как в гражданском, так и в уголовном и других видах судопроизводства¹³¹.

Но данный вопрос нельзя рассматривать в отрыве от содержательной трактовки самого понятия обязанности доказывания, лежащей на стороне обвинения. Представляется, что бремя доказывания (*onus probandi*) — общее понятие по отношению к бремени доказывания обвинения — обязанности доказывания обвинения со всеми вытекающими последствиями в случае ее неисполнения. УПК РФ не возлагает на защитника бремя доказывания защиты.

¹³⁰ См.: Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. — СПб., 2008. — С. 202, 203.

¹³¹ См.: Бойков А.Д. Основы профессиональной этики адвоката // Этика адвоката. — М., 2007. — С. 45, 46.

В связи с этим в контексте реализации принципа презумпции невиновности в научной литературе было высказано мнение о том, что «активное участие защитника в доказывании — это его право, а не обязанность»¹³².

Вряд ли можно отрицать тот факт, что пассивность защитника в процессе доказывания может влечь неблагоприятные для подзащитного (подозреваемого, обвиняемого) последствия. Как верно отмечает З.В. Макарова, если адвокат ведет себя пассивно в уголовном процессе, не использует все не запрещенные законом средства и способы защиты, не собирает и не представляет сведения в пользу своего подзащитного, не опровергает доводы стороны обвинения, он тем самым способствует наступлению неблагоприятных последствий для обвиняемого, тем более в условиях, когда роль суда по УПК не является столь активной. Реформирование российского уголовного судопроизводства, переход от розыскного к состязательному процессу, снизило активность суда и повысило роль сторон в участии в доказывании. Поэтому мнение о том, что защитник лишь вправе участвовать в доказывании, представляется ошибочным, — это его обязанность.

В силу действия принципа презумпции невиновности перед защитником не стоит задача установить подлинные обстоятельства дела; его цель может заключаться не в опровержении аргументов обвинения, а в том, чтобы посеять сомнения в их достаточности для выводов о виновности его подзащитного¹³³. Если защитник положительно не доказал невиновность своего подзащитного, то это вовсе не означает, что доказана его виновность. При недостаточности доказательств, обосновывающих версию обвинения, тезис «не виновен» доказывается путем указания на необоснованность тезиса «виновен», выдвинутого обвинением¹³⁴, поскольку все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в установленном законом порядке, толкуются в пользу обвиняемого (ч. 3 ст. 14 УПК РФ).

Деятельность адвоката — односторонняя. Он, в отличие от органов предварительного расследования, вправе собирать только ту информацию, имеющую доказательственное значение, которая необходима ему для отстаивания позиции защиты, а не подтверждает всю совокупность необходимых для установления обстоятельств по уголовному делу. Прав А.Д. Бойков, когда утверждает, что защитник не должен выявлять дан-

¹³² Чеботарева И.Н. Средства и способы участия адвоката — защитника в доказывании по уголовным делам // Мировой судья. — 2011. — № 9. — С. 12–14.

¹³³ См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. — М., 2006. — С. 48.

¹³⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н.В. Жогина. — М, 1973. — С. 553.

ные, изобличающие подзащитного, оценивать же он вынужден все имеющее значение для дела доказательства, иначе защита будет предвзятой, неполноценной, а значит неэффективной¹³⁵. Деятельность защитника в процессе доказывания определена указанной в законе целью — защита прав и интересов подозреваемых и обвиняемых, оказание им юридической помощи (ч. 1 ст. 49 УПК РФ).

Установление объективной картины расследуемого деяния — дело обвинения. Если защитник, как и обвинитель, будет стремиться к установлению истины, то в процессе появится второй обвинитель, а институт защиты будет разрушен¹³⁶.

Вся деятельность защитника по участию в доказывании должна быть сообразна той позиции защиты, которая согласована с подзащитным, поскольку адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя (п. 3 ч. 4 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»).

Защитник сам решает, когда предъявлять следователю (дознавателю) или суду те или иные полученные им предметы и документы, заявлять ходатайства, руководствуясь при этом собственными тактическими соображениями, обусловленными согласованной с подзащитным позицией защиты. Спорным видится мнение профессора В.М. Быкова, который считает, что непредставление стороной защиты собранных материалов дознавателю или следователю нарушает принцип равенства сторон в уголовном судопроизводстве, так как дознаватель и следователь знакомят обвиняемого и его защитника со всеми собранными по уголовному делу доказательствами, а защитник, имея в своем распоряжении новые сведения, документы и предметы, их дознавателю не предоставляет, тем самым лишая его возможности своевременно еще до суда исследовать, проверить и оценить их доказательственную ценность¹³⁷. Равенство сторон, о котором говорит профессор, является составной частью той пресловутой состязательности, которую разработчики УПК РФ провозгласили, но механизма действительного равенства прав сторон не создали, поскольку это требовало перестройки предварительного расследования из розыскного в состязательный. Поэтому на современном этапе защитник, как и прежде, остается ходатаем перед следователем и дознавателем. О том, что

¹³⁵ См.: Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М., 1978. — С. 110.

¹³⁶ См.: Михайловская И.Б. Указ. соч. — С. 48.

¹³⁷ См.: Быков В.М. Проблемы участия защитника в собирании доказательств // Российская юстиция. — 2007. — № 9.

следователь может отказать в удовлетворении любого ходатайства, причем нередко абсолютно немотивированно, писалось уже неоднократно¹³⁸. На подобные нарушения обращал внимание и Конституционный Суд РФ, указывая, что предоставленное ч. 3 ст. 86 УПК РФ право собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права на защиту и формой проявления конституционного принципа состязательности и равноправия сторон. КС РФ подтвердил обязанность лиц, осуществляющих производство по делу, рассматривать каждое заявленное ходатайство, исключив возможность произвольного отказа в получении указанных доказательств или их приобщении к материалам дела¹³⁹. В судебном производстве стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании (ст. 244 УПК РФ). Защитник имеет гораздо больше гарантий равноправия со стороной обвинения по предоставлению доказательств, например, представленный в суд свидетель должен быть обязательно допрошен (ч. 4 ст. 271 УПК РФ).

Адвокат не связан жесткими правилами относительно места поиска сведений, имеющих доказательственное значение, источников их получения, поскольку эта деятельность адвоката является непроцессуальной (не урегулированной нормами уголовно-процессуального законодательства), в отличие от доказывания, осуществляемого органами и лицами, ведущими производство по уголовному делу, которое строго регламентировано нормами Уголовно-процессуального кодекса РФ. Он вправе искать и получать в свое распоряжение такие сведения любыми способами и средствами, за исключением запрещенных законом. Отсутствующее регулирование порядка получения доказательств защитником на законода-

¹³⁸ См.: Давлетов А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. — 2003. — № 7. — С. 51; Панько Н.К. Деятельность адвоката-защитника по обеспечению состязательности. — Воронеж, 2000. — С. 79; Гриненко А. Псевдомотивированный отказ в удовлетворении ходатайств на предварительном следствии // Уголовное право. — 2000. — № 4. — С. 46; Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Материалы научно-практической конференции адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и Партнеры». — М., 2004. — С. 62–67; Мухудинова Р.Н. Процессуальная деятельность защитника по собиранию доказательств представлению доказательств в российском уголовном судопроизводстве: Монография. — Саранск, 2011. — С. 35–36; Беляева А.А., Чаплыгина В.Н. О некоторых проблемах реализации адвокатского расследования на досудебных стадиях уголовного процесса: сб. науч. гр. Всерос. науч.-практ. конф. Уголовно-процессуальные криминалистические проблемы борьбы с преступностью». — Орел, 2016. — С. 56.

¹³⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. «По жалобе гр-на Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

тельном уровне пытался устранить Совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, утвердив 22 апреля 2004 г. Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»¹⁴⁰.

Таким образом, адвокат-защитник является особым субъектом доказывания, что обусловлено, прежде всего, его профессионализмом. Он является активным субъектом доказывания, для которого участие в доказывании является обязанностью по отношению к правам его доверителя, осуществляется эта деятельность исключительно в целях защиты прав и интересов подзащитных. Значение активной роли защитника по участию в доказывании возрастает с утверждением состязательной формы уголовного судопроизводства. Правомочие адвоката-защитника по участию в доказывании используется им достаточно гибко и имеет свои особенности.

§2. Способы участия защитника в доказывании

Сообразно с выбранной совместно с обвиняемым (подозреваемым) позицией защиты адвокат-защитник использует следующие способы, чтобы доказать необоснованность подозрения или обвинения¹⁴¹:

- опорочивание доказательств, положенных в основу обвинения;
- отыскание и представление в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства сведений, опровергающих обвинение, и обстоятельств, смягчающих вину подзащитного.

Следует заметить, что указанные способы участия защитника в доказывании равноценны и применяются комплексно. Для того, чтобы опровергнуть доказательства обвинения, вполне может понадобиться представление новых сведений, а отыскание обстоятельств, смягчающих вину подзащитного, является необходимой составляющей деятельности адвоката по осуществлению им функции защиты независимо от того, насколько полно и всесторонне эти обстоятельства установлены стороной обвинения.

¹⁴⁰ Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. — 2004. — № 2. — С. 63–66.

¹⁴¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н.В. Жогина. — М., 1973. — С. 553; Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — М., 2008. — С. 162, 163; Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. — М., 2004.

Первый способ участия защитника в доказывании базируется на положении ч. 1 ст. 88 УПК РФ, в соответствии с которым каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — в отношении достаточности для разрешения уголовного дела. Исходя из этого, участвуя в проверке доказательств на предварительном расследовании и в суде (ст. 87 УПК РФ), защитник, в соответствии с выбранной им позицией, обосновывает, что те или иные доказательства: не относятся к уголовному делу, являются недопустимыми и подлежат исключению, недоступны, недостаточны в совокупности для обвинения.

Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств обвинения. Принцип законности производства по уголовному делу включает требование соблюдения закона при собирании доказательств дознавателем, следователем, прокурором, судом. В соответствии со ст. 50 Конституции РФ при осуществлении правосудия недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Согласно ст. 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ, являются **недопустимыми**, они не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу. **К недопустимым доказательствам относятся:**

— показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ);

— показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, и показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ);

— иные доказательства, полученные с нарушением требований УПК РФ (п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ).

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судом Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъяснено, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено

ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами¹⁴².

Таким образом, допустимость определяется как свойство доказательств, характеризующее его с точки зрения следующих критериев¹⁴³:

1. Доказательство должно быть получено надлежащим субъектом, правомочным по данному делу проводить то процессуальное действие, в ходе которого получено доказательство.

Правомочия органов уголовного судопроизводства на производство следственных и иных процессуальных действий законодатель определяет: 1) применительно к стадиям процесса; 2) относительно подследственности или подсудности дела соответствующему органу; 3) в связи с принятием дела к своему производству; 4) в связи с получением в установленном порядке поручения.

Основания для оспаривания адвокатом допустимости доказательств и заявления ходатайства об исключении соответствующих протоколов следственных действий по мотиву того, что собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом, не имеющим право собирать и закреплять доказательства, возникают в случаях, когда:

- 1) нет постановления следователя о принятии дела к своему производству;
- 2) нет постановления руководителя следственного органа о создании следственной группы;
- 3) следственные действия проведены следователем, не включенным в следственную группу при расследовании уголовного дела следственной группой;
- 4) нет постановления прокурора, руководителя следственного органа о передаче дела другому следственному органу;
- 5) нет поручения другому следователю или органу дознания на производство следственных действий;
- 6) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления руководителя следственного органа об установлении срока следствия;
- 7) после возвращения уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления следователя о принятии дела к своему производству;

¹⁴² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судом Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (с изм., внесенными Постановлениями Пленума от 6 февраля 2007 г. № 5, от 16 апреля 2013 г., от 3 марта 2015 г.).

¹⁴³ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. — М., 2005. — С. 229.

8) следственные действия проведены после истечения установленного законом срока предварительного следствия или дознания;

9) следственные действия проведены следователем или дознавателем, подлежащим отводу;

10) следственные и иные процессуальные действия проведены дознавателем, который проводил или проводит по данному делу оперативно-розыскные мероприятия.

2. Фактические данные (сведения) должны быть получены только из источников, перечисленных в ч. 2 ст. 74 УПК РФ.

Основания для оспаривания адвокатом допустимости доказательств и заявления ходатайства об исключении соответствующих протоколов следственных действий по мотиву того, что доказательство получено из ненадлежащего источника, возникают в случаях, когда:

1) произведен допрос лица в качестве подозреваемого, обвиняемого, не приобретшего в установленном законом порядке такой уголовно-процессуальный статус;

2) произведен допрос в качестве свидетеля лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления;

3) сведения сообщены подозреваемым, обвиняемым не в форме показаний, они зафиксированы не в протоколе допроса, а в протоколе явки с повинной, протоколе задержания, объяснениях и пр.;

4) допрошено в качестве свидетеля лицо, обладающее свидетельским иммунитетом;

5) экспертиза проведена экспертом, подлежащим отводу;

6) эксперт допрошен без предварительного представления им заключения;

7) доказательства собраны в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами.

3. Доказательство должно быть получено с соблюдением правил проведения процессуального действия, в ходе которого получено доказательство.

Основания для оспаривания адвокатом допустимости доказательств и заявления ходатайства об исключении соответствующих протоколов следственных действий по мотиву того, что следственное действие проведено с нарушением предусмотренного законом порядка, возникают в случаях, когда:

1) вопреки требованиям ст. 48 Конституции РФ, ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 47 УПК РФ подозреваемому, обвиняемому не было разъяснено его право на получение квалифицированной юридической помощи и право отказаться от дачи показаний;

2) потерпевшим и свидетелям не разъяснено их право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников (ст. 51 Конституции Российской Федерации, п. 3 ч. 2 ст. 42, п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК РФ);

3) показания получены с применением насилия, угроз либо пыток;

4) не соблюден принцип добровольности при обращении с заявлением о явке с повинной (ст. 142 УПК РФ);

5) допрос проводился без участия защитника в случае, когда подозреваемый (обвиняемый) не отказался от защитника;

6) следственное действие в отношении несовершеннолетнего проведено без защитника и (или) законного представителя и (или) педагога (психолога);

7) следственное действие проведено без участия понятого в случае, когда законом предусмотрено обязательное участие понятых (обыск, выемка, опознание и др.) и т.д.

4. При получении доказательства должны быть соблюдены все требования закона о фиксировании хода и результата следственного действия.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указал, что решая вопрос о том, является ли доказательство по уголовному делу недопустимым по основаниям, указанным в п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, суд должен в каждом случае выяснять, в чем конкретно выразилось допущенное нарушение. В силу ч. 7 ст. 235 УПК РФ при рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым¹⁴⁴.

Заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации, председатель Судебной коллегии А.Е. Меркушов в этой связи обращает внимание, что имеются примеры, когда исключительно по формальным основаниям доказательство признавалось судом недопустимым и не выяснялось, в чем же конкретно выразилось нарушение. В результате ущемлялись конституционные права граждан, потерпевших от преступлений. Суду необходимо убедиться, что требования норм уголовно-процессуального закона о правильном закреплении доказательств и оформлении со-

¹⁴⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (с изм. и доп., внесенными постановлениями Пленума от 5 декабря 2006 г. № 60, от 11 января 2007 г. № 1, от 9 декабря 2008 г. № 26, от 23 декабря 2008 г. № 28, от 23 декабря 2010 г. № 31, от 9 февраля 2012 г. № 3, от 30 июня 2015 г. № 29, от 16 мая 2017 г. № 17, от 1 июня 2017 г. № 19).

ответствующего процессуального документа соблюдены, а какие-то не существенные упущения не послужили поводом к исключению доказательств, на основании которых в совокупности с другими материалами дела должен быть постановлен законный, обоснованный и справедливый приговор или другое судебное решение. Так, на заседании Пленума приводился пример, когда в ходе предварительного слушания по делу было установлено, что протокол следственного действия отвечал требованиям ст. 166 УПК РФ, однако отсутствовала подпись одного из понятых, участвовавшего в соответствии с законом в осмотре места происшествия. При этом высказывалось мнение, что если отсутствие подписи понятого объясняется причинами, не связанными с проведением данного следственного действия, и это лицо подтвердит в судебном заседании свое участие в осмотре места происшествия, правильность отражения в протоколе изложенных в нем доказательств и фактов, то в таких случаях данное доказательство можно не включать в число недопустимых (ст. 75 УПК РФ)¹⁴⁵.

В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан» отмечается, что «в случае выявления допущенных органами дознания или предварительного следствия процессуальных нарушений суд вправе, самостоятельно и независимо осуществляя правосудие, принимать в соответствии с уголовно-процессуальным законом меры по их устранению с целью восстановления нарушенных прав участников уголовного судопроизводства и создания условий для всестороннего и объективного рассмотрения дела по существу»¹⁴⁶. Тем самым, как подчеркнул Конституционный Суд Российской Федерации, и обвиняемому, и потерпевшему должно быть обеспечено гарантированное Конституцией Российской Федерации право на судебную защиту их прав и свобод. По смыслу ст.ст. 46–52, 118, 120 и 123 Конституции Российской Федерации и корреспондирующих им ст.ст. 6 и 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, суд как орган правосудия призван обеспечивать в судеб-

¹⁴⁵ См.: Мершуков А.Е. Некоторые вопросы практики применения судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2004. — № 8. — С. 27.

¹⁴⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан».

ном разбирательстве соблюдение требований, необходимых для вынесения правосудного, т.е. законного, обоснованного и справедливого решения по делу, и принимать меры к устранению препятствующих этому обстоятельств, а значит, он должен быть наделен уголовно-процессуальным законом соответствующими полномочиями. В противном случае обеспечение в должном объеме права на судебную защиту было бы невозможным.

Доказательство может быть признано недопустимым в любой стадии процесса. Решение об исключении недопустимого доказательства может быть принято дознавателем, следователем, прокурором, судом по ходатайству сторон.

Адвокат должен проверить, выполнены ли на этапе предварительного расследования требования ст. 88 УПК РФ, согласно которым в случаях, указанных в ч. 2 ст. 75 УПК РФ, прокурор, следователь, дознаватель признают доказательство недопустимым как по ходатайству подозреваемого, обвиняемого, так и по собственной инициативе, а доказательство, признанное таковым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт.

Если эти положения на досудебных стадиях производства выполнены не были, адвокат должен оценить, как имеющиеся процессуальные нарушения могут отразиться в суде на доказательственной базе обвинения с учетом того, что согласно ч. 2 и 4 ст. 88 УПК РФ суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном ст.ст. 234 и 235 УПК РФ.

Юридические последствия признания судьей на предварительном слушании того или иного доказательства недопустимым, полученным органом дознания и предварительного следствия с нарушением закона заключаются в том, что автоматически исключается из дальнейшего судебного разбирательства не только это доказательство, но и все построенные на нем производные доказательства (правило «плодов отравленного дерева»). В результате исключения этих доказательств на предварительном слушании подрывается доказательственная база обвинения.

Общим следствием принятия судом решения об исключении доказательства является утрата им юридической силы и невозможность использовать его для обоснования обвинительного приговора или иного судебного решения. Обоснование приговора доказательствами, признанными судом недопустимыми, является безусловным основанием для его отмены или изменения (ст. 381 УПК РФ).

Исключенные доказательства не могут исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства, а в случае рассмотрения дела судом

с участием присяжных заседателей запрещается сообщать присяжным о существовании таких доказательств.

Второй способ участия защитника в доказывании основан на положениях ч. 3 ст. 86 УПК РФ и ч. 3 ст. 6, ст. 6.1 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», в соответствии с которыми защитник-адвокат обладает правом собирать и представлять доказательства, необходимые для защиты прав и интересов подзащитного.

Названные способы участия защитника в доказывании выделяют в качестве основополагающих российские адвокаты Ю.В. Кореневский и Г.П. Падва: «первый — дезавуировать, т.е. опровергнуть доказательства, положенные в основу обвинения, доказать, что они должны быть оценены судом как не относящиеся к делу, недопустимые, недостоверные либо недостаточные в совокупности для постановления обвинительного приговора; второй — представить в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства новые доказательства, опровергающие обвинение, собранные защитой или истребованные по ходатайству стороны защиты»¹⁴⁷.

Действительно, УПК РФ формально предоставил защитнику право самостоятельного сбора доказательств. Однако данное право было и остается невозможным к реализации в полном объеме как в силу коллизии с другими нормами УПК РФ, регулирующими уголовно-процессуальную деятельность, так и в силу отсутствия достаточного и непротиворечивого законодательного регулирования статуса защитника-адвоката как субъекта уголовно-процессуальной деятельности, получающего доказательства в уголовно-процессуальной форме.

Этот вопрос представляется важным для современной уголовно-процессуальной доктрины, провозгласившей непреложность принципов равенства сторон в уголовном процессе и состязательности, поскольку именно предоставление защитнику права самостоятельного сбора доказательств должно было способствовать нивелированию дисбаланса сторон в уголовном процессе и гарантировать действительную реализацию принципа состязательности. Провозглашение права самостоятельного сбора доказательств стало причиной высказываний ряда авторов о формировании института «параллельного, адвокатского расследования»¹⁴⁸,

¹⁴⁷ Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. — М, 2004. — С. 127.

¹⁴⁸ Победкин А.В. Некоторые вопросы собирания доказательств по новому уголовно-процессуальному законодательству современной России // Государство и право. — 2003. — № 1. — С. 57–65.

результатом которого является «формирование защитником доказательственной базы»¹⁴⁹.

В действительности дело обстоит иначе. Согласно ч. 3 ст. 7 УПК РФ во взаимосвязи с ч. 1 ст. 86 УПК РФ, основанная на соблюдении норм уголовно-процессуального законодательства деятельность суда, прокурора, следователя, органа дознания, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания и дознавателя влечет за собой признание полученных ими доказательств допустимыми.

Таким образом, защитник не указан (отсутствует) в качестве субъекта уголовно-процессуальной деятельности, получающего доказательство в рамках осуществляемой им деятельности.

На отсутствие защитника в качестве субъекта получения доказательств в рамках уголовно-процессуальной деятельности указал и Конституционный Суд РФ, определив, что сторона защиты вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств¹⁵⁰.

Кроме того, ч. 2 ст. 74 УПК РФ регламентирует исчерпывающий перечень доказательств, в котором отсутствуют документы, предметы и сведения, представляемые защитником-адвокатом.

В этом случае приходится признать, что документы, предметы и сведения, полученные адвокатом, не признаны законодателем в качестве полученных в процессуальном порядке и зафиксированных (закрепленных) в процессуальной форме, а значит, не отвечают первостепенному свойству доказательства — допустимости. Как указывают специалисты, сформированная до настоящего времени судебная и следственная практика позволяет утверждать, что полученные защитником материалы могут служить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе¹⁵¹, являясь сведениями об источниках тех фактов, которые могут стать доказательствами после их закрепления надлежащим процессуальным путем¹⁵².

¹⁴⁹ Макушкина Е.Э. Пределы реализации адвокатом права на сбор доказательств // Вестник Томского государственного университета. — 2007. — № 297. — С. 214.

¹⁵⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵¹ Жунусканов Т.Ж. Проблемы адвокатского расследования в процессе осуществления защиты по уголовному делу // Адвокатская практика. — 2010. — № 3. — С. 40.

¹⁵² Калюжный А.Н. Адвокатское расследование в уголовном процессе: проблемы правовой конструкции и практики реализации // Адвокатская практика. — 2017. — № 1. — С. 37.

Однако не смотря на указанные неустранимые на данный момент затруднения, не исключается в полном объеме возможность реализации провозглашенного права, поскольку, во-первых, реализация права возможна через посредство должностного лица, в производстве которого находится уголовное дело, а, во-вторых, на законодательном уровне закреплены средства собирания защитником доказательств.

В связи с указанным, ряд ученых занимает следующую позицию по данному вопросу: «Все сведения, собранные защитником, могут стать доказательством после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму, а именно: лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено по правилам допроса свидетеля, потерпевшего и пр.; документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением)»¹⁵³.

Представление лицам, ведущим производство по уголовному делу, полученных защитником письменных документов, предметов и сведений осуществляется путем заявления ходатайства о приобщении к материалам дела названной «доказательственной информации». Однако лица, уполномоченные к его разрешению, не всегда удовлетворяют поданное ходатайство, так как проведенная ими оценка представленных материалов выявляет их несоответствие требованиям относимости, допустимости, достаточности и достоверности доказательств¹⁵⁴.

Вместе с тем, несмотря на законодательные ограничения и иные препятствия, реализация адвокатом-защитником права самостоятельного сбора доказательств на данный момент является фактически единственной формой поиска и выявления новой «доказательственной информации», свидетельствующей о невинности подзащитного, о наличии процессуальных ошибок и нарушений, допущенных лицами, ведущими производство по уголовному делу на любой его стадии.

¹⁵³ Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. — М., 2004. — Ч. 1. — С. 114; Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — М., 2008. — С. 127; Чеботарева И.Н. Средства и способы участия адвоката-защитника в доказывании по уголовным делам // Мировой судья. — 2011. — № 9. — С. 12–14.

¹⁵⁴ Мухудинова Р.Н. Процессуальная деятельность защитника по собиранию и представлению доказательств в российском уголовном судопроизводстве: Моногр. — Саранск, 2011. — С. 35–36; Беляева А.А., Чаплыгина В.Н. О некоторых проблемах реализации адвокатского расследования на досудебных стадиях уголовного процесса: сб. науч. гр. Всерос. науч.-практ. конф. «Уголовно-процессуальные криминалистические проблемы борьбы с преступностью». — Орел, 2016. — С. 56.

§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту

§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту

Статус подозреваемого лицо приобретает с момента возбуждения в отношении него уголовного дела в порядке, установленном главой 20 УПК РФ или с момента задержания в порядке, предусмотренном ст.ст. 91 и 92 УПК РФ, или с момента применения меры пресечения в соответствии со ст. 100 УПК, или с момента уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ. Обвиняемым лицо становится с момента вынесения в отношении него постановления о привлечении в качестве обвиняемого или вынесения обвинительного акта (ст. 47 УПК РФ). Определенные проблемы ранее возникали при определении процессуального статуса подозреваемого, задержанного по подозрению в совершении преступления, и, в частности, относительно появления у него права воспользоваться помощью защитника. Однако в свете разъяснения Верховного Суда РФ, данного в п. 1 Постановления Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве», приходим к выводу о том, что основания для указанной проблемы больше нет. Поскольку Верховным Судом постановлено дать следующие разъяснения: «Обратить внимание судов на то, что по смыслу статьи 16 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации обеспечение права на защиту является одним из принципов уголовного судопроизводства, действующих во всех его стадиях. В силу этого правом на защиту обладают: лицо, в отношении которого осуществляются затрагивающие его права и свободы процессуальные действия по проверке сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном статьей 144 УПК РФ; подозреваемый; обвиняемый; подсудимый; осужденный; оправданный; лицо, в отношении которого ведется или велось производство о применении принудительных мер медицинского характера; несовершеннолетний, к которому применена принудительная мера воспитательного воздействия; лицо, в отношении которого уголовное дело или уголовное преследование прекращено; лицо, в отношении которого поступил запрос или принято решение о выдаче; а также любое иное лицо, права и свободы которого существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами, свидетель-

ствующими о направленной против него обвинительной деятельности, независимо от формального процессуального статуса такого лица»¹⁵⁵.

Кроме того, следует иметь в виду, что Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 27 июня 2000 г. по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР¹⁵⁶ указал на то, что право на получение квалифицированной юридической помощи адвоката (защитника) гарантируется независимо от формального процессуального статуса лица, если уполномоченными органами власти в отношении него предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, — удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие бы то ни было иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность.

В целях реализации конституционного права подозреваемого, обвиняемого на помощь адвоката (защитника) необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. Факт такого преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него. Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику). Тем самым обеспечиваются условия: 1) позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом в отношении него подозрении или обвинении и, следовательно, эффективно защищаться; 2) гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств (ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации).

¹⁵⁵ Постановление Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова».

§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту

Вопрос о необходимости обеспечения лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, защитником был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ и применительно к осуществлению оперативно-розыскных мероприятий¹⁵⁷.

Гражданин А.Ю. Корчагин обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на неконституционность положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», допускающих проведение без участия адвоката оперативно-розыскного мероприятия в виде опроса в отношении лица, заподозренного в совершении преступления.

Как следует из представленных материалов, А.Ю. Корчагин по приговору Московского областного суда от 11 августа 2003 г. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного п.п. «к», «н» ч. 2 ст. 105 УК РФ. В качестве одного из доказательств его виновности судом использовались показания оперативного работника Ногинского УВД Московской области, проводившего в порядке осуществления оперативно-розыскной деятельности опросы А.Ю. Корчагина, в ходе которых последний признал себя виновным в совершении этого преступления. Опросы проводились в отсутствие адвоката в помещении изолятора временного содержания города Ногинска, где в тот момент находился А.Ю. Корчагин в связи с совершением административного правонарушения. Впоследствии, а именно в период судебного разбирательства по уголовному делу и при кассационном и надзорном обжаловании обвинительного приговора, А.Ю. Корчагин, не признавая себя виновным в совершении преступления, утверждал, что как во время проведения оперативно-розыскных мероприятий, так и при проведении следственных действий вынужденно оговорил себя под воздействием применявшихся к нему оперативными работниками незаконных методов, в связи с чем ходатайствовал об исключении из числа доказательств по делу его показаний, данных в ходе предварительного расследования. Эти доводы, однако, различными судебными инстанциями были признаны несостоятельными, а опросы А.Ю. Корчагина, проводившиеся в порядке осуществления оперативно-розыскной деятельности, — законными.

По мнению заявителя, Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», позволяющий — в его истолковании правоприменительными органами — проводить в отношении лица, чьи конституцион-

¹⁵⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 473-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Корчагина Алексея Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»».

ные права на свободу и личную неприкосновенность реально ограничены, оперативно-розыскные мероприятия в отсутствие адвоката, нарушил его право пользоваться помощью адвоката (защитника), гарантированное ст. 48 (ч. 2) Конституции Российской Федерации.

Конституционный Суд, рассмотрев доводы Корчагина А.Ю., указал следующее. Согласно Конституции Российской Федерации каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ч. 1 ст. 49), он освобождается от обязанности доказывать свою невиновность и свидетельствовать против самого себя (ч. 2 ст. 49; ч. 1 ст. 51) и имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения (ч. 2 ст. 48).

Закрепляя указанные права обвиняемого, Конституция Российской Федерации исходит из особого статуса этого субъекта уголовно-процессуальных отношений и необходимости установления дополнительных гарантий защиты его законных интересов. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 1 декабря 1999 г. № 211-О по жалобе гражданина К.О. Барковского, нормы отраслевого законодательства, в том числе Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», не могут применяться в отношении обвиняемого без учета особенностей его правового положения, в том числе вытекающих из предписаний ст.ст. 48, 49 и 51 Конституции РФ; иное не только противоречило бы требованиям названных статей Конституции РФ, но и умаляло бы достоинство личности как основу признания и уважения ее прав и свобод (ч. 1 ст. 21 Конституции РФ).

Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенные в Постановлении от 27 июня 2000 г. по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР, применимы и к ситуации, когда выступающее в официальном качестве должностное лицо в ходе оперативно-розыскного мероприятия, осуществляемого в отношении гражданина, чьи конституционные права на свободу, личную неприкосновенность и свободу передвижения реально ограничены путем административного задержания, проводит его опрос, направленный на выявление фактов и обстоятельств, уличающих данного гражданина в совершении преступления, тем более если он делает заявление о совершенном им преступлении. С этого момента в отношении него подлежат непосредственному действию нормы Конституции РФ, обеспечива-

§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту

ющие в том числе предоставление квалифицированной юридической помощи (ст. 48) и право не свидетельствовать против себя самого (ч. 1 ст. 51).

Следует заметить, что до принятия Постановления Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» Верховный Суд в вопросе момента возникновения права на защиту занимал иную позицию. Примером может служить следующее уголовное дело¹⁵⁸.

По приговору Ставропольского краевого суда с участием присяжных заседателей от 29 января 2008 г. Ш. и Б. оправданы по п. «а» ч. 4 ст. 290 УК РФ за отсутствием события преступления.

Органами предварительного следствия они обвинялись в том, что, занимая должности оперуполномоченных отделения по пресечению преступлений по линии борьбы с экономическими преступлениями Главного управления внутренних дел Ставропольского края, являясь должностными лицами, постоянно осуществляющими функции представителей власти в государственном органе, 4 июня 2006 г. около 20 час., действуя по предварительному сговору группой лиц, в автомашине ВАЗ-21104 получили от предпринимателя С. часть взятки в сумме 47 тыс. руб. за непроведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении взяткодателя. Вердиктом коллегии присяжных заседателей Ш. и Б. были оправданы за отсутствием события преступления.

В кассационном представлении государственный обвинитель просил отменить приговор, дело направить на новое рассмотрение, ссылаясь на то, что в ходе предварительного слушания судья незаконно признал недопустимыми основные доказательства обвинения: протокол и видеозапись осмотра места происшествия, деньги в сумме 47 тыс. руб., изъятые в ходе осмотра места происшествия, пять заключений фоноскопических экспертиз.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ 26 марта 2008 г. приговор отменила, дело направила на новое судебное рассмотрение, указав следующее.

Согласно ч. 2 ст. 385 УПК РФ оправдательный приговор, постановленный на основании оправдательного вердикта присяжных заседателей, может быть отменен по представлению прокурора при наличии нарушений уголовно-процессуального закона, которые ограничили право прокурора, потерпевшего на представление доказательств.

¹⁵⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 марта 2008 г. № 19-О08-7СП.

Из материалов дела следует, что 8 мая 2007 г. в ходе проведения предварительного слушания председательствующий судья по ходатайству защиты признал недопустимыми доказательствами и исключил из разбирательства протокол и видеозапись осмотра места происшествия, денежные средства в сумме 47 тыс. руб., изъятые в ходе осмотра места происшествия.

Принимая такое решение, судья в своем постановлении указал, что при проведении осмотра места происшествия и изъятии денег — предмета инкриминируемой взятки — Ш. и Б. фактически задержаны работниками УФСБ, но защитниками при этом обеспечены не были, чем нарушены их права, предусмотренные ч. 2 ст. 48 Конституции Российской Федерации и ст. 46 УПК РФ.

После назначения дела к слушанию и проведения фоноскопической экспертизы государственный обвинитель заявил ходатайство о признании допустимыми доказательствами для исследования в судебном разбирательстве ранее исключенные протокол осмотра места происшествия и изъятые денежные купюры.

Данное ходатайство председательствующий судья оставил без удовлетворения, указав в постановлении, что при проведении осмотра места происшествия и изъятии денег были нарушены права подозреваемых Ш. и Б. на защиту.

Однако с таким решением председательствующего судьи Судебная коллегия согласиться не может.

В силу ч. 2 ст. 176 УПК РФ в случаях, не терпящих отлагательства, осмотр места происшествия может быть произведен до возбуждения уголовного дела.

В соответствии с положениями ч. 3 и 4 ст. 177 УПК РФ во время осмотра места происшествия изъятию подлежат предметы, которые могут иметь отношение к делу. Все обнаруженное и изъятые при осмотре места происшествия предъявляется понятым и другим участникам осмотра.

Эти требования закона по делу были выполнены.

Ссылка на то, что во время проведения осмотра места происшествия Ш. и Б. не были обеспечены адвокатами, юридически не обоснована, поскольку данное следственное действие производилось до возбуждения уголовного дела: с 20 час. 35 мин. 4 июля 2006 г. до 2 час. 41 мин. 5 июля 2006 г., т.е. в условиях, не терпящих отлагательства.

Поэтому доводы, изложенные в представлении, о том, что председательствующий судья ограничил сторону обвинения в предоставлении коллегии

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

присяжных заседателей важных доказательств, обоснованы, и это могло повлиять на позицию присяжных заседателей при вынесении вердикта.

Таким образом, Судебная коллегия находит два основных довода, обосновывающих отсутствие защитника в сложившейся ситуации: 1) уголовное дело еще не было возбуждено; 2) следственное действие проводилось в условиях, не терпящих отлагательства, большей частью в ночное время.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

Конституционный Суд Российской Федерации установил следующее¹⁵⁹.

Гражданка Л.А. Передерий в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность ст. 283 УПК РФ, регламентирующей порядок производства судебной экспертизы. По мнению заявительницы, указанная статья, не предоставляющая потерпевшему по уголовному делу права отказаться от проведения в отношении него судебно-медицинской экспертизы, направленной на установление характера и степени вреда здоровью, позволила суду, рассматривавшему уголовное дело по обвинению ее мужа — гражданина М.Г. Передерия в нарушении правил дорожного движения, повлекшем причинение вреда ее здоровью, назначить в отношении нее судебно-медицинскую экспертизу и обязать подвергнуться соответствующему обследованию, чем было нарушено гарантированное ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации право не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников.

Конституция Российской Федерации, закрепив в ст. 51 (ч. 1) право каждого не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, гарантирует лицу право отказаться не только от дачи показаний, но и от предоставления органам предварительного расследования и суду других доказательств, подтверждающих виновность его самого или других указанных в данной конституционной норме лиц в совершении преступления. Как признал Конституционный Суд Россий-

¹⁵⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 18 апреля 2006 г. № 123-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Передерий Лилии Анатольевны на нарушение ее конституционных прав статьей 283 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

ской Федерации в Постановлении от 25 апреля 2001 г. № 6-П по делу о проверке конституционности ст. 265 УК Российской Федерации, в силу ст. 18 Конституции Российской Федерации это конституционное право является непосредственно действующим и должно обеспечиваться на основе закрепленного в ст. 15 (ч. 1) Конституции Российской Федерации требования о прямом действии конституционных норм.

Вместе с тем право не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников не исключает возможности проведения в отношении этих лиц следственных действий, направленных на получение у них и использование в уголовном процессе помимо их воли существующих объективно материалов, которые могут иметь доказательственное значение, таких как образцы биологических тканей человека, данные об анатомических особенностях и состоянии его организма, иных присущих соответствующему лицу признаках, а равно об их травматических изменениях. С учетом этого Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (ч. 4 ст. 195, п. 2 ст. 196) предусматривает, что назначение и производство судебной экспертизы обязательно, в том числе в отношении потерпевшего, если необходимо установить характер и степень вреда, причиненного здоровью.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 16 декабря 2004 г. № 448-О по запросу Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики, подобные действия — при условии соблюдения установленной уголовно-процессуальным законом процедуры и обеспечении последующих судебной проверки и оценки полученных доказательств — не могут быть расценены как недопустимое ограничение гарантированного ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации права, поскольку их совершение предполагает достижение конституционно значимых целей, вытекающих из ее ст. 55 (ч. 3).

Конституционный Суд Российской Федерации установил¹⁶⁰:

1. Черкесский городской суд Карачаево-Черкесской Республики, рассмотрев уголовное дело по обвинению гражданина А.В. Жилина в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 228 УК РФ «Незаконные приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов», признал его виновным и одновременно вынес постановление об обращении в Консти-

¹⁶⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2004 г. № 448-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики о проверке конституционности пункта 2 части четвертой статьи 46 и пункта 3 части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

туционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности п. 2 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, согласно которому подозреваемый вправе давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении него подозрения либо отказаться от дачи таких объяснений и показаний, и п. 3 ч. 4 ст. 47 данного Кодекса, согласно которому обвиняемый вправе возражать против обвинения, давать показания по предъявленному обвинению либо отказаться от дачи показаний.

По мнению заявителя, названные нормы, как не предоставляющие подозреваемому и обвиняемому право отказаться от участия в любых других процессуальных действиях, направленных на доказывание виновности этих лиц в совершении преступлений, ограничивают право не свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, гарантированное каждому ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации.

2. Право каждого не свидетельствовать против себя самого и закрепленное ст. 49 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации право не доказывать свою невиновность и считаться невиновным до тех пор, пока виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке, являются в силу ст. 18 Конституции непосредственно действующими и должны обеспечиваться правоприменителем на основе закрепленного в ст. 15 (ч. 1) Конституции Российской Федерации требования о прямом действии конституционных норм. Поэтому соответствующие должностные лица органов, осуществляющих уголовное преследование, обязаны разъяснить лицу, подозреваемому или обвиняемому в преступлении, его право отказаться от дачи показаний и от предоставления иных доказательств по поводу совершенного деяния, не оказывая на него давления или принуждения в целях получения доказательств, подтверждающих обвинение. Такая правовая позиция изложена Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 25 апреля 2001 г. по делу о проверке конституционности ст. 265 УК РФ.

Вместе с тем закрепление в Конституции Российской Федерации права не свидетельствовать против себя самого не исключает возможности проведения — независимо от того, согласен на это подозреваемый или обвиняемый либо нет, — различных процессуальных действий с его участием (осмотр места происшествия, опознание, получение образцов для сравнительного исследования), а также использования документов, предметов одежды, образцов биологических тканей и пр. в целях получения доказательств по уголовному делу. Подобные действия — при условии соблюдения установленной уголовно-процессуальным законом процедуры и последующей судебной проверки и оценки полученных доказательств — не могут быть расценены как недопустимое ограничение гарантирован-

ного ст. 51 (ч. 1) Конституции Российской Федерации права, поскольку их совершение предполагает достижение конституционно значимых целей, вытекающих из ее ст. 55 (ч. 3).

Показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде, являются недопустимыми доказательствами. На практике может возникнуть ситуация, когда обвиняемый заявит, что давал ранее показания под физическим и психологическим давлением со стороны следователя или оперативных сотрудников, оговорил себя, а защитник, чья подпись стоит в протоколе допроса, фактически при допросе не присутствовал (все время отлучался, подписал протокол позже, по окончании допроса в не установленное время передал в материалы уголовного дела свой ордер и подписал необходимые документы и т.д.). Такой способ защиты своих прав и законных интересов обвиняемым, как опорочивание работы защитника, является типовой защитительной версией в настоящее время¹⁶¹.

Не исключено, что подобная версия будет тактическим ходом вновь вступившего в дело адвоката. Тем не менее в данной ситуации встает вопрос о допустимости показаний обвиняемого, которые в случае, если они даны в отсутствие защитника, в соответствии с ч. 2 ст. 75 УПК РФ должны быть исключены из материалов дела как недопустимые. Тожественный вопрос встает и при применении всевозможных «следственных хитростей», например, когда лицо, фактически задержанное по подозрению в совершении преступления, оформляется, как административно задержанное с последующим применением к нему административного наказания в виде ареста на срок до 15 суток, в период истечения которых сотрудники правоохранительных органов получают неограниченную Уголовно-процессуальным законом возможность «работать» с задержанным лицом без соблюдения его процессуальных гарантий как лица подозреваемого в совершении преступления. Целью этой работы может, в том числе, являться и самооговор лица в совершении преступления¹⁶².

Проверка фактов, изложенных обвиняемым, проводится путем допроса следователя, проводившего допрос. О том, что такая проверка малоэффективна, писалось не мало. Вряд ли следователь, даже под угрозой

¹⁶¹ Кипнис Н.М. К вопросу о даче адвокатом показаний об обстоятельствах его участия в производстве следственного действия // Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов IV Всероссийской научно-практической конференции / отв. редакторы: С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко. — М.: Новый учебник, 2007. — С. 113.

¹⁶² Решение Европейского суда по правам человека, Михеев против России № 77617/01 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. — 2006. — № 6.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

применения к нему уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, сообщит, что он действительно применял недозволенные методы ведения допроса, фальсифицировал доказательства. Как отмечают специалисты, действующий уголовно-процессуальный закон не предусматривает процедуру проверки заявлений подсудимых о применении к ним в ходе досудебного производства по делу незаконных методов расследования, в т.ч. физического принуждения. Вместе с тем суд не может уклониться от проверки таких заявлений, поскольку это необходимо для правильной оценки показаний подсудимого. В практике в целях проверки заявления подсудимого используется вызов в суд и допрос в качестве свидетелей лиц, незаконность действий которых подлежит проверке. Представляется, что полученные в суде показания следователя, дознавателя, оперативного сотрудника в условиях действия иммунитета от самообвинения не являются эффективным средством проверки заявления подсудимого о применении к нему принуждения. Суды не вправе принимать решения о возбуждении уголовных дел и заниматься поиском доказательств, подтверждающих виновность должностных лиц¹⁶³.

Однако проблема не исчерпывается только этим. Казалось бы, в сложившейся ситуации суд, будучи наделен правом (ст. 29 УПК РФ) вынести частное определение (постановление) в случаях выявления в ходе судебного разбирательства нарушений прав и свобод граждан, нарушений закона, допущенных в ходе предварительного расследования, и направить его прокурору для реагирования, что впоследствии может явиться основанием для оценки полученных доказательств, как недопустимых ввиду нарушения предусмотренной уголовно-процессуальным законом процедуры получения соответствующих доказательств, и может, и должен действовать таким образом. Однако на практике, как отмечается в литературе, суды склонны расценивать подобного рода заявления подсудимых как способ уклониться от уголовной ответственности, отмечая при этом, что обстоятельства, на которые указывают подсудимые, не нашли подтверждения в ходе судебного разбирательства. «Не нашли» в данном случае означает только то, что их никто не искал: подсудимый объективно лишен возможности представлять какие-либо доказательства, кроме собственных показаний, суд не является органом уголовного преследования и не вправе осуществлять обвинительную функцию, а сторона обвинения на деле оказывается менее заинтересованной в представлении таких доказательств в условиях, когда сложившаяся судебная практика

¹⁶³ Васильев А. М., Васильева Н. А. Признание вины под принуждением // Администратор суда. — 2012. — № 2. — С. 7–8.

допускает постановление обвинительного приговора при наличии неопровергнутых стороной обвинения сомнений в виновности, на которые указывает сторона защиты¹⁶⁴.

О том, что в данной ситуации можно допросить и адвоката, не могло быть и речи, ведь в соответствии с п.п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ в уголовном судопроизводстве адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием (аналогичные положения содержатся в п.п. 1, 2 ст. 8 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и в п. 6 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Незыблемость данных законодательных установлений была поколеблена Определением Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О¹⁶⁵.

В жалобе гражданина Г.В. Цицкишвили, обвиняемого в совершении преступления и содержащегося под стражей, оспаривалась конституционность п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, согласно которому защитник подозреваемого, обвиняемого не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с участием в производстве по уголовному делу. На основании названной нормы Перовский районный суд г. Москвы отказал адвокатам гражданина Г.В. Цицкишвили в удовлетворении ходатайства о допросе в качестве свидетеля адвоката Т.В. Иргашевой для подтверждения факта фальсификации следователем материалов уголовного дела.

По мнению заявителя, п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, как не позволяющий использовать показания защитника в качестве доказательства по делу не только в случаях, когда это связано с необходимостью соблюдения адвокатской тайны, нарушает его право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное ст. 48 Конституции Российской Федерации, а также противоречит принципу состязательности и равноправия сторон, закрепленному ст. 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Конституционный Суд РФ указал, что норма, содержащаяся в п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ (как и корреспондирующая ей норма п. 2 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Фе-

¹⁶⁴ Там же.

¹⁶⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О по жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса РФ // СЗ РФ. — 2003. — № 21. — Ст. 2060.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

дерации»), направлена на защиту конфиденциальности сведений, доверенных подзащитным адвокату при выполнении им профессиональных функций. Каких-либо иных целей, кроме создания условий для получения обвиняемым квалифицированной юридической помощи и обеспечения адвокатской тайны, законодатель в данном случае не преследовал.

Предусмотренное п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ освобождение защитника от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах, которые стали ему известны или доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению интересов обвиняемого и является гарантией беспрепятственного выполнения защитником возложенных на него функций; в этом заключается смысл и предназначение указанной нормы. Такое понимание адвокатского иммунитета вытекает из правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированной в Определении от 6 июня 2000 г. № 128-О по жалобе гражданина В.В. Паршуткина на нарушение его конституционных прав п. 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст.ст. 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР.

Освобождая адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ вместе с тем не исключает его право дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений. Данная норма также не служит для адвоката препятствием в реализации права выступить свидетелем по делу при условии изменения впоследствии его правового статуса и соблюдения прав и законных интересов лиц, доверивших ему информацию.

В подобных случаях суды не вправе отказывать в даче свидетельских показаний лицам, перечисленным в ч. 3 ст. 56 УПК РФ (в том числе защитникам обвиняемого и подозреваемого), при заявлении ими соответствующего ходатайства. Невозможность допроса указанных лиц — при их согласии дать показания, а также при согласии тех, чьих прав и законных интересов непосредственно касаются конфиденциально полученные адвокатом сведения, — приводила бы к нарушению конституционного права на судебную защиту и искажала бы само существо данного права.

В силу закрепленного в Конституции Российской Федерации принципа осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123, ч. 3) суд обязан во всех случаях обеспечивать равенство прав участников судебного разбирательства по представлению и исследованию доказательств и заявлению ходатайств.

Отказ в удовлетворении ходатайства при рассмотрении конкретного уголовного дела может иметь место только при наличии предусмотренных уголовно-процессуальным законом оснований.

О практической пользе данного определения были высказаны критические замечания. Так, профессор В.А. Лазарева справедливо замечает, что «подтверждение адвокатом заявления обвиняемого не может не вызывать сомнений в силу того, что адвокат в любом случае рассматривается как лицо заинтересованное»¹⁶⁶. Адвокат Р.Г. Мельниченко указывает, что «судья вряд ли примет всерьез показания такого свидетеля», «никакой судья не решится сослаться на такое заведомо сомнительное доказательство, как показания адвоката, подставив тем самым под удар результат своего труда — обвинительный приговор»¹⁶⁷.

Судебная практика в этом вопросе противоречива.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в определении от 1 марта 2004 г. не усмотрела в действиях суда нарушений закона¹⁶⁸. Так, по делу Быкова и других адвокат, присутствовавший на предварительном следствии при допросе подсудимого Быкова, был допрошен судом об обстоятельствах этого допроса и отверг доводы стороны защиты о применении к своему подзащитному незаконных методов ведения следствия. В результате чего показания последнего были признаны судом допустимым доказательством. Протокол допроса оглашен в судебном разбирательстве и использован в обвинительном приговоре.

Однако в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 7 июня 2007 г. вывод был сделан прямо противоположный: адвокат не подлежит допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием даже по ходатайству стороны защиты¹⁶⁹.

Хотя суть вопроса та же — адвокат допрашивается судом о применении к подзащитному недозволенных методов ведения следствия и, как следствие, вынужденном признании им своей вины, — Верховный Суд приходит к противоположным выводам. Разница лишь в том, что в первом случае адвокат опроверг доводы подзащитного, а во втором — подтвердил.

¹⁶⁶ Лазарева В.А. Вправе ли адвокат давать свидетельские показания по уголовному делу? // Вестник Палаты адвокатов Самарской области. — 2004. — Бюллетень № 1. — С. 95.

¹⁶⁷ Мельниченко Р.Г. Адвокатам разрешили давать показания против своих клиентов? // Адвокат. — 2008. — № 7.

¹⁶⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2005. — № 1. — С. 16, 17.

¹⁶⁹ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2007. — № 7. — С. 28, 29.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

До определенного момента не было единодушия по вопросу возможности и условий допроса адвоката в качестве свидетеля по делу своего доверителя и в адвокатском сообществе.

Так, 5 февраля 2008 г. на расширенном заседании Научно-консультативного совета при Федеральной палате адвокатов одной из тем обсуждения был вопрос вызова в суд для дачи свидетельских показаний адвокатов — бывших защитников на досудебном производстве, где сформировались две основные точки зрения¹⁷⁰. Одну из них выражает глава Адвокатской палаты г. Москвы Генри Резник. Он считает, что вызванный на допрос адвокат обязан явиться в судебное заседание в назначенный срок либо заранее уведомить суд о причинах неявки, а затем принять все меры, чтобы предотвратить свой допрос в качестве свидетеля. Для этого адвокату следует заявить о незаконности вызова на допрос в связи с запретом, установленным п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, и обратить внимание суда на то, что в соответствии с толкованием данной нормы, содержащимся в Определении Конституционного Суда № 108-О, допрос адвоката даже по ходатайству стороны защиты возможен только при согласии самого адвоката. Если после этого суд не освободит адвоката от допроса, тот вправе сделать выбор: или воспользоваться свидетельским иммунитетом, установленным Конституцией РФ, или дать свидетельские показания в таком объеме, чтобы защитить себя от обвинений в нарушении профессионального долга, выдвинутых против него подсудимым.

Другой подход сформулировал президент Федеральной палаты адвокатов Евгений Семеняко. Он считает, что адвокат должен руководствоваться прежде всего принципом: «Не можешь помочь доверителю — не навреди». Адвокат вправе дать в качестве свидетеля показания о тех или иных обстоятельствах, ставших ему известными в процессе оказания юридической помощи подзащитному, но сделать это можно только в одном случае — когда эти показания усиливают позицию клиента. При этом должны быть соблюдены три неперемennых условия: во-первых, адвокат может быть вызван только по ходатайству стороны защиты; во-вторых, его показания необходимы для защиты прав и интересов обвиняемого; в-третьих, имеется согласие доверителя на вызов адвоката в качестве свидетеля.

Некоторые Советы адвокатских палат субъектов Российской Федерации (Курской, Волгоградской областей) установили строгий запрет адвокату свидетельствовать против своего клиента при любых условиях.

¹⁷⁰ Ямшанов Б., Петелина М. Допрос адвоката. Федеральная палата адвокатов выступает против начавшейся практики вызовов защитников на допрос // Вестник Федеральной палаты адвокатов. — 2008. — № 2.

Однако единый подход к решению указанной проблемы был сформирован под эгидой Федеральной палаты адвокатов РФ в сборнике «Защита прав адвокатов при проведении в отношении них следственных и оперативно-розыскных действий (статьи, схемы и судебные решения) и в приложении к нему («Памятка адвокату при проведении в отношении него оперативно-розыскных мероприятий»)¹⁷¹.

Анализ приведенных документов в части действий адвоката при вызове его на допрос свидетельствует о возобладании в адвокатском сообществе точки зрения об отсутствии безоговорочного и полного запрета адвокату не только давать свидетельские показания, но и свидетельствовать против своего клиента.

Заслуживает особого внимания решение Совета Адвокатской палаты г. Москвы от 19 июля 2007 г. № 99, в котором указывается, что адвокат, вызванный в качестве свидетеля по инициативе суда, дав показания в судебном заседании, не нарушил нормы законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной этики адвоката, поскольку, дав показания об обстоятельствах его вызова и участия в допросе подозреваемого, фактически защищал свои права и охраняемые законом интересы (от обвинения в совершении дисциплинарного проступка или уголовно-наказуемого деяния), что, по смыслу п. 4 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката, является допустимым¹⁷². Совет привел две основные мотивировки своего решения. Во-первых, сведения об обстоятельствах участия бывшего адвоката-защитника в допросе обвиняемого не относятся к сведениям, составляющим адвокатскую тайну, во-вторых, дача адвокатом показаний об обстоятельствах проведения следственных действий есть средство защиты от выдвинутых против него бывшим подзащитным обвинений. Вместе с тем это частный случай, который в полной мере не отражает позицию Совета Адвокатской палаты г. Москвы. В систематизированном виде упомянутая позиция нашла свое отражение в Разъяснении (№ 5) Совета Адвокатской палаты г. Москвы по вопросам профессиональной этики адвоката, а именно:

«1. Абсолютно недопустима, ибо дискредитирует профессию адвоката и подрывает доверие к адвокатуре как независимому институту гражданского общества, явка адвоката в судебное заседание для допроса в каче-

¹⁷¹ Сборник «Защита прав адвокатов при проведении в отношении них следственных и оперативно-розыскных действий (статьи, схемы и судебные решения): (сборник статей и документов) / сост. В.В. Лапинский, Н.Н. Соколов, Ю.Н. Хапалюк. — М.: Граница, 2015.

¹⁷² Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Адвокат. — 2007. — № 8, 10.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

стве свидетеля по просьбе государственного или частного обвинителя, а не по врученной ему судебной повестке.

2. Вызванный на допрос судебной повесткой адвокат обязан явиться в судебное заседание в назначенный срок либо заранее уведомить суд о причинах неявки. Явившийся в суд адвокат должен принять меры к тому, чтобы предотвратить свой допрос в качестве свидетеля. В этих целях адвокату следует заявить о незаконности его вызова на допрос в связи с запретом, установленным пунктом 2 части 3 статьи 56 УПК РФ, и обратить внимание суда на то, что в соответствии с толкованием данной нормы Конституционным Судом РФ в Определении по жалобе гр-на Цицкишвили Г.В. допрос адвоката даже по ходатайству стороны защиты возможен только при согласии самого адвоката дать свидетельские показания.

3. Лишь в том случае, когда суд не освобождает адвоката от допроса на основании пункта 2 части 3 статьи 56 УПК РФ, он вправе сделать выбор: воспользоваться свидетельским иммунитетом, установленным п. 1 ст. 51 Конституции РФ, либо дать свидетельские показания в объеме, необходимом для своей защиты от выдвинутых против него подсудимым обвинений в нарушении профессионального долга.

4. Обо всех случаях вызова в суд на допрос по делу, в котором адвокат ранее участвовал в качестве защитника, он обязан ставить в известность Совет АП г. Москвы¹⁷³.

Нисколько не умаляя значимости и научной проработанности данного решения, хотелось бы отметить, что расшатывание незыблемости категории «адвокатская тайна» может привести к катастрофическим последствиям. Независимо от того, конфиденциально или неконфиденциально (публично) оказывалась юридическая помощь доверителю, ее содержание является предметом адвокатской тайны.

В соответствии с Кодексом профессиональной этики адвоката предметом адвокатской тайны являются любые сведения, связанные с оказанием юридической помощи, несанкционированное распространение которых может нанести вред охраняемым законом правам и интересам доверителя, адвоката и других лиц.

Целью адвокатской деятельности является защита прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, а также обеспечения доступа к правосудию (ст. 1 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Адвокат является независимым профессио-

¹⁷³ Сборник нормативных и информационных материалов за 2002–2014 годы: Специальный выпуск Вестника Адвокатской палаты г. Москвы. — М., 2014. — С. 121–126.

нальным советником по правовым вопросам (ч. 2 ст. 2 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Дача адвокатом показаний против своего доверителя является подрывом авторитета адвокатуры как правозащитного института.

Судебное разбирательство в отношении доверителя — ненадлежащее место для реагирования адвоката на заявления подсудимого, в которых он констатирует недобросовестность своего бывшего защитника. В соответствии с ч. 4 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката допускается изъятие из обязанности адвоката хранить адвокатскую тайну только в случае, если в отношении его будет возбуждено дисциплинарное производство или уголовное дело и возникнет действительная необходимость и право адвоката, защищаясь, давать показания об указанных обстоятельствах.

Совет Федеральной палаты адвокатов указал, что в последнее время органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и следственными органами допускаются существенные нарушения положений законодательства, направленного на обеспечение адвокатской тайны. Следователи пытаются допрашивать адвокатов в качестве свидетелей по уголовным делам, составлять процессуальные документы, фиксирующие результаты следственных действий с их участием, в действительности не проводившихся, и т.п. Эти действия являются грубым нарушением положений ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и нередко преследуют цель не допустить того или иного адвоката к осуществлению защиты по уголовному делу. В таких условиях Советом Федеральной палаты адвокатов были разработаны рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности¹⁷⁴.

Определение Конституционного Суда № 108-О стало использоваться для вызова и допроса бывшего на предварительном расследовании адвоката также стороной обвинения в тех случаях, когда подсудимый заявляет о нарушениях УПК РФ при проведении следственных действий и признании недопустимыми обвинительных доказательств. В удовлетворении таких ходатайств суды тоже опираются на указанное Определение, в котором Конституционный Суд РФ привлекает внимание к тому, что «...в силу закрепленного Конституцией Российской Федерации принци-

¹⁷⁴ Рекомендации Совета Федеральной палаты адвокатов по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности от 10 декабря 2003 г. // СПС «КонсультантПлюс».

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

па осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123) суд обязан во всех случаях обеспечить равенство прав участников судебного разбирательства по представлению и исследованию доказательств и заявлению ходатайств»¹⁷⁵.

Квалификационная комиссия, а вслед за ней и Совет Адвокатской палаты г. Москвы определили, что адвокат не вправе являться в судебное заседание для допроса по просьбе государственного обвинителя. Это представляет собой поступок, компрометирующий адвоката и подрывающий доверие к нему (п. 1 ст. 4, п. 2 ст. 5 Кодекса профессиональной этики адвоката) и к институту адвокатуры как независимому профессиональному сообществу адвокатов (п. 1 ст. 3 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»)¹⁷⁶.

Принципиально в связи с этим указание Конституционного Суда в упомянутом Определении права на допрос адвоката только по ходатайству стороны защиты. Бесспорно утверждение Ю.И. Стецовского о том, что законы об охране профессиональной тайны наполнены большим нравственным смыслом. Нарушение доверия, вероломство вызывает чувство негодования. Со времени образования адвокатуры нарушение доверия влекло за собой запрещение практики. Переход на противную сторону считался изменой клиенту. «Не значит ли это взять два меча из одного склада и выгодно продать их людям, которые намерены перерезать друг другу горло?», — говорил Плутарх¹⁷⁷.

В случае вызова на допрос в качестве свидетеля адвокат должен оперативно проинформировать соответствующее адвокатское образование и адвокатскую палату субъекта РФ, в порядке уголовно-процессуального законодательства (ст.ст. 123–125 УПК РФ) обжаловать незаконные действия и решения прокурору и (или) в суд, как непосредственно затрагивающие конституционные права и свободы участников уголовного судопроизводства, в частности право на защиту, поскольку оно влечет безусловное устранение защитника от участия в деле в данном статусе, права каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Адвокат. — 2007. — № 10.

¹⁷⁶ Там же. — № 8, 10.

¹⁷⁷ Стецовский Ю.И. Принцип профессиональной тайны адвоката // Адвокат. — 2008. — № 3.

¹⁷⁸ Такое понимание адвокатского иммунитета дано в Определении Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О по жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод п. 1 ч. 2 ст. 72 УПК РСФСР и ст. 15, 16 Положения об адвокатуре РСФСР.

Таким образом, запрет на допрос адвоката в качестве свидетеля по делу доверителя не носит абсолютного характера. Такой допрос может иметь место при соблюдении следующих условий: во-первых, его должна инициировать сторона защиты; во-вторых, обязательно волеизъявление доверителя на допрос адвоката; в-третьих, необходимо согласие адвоката на допрос его в качестве свидетеля; в-четвертых, должно быть соблюдение прав и законных интересов лиц, доверивших адвокату информацию.

Однозначна позиция Конституционного Суда РФ и в вопросе возможности восстановления сведений, сообщенных подозреваемым или обвиняемым на допросе в отсутствие защитника на предварительном следствии, путем допроса должностного лица, проводившего допрос.

1. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ гражданин В.Н. Демьяненко оспаривает конституционность ч. 3 ст. 56 (Свидетель), ч. 5 ст. 246 (Участие обвинителя) и ч. 3 ст. 278 (Допрос свидетелей) УПК РФ¹⁷⁹. В жалобе указывается, что в связи с отказом В.Н. Демьяненко в судебном заседании от дачи показаний Октябрьский районный суд города Красноярска, руководствуясь названными нормами, по ходатайству прокурора вызвал и допросил в судебном заседании в качестве свидетелей следователей И.А. Филиппович и И.А. Прохорову, проводивших в ходе досудебного производства его допрос, соответственно в качестве подозреваемого и обвиняемого. Тем самым суд, по мнению заявителя, по существу, восстановил показания, данные им на предварительном следствии в отсутствие защитника, чем было нарушено его право не быть обязанным свидетельствовать против самого себя (ч. 1 ст. 51 Конституции Российской Федерации).

Положения ч. 5 ст. 246 и ч. 3 ст. 278 УПК РФ, предоставляющие государственному обвинителю право ходатайствовать о вызове в суд свидетелей и допрашивать их, и ч. 3 ст. 56 данного Кодекса, определяющая круг лиц, которые не могут быть допрошены в качестве свидетелей, не исключают возможность допроса дознавателя и следователя, проводивших предварительное расследование по уголовному делу, в качестве свидетелей, в том числе об обстоятельствах производства отдельных следственных и иных процессуальных действий.

Вместе с тем эти положения, подлежащие применению в системной связи с другими нормами уголовно-процессуального законодательства, не дают оснований рассматривать их как позволяющие суду допрашивать

¹⁷⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2004 г. № 44-О «По жалобе гражданина Демьяненко Владимира Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 56, 246, 278 и 355 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

дознателя и следователя о содержании показаний, данных в ходе досудебного производства подозреваемым или обвиняемым, и как допускающие возможность восстановления содержания этих показаний вопреки закреплённому в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ правилу, согласно которому показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде, относятся к недопустимым. Тем самым закон, исходя из предписания ст. 50 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, исключает возможность любого, прямого или опосредованного, использования содержащихся в них сведений.

Названное правило является одной из важных гарантий права каждого не быть обязанным свидетельствовать против самого себя (ст. 51 ч. 1 Конституции РФ). Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 25 апреля 2001 г. по делу о проверке конституционности ст. 265 УК РФ, это право (как и право каждого не быть обязанным доказывать свою невиновность и считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке) в силу ст. 18 Конституции РФ является непосредственно действующим и должно обеспечиваться в том числе правоприменителем на основе закреплённого в ст. 15 ч. 1 Конституции Российской Федерации требования о прямом действии конституционных норм.

Положение, содержащееся в ч. 3 ст. 56 УПК РФ в его конституционно-правовом истолковании, не может служить основанием для воспроизведения в ходе судебного разбирательства содержания показаний подозреваемого, обвиняемого, данных в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденных им в суде, путем допроса в качестве свидетеля, дознавателя или следователя, производившего дознание или предварительное следствие.

Говоря о втором способе участия защитника в доказывании, следует заметить, что в ч. 3 ст. 86 УПК РФ прямо говорится о праве защитника собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном законодательством.

Для того чтобы выяснить, являются результаты деятельности адвоката, указанные в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, доказательствами или нет, представляется необходимым определиться с понятием «собрание доказательств». Не вдаваясь в полемику по данному вопросу, поддержим позицию профессора С.А. Шейфера, согласно которой собрание доказательств есть не что иное, как их формирование, придание доказательственной информации надлежащей процессуальной формы, сопровождаемое ее преобра-

зованием¹⁸⁰. И как следствие этого, доказательственную деятельность защитника, осуществляемую им в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ, нельзя трактовать как собирание доказательств прежде всего потому, что в ней отсутствует определяющий признак этого элемента доказывания — преобразование полученной информации и придание ей надлежащей процессуальной формы, т.е. формирование доказательств. Будучи лишенным возможности применения наиболее эффективных познавательных средств — следственных действий, защитник не в состоянии формировать доказательства, как это делают органы расследования, прокурор, суд. Таким образом, законодатель определил способы собирания доказательств защитником (ч. 3 ст. 86 УПК РФ), но не установил процессуальные формы данных способов собирания доказательств, так как все они имеют место вне производства по уголовному делу. Следовательно, полученная в результате защитником информация является непроцессуальной, а потому не может быть признана доказательством.

В соответствии с ч. 1 ст. 74 УПК РФ доказательством являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Соответственно, лишь властно-распорядительная деятельность должностных лиц и органов, осуществляющих производство по уголовному делу, влечет появление в материалах уголовного дела доказательств, т.е. сведений, облеченных в установленную процессуальную форму, а значит допустимых.

Собирание «доказательств», т.е. информации, имеющей значение для дела, осуществляется стороной защиты вне рамок уголовно-процессуальных отношений, а придание ей свойства допустимости происходит в результате удовлетворения лицом (органом), в производстве которого находится уголовное дело, заявленного защитой соответствующего ходатайства. Поэтому сведения, собранные защитником, могут стать доказательством после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму. Соответственно лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено в качестве свидетеля, представленные предметы и документы приобщены в качестве вещественных доказательств или иных документов и т.д.

¹⁸⁰ Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — М., 2008. — С. 141–156.

§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников

Кроме этого, ч. 2 ст. 74 УПК РФ определяет исчерпывающий перечень доказательств, и представленных адвокатом сведений среди них нет. Таким образом, право адвоката на соби́рание доказательств хотя и закреплено в УПК РФ, но реализация его на досудебных стадиях опосредована через соответствующих субъектов уголовного судопроизводства — дознавателя, следователя, прокурора, — поскольку именно на них возложена обязанность собирать доказательства путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ. Адвокат же в данном перечне лиц отсутствует. Чтобы полученная защитником информация стала доказательством по уголовному делу, он должен заявить соответствующее ходатайство, и оно должно быть удовлетворено лицом (органом), ведущим производство по делу¹⁸¹.

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 21 декабря 2004 г. № 467-О по жалобе гражданина П.Е. Пятничука на нарушение его конституционных прав положениями ст.ст. 46, 86 и 161 УПК РФ, право подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права данных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации). Этому праву соответствует обязанность органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, рассмотреть каждое ходатайство, заявленное в связи с исследованием доказательств.

При этом уголовно-процессуальный закон (ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 159, ст. 274 УПК РФ) исключает возможность произвольного отказа как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении к материалам уголовного дела и исследовании представленных ею доказательств. По смыслу названных нормативных предписаний во взаимосвязи с положениями ст.ст. 45, 46 (ч. 1), 50 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие (или отсутствие) события преступления, виновность (или невиновность) лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, а также когда доказательство, как

¹⁸¹ Данную позицию занимает ряд ученых: Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. — М., 2004. — Ч. 1. — С. 114; Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — М., 2008. — С. 141–156; Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. — М., 2006. — С. 47, 140.

не соответствующее требованиям закона, является недопустимым, либо когда обстоятельство, которое призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлено на основе достаточной совокупности других доказательств. Принимаемое при этом решение во всяком случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты.

§5. Права защитника по участию в доказывании

Защитник обладает следующими правами по участию в доказывании:

— получать предметы, документы и иные сведения (п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ);

— опрашивать лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ);

— истребовать документы от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии (п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ);

— привлекать к участию в деле специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 80 УПК РФ);

— заявлять ходатайства об участии в доказывании (п. 8 ч. 1 ст. 53, ст. 119, ч. 3, 4 ст. 88, ч. 5 ст. 234, 235 УПК РФ).

В соответствии с п. 1 ст. 86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства путем **получения предметов, документов и иных сведений**.

УПК не уточняет, откуда они могут быть получены. Представляется, что предметы, документы и иные сведения, имеющие значение для дела, могут оказаться как у частных лиц, так и у организаций. Исходя из предъявляемых к доказательствам требований относимости, допустимости и достоверности, необходимо, чтобы получаемая и представляемая защитником информация обеспечивала возможность проверки соответствия формируемого доказательства этим требованиям. С этой целью при передаче теми или иными лицами защитнику предметов или документов должен составляться какой-то двухсторонний документ (в свободной форме), из которого было бы видно, кто и что передал защитнику. Защитнику следует предложить лицу сообщить об обстоятельствах, при которых предмет или документ попал к нему, дать по возможности индивидуализирующее описание этого объекта, сообщить, какие манипуляции с ним произво-

дились, изложить свои соображения о том, какое отношение представленный объект имеет к преступлению. Однако следует иметь в виду, что поскольку сведения, которые должны быть сообщены при представлении предмета или документа дознавателю, следователю, суду, защитнику лично не известны и для их выяснения так или иначе возникнет необходимость допрашивать лицо, передавшее этот объект, адвокату в некоторых случаях целесообразно (а иногда и предпочтительнее) не выступать в качестве посредника между лицом, у которого оказался объект, и лицом, осуществляющим производство по уголовному делу, а заявить ходатайство о его допросе для того, чтобы тот сам представил предмет или документ.

Под «иными сведениями», которые защитник вправе собирать, участвуя в доказывании по уголовному делу, следует понимать сведения о потенциальных доказательствах — свидетелях, предметах, документах, которые адвокат может получить от подзащитного, его родных, близких и других лиц. Также эти сведения адвокат может получить с помощью частных детективных агентств. В Законе РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» в числе оказываемых клиентам услуг предусмотрена и такая, как «сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса».

В соответствии с п. 2 ст. 86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства путем **опроса лиц с их согласия**. Нормативное закрепление данного права положительно, потому что раньше всякая инициатива адвоката в поиске новых доказательств и попытка их фиксации воспринималась органом предварительного расследования как незаконное противодействие, это было чревато неприятностями для адвоката-защитника. Теперь он вправе активно разыскивать информацию в пользу подзащитного и даже по-своему закреплять ее.

Это право используется в большинстве случаев в целях выявления потенциальных свидетелей, чьи показания могут содействовать защите, о допросе которых потом может быть заявлено ходатайство. Для защитника такой предварительный опрос имеет важное значение, поскольку позволяет до того, как заявить ходатайство о допросе того или иного лица в качестве свидетеля, убедиться, какие он намерен дать показания и не приведет ли его допрос к ухудшению положения подзащитного.

В результате опроса адвокатом лица с его согласия не формируется доказательство по уголовному делу, и прежде всего потому, что отсутствует законодательное закрепление порядка проведения и фиксации результатов опроса, а также гарантий соблюдения процессуальной формы получения этих сведений. Отличие допроса и опроса заключается уже в том,

что допрос — это следственное действие, которое обеспечивается государственным принуждением, опрос же таковым не является. Дача показаний на допросе в большинстве случаев — обязанность, при опросе — лишь право.

Следует заметить, что отсутствие при опросе таких гарантий, как предупреждение свидетеля об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний, разъяснения права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, было предметом рассмотрения Конституционным Судом¹⁸².

Конституционный Суд Российской Федерации рассмотрел жалобу гражданина А.А. Бугрова, в которой он оспаривает конституционность п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ: защитник вправе собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия. Заявитель полагает, что данная норма не соответствует Конституции Российской Федерации, ее ст.ст. 19 и 48 (ч. 1), поскольку ограничивает право защитника представлять доказательства в пользу своего подзащитного и не предусматривает необходимости предупреждения лица, опрос которого проводит защитник, об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и разъяснения ему права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, и тем самым дает основания органам и лицам, осуществляющим уголовное судопроизводство, не признавать результаты таких опросов доказательствами.

В соответствии с Конституцией Российской Федерации каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ст. 45, ч. 2); при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ст. 50, ч. 2); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123, ч. 3). Из данных конституционных положений следует возможность выбора обвиняемым, его защитником по своему усмотрению тех способов и процедур защиты, особенности которых применительно к отдельным видам судопроизводства определяются исходя из Конституции Российской Федерации и федеральных законов.

Выраженная в названном Определении Конституционного Суда Российской Федерации правовая позиция распространяется и на порядок признания доказательством проведенного защитником опроса — поскольку, поскольку предмет, пределы и средства доказывания по уголов-

¹⁸² Определение Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2006 г. № 100-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова А.А. на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 ст. 86 УПК РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2006. — № 4.

ному делу, а также полномочия участников уголовного судопроизводства по собиранию, проверке и оценке доказательств и порядок их осуществления определяются Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации. При этом порядок собирания защитником доказательств, в том числе путем опроса лица с его согласия, в отличие от производимых прокурором, следователем или дознавателем следственных действий по собиранию доказательств, специально не регламентируется.

Следовательно, исходя из процессуальных правомочий лиц, осуществляющих такой опрос, само по себе отсутствие процессуальной регламентации формы проведения опроса и фиксации его результатов не может рассматриваться как нарушение закона и основание для отказа в приобщении результатов к материалам дела. При этом полученные защитником в результате опроса сведения могут рассматриваться как основание для допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий, поскольку они должны быть проверены и оценены, как и любые другие доказательства, с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела.

Таким образом, оспариваемое заявителем законоположение закрепляет лишь право защитника на собирание доказательств, оно должно применяться во взаимосвязи с иными нормами Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации о видах доказательств, о круге лиц, осуществляющих практическую деятельность по доказыванию (ст.ст. 74 и 86), и не может рассматриваться как нарушающее конституционные права заявителя.

Что касается его утверждения об отсутствии в оспариваемой норме предписания о предупреждении лица, опрос которого проводит защитник, об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и разъяснении ему права не свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, то наделение защитника таким правом означало бы придание — вопреки требованиям Конституции Российской Федерации и уголовно-процессуального законодательства — несвойственной ему процессуальной функции.

Последовательна позиция и Верховного Суда по данному вопросу.

Примером этому может служить следующее уголовное дело.

Органами предварительного следствия адвокат С. обвинялся в фальсификации доказательств по уголовному делу об особо тяжком преступлении, а также в подстрекательстве путем уговоров к заведомо ложным

показаниям свидетеля в суде и при производстве предварительного следствия. При этом, по мнению стороны обвинения, фальсификация доказательств состояла в том, что адвокат С. с целью освободить от уголовной ответственности своего подзащитного, обвиняемого в убийстве и изнасиловании, умышленно внес в составленные им протоколы опросов ложные сведения, подтверждающие алиби своего подзащитного, и представил эти протоколы опросов следователю с ходатайством о приобщении их к уголовному делу. Это ходатайство следователем было удовлетворено, а протоколы опроса свидетелей приобщены к уголовному делу в качестве документов и отнесены в соответствии с ч. 1 ст. 74 УПК РФ к числу доказательств. Однако суд первой инстанции адвоката С. по предъявленному обвинению оправдал¹⁸³, указав, что имеющиеся в деле протоколы опросов, в фальсификации которых обвиняется С., доказательствами по делу признаны быть не могут, так как они получены в условиях отсутствия предусмотренных уголовно-процессуальным законом гарантий их доброкачественности и могут рассматриваться только в качестве оснований для вызова и допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий по собиранию доказательств, а не как доказательства по делу. Более того, ч. 2 ст. 74 УПК РФ, устанавливающая исчерпывающий перечень видов доказательств по уголовному делу, не относит к доказательствам протоколы опроса. Отнесение же протокола опроса к такому виду доказательств, как «иные документы» невозможно, поскольку документы могут содержать сведения, зафиксированные, полученные, истребованные или представленные в предусмотренном законом порядке. Кассационная инстанция приговор суда первой инстанции в отношении С. оставила без изменения¹⁸⁴, указав, что сведения, полученные защитником в результате опроса, могут стать доказательствами по уголовному делу только тогда, когда опрошенное защитником лицо подтвердит эти сведения на допросе, проведенном в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона дознавателем, следователем, прокурором или судом. Протокол опроса является лишь формой фиксации хода и результатов опроса.

В соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ защитник вправе собирать доказательства путем **истребования справок, характеристик, иных докумен-**

¹⁸³ Приговор Курского областного суда от 4 мая 2006 г. по уголовному делу № 2-4-06 в отношении С. // Архив Курского областного суда. — 2006.

¹⁸⁴ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 августа 2006 г. по уголовному делу № 39-006-9 по кассационному представлению государственного обвинителя на оправдательный приговор Курского областного Суда от 4 мая 2006 г. в отношении С. // Архив Курского областного суда. — 2006.

тов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Направляемые адвокатом запросы в различные организации также выступают способом получения доказательственной информации. Соответствующие органы и организации обязаны в порядке, установленном законодательством, выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии (ч. 3 ст. 6 Федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре). Путем запросов адвокатом могут быть, например, истребованы сведения относительно места жительства, учебы, работы граждан; местонахождения, даты регистрации; сведения о деятельности, составе учредителей и участников юридических лиц; о состоянии здоровья и перенесенных заболеваниях, нахождении на учете в психоневрологических диспансерах граждан; а также иные различные справки, архивные материалы и прочее.

Адвокат может ходатайствовать о приобщении полученных по запросам документов к материалам уголовного дела. При этом он должен раскрыть источник их получения, объяснить их происхождение, а следовательно (дознатель, суд), в свою очередь, — проверить эту информацию, в частности, путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

Практика истребования подобных документов за время действия УПК РСФСР достаточно сложилась. Единственный вопрос — как поступить, если запрашиваемая организация отказывается в выдаче документов. В таком случае истребовать необходимые документы можно путем обращения в вышестоящую организацию либо путем подачи жалобы на отказ в выдаче в суд. Если же отказ в выдаче документов мотивирован тем, что в них содержатся сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну, защитник может заявить ходатайство об истребовании документа дознавателю, следователю, прокурору или суду, в производстве которого находится дело.

Гражданин А.И. Ламбин, представлявший в качестве адвоката интересы ООО «Морской бриз» в Арбитражном суде Камчатской области в деле по иску данной организации к ООО «Камчатскресурс ЛТД» о взыскании задолженности в размере 16 911 619 руб., руководствуясь п. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», обратился в межрайонную инспекцию № 2 Министерства Российской Федерации по налогам и сборам по

Камчатской области и Корякскому автономному округу с адвокатским запросом о наличии банковских счетов и имущества ООО «Камчатскресурс ЛТД», однако налоговый орган в предоставлении информации отказал, обосновав свою позицию тем, что указанная норма Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не предусматривает право адвоката на использование конфиденциальной информации, к которой, согласно ст. 102 Налогового кодекса РФ, относятся подобные сведения.

Решением Петропавловск-Камчатского городского суда от 26 августа 2003 г., оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Камчатского областного суда, А.И. Ламбину было отказано в удовлетворении заявления об оспаривании действий налогового органа на том основании, что сведения о наличии банковских счетов и имущества являются конфиденциальными, относятся к налоговой тайне и не подлежат разглашению, а действующим законодательством не предусмотрено право адвокатов на получение у налоговых органов конфиденциальной информации, в частности сведений, составляющих налоговую тайну. 28 октября 2003 г. Камчатский областной суд, согласившись с доводами судов первой и кассационной инстанций, отказал А.И. Ламбину в удовлетворении заявления об истребовании дела для рассмотрения в порядке надзора.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации А.И. Ламбин просит признать не соответствующим ст.ст. 24 (ч. 2), 29 (ч. 4), 34 (ч. 1), 37 (ч. 1), 46 (ч. 1) и 55 (ч. 3) Конституции РФ положение ст. 102 Налогового кодекса РФ (в ред. от 2 января 2000 г.), согласно которому налоговую тайну составляют сведения о налогоплательщике, полученные налоговым органом, за исключением перечня сведений, установленных п. 1 данной статьи, поскольку оно необоснованно относит любые сведения, полученные налоговым органом, к налоговой тайне и ограничивает его право свободно искать и получать информацию любым законным способом для осуществления юридической помощи доверителю.

В силу непосредственного действия ст. 24 (ч. 2) Конституции РФ любая информация, за исключением сведений, содержащих государственную тайну, сведений о частной жизни, а также конфиденциальных сведений, связанных со служебной, коммерческой, профессиональной и изобретательской деятельностью, должна быть доступна гражданину, если собранные документы и материалы затрагивают его права и свободы, а законодатель не предусматривает специальный правовой статус такой информации в соответствии с конституционными принци-

пами, обосновывающими необходимость и соразмерность ее особой защиты.

Такая правовая позиция, сформулированная в Постановлении Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. по делу о проверке конституционности п. 2 ст. 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», применима к ситуациям, связанным с обеспечением доступа к сведениям, составляющим налоговую тайну, поскольку в соответствии с закрепленными Конституцией Российской Федерации гарантиями свободы экономической деятельности в качестве одной из основ конституционного строя Российской Федерации (ч. 1 ст. 8) каждый вправе свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом как единолично, так и совместно с другими лицами (ч. 2, ст. 35), а также свободно использовать свое имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1, ст. 34). Из указанных конституционных гарантий вытекает право на сохранение в тайне сведений, в том числе полученных налоговыми органами, виды и объем которых устанавливаются законом, а также обязанность государства обеспечивать это право в законодательстве.

Специальный правовой статус сведений, составляющих налоговую тайну, закреплен ст. 102 Налогового кодекса РФ, исходя из интересов налогоплательщиков и с учетом соблюдения принципа баланса публичных и частных интересов в указанной сфере, поскольку в процессе осуществления налоговыми органами Российской Федерации своих функций, установленных Налоговым кодексом РФ и иными федеральными законами, в их распоряжении оказывается значительный объем информации об имущественном состоянии каждого налогоплательщика, распространение которой может причинить ущерб как интересам отдельных граждан, частная жизнь которых является неприкосновенной и охраняется законом, так и юридических лиц, чьи коммерческие и иные интересы могут быть нарушены в случае произвольного распространения в конкурентной или криминальной среде значимой для бизнеса конфиденциальной информации. Поэтому федеральный законодатель предусмотрел ограниченный режим доступа к такой информации путем установления исчерпывающего перечня субъектов, обладающих в силу закона правом обращения к налоговым органам за предоставлением сведений, составляющих налоговую тайну, в указанных в законе целях.

В пункте 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» закреплены права адвоката, среди которых упомянута возможность собирать необходимые для оказания

юридической помощи сведения, в том числе запрашивать документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, а также иных организаций, которые обязаны выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии в порядке, установленном законодательством. Однако он не включен законодателем в число лиц, имеющих доступ к сведениям, составляющим налоговую тайну.

Положение ст. 102 Налогового кодекса РФ, относящей к налоговой тайне сведения о налогоплательщике, полученные налоговым органом, за исключением перечня сведений, установленных п. 1 данной статьи, адресовано налоговым органам, органам внутренних дел, органам государственных внебюджетных фондов и таможенным органам, их должностным лицам и привлекаемым специалистам, экспертам, а также другим лицам, которым в силу закона доступна информация, составляющая налоговую тайну¹⁸⁵.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрел жалобу гражданина Иноземцева Евгения Васильевича на нарушение его конституционных прав ст. 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, согласно которой информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну и не подлежат разглашению; ее передача другим гражданам без согласия гражданина или его законного представителя допускается лишь в строго определенных данной статьей случаях, в частности по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством¹⁸⁶.

Как следует из жалобы, Е.В. Иноземцев неоднократно обращался в органы здравоохранения с просьбой о предоставлении информации относительно оказания медицинской помощи отдельным гражданам, выступающим в качестве стороны по уголовному и гражданским делам, в которых Е.В. Иноземцев участвует соответственно в качестве подсудимого и гражданского истца, поскольку такая информация могла, по его мне-

¹⁸⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 30 сентября 2004 г. № 317-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ламбина Александра Ивановича на нарушение его конституционных прав статьей 102 Налогового кодекса Российской Федерации».

¹⁸⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2005 г. № 300-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иноземцева Евгения Васильевича на нарушение его конституционных прав статьей 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан».

нию, иметь доказательственное значение при разрешении данных дел. В удовлетворении этой просьбы ему было отказано со ссылкой на ст. 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, Конституционный Суд РФ указал, что в силу ч. 2 ст. 24 Конституции РФ органы государственной власти обязаны обеспечить каждому оздоровление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Данная норма не определяет порядок и условия реализации гарантированного ею права, — это относится к компетенции федерального законодателя, который, исходя из потребностей защиты частных и публичных интересов, вправе установить разные уровни гарантий и степень возможных ограничений права на получение информации при условии соразмерности таких ограничений конституционно признаваемым целям их введения (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации).

Статья 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан как раз и является такой законодательной нормой, которая устанавливает специальный правовой режим информации, содержащей врачебную тайну, в связи с чем нет оснований для вывода о том, что ее положениями нарушаются гарантируемые ст. 24 и ч. 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации права заявителя. Предусмотренный данной нормой особый порядок предоставления сведений, содержащих врачебную тайну, исключающий возможность ее получения по требованию третьих лиц и защищающий тем самым право каждого на тайну частной жизни (ч. 1 ст. 24 Конституции Российской Федерации), вместе с тем не препятствует участникам как уголовного, так и гражданского судопроизводства в соответствии с конституционным принципом состязательности и равноправия сторон реализовать свое право на защиту всеми способами, не запрещенными законом, в том числе путем заявления ходатайств об истребовании этой информации органами дознания и следствия, прокурором или судом. Отказ в удовлетворении ходатайств не препятствует участникам уголовного и гражданского судопроизводства в дальнейшем повторно заявлять их в стадии судебного разбирательства, а также настаивать на проверке вышестоящими судебными инстанциями законности и обоснованности решений, принятых как по этим ходатайствам, так и в целом по результатам рассмотрения дела.

Претворяя в жизнь принцип состязательности уголовного судопроизводства и стремясь к равноправию сторон, законодатель предоставил защитнику **право привлекать специалиста** (п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ). Расширение возможностей использования специальных знаний в уголов-

ном процессе следует признать значительным шагом в укреплении принципа состязательности¹⁸⁷ и совершенствовании процедуры доказывания¹⁸⁸.

В соответствии со ст. 58 УПК РФ специалист может быть привлечен к участию в процессуальных действиях для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Соответственно, можно выделить следующие формы деятельности специалиста в уголовном процессе: 1) помощь при проведении процессуальных действий; 2) постановка вопросов эксперту; 3) разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Исследователи подчеркивают, что в настоящее время защитник наряду со следователем наделен правом привлекать специалиста к участию в следственных действиях для осуществления последним функций, возложенных на него законом: оказание содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств и др. Но поскольку проведение следственных действий является прерогативой следователя, защитник не имеет никаких процессуальных возможностей по привлечению специалиста. Он вправе заявить ходатайство о привлечении того или иного лица в качестве специалиста для участия в процессуальных действиях, но следователь вполне может его отклонить или пригласить «своего» специалиста. Нельзя упускать из вида указание законодателя на возможность участия специалиста не только в следственных, судебных, но и в иных действиях, предусмотренных УПК РФ (п. 32 ст. 5 УПК РФ), поскольку в ст. 58 УПК РФ говорится о привлечении специалиста к участию в процессуальных действиях. А в таких процессуальных действиях, как наложение ареста на имущество, ознакомление обвиняемого с заключением эксперта и т.д. использование специальных знаний особенно эффективно в том случае, когда специалист приглашен стороной защиты.

¹⁸⁷ Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. — 2003. — № 9; Гришина Е.П., Саушкин С.А. Проблемные вопросы совершенствования правового регулирования производства следственных действий с участием специалиста // Российский следователь. — 2005. — № 8. — С. 19.

¹⁸⁸ Соловьев А. Использование специальных познаний при доказывании по УПК РФ // Уголовное право. — 2007. — № 2. — С. 95; Лазарева Л. К вопросу о правовой сущности заключения специалиста // Уголовное право. — 2009. — № 1. — С. 93; Быков В. Заключение специалиста // Законность. — 2004. — № 9. — С. 24.

Каким же образом защитник может привлечь специалиста к участию в уголовном деле? Ответ на этот вопрос, казалось бы, дает п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ: в соответствии со ст. 58 УПК РФ. Однако ч. 2 ст. 58 указывает, что вызов и порядок участия специалиста в уголовном судопроизводстве определяется ст.ст. 168 и 270 УПК РФ. Статья 168 УПК РФ говорит нам о том, что следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста, он же разъясняет ему права, ответственность (в том числе уголовную, предусмотренную ст.ст. 307, 308 УК РФ), порядок производства следственного действия (ч. 5 ст. 164 УПК РФ). Следователь же определяет компетенцию специалиста и выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему. Как мы видим, достаточно четко прописана процедура привлечения специалиста в уголовный процесс следователем, при этом нет ни слова о защитнике. Ст. 270 УПК РФ регулирует вопрос привлечения специалиста судом в ходе судебного разбирательства. Таким образом, указание законодателя на право защитника привлекать специалиста декларативно и не находит своего подтверждения в регулировании процедуры такового в Уголовно-процессуальном кодексе РФ.

Следует также заметить, что не содержит УПК РФ и порядка выполнения двух других форм деятельности специалиста: ставить вопросы перед экспертом и разъяснять вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию. Причем регулирования данного вопроса нет как для защитника, так и для органов, ведущих производство по уголовному делу. На это уже обращали внимание исследователи ранее¹⁸⁹.

Помощь специалиста защитнику может быть выражена как в процессуальной форме, так и во внепроцессуальной.

Основным направлением использования специальных знаний в адвокатской деятельности является **консультативная деятельность специалиста**.

1. Консультации по вопросам использования специальных знаний необходимы адвокатам, в первую очередь, *при назначении экспертизы и постановке вопросов экспертам*.

Назначая экспертизу по уголовному делу, следователь, в соответствии со ст. 195 УПК РФ, знакомит с постановлением подозреваемого, обвиняемого и защитника. Защитник, ознакомившись с поставленными перед экспертом вопросами и предоставленными для исследования объектами, после консультации со специалистом, в соответствии со ст. 198 УПК РФ, может заявить ходатайство о постановке перед экспертом дополнительных вопросов, о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц

¹⁸⁹ Давлетов А. Указ. соч.

либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении. Помощь специалиста при назначении экспертизы, по мнению Е.Р. Россинской¹⁹⁰, связана, например: с указанием на невозможность решения данного вопроса (например, из-за отсутствия экспертной методики); с указанием на непригодность объектов для экспертного исследования (что очевидно только лицу, обладающему специальными знаниями); с указанием на ошибки в собирании (обнаружении, фиксации, изъятии) объектов, могущих стать впоследствии вещественными доказательствами (ошибки могут быть связаны с неиспользованием или неправильным использованием технико-криминалистических средств и методов собирания тех или иных следов, особенно микрообъектов); с определением рода или вида судебной экспертизы (что напрямую связано в дальнейшем с выбором экспертного учреждения или кандидатуры эксперта); с указанием на материалы, которые необходимо предоставить в распоряжение эксперта (например, протоколы осмотра места происшествия и некоторых вещественных доказательств, схемы, планы, документы, полученные при выемке, и пр.). Данная помощь специалиста в дальнейшем может быть использована защитником для заявления ходатайства о производстве повторной или дополнительной экспертизы.

2. Важно использование специальных познаний специалиста *при оценке экспертного исследования*, поскольку он может оценить не столько формальное соответствие экспертного заключения процессуальным правилам, сколько содержание заключения и обоснованность его выводов. Практика свидетельствует, что в подавляющем большинстве случаев следователя и суд из всего экспертного заключения интересуют лишь выводы эксперта. Оценка ими заключения эксперта обычно сводится лишь к проверке полноты этих выводов, их формы и соответствия иным доказательствам по делу. Орган, назначивший экспертизу, не в состоянии оценить ни научную обоснованность выводов эксперта, ни правильность выбора и применения им методов исследования, ни соответствие этих методов современным достижениям соответствующей области знания, поскольку для такой оценки этот орган должен обладать теми же познаниями, что и эксперт¹⁹¹.

¹⁹⁰ Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК // Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». — М., 2004.

¹⁹¹ Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005. А.Р. Белкин приводит меткое и образное высказывание П. Сергеевича по этому поводу: «Пока эксперт в зале суда один, он неуязвим, хотя бы говорил вздор. Дайте ему противника — речения оракула превратятся в самолюбивый спор».

Основными вопросами, подлежащими рассмотрению специалистом, оценивающим заключение эксперта, являются: пригодность представленных вещественных доказательств и сравнительных образцов для исследования; достаточность (с точки зрения используемых экспертных методик) имеющихся объектов и образцов для дачи заключения; методы, использованные при производстве судебной экспертизы, оборудование, с помощью которого реализованы эти методы (обеспечен ли метрологический контроль и проверка оборудования, его юстировка и калибровка); научная обоснованность экспертной методики, граничные условия ее применения, допустимость применения избранной методики в данном конкретном случае¹⁹².

3. Адвокат может привлечь специалиста *для анализа протоколов следственных действий*, в ходе которых использовались специальные знания. Специалист может указать защитнику на ошибки в собирании (обнаружении, фиксации, изъятии) объектов, могущих впоследствии стать вещественными доказательствами. Самостоятельно защитник, как правило, способен выявить только процессуальные нарушения. Ошибки могут быть связаны с неиспользованием технико-криминалистических средств и методов собирания тех или иных следов, а также с неправильным применением этих средств и методов.

Результат данной деятельности специалиста не формирует доказательства. Консультация специалиста помогает стороне защиты создать свою версию происшедшего, высказать сомнения в обоснованности освещения его обстоятельств стороной обвинения. Процессуальное воплощение результатов деятельности специалиста — это его заключение и показания (ст. 74, 80 УПК РФ). Именно для их получения специалист привлекается в уголовный процесс.

Заключение специалиста — данное в письменном виде суждение специалиста по вопросам, поставленным перед ним сторонами (ч. 3 ст. 80 УПК РФ). В соответствии с п. 3.1 ч. 2 ст. 74 УПК РФ оно является доказательством по уголовному делу. Значение заключения специалиста как самостоятельного вида доказательства ставится под сомнение многими исследователями, поскольку такое заключение может быть фактически получено только в непроцессуальном порядке, так как закон соответствующей процедуры не устанавливает¹⁹³. Другие же исследователи, призна-

¹⁹² Россинская Е.Р. Реалии и перспективы использования специальных знаний по новому УПК // Материалы международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания». — М., 2004.

¹⁹³ Божьев В. Изменение УПК РФ — не всегда средство его совершенствования // Законность. — 2005. — № 8. — С. 2–6; Шейфер С.А. Роль защиты в формировании до-

вая доказательственное значение заключения специалиста, указывают, что право инициировать его появление должно принадлежать не следователю, дознавателю или суду, а тем участникам процесса доказывания, которые не вправе принимать решения по делу: подозреваемому, обвиняемому, защитнику, частному обвинителю, прокурору (в судебном производстве), потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям. У этих лиц нет права назначить судебную экспертизу, а потому именно для них важна возможность самостоятельно предоставить объекты, поставить перед ним вопросы, получить заключение и ходатайствовать о его приобщении к материалам дела¹⁹⁴. Действительно, ч. 4 ст. 80 УПК РФ указывает на то, что вопросы перед специалистом ставятся сторонами. На это же обращает внимание и А.Р. Белкин, указывая, что этот факт отражает возросшую роль состязательности в уголовном процессе — стороны обладают свободой привлечь именно того специалиста, которого считают нужным, и задать ему именно те вопросы, которые сочтут уместными¹⁹⁵.

Определяя статус заключения специалиста как доказательства, законодатель в УПК РФ никак не регламентирует его процессуальную форму и содержание. Как верно отмечает профессор А. Давлетов, процессуальный механизм реализации возможностей специалиста имеет определяющее значение, ибо в процессуальной деятельности важна не столько правовая идея, сколько порядок, процедура ее практического применения¹⁹⁶.

У защитника есть право получить в письменном виде мнение специалиста в форме заключения и представить его должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, в виде ходатайства о приобщении к уголовному делу в качестве доказательства, а также ходатайствовать о допросе специалиста. Мнение специалиста может послужить основанием для назначения повторной либо дополнительной экспертизы.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ гражданин А.В. Пронь оспаривал конституционность п. 4 ч. 4 ст. 47, п. 2 ч. 1 ст. 53, ст.ст. 74, 85 и 86 УПК РФ, как не предусматривающих обязанность следователя приобщать к материалам уголовного дела в качестве доказательства экспертное заключение, полученное по инициативе обвиняемого, а не по постанов-

казательственной базы по уголовному делу // Государство и право. — 2006. — № 7. — С. 59–65; Темираев О. Компетенция специалиста // Законность. — 2005. — № 6. — С. 39, 40.

¹⁹⁴ См.: Овсянников И. Заключение и показания специалиста // Законность. — 2005. — № 7. — С. 32, 33.

¹⁹⁵ См.: Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005.

¹⁹⁶ См.: Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. — 2003. — № 9.

лению органа предварительного следствия, что, по мнению заявителя, ставит обвиняемого и его защитника в неравное положение со стороны обвинения, нарушает право на защиту и не соответствует ст.ст. 2, 15 (ч. 1 и 2), 18, 45 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции РФ¹⁹⁷.

Как следует из представленных материалов, государственное учреждение «Северо-Западный региональный центр судебной экспертизы Министерства юстиции Российской Федерации» подготовило по заявлению обвиняемого А.В. Проня экспертное заключение, однако следователь отказал в удовлетворении ходатайства адвоката обвиняемого о приобщении этого заключения к материалам уголовного дела в качестве доказательства.

В соответствии с Конституцией РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123). Однако из данных конституционных положений не следует возможность выбора обвиняемым по своему усмотрению любых способов и процедур защиты, особенности которых применительно к отдельным видам судопроизводства определяются федеральным законом исходя из Конституции.

В частности, порядок назначения и проведения судебной экспертизы в уголовном процессе, закрепленный Уголовно-процессуальным кодексом РФ (ст.ст. 195–207 и 283) и Федеральным законом «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (ст.ст. 19–25), предполагает, что основанием для производства судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении является не заявление обвиняемого или его защитника, а постановление органа дознания, предварительного следствия, прокурора или суда.

Вместе с тем уголовно-процессуальное законодательство предусматривает определенный процессуальный механизм, который направлен на реализацию права обвиняемого на защиту от предъявленного обвинения при решении вопроса о назначении и проведении судебной экспертизы. Так, обвиняемый и его защитник в рамках права на представление доказательств могут заявлять ходатайства о назначении и проведении судебной экспертизы, а при ее назначении — знакомиться с постановлением о ее назначении, заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении, ходатай-

¹⁹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 4 марта 2004 г. № 145-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Проня Александра Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 4 части четвертой статьи 47, пунктом 2 части первой статьи 53, статьями 74, 85 и 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

ствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении, ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту, присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту, знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта, обжаловать действия (бездействие) и решения следователя, прокурора и суда, в том числе по вопросам проведения судебной экспертизы (ст.ст. 47, 53, 119—127, 198 и 283 УПК РФ).

При недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела обвиняемый и его защитник вправе ходатайствовать о назначении дополнительной судебной экспертизы, производство которой поручается тому же или другому эксперту, а в случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов — о назначении повторной экспертизы, производство которой поручается другому эксперту (ст.ст. 47, 53, 119—122, 207 и 283 УПК РФ).

Что касается отказа следователя в удовлетворении ходатайства о предоставлении к материалам уголовного дела в качестве доказательства экспертного заключения государственного учреждения «Северо-Западный региональный центр судебной экспертизы Министерства юстиции Российской Федерации», то А.В. Пронь (или его адвокат) вправе заявить это ходатайство повторно в стадии судебного разбирательства, а также оспаривать в суде законность и обоснованность принятых по нему решений.

Показания специалиста — это сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями ст.ст. 53, 168 и 271 УПК РФ. Формы такого допроса в УПК РФ нет. Ч. 4 ст. 271 УПК РФ указывает, что суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон. Однако порядка проведения такого допроса в судебном следствии также нет. Практика выходит из ситуации путем допроса специалиста в качестве свидетеля (сведущего свидетеля). Однако следует сказать, что специалист и свидетель — разнородные участники уголовно-процессуальной деятельности, что подтверждается закреплением статуса каждого в разных статьях УПК РФ (56 и 58), неодинаковой нормативной дефиницией этих субъектов, собственной со-

вокупностью прав и обязанностей того и другого, а главное — различным характером приобретенного знания.

Наиболее распространенной формой участия защитника в доказывании в досудебных стадиях является **заявление ходатайств**. Ходатайство — официальная просьба о совершении процессуальных действий или принятии процессуальных решений, обращенная к дознавателю, следователю либо в суд. Оно может быть заявлено в целях: 1) установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела; 2) обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство, или представляемого им лица (ч. 1 ст. 119 УПК РФ).

Ходатайства об участии в доказывании направлены прежде всего на собирание доказательств, подтверждающих позицию доверителя или опровергающих позицию противоположной стороны. Для защитника ходатайства об установлении обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, являются основным способом участия в доказывании. К такого рода ходатайствам можно отнести ходатайства о производстве следственного действия, о приобщении предметов в качестве вещественного доказательства, о приобщении документов в качестве иных документов, о присутствии обвиняемого (подозреваемого) при производстве судебной экспертизы и т.п.

Конституционный Суд РФ рассмотрел жалобу гражданина П.Е. Пятничука, который просит признать не соответствующими ст. 123 (ч. 3) Конституции РФ положения ст. 86 «Собирание доказательств» и ст. 161 «Недопустимость разглашения данных предварительного следствия» УПК РФ, ограничивающих, по его утверждению, право подозреваемого, обвиняемого представлять доказательства в свою защиту и нарушающих тем самым конституционный принцип состязательности и равноправия сторон¹⁹⁸.

Как уже было выше сказано, в соответствии с Конституцией РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 2 ст. 123). Названные конституционные положения не исключают право законодателя установить в отраслевом законодательстве специальные правила, регламентирующие порядок собирания и оценки доказательств по уголовному делу, особенности которых применительно к отдельным видам судопроизводства определяются федеральными законами исходя из Конституции РФ.

¹⁹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. № 467-О «По жалобе гражданина Пятничука Петра Ефимовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86 и 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Эти правила, содержащиеся, в частности, в ст. 86 УПК РФ и действующие во взаимосвязи с иными нормами уголовно-процессуального законодательства, предусматривают, что собирание доказательств в ходе уголовного судопроизводства осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом. Подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Защитник также вправе собирать доказательства путем получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия и истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций.

Закрепленное в ст. 86 УПК РФ право подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства является одним из важных проявлений права данных участников процесса на защиту от уголовного преследования и формой реализации конституционного принципа состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ). Этому праву соответствует обязанность дознавателя, следователя и прокурора в ходе предварительного расследования рассмотреть каждое заявленное в связи с исследованием доказательств ходатайство, причем в силу ч. 2 ст. 159 УПК РФ подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для конкретного уголовного дела.

Тем самым уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа должностным лицом или органом, осуществляющим предварительное расследование, как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении представленных ею доказательств к материалам уголовного дела. По смыслу содержащихся в Уголовно-процессуальном кодексе РФ нормативных предписаний в их взаимосвязи с положениями ст.ст. 45, 46 (ч. 1), 50 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции РФ, такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие или отсутствие события преступления, виновность или невиновность лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению

при производстве по уголовному делу, когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельства, которые призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлены на основе достаточной совокупности других доказательств, в связи с чем исследование еще одного доказательства с позиций принципа разумности оказывается избыточным. Принимаемое при этом решение во всяком случае должно быть обосновано ссылками на конкретные доводы, подтверждающие неприемлемость доказательства, об истребовании и исследовании которого заявляет сторона защиты.

При заявлении ходатайств адвокатам следует иметь в виду, что, во-первых, защитнику не может быть отказано (так же, как и представителю потерпевшего и некоторым иным лицам (ч. 2 ст. 159 УПК РФ)) на стадии предварительного расследования в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для уголовного дела; во-вторых, на стадии судебного разбирательства суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон.

§6. Ходатайство об участии в следственных действиях

В ходе предварительного следствия по уголовному делу в отношении гражданина М.Г. Кабулиева его защитник заявил ходатайство о допуске к участию в производстве всех следственных действий. Постановлением следователя в удовлетворении этого ходатайства было отказано; суд признал такое решение следователя законным¹⁹⁹.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ М.Г. Кабулиев просит признать не соответствующим Конституции РФ, ее статьям 15 (ч. 4), 17 (ч. 1 и 3), 18, 19 (ч. 1), 45 (ч. 2), 48 (ч. 2), 55 (ч. 3), 123 (ч. 3) пункт 5 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, устанавливающий, что с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с уча-

¹⁹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 4790 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кабулиева Магомедали Гасбулаевича на нарушение его конституционных прав пунктом 5 части первой статьи 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

ствием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном данным Кодексом.

По мнению заявителя, эта норма, по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, ограничивает право защитника присутствовать по его ходатайству при проведении предварительного расследования, следственных действий, производимых по инициативе стороны обвинения без участия подозреваемого или обвиняемого, тем самым нарушая принцип состязательности и равноправия сторон и конституционное право заявителя защищаться всеми не запрещенными законом способами, а также не позволяет защитнику своевременно выявлять допущенные органами предварительного расследования при производстве следственных действий нарушения закона.

Положения п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК РФ, устанавливающего право защитника участвовать в следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника, сами по себе не могут рассматриваться как ограничивающие права защитника, а также права подозреваемого и обвиняемого на защиту своих прав и законных интересов в уголовном судопроизводстве на основе состязательности и равноправия сторон. Исходя из целей уголовного судопроизводства и предусмотренных Конституцией РФ, в частности ее ст.ст. 45 и 48, гарантий прав и законных интересов участников уголовно-процессуальных отношений, они закрепляют такие правила участия защитника в тех или иных следственных действиях, которые обусловлены особенностями постадийного построения уголовного процесса и необходимостью защиты предусмотренными уголовно-процессуальным законодательством способами конфиденциальной информации, получаемой и исследуемой в ходе досудебного производства по уголовному делу и составляющей следственную тайну.

При этом, действуя в системной связи с другими нормами как статьи 53 УПК РФ, так и других статей данного Кодекса, указанные положения создают механизм защиты прав подозреваемого и обвиняемого, в рамках которого участвующий в следственных действиях защитник вправе давать своему подзащитному краткие консультации в присутствии следователя, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать подлежащие внесению в протокол следственного действия замечания по поводу правильности и полноты записей в нем, соблюдения следователем порядка производства следственного действия и прав его участников.

Кроме того, оспариваемая заявителем норма не препятствует стороне защиты оспаривать, в том числе в суде, полученные в результате следст-

венных действий доказательства, собирать и представлять собственные доказательства, ходатайствовать о допросе свидетелей, назначении судебной экспертизы, проведении других следственных действий и в силу принципа состязательности и равноправия сторон не освобождает дознавателя, следователя и прокурора от обязанности рассмотреть в ходе предварительного расследования каждое заявленное в связи с исследованием доказательств ходатайство, не допуская при этом отказа в их удовлетворении, если обстоятельства, об установлении которых ходатайствует сторона защиты, имеют значение для данного уголовного дела.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина М.М. Алиева вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда РФ²⁰⁰, установил:

1. В жалобе гражданина М.М. Алиева оспаривается конституционность ч. 2 ст. 53 «Полномочия защитника» УПК РФ, устанавливающей, что защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия; следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол.

Как утверждает заявитель, эта норма, предусматривающая право следователя отводить вопросы защитника, позволила следователю при проведении очной ставки между ним как обвиняемым и потерпевшей по этому делу произвольно отвести ряд вопросов, заданных потерпевшей участвующим в данном следственном действии защитником, что нарушило принцип состязательности и равноправия сторон, а также его права, гарантируемые ст.ст. 15, 17, 18, 19, 45, 48, 51 и 55 Конституции РФ.

1. Конституционные положения о праве каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, о праве подозреваемого и обвиняемого пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения, а также об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон не исключают необходимость установления законодателем особых правил и процедур осуществления

²⁰⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 24 ноября 2005 г. № 430-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Алиева Магомедали Магомедзагировича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

предварительного расследования по уголовным делам. В соответствии с этими правилами следователь самостоятелен в производстве следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, выборе тактики их проведения и принятии решений относительно того, какие вопросы участвующего в их производстве защитника допрашиваемому лицу могут быть отведены как наводящие либо не имеющие отношения к уголовному делу или к предмету, устанавливаемому данным следственным действием.

Законность и обоснованность отвода следователем того или иного вопроса, заданного защитником допрашиваемым лицам, обеспечивается установлением обязанности следователя занести отведенные вопросы в протокол следственного действия, а также наделением участвующих в его производстве лиц правом делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении, оспаривать достоверность этого доказательства и допустимость его использования для обвинения, ходатайствовать о дополнительном допросе лица по вопросам, предложенным стороной защиты, задавать отведенные следователем вопросы в ходе судебного разбирательства.

Реализация защитой своих полномочий на заявление **ходатайства об исключении недопустимых доказательств** и на возражение против необоснованных ходатайств защиты об исключении доказательств, являющихся допустимыми, имеет особенно важное значение на этапе предварительного слушания. Для этого адвокат должен учитывать положения ст. 235 УПК РФ, раскрывающие порядок и правовые последствия заявления ходатайств об исключении доказательств.

Стороны вправе заявить ходатайство об исключении из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, любого доказательства. В случае заявления стороной такого ходатайства его копия передается другой стороне в день представления ходатайства в суд (ч. 1 ст. 235 УПК РФ).

Ходатайство об исключении доказательства помимо указания на это доказательство должно содержать предусмотренные УПК РФ основания для принятия такого решения и обстоятельства, обосновывающие ходатайство (ч. 2 ст. 235 УПК РФ).

При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК РФ, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. От адвоката зависит привести, убедительно обосновать, мотивировать доводы, подтверждающие недопустимость доказательства. В остальных слу-

чаяя бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство (ч. 4 ст. 235 УПК РФ).

Доказательства могут быть исключены судом по следующим основаниям: доказательства не имеют значения для уголовного дела (не отвечают требованию относимости); доказательства получены с нарушением требований УПК РФ (недопустимые доказательства); представленные в качестве доказательств сведения, в том числе результаты оперативно-розыскной деятельности, не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам (например, получены ненадлежащим субъектом, из ненадлежащего источника, без возбуждения уголовного дела).

При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым (ч. 7 ст. 235 УПК РФ).

Если судья удовлетворяет ходатайство об исключении доказательства и при этом назначает судебное заседание, то в постановлении указывается, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания (ч. 4 ст. 236 УПК РФ).

Процедура заявления и рассмотрения ходатайства об исключении доказательства подробно регламентирована в гл. 34 УПК РФ «Предварительное слушание», где вопрос о проверке допустимости доказательств — один из основных, подлежащих разрешению. Ходатайство о проведении предварительного слушания для рассмотрения вопроса об исключении доказательства может быть заявлено защитником после ознакомления с материалами дела при окончании предварительного расследования либо после направления дела в суд в течение трех суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта (ч. 3 ст. 229 УПК РФ).

В случае, если отсутствуют возражения другой стороны по заявленному ходатайству об исключении доказательства, оно подлежит удовлетворению без исследования материалов дела (ч. 5 ст. 234 УПК РФ). В случае заявления возражений против ходатайства по решению судьи в заседании оглашаются соответствующие протоколы следственных действий и иные документы. По усмотрению судьи на предварительном слушании проводится допрос свидетеля или приобщается к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве, если это может иметь значение для оценки судом оснований исключения доказательств.

ГЛАВА 13

Правовое обеспечение адвокатами сферы хозяйственных отношений

§1. Об осознании текущего момента и нравственном выборе адвокатами своей роли в защите бизнеса и предпринимательства

Определяющей специфику адвокатской деятельности чертой является неизбежность и постоянство противоборства и противостояния. Как отмечает А.В. Воробьев, конфликт — это нормальная среда обитания адвоката. При этом адвокат наделен минимумом средств, чтобы защищать своего доверителя²⁰¹. Из этого с неизбежностью следует, что адвокат постоянно стоит перед выбором как нравственным, так и профессиональным.

Нынешний исторический период жизни нашей страны характеризуется тяжелейшим финансовым кризисом и многочисленными техногенными катаклизмами. Подобная картина не является предметом анализа в настоящем учебнике. Однако мы не можем оставить «за кадром исследования» то, что следом за техногенными идут катаклизмы и в обществе, и это, без сомнения, сказывается как на правовой системе, так и на правах и законных интересах жителей страны. Тотальное разложение морали и нравственности, психические аномалии, сексуальные девиации, алкоголизация, наркомания, проституция, дебилизация сознания, безработица, преступность, бедность и нищета — основные поставщики сферы криминала. А рядом с этой сферой — состояние безысходности и потерянности у многих и многих представителей человеческого общества, которым уже не до высоких дум о свойствах окружающего мира.

Следует отметить, что на необходимость идеологической составляющей в подготовке юристов, специализирующихся на правовом обеспечении предпринимательской деятельности, было обращено внимание представителями высшей школы. «Представляется, что высшая школа при сохранении всех добрых (зачастую в хорошем смысле даже консер-

²⁰¹ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. — М.: Грантъ, 2002. — С. 116,466.

§1. Об осознании текущего момента и нравственном выборе адвокатами своей роли в защите бизнеса и предпринимательства

вативных) традиций преподавания юридических дисциплин, безусловно, должна обеспечивать запрос на изменившиеся содержание и идеологию подготовки юристов, специализирующихся на правовом обеспечении предпринимательской деятельности»²⁰².

Проблема выбора являлась и является не просто актуальной, а в нынешней ситуации, — острой. Приведем пример. В 2002 г. в США под влиянием принятого Закона Сарбейнса-Оксли, ставшего реакцией на ряд финансовых махинаций и нарушений этических принципов и норм, Комиссия по рынку ценных бумаг США (the U.S. Securities and Exchange Commission, SEC) предложила обязать корпоративных юристов при определенных условиях сообщать о нарушениях, совершаемых клиентами. Данное предложение вызвало шквал негативных откликов. Как отмечала Американская ассоциация корпоративных юристов, «юристы компаний крайне озабочены подобным шагом Комиссии и видят в нем угрозу своей независимости; в случае обретения данным положением юридической силы корпоративный юрист будет восприниматься менеджментом не как заслуживающий доверия советник, но исключительно как надзирающий за компанией полицейский»²⁰³.

Существующая система научных и политических представлений, описывающих реальность, уже не в силах объяснить многие наблюдаемые феномены и противоречия в природе и обществе. В нынешних научных сообществах, в том числе и юридическом, даже под угрозой глобальной катастрофы ученые не в силах отказаться от устаревших и потерявших актуальность знаний и догм. К великому сожалению, в современной общественной системе координат нет ни соответствующих юридических корректировок, ни даже их проектных очертаний. А потому современные юристы вынуждены блуждать в потемках правовых и философских лабиринтов. Немалую толику в это внесли и адвокаты, которые защищали и защищают, наряду с предпринимателями, занимающимися малым и средним бизнесом, крупных воротил экономики, олигархов и других деятелей отечественного бизнеса, основная цель которых сводится лишь к одному: получению сверхприбыли любыми путями, монопольному бизнесу путем разграбления национальных богатств и перекачки общественного достояния за рубеж, в том числе путем нечеловеческой эксплуатации, обмана, жульничества, воровства и грабежа природных ресурсов страны.

²⁰² Дискуссия о статусе и профессиональной модели корпоративного юриста // Корпоративный юрист. — 2007. — № 8. — С. 50–55; Шиткина И.С. Организация правового обеспечения предпринимательской деятельности: теория и практика // Предпринимательское право. — 2009. — № 3.

²⁰³ Беллис Дж. Изменившаяся роль корпоративного юриста: как увеличить прибыльность бизнеса // Корпоративный юрист. — 2007. — № 10. — С. 22.

Ныне, когда достаточно четко и откровенно обнажился водораздел между лицами с нечестными способами извлечения прибыли и покровительствующими им коррумпированными государственными чиновниками и остальной частью нашего народа, в том числе занимающегося честным и добропорядочным бизнесом и предпринимательской деятельностью, адвокату современного мира необходим более нравственный подход в определении своей позиции и линии поведения в том или ином хозяйственном деле. С одной стороны, он должен научиться различать нравственность и безнравственность в ведении бизнеса и на основе этих критериев определять свое место и свою роль в предлагаемых ему вариантах участия в том или ином деле. С другой стороны, несмотря на то что адвокатура не участвует в политике и политических акциях, адвокат как личность все же должен иметь достаточно четкие собственные нравственные, социальные и политические убеждения, чтобы суметь отказаться от принятия на себя защиты откровенного жульничества, грабежа и беззакония, творимого его заказчиком, вопреки интересам своей страны и ее жителей.

Однако в любом случае адвокат в своем стремлении к честности и справедливости должен всегда помнить, что он не может и не имеет морального права бросить в беде конкретного человека. Защита человека, кем бы он ни был, в том числе крупным или особо крупным бизнесменом, жуликом или вором, убийцей или террористом, — это главное, что отличает адвоката от другого юриста, ибо крупный и особо крупный бизнес не всегда предполагает безнравственное и античеловеческое извлечение сверхприбылей, жульничество или воровство не всегда являются таковыми при более близком и внимательном рассмотрении этого явления, убийство не всегда бывает умышленным, а умышленное — не понимаемым с человеческой точки зрения. Тем более очень сложно определить на первый взгляд, террорист тот или иной человек или нет. Ведь и упомянутую Веру Засулич, посягнувшую на жизнь петербургского градоначальника, власть считала террористкой, а суд присяжных признал невиновной.

§2. Правовое положение адвоката при юридическом обеспечении хозяйственной деятельности предпринимателей

В результате экономического спада и разрушения хозяйственных структур в экономике России в начале 90-х гг. XX в. юридические службы предприятий практически прекратили свою деятельность. Многие предпри-

ятия были закрыты, а созданные вновь обходились без юристов. Количество юристов в штате работающих предприятий стало минимальным.

Постоянное совершенствование законодательной базы в России путем принятия новых законодательных актов и внесения изменений (2–2,5 тыс. документов в месяц) в действующие создает значительные трудности в применении их для лиц, не являющихся квалифицированными юристами. Вследствие этого все более востребованной становится помощь адвокатов субъектам предпринимательской деятельности.

В соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации субъектами предпринимательской деятельности могут являться юридические лица, зарегистрированные в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий, некоммерческих организаций, а также граждане — предприниматели без образования юридического лица, зарегистрированные в установленном порядке.

Сама защита предпринимательства адвокатами стала возможна с 1990 г., когда были приняты законы РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР» и от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности», которыми сама эта деятельность официально разрешалась. До принятия этих законов в соответствии с действовавшей Конституцией СССР 1977 г. и Конституцией РСФСР 1978 г., на основании действовавшего в то время Уголовного кодекса 1960 г. предпринимательская деятельность была запрещена и за занятие ею следовала уголовная ответственность.

Виды юридической помощи адвокатов организациям и учреждениям, занимающимся предпринимательской деятельностью или индивидуальным предпринимательством, в настоящее время определяются Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (Законом об адвокатуре). В нем прямо говорится, что адвокаты дают консультации и разъяснения по юридическим вопросам, устные и письменные справки по законодательству; осуществляют представительство в суде, арбитраже и других государственных органах по гражданским делам и делам об административных правонарушениях; оказывают гражданам и организациям также и иную юридическую помощь.

Гражданским кодексом РФ (гл. 39) предусмотрен в настоящее время порядок оказания возможных услуг правового характера, но полностью гл. 39 к адвокатам не применима, так как деятельность адвокатов при исполнении ими профессиональных функций не имеет цели извлечения

прибыли, т.е. не носит характер предпринимательской деятельности. С принятием регулирующих адвокатскую деятельность законодательных и иных нормативных актов виды правовой помощи, оказываемой адвокатами предпринимательству, будут конкретизированы и станут более полно отражать порядок оказания адвокатами данной помощи.

В чем преимущество деятельности адвоката при обслуживании субъектов предпринимательской деятельности перед штатными юристами, работающими на предприятиях?

1. Адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам, а следовательно, более объективен и беспристрастен.

2. Адвокат не может быть связан трудовыми отношениями и локальными актами организации, а также корпоративной культурой.

3. Адвокат менее связан с текущей деятельностью предприятия в отличие от юриста, вынужденного выполнять самые разнообразные поручения руководства, и поэтому способен решать глобальные проблемы с максимальной отдачей в минимальные сроки.

4. Правовая защита адвокатской деятельности дает возможность неразглашения служебной и коммерческой тайны организации или учреждения, ставшей известной адвокату в процессе правового обслуживания. Штатные юристы не вправе отказаться от дачи показаний сотрудникам правоохранительных органов по вопросам, связанным с финансово-хозяйственной деятельностью учреждения. Адвокат же, в соответствии с ст. 8 Закона об адвокатуре, не может быть допрошен об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с исполнением им обязанности защитника или представителя.

Эта же статья прямо запрещает адвокату разглашать сведения, ставшие ему известными в связи с оказанием юридической помощи.

Истребование от адвоката сведений, связанных с оказанием юридической помощи по конкретным делам, не допускается (ст. 18 Закона об адвокатуре).

5. Адвокат наделен правом (ст. 6 Закона об адвокатуре) собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций. За игнорирование запроса адвоката предусмотрена административная ответственность.

6. Наличие статуса адвоката предполагает высокий уровень ответственности за действия, противоречащие признанным профессиональным обязанностям, нормам и этике.

7. Присутствие адвоката при проведении проверок правоохранительными органами, а также при производстве ими следственных действий (а эти проверки нередко осуществляются путем силового проникновения на территорию субъекта предпринимательской деятельности, изъятия документов, опросов должностных лиц и т.д.) позволяет доверителю избежать ошибок, которые могут затруднить работу предприятия, и выработать правильную правовую позицию. Адвокат, в силу своих полномочий, препятствует незаконным действиям со стороны правоохранительных органов в отношении субъектов предпринимательской деятельности.

Преимущества, конечно, очевидны. Вместе с тем в настоящее время сложилась определенная система корпоративных отношений, в которых адвокатская помощь играет отнюдь не первостепенную (определяющую) роль. Так, специалисты указывают: «Большинство организаций крупного и среднего бизнеса сегодня предпочитают иметь собственных корпоративных юристов-in house, отдавая на аутсорсинг определенный круг узко специализированных задач, например связанных с использованием иностранного права или редко встречающихся в деловой практике проблем, для решения которых у внутренних юристов недостаточно профессионального опыта. Дискуссии о том, что более эффективно — внутренние или внешние юристы, не плодотворны, поскольку наличие собственного правового департамента и привлечение сторонних консультантов удовлетворяют разные цели компании, а также определяются ее подходами»²⁰⁴.

§3. Характерные виды юридической помощи субъектам предпринимательства, оказываемой адвокатом

Не приводя полный перечень видов правовой помощи, остановимся на наиболее характерных видах:

- 1) представление интересов доверителя в связи с его предпринимательской деятельностью в судебных органах;
- 2) подготовка правовых заключений по стратегическим направлениям деятельности субъекта предпринимательства;
- 3) юридические услуги по составлению договоров и сопровождению сделок;
- 4) участие и проведение переговоров с контрагентами доверителя;

²⁰⁴ Шиткина И. С. Организация правового обеспечения предпринимательской деятельности: теория и практика // Предпринимательское право. — 2009. — № 3.

5) участие в сделке по приобретению доверителем прав на управление субъектом предпринимательской деятельности;

6) участие в выборе организационно-правовой формы создаваемых субъектов предпринимательской деятельности;

7) представление интересов доверителя в налоговых органах;

8) представление интересов субъектов предпринимательства в отношении с правоохранительными органами.

Перечисленные виды являются наиболее применяемыми.

§4. Подготовка правовых заключений по стратегическим направлениям деятельности субъектов предпринимательства

Участие адвоката в подготовке юридических заключений осуществляется в нескольких формах:

— в форме привлечения к изучению сложной хозяйственной ситуации ученых-юристов и получению от них соответствующего заключения для организации-доверителя;

— в форме личного изучения ситуации и составления юридического заключения по исследуемому вопросу;

— в форме комплексного правового исследования ситуации самим адвокатом совместно с учеными-юристами.

К подобным формам юридического обслуживания бизнеса адвокат может прибегать:

— в процессе расследования правоохранительными органами уголовного дела об экономическом преступлении в обслуживаемой организации;

— в процессе сложного хозяйственного спора между субъектами предпринимательской деятельности с участием обслуживаемой организации;

— в процессе подготовки к заключению крупных хозяйственных сделок;

— в ходе проверок подчиненных обслуживаемой организацией структур (филиалов, представительств и т.д.);

— в других случаях, когда требуются специальные познания в области гражданского, арбитражного, хозяйственного, корпоративного, конкурсного права или иных юридических наук.

В юридической литературе описывался такой пример. Подзащитный адвоката — руководитель крупной московской финансовой компании был вызван на допрос по подозрению в крупных финансовых махинациях. По-

скольку обвинение ему еще не было предъявлено, защитник к участию в деле не допускался. (Дело происходило до принятия нового УПК РФ.)

Адвокат считал, что уголовное дело в отношении бизнесмена возбуждено явно незаконно, однако все письма и жалобы об этом из различных органов, куда они были направлены им и подозреваемым, отправлялись следователю, и адвоката на этой стадии процесса никто из должностных лиц милиции и прокуратуры не желал даже слушать.

В такой ситуации защитник и его доверитель профессионально, наглядно и убедительно показали в составленном ими с привлечением специалистов заключении всю несостоятельность возбужденного дела, и оно было прекращено за отсутствием состава преступления.

Адвокатам много раз приходилось применять на практике такую методику, и она давала, как правило, положительные результаты. Речь пойдет о такой непроцессуальной форме, выходящей за пределы традиционного участия адвоката в деле, как подготовка юридических (правовых) заключений об оценке действий конкретного подозреваемого или юридического лица, деятельность которого является предметом предварительного следствия по уголовному делу.

Более подробно эту нетрадиционную форму раскрывает следующий пример. Генеральный директор предприятия «Герат» В. подозревался в том, что занимался незаконной предпринимательской деятельностью, поскольку руководимое им предприятие в течение нескольких лет без соответствующей лицензии реализовывало нефтепродукты и от этой деятельности якобы получило незаконный доход в сумме 1 100,6 млн руб. (в ценах 1997 г.).

После нескольких допросов в качестве свидетеля В. заранее (за две недели) под расписку был предупрежден о вызове в следственный отдел УВД для предъявления ему обвинения и применения к нему меры пресечения. В тот же день учредители предприятия обратились за советом к адвокату и попросили его профессионально сообщить им, как поступить в такой ситуации.

Поскольку В. на тот момент еще не было предъявлено никаких обвинений и он не являлся ни подозреваемым, ни задержанным и он привлекался к делу пока лишь в качестве свидетеля, материалы уголовного дела и полученные следствием доказательства ему не были известны. А поэтому при отсутствии достаточной информации было весьма сложно давать какие-либо советы. Изучение же бухгалтерской документации на предприятии в тот момент, когда там продолжали работать ревизоры и эксперты-бухгалтеры, грозило привести к последующим осложнениям в отношении

ях со следствием, ибо подобное участие адвоката могло быть расценено как попытка помешать следствию и в последующем повлечь вызов адвоката на допрос в качестве свидетеля. Конечно, В. и адвокат как его представитель на этой стадии имели полное право участвовать в ревизии, однако такое участие предполагало совместную работу с ревизорами и экспертами по изъятым следствием и исследуемым ими документам. На это нужно было много времени. А обстановка требовала принятия конкретного решения в короткие сроки.

В этой ситуации было два возможных решения. Формальное (традиционное): дождаться, когда будет предъявлено обвинение, и вступить в дело с этой стадии расследования, и нетрадиционное: изучить в юридической консультации или дома кое-какие имевшиеся у В. документы (акт ревизии, ответы прокуратуры на его жалобы, копии договоров с партнерами по бизнесу и др.) и в случае положительного для В. результата составить юридическое заключение об оценке действий предприятия «Герат» и его генерального директора.

Некоторые сомнительные выводы ревизоров, противоречивость нормативных правовых актов по вопросам, входившим в предмет расследуемого дела, а также слабость позиции прокуратуры, просматривавшаяся в ответах на жалобы В., давали основание поступить нетрадиционным способом.

Изучение представленных адвокату документов предприятия, нормативной базы по исследуемому вопросу, комментариев к законодательству, полученные консультации специалистов в Минэкономразвития РФ, Минюсте РФ и др., а также анализ объяснений, данных В. при встрече с адвокатом, позволили последнему составить аргументированное юридическое заключение об отсутствии в деятельности предприятия «Герат» и его генерального директора каких-либо нарушений хозяйственного законодательства.

Разумеется, такое заключение не имело самостоятельного процессуального значения. Однако был предусмотрен способ придания ему определенной правовой силы в целях правильного ориентирования следователя о возможных неблагоприятных последствиях для дела в случае, если будет предъявлено обвинение. По совету адвоката В. подготовил и направил следователю официальное ходатайство с требованием прекратить возбужденное уголовное дело за отсутствием в его действиях состава преступления. В подтверждение своего требования В. приложил к ходатайству юридическое заключение и письмо адвоката учредителям предприятия «Герат» с обоснованием, почему он подготовил такое заключе-

ние, а также ордер юрконсультации, выданный для защиты интересов В. на предварительном следствии. Профессиональный анализ работы предприятия, хозяйственных договоров, заключаемых им с партнерами, правовой базы по исследуемому вопросу, судебной и следственной практики по аналогичным делам и достаточно убедительная аргументация своей защитительной позиции в составленном заключении позволили адвокату убедить следствие в судебной бесперспективности расследуемого дела.

Таким образом, только благодаря вмешательству адвоката в уголовный процесс на стадии до предъявления его доверителю обвинения стало возможным прекращение незаконно возбужденного уголовного дела, а может быть, и ареста невинного человека.

Юридическое заключение адвоката, направленное вместе с ходатайством в следственный орган на стадии до привлечения доверителя к уголовной ответственности, заметно облегчает работу следователя при решении вопроса о квалификации расследуемых им действий, при планировании следствия для выяснения поставленных в заключении вопросов, а также при принятии решений по делу. Подготовка такого заключения и его направление следователю не может расцениваться как давление на следствие, вмешательство в дела следствия, воспрепятствование законной деятельности следователя или подстрекательство подозреваемого (свидетеля) к даче ложных показаний по делу. Представляется, что такой способ участия адвоката в хозяйственных делах является наиболее цивилизованной формой влияния на следствие, не затрагивающей достоинство следователя и прокурора, их профессиональных качеств, самого расследуемого ими дела и не ставящей под сомнение собранный ими доказательственный материал. Ведь в данном случае адвокат предлагает лишь свое оценочное мнение по этому материалу.

Однако выполнить свою защитительную функцию подготовленное адвокатом заключение может лишь в том случае, если оно составлено безупречно с точки зрения законодательного подхода, имеет достаточную правовую аргументацию, если оно понятно для читающего. Юридические же и логические подтасовки, другие недобросовестные приемы изложения исследуемого материала, некорректность выводов и, более того, правовая безграмотность (например, ссылки на недействующие акты, собственное расширительное и вольное толкование законов и т.д.) нивелируют значение такого заключения и превращают его в бесполезное действо.

Такой вывод делается исходя из анализа уже сложившейся адвокатской практики юридического обслуживания бизнеса, личного участия многих адвокатов в делах своих доверителей с использованием описанного выше

порядка, который хотя и не предусмотрен процессуальным законодательством, однако и не запрещен им. По ряду других хозяйственных, уголовных и претензионных дел глубокий анализ гражданско-правовых сделок и совершенных операций, их правильная юридическая квалификация и оценка, отраженная в правовых заключениях, также способствовали разрешению возникших конфликтных ситуаций только на стадии предварительного следствия или переговорного процесса без последующего обращения следственных органов или доверителей адвокатов в суд. Ознакомившись с такими заключениями, оппоненты доверителей адвокатов приходили к выводам о бесперспективности для них каких-либо судебных и иных тяжб.

Роль и значение юридических (правовых) заключений в хозяйственной деятельности субъектов предпринимательства, а также при производстве предварительного следствия по делам о преступлениях в сфере экономики описывалась также в ряде научных работ²⁰⁵. В них развивается тема с учетом накопленного адвокатского опыта по использованию научных правовых познаний на доследственных и следственных стадиях защитительной работы по хозяйственным (экономическим) преступлениям. Чтобы подготовить такое заключение, требуется очень большое время, много технической работы и интеллектуальной энергии, и не каждый ученый согласится на такую миссию.

Поэтому, конечно же, весь груз в подготовке заключения ложится на самого адвоката, который изучает соответствующую научную и правовую базу, проверяет выводы, излагаемые в заключении, в официальных научных и иных государственных учреждениях, технически готовит это заключение за подписью ученых. Работа эта чрезвычайно трудоемкая и очень ответственная, но она воздается сторицей. Указанный вид адвокатской деятельности, таким образом, при его кажущейся простоте несет в себе сложную юридическую конструкцию, так как стратегическое направление в работе субъекта предпринимательства является жизненно

²⁰⁵ См., например: Адвокат в роли эксперта. Нетрадиционные формы участия адвоката в уголовных и гражданских делах по защите прав предпринимателей // Юрист. — 1998. — № 4. — С. 4–7; Не дожидаясь обвинений // Российский адвокат. — 1998. — № 4. — С. 18–19; Незаконное предпринимательство (отдельные вопросы теории и практики на примере конкретного дела) // Российский следователь. — 1999. — № 4. — С. 21–29; Самолетное дело // Адвокатская практика. — 2000. — № 1. — С. 23–34; Коммерческие рейсы // Транспортное право. — 2000. — № 1. — С. 7–13; Гражданско-правовые аспекты деятельности адвоката по уголовным делам в сфере экономики // Современное право. — 2000. — № 3. — С. 37–42. См. также ряд публикаций в журналах: ФБК — Финансовые и бухгалтерские консультации. — 1998. — № 5. — С. 83–90; Адвокатская практика. — 1998. — № 5. — С. 4–8; Право и экономика. — 1998. — № 5. — С. 80–83; Законодательство. — 1998. — № 4. — С. 49–55 и в других изданиях.

важным для деятельности и развития субъекта. Такое правовое заключение требует проведения детального анализа как самой деятельности, так и всей имеющейся документации и выработки этапов (или рубежей) решения поставленной задачи.

При принятии подобного поручения адвокату необходимо юридически грамотно изложить вопросы, поставленные заказчиком, и, если это необходимо для уяснения задачи, добавить свои. Это позволит сделать правовую проблему понятной доверителю. Все вопросы следует изложить письменно. Далее необходимо по каждому вопросу подробно описать правовую ситуацию на момент составления документа с обязательной ссылкой на нормативные акты и заканчивать ответ на вопрос рекомендацией об образе действия по данному вопросу. Завершить правовое заключение необходимо выводом по существу проблемы целиком. Подготовка подобных заключений позволит субъекту предпринимательства получить полное представление о правовой проблеме, путях ее разрешения или необходимости прекратить работу в этом направлении, если она идет вразрез с действующим законодательством.

В случае изменения ситуации на правовом поле письменное заключение может стать основой в разработке нового стратегического направления.

§5. Юридическая помощь при составлении договоров и сопровождении сделок, претензионная работа

Данный вид юридической помощи в сфере предпринимательства с полным основанием можно считать одним из основных и наиболее важным видом деятельности адвоката, так как огромное количество норм гражданского законодательства связано с порядком заключения и исполнения сделок.

Для их осуществления необходимо грамотно подготовить проекты договоров и организовать юридическое сопровождение порядка их исполнения договаривающимися сторонами и ведения необходимой для этого документации (как приложение к договорам).

Образцы подобных договоров существуют в системах «Консультант-Плюс» и в других компьютерных программах, на дисках и других носителях информации, а также в виде отдельных изданий.

Но механически брать образцы договоров без учета особенностей финансово-хозяйственной деятельности доверителя, без учета сложившейся

практики нельзя — это может привести к неисполнению условий договора, убыткам или к нарушению действующего законодательства.

В первую очередь необходимо при совершении сделок обратить внимание на то, вправе ли юридические лица определенной организационно-правовой формы заключать те или иные сделки и имеют ли они право осуществлять виды деятельности, предусмотренные в заключаемом договоре; например, право оперативного управления основными фондами не дает права на их продажу.

Законодательные и нормативные акты требуют либо лицензий на занятие соответствующей деятельностью, либо участия в членстве в СРО и т.д. Этот вопрос надо решить до составления договора, и если деятельность должна удовлетворять установленным требованиям, то эти требования должны быть выполнены, а документы, свидетельствующие об их выполнении, запрошены и представлены. Невыполнение данных требований контрагентом и/или непредставление им документов, свидетельствующих об их выполнении, может затруднить исполнение договорных обязательств или вообще сделать их невозможными.

Лицензия необходима, например, на частную охранную деятельность, пассажирские перевозки различными видами транспорта, оказание услуг связи, медицинскую, фармакологическую деятельность, деятельность по управлению многоквартирными домами и др. (ст. 12 Федерального закона от 4 мая 2011 № 99 «О лицензировании отдельных видов деятельности»).

При заключении договоров следует уделять внимание полномочиям представителей контрагента на заключение данной сделки и их правильному оформлению.

Нередко возникает вопрос, имело ли право должностное лицо на совершение сделки, исполняло ли данное лицо на момент совершения сделки те или иные должностные обязанности, требуется ли на совершение сделки согласие других органов управления юридического лица (общего собрания акционеров (участников), совета директоров). С этой целью необходимо истребовать у контрагентов учредительные документы, из которых можно сделать вывод, какие должностные лица вправе заключать сделки без доверенности и требуется ли согласие других органов управления контрагента на заключение сделки. Целесообразно проверить наличие приказа о назначении или избрании должностного лица контрагента для подтверждения его полномочий и их срок действия.

Следует обращать особое внимание на ситуации, когда договор подписывает лицо, действующее по доверенности. Из содержания доверенности должно следовать, что представитель имеет право на совершение

указанной сделки. Кроме того, следует учитывать, что согласно п. 2 ст. 188 ГК РФ лицо, выдавшее доверенность, вправе в любое время отменить доверенность, но не всегда может забрать старую; и нельзя исключать случаи, когда к моменту подписания представителем контрагента договора доверенность, на основании которого он действует, может быть уже отменена.

Важным фактором исполнения договора является место и порядок рассмотрения судебных споров, связанных с заключением и исполнением договора, который позволит обеспечить наиболее эффективную защиту интересов доверителя.

Применительно к рассмотрению дел, в которых сторонами в процессе являются юридические лица или граждане — предприниматели без образования юридического лица, зарегистрированные в установленном порядке, споры могут рассматриваться в арбитражном суде, в третейском суде или международном суде. И очень большую роль играет место этого разбирательства.

Если спор проходит не по местонахождению доверителя, то сильно возрастают накладные расходы и отсутствует фактор «родных стен», что иногда немаловажно.

При подготовке проектов договоров надо также учитывать особенности не только гражданского, но и других отраслей права, например, законодательства о валютном регулировании, налогового законодательства, требований нормативных актов, регулирующих порядок бухгалтерского учета. Игнорирование данных положений может привести доверителя к серьезным финансовым потерям, которых можно было бы порой избежать путем незначительного изменения условий заключаемых договоров, изменения характера сделки или даже отказа от нее, если риск велик.

Указанные финансовые потери могут быть вызваны применением финансовых санкций со стороны налоговых органов, органов валютного контроля и других контролирующих органов.

При заключении сделки особое внимание следует обращать на возможность оптимизации налогообложения.

Пристальное внимание следует уделить порядку исполнения условий договора, т.е. процедуре рубежного контроля (срокам, времени и месту составления актов приема-передачи товаров или работ, отражению качества и количества поступившего товара и т.д.).

Ошибки могут часто возникать, когда платеж или отгрузка товаров производится третьим лицом за контрагента либо по указанию контрагента доверитель осуществляет платеж или отгрузку товаров третьему лицу, и в иных случаях, когда в расчетах и приеме-передаче товаров (работ, услуг)

задействованы третьи лица, не являющиеся стороной по сделке, заключенной доверителем с контрагентом.

В связи с этим из содержания документов, подтверждающих факт оплаты и приема-передачи товаров (работ, услуг) по договору, должно следовать, по какому договору (дополнительному соглашению) и какие товары (выполненные работы, услуги) были отгружены (выполнены) или оплачены и на основании какого письменного указания контрагента. Это избавит от трудностей при исполнении договорных обязательств и лишних финансовых потерь.

Относительно договорной работы можно отметить следующее. Между организацией и ее контрагентами, иными лицами не исключены правовые конфликты, которые могут разрешаться различными способами в установленных законом формах.

Однако достаточно часто возникает необходимость прибегнуть к претензионному (досудебному) и судебному порядку урегулирования возникающих споров.

Претензионный порядок урегулирования спора необходим в двух случаях: когда это прямо предусмотрено федеральным законом; если условия договора, сторонами которого являются участники спора, требуют соблюдения претензионного (досудебного) его урегулирования.

По общему правилу содержание претензионной работы имеет следующие составляющие: подготовка материалов для направления претензий контрагентам в случае нарушения ими договорных обязательств; направление претензий контрагентам; рассмотрение претензий, полученных от контрагентов, формирование обоснованной позиции, подготовка материалов для ответов на претензии (об удовлетворении; частичном удовлетворении; об отказе в удовлетворении), направление ответов на претензии.

§6. Переговоры с контрагентами доверителя

Привлечение адвоката к участию в переговорах с контрагентами доверителя по вопросу заключения соглашения (договора), порядка его выполнения и т.п. позволяет доверителю получить правовую помощь непосредственно и сразу, что поможет избежать ошибок и необходимости их исправлять.

Адвокату, привлеченному к переговорам, необходимо заранее ознакомиться с имеющейся документацией, осуществить ее правовой анализ и на его основе предоставить свои предложения.

В ходе ведения переговоров может возникнуть ситуация, при которой необходимо затребовать от контрагента дополнительную информацию

или документы. При этом целесообразно отложить переговоры до сбора всей информации, так как ее отсутствие может привести к ошибке. В целях ее исключения необходимо провести консультации со специалистами и найти наиболее оптимальный вариант решения.

Для начала переговоров с доверителем необходимо определить задачи, решения которых необходимо добиться в результате переговоров. Далее необходимо определить границы уступок, на которые можно отступить доверителю для получения результата, а также границы и принципиальные позиции, которые должны быть неизменны при любых условиях.

При достижении положительного результата переговоров по достигнутым пунктам соглашения желательно оформить их письменно в виде протокола или предварительного соглашения. Это придаст переговорам большую солидность и убедит контрагента в желательности достижения успеха переговоров вашим доверителем.

Необходимо помнить при ведении переговоров о соблюдении конфиденциальности, так как при этом могут использоваться конфиденциальные сведения, и их разглашение может быть во вред доверителю. До начала переговоров эти вопросы необходимо оговорить и, если возможно, заключить письменное соглашение о конфиденциальности и неиспользовании этой информации, если переговоры не закончатся подписанием соглашения по вопросам переговоров.

В соглашении о конфиденциальности должно быть определено, какие документы передаются для предварительного изучения и как должно с ними поступить впоследствии.

Что следует понимать под понятием «информация»? Обратимся к ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 25 ноября 2017 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 1 января 2018 г.).

Под понятием «**информация**» могут пониматься **сведения об объектах интеллектуальной собственности**, в частности информация об объектах промышленной собственности (изобретения, полезные модели, промышленные образцы), **информация о секретах производства, новых решениях и технических знаниях (ноу-хау)** и другая информация о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах, ставшая известной стороне в ходе проведения переговоров.

Заключение подобных соглашений не дает гарантии неразглашения полученной в ходе переговоров информации, однако в случае использования данной информации в ущерб доверителю факт заключения указанного соглашения позволяет предъявить контрагенту соответствующую-

щие претензии и доказать сам факт передачи информации контрагенту (его представителям). В этом случае можно ставить вопрос в суде о причинении как материального, так и морального ущерба.

Поскольку переговоры относятся к внесудебным способам обеспечения защиты бизнеса и представляют собой достаточно большой пласт проблем в адвокатской деятельности, то этому вопросу посвящена отдельная гл. 19 в настоящем учебнике, в которой о рассматриваемой проблеме будет сказано несколько больше.

§7. Участие адвоката в выборе организационно-правовой формы создаваемых субъектов предпринимательской деятельности

Выбор организационно-правовой формы создаваемого юридического лица имеет важное значения для всей его деятельности.

Следует определить условия создания данного юридического лица, роль, которая отводится доверителю в управлении данным юридическим лицом по отношению к другим учредителям (или акционерам), а также цели его создания, вид деятельности и т.п.

Юридическое лицо может преследовать извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности (коммерческие организации) либо не иметь извлечение прибыли в качестве такой цели и не распределять полученную прибыль между участниками (некоммерческие организации).

Существуют определенные различия в правоотношениях между учредителями при создании коммерческих организаций в форме хозяйственных обществ, наиболее распространенными из которых являются акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью.

От выбора организационно-правовой формы будет зависеть «вес» доверителя при принятии решения. Если доверитель обладает небольшой долей имущественных прав в уставном капитале создаваемого юридического лица, целесообразно создавать не акционерное общество, а общество с ограниченной ответственностью, поскольку п. 8 ст. 37 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» предусмотрено, что решение общего собрания по некоторым вопросам принимается участниками только единогласно и от доверителя будет зависеть окончательное решение, так как он, имея даже незначительный процент участия в обществе с ограниченной ответ-

§8. Представление адвокатом интересов доверителя в налоговых органах

ственностью, может блокировать принятие решения общего собрания по установленным вопросам.

Выбор такой организационно-правовой формы, как общество с ограниченной ответственностью, в отличие от акционерного общества, позволяет не осуществлять после государственной регистрации юридического лица последующую регистрацию проспекта эмиссии ценных бумаг, а сразу приступить к работе, что в нашем довольно бюрократическом государстве немаловажно.

Однако при организационно-правовой форме в виде акционерного общества облегчается процесс передачи имущественных прав, удостоверенных акциями, между акционерами, а также третьими лицами, поскольку данная передача также не требует государственной регистрации изменений в учредительных документах, что имеет свои плюсы.

Одним из основных отличий общества с ограниченной ответственностью от акционерного общества является возможность для участника выхода из состава данного общества и истребования части имущества общества, соответствующей его доле в уставном капитале.

В зависимости от целей и задач по оптимизации налогообложения могут также создаваться организации, имеющие определенные организационные особенности, например, организации, имеющие в штате работников-инвалидов, созданные общественными организациями инвалидов, отвечающие критериям субъекта малого предпринимательства для перехода на упрощенную систему налогообложения, учета и отчетности, а также в ряде других случаев.

Следует также определить место регистрации юридического лица, так как иногда создание предприятий в офшорной зоне помогает минимизировать налогообложение.

Любая организационно-правовая форма юридического лица имеет как свои минусы, так и плюсы. Их необходимо исследовать и представить доверителю полный правовой и экономический анализ, т.е. к данной оценке необходимо подключить специалиста в области экономики.

§8. Представление адвокатом интересов доверителя в налоговых органах

Началом формирования налоговой системы можно, по сути, считать внесение в Кодекс РСФСР об административных правонарушениях²⁰⁶,

²⁰⁶ Статья 156.1 КоАП РСФСР. Указ Президиума ВС РСФСР от 28 мая 1986 г. № 3356-ХI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РСФСР» // Ведомости ВС РСФСР. — 1986. — № 23. — Ст. 638.

а также в УК РСФСР²⁰⁷ статей, устанавливающих ответственность физических и юридических лиц за уклонение от подачи декларации о доходах.

Однако в отсутствие регламентации прав налогоплательщика юридическая помощь могла быть ему оказана только в традиционной форме, т.е. в форме защиты в административном или уголовном процессе.

С принятием Налогового кодекса РФ значительно расширились права налогоплательщика, в частности появилось право поручать представление своих интересов через уполномоченных представителей — как юридических лиц, так и физических. Для адвокатуры этим открыто обширное поле деятельности.

Вот как определяют на современном этапе суть и преимущества деятельности адвоката в налоговых правоотношениях: «Деятельность адвоката в налоговых правоотношениях относится к особому виду уполномоченного представительства, регулируемого законодательством о налогах и сборах, вытекает из специального статуса адвоката и ряда гарантий, предоставленных законом, основными из которых являются гарантия бессрочного сохранения адвокатской тайны и свидетельский иммунитет адвоката. Кроме того, может быть предметом рассмотрения адвокатской палаты соответствующего субъекта Российской Федерации, что является определенным элементом контроля качества работы адвоката, в то время как деятельность иных юристов корпоративному контролю не подвергается»²⁰⁸.

Необходимо заключить с налогоплательщиком договор о представлении его интересов в качестве уполномоченного представителя. Услуги, связанные с представлением интересов заказчика, оказываемыми адвокатом в качестве уполномоченного представителя, могут осуществляться в форме:

- правового анализа налоговых ситуаций, которые возникают у доверителя при осуществлении им финансово-хозяйственной деятельности;
- дачи консультаций по вопросам налогообложения;
- оптимизации налогообложения путем выбора соответствующих видов договорных отношений с контрагентами (как при заключении договора, так и с помощью изменения условий уже заключенных договоров), наиболее выгодного определения состава затрат, включаемых в себестоимость, а также с помощью определения способов ведения бухгалтерско-

²⁰⁷ Статья 162.1 УК РСФСР. Указ Президиума ВС РСФСР от 28 мая 1986 г. №3356-XI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РСФСР» // Ведомости ВС РСФСР. — 1986. — № 23. — Ст. 638.

²⁰⁸ Калачева Е.Н. Некоторые аспекты участия адвоката в налоговых правоотношениях// Адвокатская практика. — 2011. — № 3.

§9. Представление адвокатом интересов субъектов предпринимательства в их отношениях с правоохранительными органами

го учета, позволяющих законно уменьшить налогооблагаемую базу, или иными способами;

— осуществления защиты и представления интересов заказчика (доверителя) в отношениях с налоговыми органами (таможенными органами, органами государственных внебюджетных фондов), иными участниками отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах.

Это краткий и далеко не полный перечень услуг, которые адвокат может предложить предпринимателям в этой сфере. При осуществлении данной деятельности необходимо параллельное привлечение для консультаций специалиста-бухгалтера, сведущего в вопросах налогообложения, или аудитора.

§9. Представление адвокатом интересов субъектов предпринимательства в их отношениях с правоохранительными органами

В этом параграфе рассматриваются вопросы порядка взаимодействия с правоохранительными органами на стадии проверок (т.е. до возбуждения, расследования уголовных дел).

Право различных правоохранительных органов на проведение проверок на предмет выявления уголовно наказуемого деяния (в том числе и связанного с предпринимательской деятельностью) предусмотрено Уголовно-процессуальным кодексом, а также специальными нормами, регламентирующими деятельность тех или иных правоохранительных органов (например, Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции», **Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»** и др.). **Большое значение в деятельности адвоката имеет Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».**

Правоохранительные органы осуществляют плановые и внеплановые проверки деятельности организаций, учреждений в целях выявления признаков преступлений в сфере экономики.

Такие проверки нередко связаны с изъятием из помещения организации, учреждения документации, а также иных носителей информации, что может существенно затруднить последующую деятельность организации и даже создать реальную угрозу для полного прекращения деятельности (например, при изъятии в банках и других кредитных учреждени-

ях содержащейся на электронных и других носителях информации о доверителях и информации об учете проводимых расчетов).

Необходимо предложить субъектам предпринимательства заключить договор, в соответствии с которым адвокат принимает на себя обязательство по представлению интересов организации, в том числе и в ходе проверок, проводимых правоохранительными органами.

Деятельность адвоката на этой стадии особенно важна, поскольку его участие позволит доверителю избежать ряда ошибок.

Основную ответственность за деятельность организации несут руководитель и главный бухгалтер. Это связано с тем, что именно они, как правило, подписывают документы, подготавливаемые в процессе финансово-хозяйственной деятельности организации, и владеют наиболее полной информацией о данной деятельности, в связи с чем юридическая защита в первую очередь должна быть обеспечена именно этим лицам. В этих целях данные договоры (соглашения) могут заключаться как от имени доверителя, являющегося юридическим лицом, так и от имени конкретного физического лица (руководителя организации, главного бухгалтера). При этом в первом случае адвокат будет выступать как представитель организации, а во втором — как представитель конкретных физических лиц.

Право воспользоваться помощью адвоката на стадии проведения проверки подтверждено Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г., согласно которому не допускается ограничение права на досудебных стадиях уголовного судопроизводства пользоваться помощью адвоката (защитника) во всех случаях, когда права и свободы лица существенно затрагиваются или могут быть затронуты действиями и мерами, связанными с уголовным преследованием.

Еще более определенным и развернутым в этой части является разъяснение Верховного Суда РФ в п. 1 Постановления Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве», поскольку Верховным Судом постановлено дать следующие разъяснения: «Обратить внимание судов на то, что по смыслу статьи 16 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) обеспечение права на защиту является одним из принципов уголовного судопроизводства, действующих во всех его стадиях. В силу этого правом на защиту обладают: лицо, в отношении которого осуществляются затрагивающие его права и свободы процессуальные действия по проверке сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном статьей 144 УПК РФ; подозреваемый; обвиняемый; подсудимый; осужденный; оправданный; лицо, в отноше-

§9. Представление адвокатом интересов субъектов предпринимательства в их отношениях с правоохранительными органами

нии которого ведется или велось производство о применении принудительных мер медицинского характера; несовершеннолетний, к которому применена принудительная мера воспитательного воздействия; лицо, в отношении которого уголовное дело (далее — дело) или уголовное преследование прекращено; лицо, в отношении которого поступил запрос или принято решение о выдаче; а также любое иное лицо, права и свободы которого существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами, свидетельствующими о направленной против него обвинительной деятельности, независимо от формального процессуального статуса такого лица (далее — обвиняемый)²⁰⁹.

Если правоохранительные органы препятствуют допуску адвоката на проверку как уполномоченного представителя, то эти их действия классифицируются как грубое нарушение закона, существенно ограничивающее права лиц на защиту, и впоследствии, при производстве уголовного дела, указанные обстоятельства могут быть использованы как основание к признанию доказательств и сведений, полученных с нарушением закона, не имеющими юридической силы. Они не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания обстоятельств по уголовному делу.

Основным нарушением, допускаемым правоохранительными органами при проведении проверок, является совершение процессуальных действий, которые могут осуществляться только после возбуждения уголовного дела. Согласно уголовно-процессуальному законодательству до возбуждения уголовного дела может производиться лишь осмотр места происшествия.

Адвокату следует в первую очередь:

- обратить внимание на то, оформлены ли надлежащим образом полномочия должностных лиц правоохранительных органов на проведение проверки;
- выяснить должностное положение лиц, проводящих проверку, их фамилии и место службы;
- выяснить, имеются ли соответствующие постановления на проведение тех или иных действий (обыск, выемка и т.д.);
- при проведении осмотра помещений, документов и предметов или выемки документов и предметов проследить за обязательным присутствием незаинтересованных понятых и составлением протокола, в который

²⁰⁹ Постановление Пленума от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» // СПС «КонсультантПлюс».

необходимо вписывать каждый документ отдельно, а в случае обнаружения нарушений их необходимо также вписать в протокол;

— в случае выемки документов и предметов истребовать копию протокола, подписанного должностными лицами правоохранительного органа, понятыми и другими присутствовавшими лицами;

— при изъятии документов заявить ходатайство об изготовлении с них копий, а в случае изъятия электронных носителей информации — ходатайство о копировании информации на другие электронные носители информации;

— проконтролировать, чтобы осмотр и выемка проводились в присутствии лица, в отношении которого проводится проверка;

— предоставить возможность отказа должностных лиц организации от дачи объяснений и показаний согласно положениям ст. 50 Конституции РФ, предусматривающей, что никто не обязан свидетельствовать против себя самого.

Выполнение этих условий позволит избежать ошибок, которые могут привести к неправильной правовой оценке деятельности доверителя и иметь серьезные последствия.

§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности

Всякие теоретические знания, как известно, проверяются практикой. Вопрос, поставленный в настоящем параграфе, за несколько лет юридического обслуживания адвокатами сферы бизнеса, можно сказать, уже достаточно хорошо апробирован и испытан на богатейшей практике российского предпринимательства. Приведем один из таких примеров.

Учредители и руководители фирмы «Инвестор» (название изменено), зарегистрированной в Республике Калмыкия, в целях минимизации налоговых платежей вступили в договорные отношения с Министерством инвестиционной политики Республики, перед которым предприятие обязалось участвовать в инвестициях при строительстве международного бизнес-центра «Сити Чесс» в г. Элисте, а министерство предоставляло предприятию ряд существенных льгот по уплате местных и региональных налогов.

В последующем предприятие заключило два договора комиссии в г. Москве, по которым при работе его представителей в столице не был упла-

§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности

чен Москве налог на содержание жилья и объектов социального назначения. Налоговая полиция самостоятельно, без участия налоговой инспекции, проверив бухгалтерскую отчетность предприятия в г. Москве, признала, что сумма неуплаченного налога составляет более 2 тыс. МРОТ, и возбудила уголовное дело.

К чести работников предприятия, они сразу обратились за юридической помощью к адвокату, который, изучив имеющиеся на предприятии ксерокопии бухгалтерских документов (подлинники были изъяты налоговой полицией, а банковские счета арестованы), пришел к выводу о допущенных полицией счетных и методических ошибках при расчете суммы причиненного вреда и написал официальное заявление прокурору административного округа о прекращении уголовного дела за отсутствием состава преступления.

Однако, как и следовало ожидать, прокурор не стал вдаваться в тонкости методики расчетов, а также в законодательное обоснование возбуждения дела и в удовлетворении ходатайства отказал, потребовав от следователя назначить документальную проверку. Проверка была назначена, однако ее проведение поручено тому же органу, действия которого обжаловались, — налоговой полиции, возбудившей дело.

С первых шагов прокурор, таким образом, показал свою явную заинтересованность в покрывательстве нарушителей из налоговой полиции и незаинтересованность в защите невиновных в совершении налогового нарушения людей.

В таких условиях адвокат определил и начал интеллектуальную атаку на бездействие прокуратуры, финансовую и юридическую безграмотность налоговой полиции. Его действия заключались в следующем.

А. Тактика защиты невиновных

Реализуя ее, адвокат руководствовался принципом, изложенным известным русским юристом конца XIX — начала XX в. Л.Е. Владимировым: *«Ты не судья подзащитному, ты его защитник, т.е. человек, делающий все возможное на суде для оправдания его или облегчения его положения»*. При этом он потребовал допустить его на основании ордера юридической консультации к делу в качестве защитника подозреваемых (генерального директора, директора московского представительства и главного бухгалтера). Ходатайство осталось неудовлетворенным, поскольку дело было возбуждено не в отношении конкретных лиц, а по факту налогового на-

рушения; на данном этапе следствия никому обвинений не предъявлено, в качестве подозреваемых никто не задержан. Эти действия следователя тут же оказались обжалованы прокурору и в вышестоящую организацию налоговой полиции со ссылкой на указанное выше постановление Конституционного Суда РФ и международные нормы о защите прав человека.

Одновременно адвокатом были письменно проинструктированы руководители предприятия о тактике своего поведения на случай их вызова для производства следственных действий в налоговую полицию. Также было предложено отказываться от дачи показаний без участия адвоката, заявлять жалобы и ходатайства на нарушения прав на защиту, бойкотировать незаконные действия следствия и т.д.

После такой последовавшей «блокады» со стороны подозреваемых следователь извинился перед адвокатом, вынес постановление об удовлетворении жалобы адвоката о допуске его к делу. Но в ознакомлении с материалами дела (объяснительными записками, документами, которые предъявлялись и должны будут предъявляться подозреваемым в ходе следствия) адвокату было отказано. Это повлекло новую серию жалоб в те же инстанции.

Через несколько дней материалы дела адвокату были представлены для изучения, и между ним, подозреваемыми и следователем установились нормальные рабочие отношения.

Однако и прокурор, и следователь продолжали настаивать на «перспективе» этого дела с точки зрения направления его в суд. В такой ситуации обжаловать еще не оформленные намерения правоохранительных органов было бесполезно. Обжаловать же назначение документальной проверки, порученной заинтересованному органу (налоговой полиции того же округа, которая расследовала дело), было преждевременным. Хотелось дождаться результата, а потом сделать заявление о применении нормы УПК о недопустимости использования в деле доказательства, полученного с нарушением закона, в том числе о допущенной тенденциозности, и ходатайствовать о назначении бухгалтерско-правовой экспертизы в экспертном учреждении Минюста России.

Чтобы иметь веские аргументы для такого ходатайства, помимо ссылок на процессуальные нарушения необходимы были доказательства экономической, финансовой и юридической несостоятельности выводов налоговой полиции.

Для их получения адвокат обратился с письмом к ученым-юристам, специализирующимся на налоговом законодательстве, которые, изучив ситуацию, приняли участие в подготовке соответствующего правового

§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности

заклучения об оценке действий руководителей и отсутствии в них признаков состава налогового преступления.

Затем подготовленное и подписанное учеными заключение с сопроводительным письмом было направлено руководителю предприятия.

Такое доведение осуществляется в форме жалобы подозреваемых (подозреваемого) или адвоката с приложением к нему самого заключения и сопроводительного письма ученых. В этой жалобе можно поставить вопрос о приобщении заключения к делу. Но лучше такого вопроса (во избежание правомерного отказа) не ставить.

Прокурору и следователю останется только внимательно почитать этот документ, задуматься над его содержанием и последствиями, если изложенные в нем доводы будут проигнорированы, а затем принять законное решение. В данном случае оно все-таки было приобщено к материалам уголовного дела, изучено следователем.

Действуя именно по такой методике, автор настоящей главы добился прекращения по п. 2 ст. 5 УПК РСФСР ряда уголовных дел в сфере экономики, незаконно возбужденных милицией или налоговой полицией в отношении многих предпринимателей и руководителей предприятий.

Дело в отношении доверителей адвоката в описанном выше уголовном деле было прекращено за отсутствием состава налогового преступления. При этом с доводами ученых-юристов в юридическом заключении вынуждены были согласиться не только прокурор, но и следственные работники налоговой полиции.

Б. Защита виновного. «Сделки с правосудием»

Описанный выше способ защиты эффективен только по делам, незаконно возбужденным правоохранительными органами. Там же, где нарушения хозяйственного законодательства и все признаки преступления виновными не отрицаются и дело действительно имеет судебную перспективу, деятельность защитника носит совершенно другую направленность и иное содержание. Здесь основная задача адвоката — следить, чтобы в отношении подозреваемого (обвиняемого) не допускались нарушения его процессуальных прав; чтобы оказались расследованными и учтенными смягчающие обстоятельства, характеризующие данные о личности подзащитного, и были выполнены другие традиционные действия защиты.

Однако в такой ситуации могут применяться и нетрадиционные методы адвокатского участия, направленные на смягчение участи подзащитного.

Нередкими в уголовной юстиции России становятся, например, так называемые **сделки со следствием**, перенятые нашими адвокатами из американской практики (там это называется **сделками с правосудием**) и процессов некоторых других государств. Суть этого метода заключается в том, что обвиняемый соглашается на определенное предложение следователя в «обмен» на частичное прекращение дела по какому-либо эпизоду или иное следственное действие «в пользу» обвиняемого. УПК РФ именно такая форма сотрудничества не предусмотрена (ст. 317.1 УПК РФ), но применяется она на практике с незапамятных времен. При этом участвуют в таких «сделках» и адвокаты. С определенным допуском сюда можно было бы отнести, например, случаи прекращения уголовного дела в связи с деятельным раскаянием. На практике применение этой нормы хотя и напоминает американскую «сделку с правосудием», фактически же ничего общего с ней не имеет.

Многие адвокаты категорически против каких бы то ни было незаконных сделок, в том числе и со следствием, и с правосудием. Как правило, в основе таких «сделок» лежат именно незаконные предложения. Например, «взять» вину на себя по более сложному эпизоду «в обмен» на прекращение дела по эпизоду формальному и т.д.

Адвокат, как и врач, всегда должен руководствоваться так называемым **постулатом Авиценны «Не навреди!»**. Все его дела должны вестись так, чтобы нигде, ни в чем и ничем не помешать защищаемому им человеку.

Его задача — отказаться от подобного предложения следствия, но добиться в конечном итоге прекращения дела там, где вина его подзащитного не доказана, где обвинение построено на недопустимых доказательствах или где вообще нет преступных деяний. Там же, где вина подзащитного доказана и он ее не отрицает, — помочь добиться для него максимального снисхождения.

Бывают и более сложные ситуации, когда правоохранительные органы, установив признаки преступления, не очень-то и спешат сами дать делу надлежащий ход. Не без помощи адвоката при этом идет усиленная «обработка» обвиняемого на предмет получения от него откупного или взятки; или, например, смены бандитской «крыши», контролирующей бизнес предприятия; или установления иной формы контроля над предприятием; или «сдачи» вышестоящего начальника по службе; или «продажи акций предприятия другому лицу, на которого указывают правоохранительные органы», и т.д.

Участие адвоката в таком сговоре недопустимо, и, если сговор все же происходит между обвиняемым и сотрудником правоохранительного ор-

§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности

гана, несмотря на возражения защиты, долг адвоката — написать рапорт своему руководству и отказаться от подобного торга, предложив своему доверителю расторгнуть договор.

Но на такую крайнюю меру необходимо идти лишь тогда, когда позиции адвоката и обвиняемого по данному вопросу полностью не совпадают и когда действия правоохранительного органа и обвиняемого носят явно преступный характер, а сообщить о них в установленном порядке нельзя, так как тем самым ухудшится положение защищаемого человека.

Если же преступному давлению на подзащитного есть иная альтернатива и обвиняемый солидарен в ее выборе со своим адвокатом, «бросать» своего подзащитного в такую сложную минуту — грубейшее нарушение адвокатского долга и этики. Выход из положения в таких случаях зависит всецело от опыта, мудрости, хитрости, иных подобных качеств и адвоката, и обвиняемого.

Например, от президента одной крупнейшей хозяйственной структуры потребовали передать контрольный пакет акций холдинга другой коммерческой организации, патронируемой государством. За «уступчивость» пообещали изменить меру пресечения на подписку о невыезде, а затем и вовсе прекратить уголовное дело. Согласие обвиняемого и его адвоката было получено.

Оказавшись на свободе, обвиняемый и его адвокат провели прессконференцию с иностранными журналистами, где сообщили о беспрецедентном давлении на них со стороны следствия и заявили, что все, что будет подписано главой холдинга после этой конференции, должно считаться недействительным в силу психического и физического принуждения со стороны государства.

Результаты пресс-конференции нигде не афишировались. А когда подписание договора о передаче акций состоялось и уголовное дело в отношении обвиняемого действительно прекратили, то, уехав за границу, последний официально на весь мир заявил о применении к нему шантажа.

Совершенная таким способом сделка и авторитет правоохранительных органов оказались с сильно подпорченной репутацией. О скандале заговорил весь мир, и при том не в пользу государства и его органов.

В описанном примере, можно сказать, продемонстрирован «высший пилотаж» адвокатского мастерства по организации противодействия неправомерным акциям следствия и в его лице государства. Такие «игры» со следствием тоже можно было бы назвать «сделкой», но обвиняемый здесь не соучастник преступления или по крайней мере не соучастник грязной сделки, а его жертва.

Новые виды посягательств на собственность рождают и адекватные им способы защиты этой собственности и личности. Защиты от самого государства, которое по Конституции РФ (ст. 2), казалось бы, само должно выступать гарантом соблюдения всех предусмотренных российскими законами и международными нормами прав.

«Для меня не важно, на чьей стороне сила; важно то, на чьей стороне право». Эти слова Виктора Гюго можно поставить эпиграфом к любому документу любого адвоката, защищающего граждан от произвола и насилия.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

В современных условиях хозяйственной деятельности в России бизнесмен, коммерсант постоянно подвержены риску быть обманутыми. А поэтому адвокату, осуществляющему юридическое обслуживание той или иной фирмы, следует напоминать своему доверителю, что основным условием нормальной и бесконфликтной деятельности организации должна быть прежде всего собственная бдительность руководства фирмы, осмотрительность, осторожность самого бизнесмена. И в странах с развитой системой правовой защиты случаются обманы, хитрости при совершении сделок, при их выполнении, да и просто катастрофические ошибки. А потому на этот счет практикой выработаны определенные критерии оценок собственных шагов и шагов своих партнеров при заключении всевозможных контрактов, соглашений и иных договоренностей, о чем адвокату, осуществляющему юридическое обслуживание организации, конечно же, необходимо знать.

Эти собственные шаги подразделяются на:

- 1) действия по предупреждению недобросовестных действий со стороны партнеров по бизнесу;
- 2) действия по предупреждению недобросовестных действий со стороны самого руководства (например, кого-либо из членов коллективно-исполнительного органа), других менеджеров и работников фирмы.

Важными условиями предупреждения неверных шагов, в том числе недопущения обманных действий контрагента, являются следующие тактические и стратегические действия бизнесмена и его адвоката:

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

1) тщательное изучение «коммерческой биографии» партнера, его экономической состоятельности, добросовестности, авторитета и других факторов деятельности, которые могут повлиять на ту или иную сторону предполагаемых правоотношений. Назовем этот этап «преддоговорной работой»;

2) глубокая проработка всех условий намечаемого договора, предварительный анализ всех предложений (письменных или устных) партнера, просчет экономической выгоды, результатов, правовых последствий. Этот этап назовем «договорной работой»;

3) надлежащая организация сопровождения сделки, о чем уже говорилось выше, т.е. контроль за выполнением условий, мобильное и оперативное реагирование на всевозможные изменения ситуации и различные нюансы в хозяйственной деятельности, связанной с собственным выполнением договорных условий, выполнением условий партнером (особо следует выделить на этом этапе такие юридически значимые действия, как своевременное реагирование на форс-мажорные обстоятельства, реагирование на существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Дадим название этому этапу «сопровождение сделки».

На каждом из этих этапов в большинстве случаев можно выявить признаки недобросовестных действий и обмана.

11.1. Преддоговорная работа

В преддоговорной работе участвуют, как правило, служба безопасности, возможно, частный детектив, адвокаты, экономисты, собственная юридическая служба. Если организация, отдельный предприниматель не имеет таких служб, проверкой будущего партнера должен заниматься сам руководитель или кто-либо из других лиц по его поручению. Порой достаточно изучить лишь представленную будущим партнером документацию, чтобы открылись некоторые потаенные его стороны. О многом говорит бухгалтерский баланс фирмы, особенно за двух-, трехлетний период времени: формально-липовый — документ, представляемый в налоговую службу лишь для проформы, или серьезный финансовый акт со всей картиной реальной финансовой деятельности. Еще больше говорит о партнере движение средств по его банковским счетам. Это операция запретная, имея в виду установленную законом тайну банковских вкладов, однако, бывает, выполняемая. Если партнер, например, — доверитель банка, в котором он намеревается по-

лучить крупный кредит, то в данном случае с подобной проверкой вообще нет никаких проблем.

Надо уметь читать и учредительные документы будущего партнера, вчитываться в фразы, вдумываться в абзацы. Сколько тайн порою в них открывается при умелом анализе, сопоставлении, сверке с данными регистрационного органа. Немаловажное значение имеют и такие документы, как технико-экономическое обоснование, аналитические справки, технические расчеты. Особенно важно не пропустить документы о собственности, об аренде, о праве пользования имуществом и т.д. В каждом из этих и многих других документов могут быть скрыты признаки подвоха, обманных намерений.

Это еще не сам обман. Это только его признаки. Но признаки такие, которые должны заставить задуматься о возможном риске. Который тем больше, чем больше неразрешимых загадок вскрылось при изучении официальной документации, представленной самим же партнером. Правда, бывает, что это всего лишь небрежность персонала. Но и тут необходимо задуматься над несерьезностью и беспечностью такого партнера. Ведь такая характеристика тоже не из лучших и тоже не исключает риска. А риск в хозяйственной деятельности должен быть только оправданным. Оправдать же риск будущих операций безалаберностью партнера, его неумением показать в лучшем свете даже собственное лицо вряд ли возможно.

11.2. Договорная работа

Правильно поставленная договорная работа фирмы является залогом ее нормальной деятельности вообще и наиболее важным этапом заключения любой сделки в частности. Человечество применяет договоры с древнейших времен. Это объясняется тем, что в них реализуется гибкая правовая форма, в которую можно облекать различные по характеру общественные отношения. Главное назначение договора сводится к регулированию в рамках закона поступков людей путем указания на пределы их возможного и должного поведения, а равно последствия нарушения соответствующих требований. Итак, значение договора заключается в его регулирующей роли в хозяйственных отношениях партнеров, что роднит договор с законом и нормативными актами. Но, как известно, нить рвется там, где тонко. Так вот, в хозяйственной деятельности большинство неприятностей происходит именно от недоброкачества договоров. А когда мы говорим об обмане, то договор, как правило, первый его предвестник, помощник и соучастник.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Можно привести несколько описанных в популярной литературе приемов использования недобросовестными партнерами в договорных отношениях всевозможных хитростей и уловок. Например, известен такой случай. Эватл брал уроки у мудреца Протагора (дело, как видно, происходило в Древней Греции). Условием договора было то, что плату за обучение Эватл внесет тогда, когда, окончив школу, выиграет свой первый процесс. Школа закончена. Время пошло. А Эватл и не думал браться за ведение процессов. Вместе с тем он считал себя свободным и от уплаты денег за учебу.

Тогда Протагор пригрозил ему судом, заявив, что в любом случае процесс этот будет для него выигрышный и Эватлу все равно придется заплатить за учебу. По каким основаниям так считал учитель? Почему ученик непременно должен был платить?

Да потому, что если присудят к уплате — то по приговору суда. Если же не присудят — то в силу договора. Ведь тогда Эватл выиграет свой первый процесс.

Однако обученный философом Эватл возразил, что при любом исходе дела он платить не станет. Если присудят к уплате, то процесс будет проигран, и, согласно договору между ними, он не заплатит. А если не присудят, то платить не надо уже в силу приговора суда.

Данный пример с абсолютной очевидностью подтверждает, как можно запросто «погореть» даже мудрецу на нечеткой отработке договорных условий. Эватл использовал здесь наиболее часто применяемый с древнейших времен и донныне один из **способов софистики, заключающийся в подмене понятий**. Ведь в данном случае в его рассуждениях наблюдается смешение двух моментов: один и тот же договор рассматривается им в разных отношениях. В первом случае Эватл выступает на суде в качестве юриста, который проигрывает свой первый процесс. А во втором случае он уже ответчик, которого суд оправдал. Эватл очень умело воспользовался нарушением законов логики. А способствовало ему в этом беспечное отношение учителя к составлению договора и более четкому формулированию основного условия об оплате за обучение.

Итак, мы подошли к анализу такого важнейшего инструмента гражданского права, как **договор**. Понятие договора дано в **ст. 420 (гл. 27 ГК РФ)**. Приведем ее полностью. *«Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. К договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные главой 9 настоящего Кодекса, если иное не установлено настоящим Кодексом. К обязательствам, возникшим из договора, применяются общие положения об обязательствах (статьи 307–419), если иное не*

предусмотрено правилами настоящей главы и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе. К договорам, заключаемым более чем двумя сторонами, общие положения о договоре применяются, если это не противоречит многостороннему характеру таких договоров».

В любой рыночной экономике, в том числе в экономике нашей страны, договор — это основной юридический акт, из которого возникают обязательственные правоотношения. Если вернуться к разд. III ГК РФ, где речь идет об общей части обязательственного права, то необходимо заметить, что нормы этого раздела являются преимущественно диспозитивными. Следует также иметь в виду, что во многих случаях предусматриваются некоторые особенности для тех договорных отношений, в которых в качестве обеих сторон выступают предприниматели. Таким образом, в ГК РФ отражены особенности предпринимательской деятельности и ее правового регулирования. А это, в свою очередь, свидетельствует о том, что при заключении сделок, подготовке и подписании договоров необходимо в первую очередь «советоваться» с этим законом, мудро называемым некоторыми учеными-цивиристами рыночной конституцией. Первым помощником предпринимателю в этом должен стать адвокат, юрист-хозяйственник.

Прежде чем перейти к анализу факторов, способствующих предупреждению обмана при заключении гражданско-правовых сделок, обратимся еще к одной норме ГК РФ и процитируем ее.

Статья 421 «Свобода договора»: *«Граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством. Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков, указанных в пункте 3 настоящей статьи, правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору. Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Условия договора*

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422). В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой. Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон».

В хозяйственной жизни любого предпринимателя и бизнесмена, в гражданско-правовых отношениях эта норма играет первостепенную роль, возлагая на любого, кто совершает сделки, кто заключает договор, всю полноту ответственности за свои действия и бездействия; выражение воли на заключение договора, согласие с достигнутыми договоренностями, принятие условий договора и т.д. Если в заключенной сделке не усматривается явных признаков обмана или других форм криминала, о которых одна из сторон не знала и не могла знать, то эта сторона ответственна за весь исход договора. То есть если партнер нарушил обязательство и другая сторона от этого пострадала, пострадавшая сторона тоже ответственна: во-первых, в нравственно-этическом плане (необдуманно заключила договор, выбрала не того партнера, не учла других факторов, имеющих существенное значение); во-вторых, в юридическом плане (неправильно применила закон, не договорилась обо всех условиях и т.д.).

Из приведенной нормы видно, что договор не только определяет его содержание. В соответствии с п. 4 ст. 421 стороны свободны в формировании условий договора, а значит, и в определении содержания своих прав и обязанностей. Конечно, эта свобода имеет определенные рамки. Например, стороны, формируя содержание обязательства, не вправе при этом нарушать закон или нормы иных правовых актов. Поэтому договор по-разному соотносится с императивными или диспозитивными нормами права. От императивных норм стороны отступать не вправе, диспозитивная же норма права применяется лишь постольку, поскольку стороны не исключили ее применение или не заменили ее правило иным условием, предусмотренным самим договором. Однако в данном случае необходимо обратить особое внимание на Постановление Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», в разъяснениях которого (в частности, в п. 3) допускается ограничительное толкование императивной нормы, содержащей явно выраженный

запрет на установление условий договора соглашением сторон. Следует отметить, что позиция ВАС в указанной части (названный п. 3) создает определенную коллизию между упомянутым п. 3 и п. 74 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», поскольку согласно последнему ничтожной должна считаться сделка, нарушающая любой установленный в законе явный запрет, а, значит, не допускающий ограничительное толкование явного запрета. Не менее важен и п. 4 названного Постановления, в котором, наоборот, допускается, по мнению автора, расширительное толкование презумпции диспозитивности нормы.

По смыслу п.п. 4 и 5 приведенной нормы ГК РФ на первом месте по обязательности предписания находятся императивные нормы, затем — условия договора, потом — правила диспозитивной нормы, если эти правила не отменены или не изменены договором. И лишь только после этого в договорных отношениях применяются обычаи делового оборота.

Именно эта иерархия норм порой умышленно игнорируется партнерами, выступающими инициаторами заключения договора и представляющими другому партнеру свои варианты договоров на подписание. И если это удастся, в последующем, основываясь на принципе свободы договора, обманувший партнер может очень легко уйти от ответственности, переложив всю вину на обманутую сторону, поскольку «она знала, что принимает и подписывает». Предупредить нечестность контрагента можно только вдумчивым чтением представленного проекта и умелой аргументацией своих возражений. Порой этого бывает достаточно.

Обязательственные договоры, независимо от их видовой принадлежности, характеризуются определенными общими особенностями. Благодаря этим особенностям договор отличается от других правовых средств. Для обязательственных договоров характерны:

- равноправие договаривающихся сторон;
- воля, детерминированная только экономическими факторами;
- независимость договора от влияния административных обязанностей;
- исключительно имущественные санкции за неисполнение договоров.

Когда принципы договорных отношений и условия конкретных сделок вырабатываются на переговорах, сторонам можно отстоять все указанные выше особенности и закрепить их в заключаемом договоре. Во всяком случае условия для этого есть. Гораздо хуже бывает при подписании так называемого **договора присоединения**. Здесь допускается очень много фактов обмана, умышленного создания одной из сторон

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

неравенства в свою пользу, нередко просматривается явная зависимость от административного влияния и предусматриваются неимущественные санкции (например, в виде одностороннего расторжения договора). **Статья 428 ГК РФ**, регламентирующая этот вид договорных правоотношений, гласит:

«1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. 2. Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения. 3. Правила, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, подлежат применению также в случаях, если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора».

В гражданско-правовой науке при классификации договоров часто применяются такие понятия, как «коммутативные договоры» и «договоры алеаторные»²¹⁰.

Коммутативные договоры — это договоры, при которых в момент заключения известны объем, уровень и отношение взаимных обязательств сторон. Конкретно определено, что какая из сторон отдает и что получает взамен.

Алеаторными (т.е. рискованными, договорами на удачу и подобными им) являются договоры, при которых в момент заключения неизвестны точ-

²¹⁰ См., например: Джурович Р. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. — М.: Российское право, 1992. — С. 59, 60.

ный уровень, объем и отношение взаимных исполнений или неизвестно, какая сторона будет иметь право, а какая — определенную обязанность, что поставлено в зависимость от события или обстоятельства, о наступлении которых сторонам ничего неизвестно в момент заключения договора. К алеаторным договорам относятся: договор-пари, договор пожизненного содержания, договор страхования. Например, в договоре страхования точно определено обязательство страхователя, которое состоит в выплате определенной страховой премии. В то же время обязательство страховщика — должен ли он будет совершить определенное исполнение или этого не случится — зависит от будущего неизвестного и неотвратимого события — страхового случая.

Правовое значение подразделения договоров на коммутативные и алеаторные состоит в том, что при коммутативных договорах можно поставить вопрос о чрезмерной обременительности, а при алеаторных это невозможно, так как эквивалент встречных удовлетворений не является существенным элементом этого вида договоров. Попытки «пристегнуть» некоторые договоры к алеаторным и есть умышленная форма введения партнера в заблуждение путем юридического обоснования правомерности своей позиции, защищающей чрезмерную обременительность договора, применения методов софистики и прямого утаивания рекомендаций вышестоящей организации для достижения своих корыстных целей.

Возможности разобраться во всем этом и предупредить заключение экономически невыгодной сделки, чрезмерно обременительного договора как раз и служит указанное выше деление договоров на коммутативные и алеаторные. Адвокат в этом случае, как говорится, должен быть бдительным и уметь выявить все намечающиеся ходы своего «противника». Здесь мы вплотную подошли к понятию «чрезмерная обременительность договора». Порой не явное уклонение от выполнения принятых обязательств, не чистый обман предполагается в правоотношениях партнера, а всего лишь обременительность сделки в свою пользу. При возмездных договорах соблюдение определенной эквивалентности, как указано выше, является необходимым условием равноправия сторон. Иначе говоря, взаимные предоставления сторон в случае возмездных договоров должны находиться в определенной соразмерности. Чрезмерную обременительность договора характеризует: возмездный характер договора; очевидная несоразмерность обязательств одной стороны по договору или объем исполнения, который превышает установленную законом норму. Некоторые предприниматели за чрезмерную обременительность признают явную неэквивалентность условий договора.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Однако необходимо подчеркнуть, что **институт чрезмерной обременительности в нашем гражданском законодательстве отсутствует**. Здесь у предпринимателя в резерве лишь опора на собственные силы, как у корейцев — опора на принцип «чучхэ». Оснований для признания подобной сделки недействительной, если не будет установлено умысла на сопровождавший ее явный обман, у суда нет. А поэтому, как поется в песне: «Не надейся рыбак на погоду, а надейся на парус тугой...» — на свою юридическую службу, на адвоката-хозяйственника, на собственные познания и опыт.

Правда, в **ст. 179 ГК РФ** упоминается понятие «**кабальная сделка**». Однако «кабальная» и чрезмерно обременительная — это понятия совершенно не идентичные. Кабальной сделка признается, когда она совершена под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась. Если сделка признана недействительной по одному из оснований, указанных в п. 1 названной статьи, то потерпевшему возвращается другой стороной все полученное ею по сделке, а при невозможности возвратить полученное в натуре возмещается его стоимость в деньгах. Имущество, полученное по сделке потерпевшим от другой стороны, а также причитавшееся ему в возмещение переданного другой стороне, обращается в доход Российской Федерации. При невозможности передать имущество в доход государства в натуре взыскивается его стоимость в деньгах. Кроме того, потерпевшему возмещается другой стороной причиненный ему реальный ущерб.

Какие же этапы подготовки договора должны соблюдаться предпринимателями?

Начинается всякая договорная работа с переговоров по поводу заключения договора. Эта процедура многим известна. Некоторые протоколируют ход дискуссии, применяют иные способы фиксации переговоров.

Следующий этап — это так называемое согласование воли каждой стороны. Именно на этой стадии может происходить «давление на психику» партнера, т.е. проявление каких-либо угроз, устрашения, воздействие иным образом с целью вынудить (побудить) его к заключению договора. На этой стадии чаще всего применяются такие формы, как: введение в заблуждение, т.е. неправильное представление о фактах и существенных обстоятельствах договора; обман — сознательное и намеренное введение в заблуждение другой стороны с целью побуждения ее заключить дого-

вор; принуждение, означающее моральное и физическое воздействие на другую сторону с тем, чтобы вынудить ее заключить договор.

Следует отличать волю и ее «прикрытие», оговорки, притворные высказывания. Например, заявляется что-либо, похожее на угрозу, но без намерения обязать себя этим заявлением.

Волеизъявление бывает **прямым (вербальным)**, например, в письменной форме, в форме словесных выражений. Кроме того, в гражданском праве упоминается **конклюдентная форма** волеизъявления, т.е. такая, из которой можно с уверенностью сделать вывод о наличии волеизъявления (например, кивание головой, иные действия, которые расцениваются как согласие). Молчаливая форма выражения волеизъявления не всегда может быть расценена как конклюдентные действия, ибо молчание бывает разным. Если речь не идет о специально оговоренной в законе форме (например, письменной, нотариально удостоверенной, с регистрацией в государственных органах), то при заключении договора может быть применена, конечно, любая из указанных выше форм волеизъявления на те или иные условия. Однако нынешнее беспокойное время требует больших гарантий, а поэтому все договоры, как правило, выражают вербальную форму волеизъявления и заключаются в письменной форме.

Если партнер применяет **тактику «тихих действий»**, т.е. навязывает свою волю иными мерами, нежели указанными выше, то здесь необходимо проявлять еще большую бдительность и осмотрительность, чем при прямых угрозах и давлении. Особенно следует внимательно относиться к предлагаемым примерным условиям договора. Что это такое?

В договоре, например, может быть предусмотрено, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. В случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота, если они отвечают требованиям, установленным ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия. Иногда в качестве примерных условий партнер предлагает какие-либо положения, правила и т.д., которые обязательно должны быть приложены к договору в качестве его неотъемлемой части.

Договор всегда должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императив-

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

ным нормам), действующим в момент его заключения. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий в качестве обязательных для сторон иные правила, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Необходимо также отличать от других повседневных хозяйственных договоров публичный договор.

ГК РФ, Статья 426 «Публичный договор»: «1. Публичным договором признается договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ либо оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.). Лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим лицом в отношении заключения публичного договора, за исключением случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами. 2. В публичном договоре цена товаров, работ или услуг должна быть одинаковой для потребителей соответствующей категории. Иные условия публичного договора не могут устанавливаться исходя из преимуществ отдельных потребителей или оказания им предпочтения, за исключением случаев, если законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей. 3. Отказ лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 4 статьи 786 настоящего Кодекса. При необоснованном уклонении лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса. 4. В случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации, а также уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти могут издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

5. Условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным пунктами 2 и 4 настоящей статьи, ничтожны».

Завершающий этап подготовки договора — это само заключение договора. Договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. Моментом заключения договора считается момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (ст. 224 ГК РФ). Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Ниже мы будем говорить об изменении договора. Однако и к данному случаю применим следующий пример из судебной практики ВАС РФ, из которого явствует, что совершение конклюдентных действий может рассматриваться при определенных условиях как согласие на внесение изменений в договор (это же можно отнести и к заключению договора), заключенный в письменной форме.

В арбитражный суд обратилось акционерное общество (арендодатель) с иском к товариществу с ограниченной ответственностью (арендатор) о внесении изменений в договор аренды нежилого помещения, поскольку товарищество письменного согласия на изменение условий договора не давало, хотя вносило арендную плату по новым ставкам, предложенным истцом.

Арбитражный суд исковые требования акционерного общества удовлетворил. При этом он исходил из того, что действия арендатора по внесению арендной платы не могут рассматриваться как его согласие на внесение изменений в договор аренды, так как в соответствии со ст. 452 Гражданского кодекса Российской Федерации соглашение об изменении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное. Поскольку, исходя из ст. 609 Гражданского кодекса Российской Федерации, договор аренды между юридическими лицами заключается в письменной форме, соглашение о внесении изменений в договор также должно быть выражено в письменной форме.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Кассационная инстанция решение суда первой инстанции отменила, сославшись на п. 3 ст. 434 Гражданского кодекса Российской Федерации, которым установлено, что письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 438 Кодекса.

Как следует из названного пункта ст. 438 Кодекса, совершение лицом, получившим оферту, действий по выполнению указанных в ней условий (уплата соответствующей суммы) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

Поскольку иных оснований для непризнания действий арендатора акцептом не было, возражений по условиям арендной платы, предложенной арендодателем, не заявлено, действия товарищества должны расцениваться как его согласие на внесение изменений в договор аренды. (Приложение к информационному письму Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров».)

Следует заметить, что по вопросам договорного права, методики подготовки и заключения договоров в настоящее время существует множество различных пособий, справочников, комментариев. Наиболее подходящими к сегодняшней теме, на взгляд авторов, могли бы служить следующие пособия: Москвин В.А. Подготовка и контроль финансовых договоров. — М.: Инфра-М, 2001; Дашков Л.П., Брызгалин А.В. Коммерческий договор: от заключения до исполнения. — М., 1998; Завидов Б.Д., Гусев О.Б. Гражданско-правовая ответственность. Справочник практикующего юриста. — М.: Р-центр, 2000. В этих работах в простой и доступной форме приводятся многочисленные рекомендации по юридическому оформлению текстов практически всех существующих в гражданско-правовой практике договоров.

11.3. Сопровождение сделок

Понятие «сопровождение сделок» — не юридическое. Такого термина нет ни в цивилистике, ни в других законах. Однако его часто применяют в хозяйственной деятельности субъектов предпринимательства, имея в виду последующий организационный и правовой контроль за выполнением условий договора, юридическую корректировку изменений ситуации (изменение, прекращение договора, дополнительные соглашения, применение форс-мажора и проч.).

Как правило, вопросами сопровождения сделок на предприятии занимаются соответствующие экономические (хозяйственные) службы и

адвокаты (юристы). От того, насколько грамотно ведется сопровождение сделок, особенно юридическое, во многом зависит благоприятный их исход, правильное разрешение возникающих коллизий, урегулирование нестыковок, отклонений, попыток партнера уклониться от выполнения договорных обязательств. Предпосылки к таким попыткам выявляются в результате грамотного сопровождения сделок, осуществления постоянного контакта с партнером (телексы, факсы, телефонные переговоры, связь по Интернету и т.д.). На стадии сопровождения сделок стороны должны исходить из основных положений обязательственного права: *«Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями»* (ст. 309 ГК РФ).

На практике после заключения договора возникает множество различных нюансов, трудностей, которые в большинстве случаев вызваны объективными обстоятельствами. Но возникают случаи, когда партнер некоторые объективные факторы пытается «подогнать» под себя, использовать их для собственной выгоды, извлечь какую-либо пользу.

К примеру, один из томских леспромхозов после заключения договора с московской фирмой-покупателем, когда тот произвел стопроцентную предоплату за товар, попытался направлением дополнительной оферты о повышении цены вынудить покупателя под страхом непоставки груза увеличить размер оплаты по договору на одну треть от уже оплаченной суммы. Юрист покупателя, осуществлявший юридическое сопровождение сделки, изучив все обстоятельства, составил юридическое заключение, в котором обосновал правомерность позиции покупателя в отказе от производства новых выплат поставщику. Когда деньги поставщику не поступили, тот направил исковое заявление, пытаясь с привлечением суда добиться своей незаконной цели.

Арбитражный суд, рассмотрев исковое заявление леспромхоза (поставщика) об изменении цены на пиломатериалы, установленной сторонами в договоре поставки, к сожалению, не разобрался в существе дела и признал требования заявителя правомерными, внося в договор соответствующие изменения.

Свое обращение в арбитражный суд леспромхоз обосновал увеличением таксовой цены на поставляемую продукцию.

Между тем повышенный коэффициент к таксам на древесину был установлен преискурантом, введенным в действие до заключения сторонами договора поставки.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Поставщик, руководствуясь ст. 16 Закона Российской Федерации «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (в настоящее время п. 1 ст. 424 ГК РФ), дал согласие на отпуск пиломатериалов по договорным ценам без применения повышающего коэффициента путем предварительной оплаты всей продукции сразу же после заключения договора. Покупатель свои обязательства по оплате пиломатериалов выполнил.

В соответствии со ст. 65 Основ гражданского законодательства (в настоящее время п. 2 ст. 424 ГК РФ) изменение цены договора после его заключения допускается лишь в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке. В период действия договора цены на пиломатериалы в централизованном порядке не изменялись. Возможность изменения цены договора после его заключения стороны не установили.

Поскольку основания для изменения установленной договором цены на пиломатериалы отсутствовали, кассационная коллегия арбитражного суда решение по делу отменила и в удовлетворении исковых требований поставщика отказала.

В другом случае в арбитражный суд обратился завод резиновых технических изделий (поставщик) с иском о взыскании с авторемонтного завода (покупатель) стоимости манжет, от оплаты которых последний частично отказался.

Согласно договору указанные изделия подлежали поставке по установленной сторонами цене. В связи с происшедшим в ходе выполнения договора удорожанием сырья, энергии, услуг и изменением транспортных тарифов поставщик направил покупателю письмо, в котором сообщил об увеличении стоимости манжет, и, не дожидаясь ответа, произвел их отгрузку.

Покупатель свой отказ от оплаты продукции по новой цене мотивировал тем, что согласованная сторонами при заключении договора цена не была изменена.

Поскольку в заключенном договоре не были предусмотрены случаи и условия изменения цены на изделия, а законом поставщику не предоставлено право на одностороннее изменение договора в связи с упомянутыми причинами, арбитражный суд обоснованно отказал поставщику в удовлетворении исковых требований. (Пункт 3 приложения к письму ВАС РФ от 20 марта 1995 г. № С1-7/ОП-159 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с установлением и применением цен».)

В этом же документе ВАС РФ (п. 4) приводится еще одна ситуация, когда поставщик пытался направлением телеграммы-оферты ввести по-

купателя в заблуждение и получить от него дополнительные деньги по договору поставки пиломатериалов.

Только благодаря умелому юридическому сопровождению покупателю удалось отстоять свою позицию и добиться от поставщика выполнения договора. В этот раз арбитражный суд, инициированный уже покупателем о понуждении продавца к исполнению обязательств, констатировал, что неполучение ответа от покупателя на предложение поставщика об изменении цены не освобождает последнего от обязанности выполнения договора.

Торгово-закупочная база (поставщик) обязана была поставить покупателю по договору пиломатериалы по согласованной сторонами цене. После заключения договора поставщик направил покупателю телеграмму об изменении цены в сторону ее повышения. Поскольку на телеграмму покупатель не ответил, поставщик прекратил поставку пиломатериалов.

Между тем неполучение ответа на предложение поставщика об изменении условий договора о цене не может служить основанием для одностороннего отказа от исполнения обязательств по договору.

С иском об изменении установленной договором цены поставщик в арбитражный суд не обращался. Поэтому он обязан был выполнить принятые по договору обязательства.

Довольно часто в предпринимательской деятельности договор заключают одни партнеры, а выполнение его осуществляют третьи лица. Здесь необходимо иметь в виду установленное ст. 313 ГК РФ следующее правило: исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом. Третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право аренды, залога или др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника. В этом случае к третьему лицу переходят права кредитора по обязательству в соответствии со ст.ст. 382—387 настоящего Кодекса.

Однако необходимо отличать указанные ситуации от следующих, довольно часто встречающихся на практике.

Банк, руководствуясь условиями кредитного договора, перечислил по указанию заемщика сумму кредита его контрагенту. В установленный срок задолженность заемщиком не была погашена. Банк обратился с иском о взыскании задолженности к заемщику и предприятию, которому была перечислена сумма кредита. Получатель сумм в заключении кредитного до-

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

говора не участвовал. Арбитражный суд пришел к выводу, что заемщик и лицо, фактически использовавшее кредит, несут солидарную ответственность за исполнение обязательства, вытекающего из кредитного договора. С учетом того, что на счете заемщика отсутствовали денежные средства, суд удовлетворил иск за счет лица, которому была перечислена сумма.

Однако такое решение является неверным. В силу ст. 113 Основ гражданского законодательства обязанность возвратить сумму денег, полученную по кредитному договору, лежит на заемщике — стороне по кредитному договору.

Если лицу, которое не является стороной по кредитному договору, были перечислены средства во исполнение данного договора, то такое лицо не несет ответственность за возврат кредита перед займодавцем (кредитором). То есть суд сделал вполне определенный вывод, что кредитор не вправе предъявлять требование о возврате кредита к лицу, которому денежные средства были перечислены по указанию заемщика. (Письмо ВАС РФ от 26 января 1994 г. № ОЩ-7/ОП-48 «С обзором практики рассмотрения споров, связанных с исполнением, изменением и расторжением кредитных договоров».)

Нередко встречались случаи, когда после заключения договора (договоров) на крупные суммы партнер-кредитор исчезал из поля зрения партнера-должника и последний оказывался не в состоянии перечислить кредитору требуемую по договору или по ряду договоров сумму (например, в г. Москве одна компания обанкротила с десяток крупных универмагов, в последующем скупив их на аукционе по бросовым ценам и став таким образом собственником имущества). По истечении некоторого времени кредитор подавал заявление в арбитражный суд о признании должника банкротом, что суд и делал. Изучение этих однотипных обстоятельств показало, что универмаги стали жертвами простейших по своей конструкции лжеделок лишь в результате того, что совершенно не работали с заключенными договорами, не занимались юридическим сопровождением сделок.

А между тем на этот счет в законе имеется прекраснейшее правило, которым и надо было воспользоваться, — статья 327 ГК РФ «Исполнение обязательства внесением долга в депозит». Нотариус или суд, в депозит которого внесены деньги или ценные бумаги, извещает об этом кредитора.

Вот так можно было избежать серьезных неприятностей и длительных судебных разбирательств, банкротства, неприятных процедур продажи с аукциона и смены владельцев. Кстати, на этот счет имеется и соответствующая судебная практика. В частности, в п. 8 совместного Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от

8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений ГК РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами»²¹¹ говорится: *«Если должник, используя право, предоставленное ст. 327 ГК, внес в срок, предусмотренный обязательством, причитающиеся с него деньги в депозит нотариуса, а в установленных законом случаях — в депозит суда (депозит подразделения судебных приставов-исполнителей), денежное обязательство считается исполненным своевременно, и проценты, в том числе предусмотренные ст. 395 Кодекса, на сумму долга не начисляются».*

По этому же вопросу имеется судебная практика и противоположного свойства, когда продавец уклоняется от получения денег. В этом плане показательное такое арбитражное дело, описанное в п. 9 приложения к уже упоминаемому в настоящей главе информационному письму Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14. В арбитражный суд обратилось акционерное общество с иском к товариществу с ограниченной ответственностью о расторжении договора купли-продажи нежилого помещения. По утверждению истца, покупатель не перечислил на его расчетный счет в определенный договором срок соответствующую сумму за указанное помещение.

Суд отклонил требование акционерного общества, исходя из следующего.

Согласно материалам дела в связи с уклонением продавца от получения денег сумма выкупа была внесена в депозит нотариуса в соответствии со ст. 327 ГК РФ.

Продавец, письменно уведомленный нотариусом о наличии в депозите суммы выкупа, не сообщил ему данные, по которым необходимо перечислить на его расчетный счет внесенную в депозит сумму.

Арбитражный суд охарактеризовал действия акционерного общества как уклонение от принятия исполнения обязательства, поскольку в соответствии с ч. 4 п. 1 ст. 327 Гражданского кодекса Российской Федерации должник вправе внести причитающиеся с него деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса, если обязательство не может быть исполнено должником вследствие уклонения кредитора от принятия исполнения независимо от вида заключенного договора. Таким образом, этот судебный прецедент установил такую формулу: *Уклонение продавца от принятия исполнения является основанием для отказа в удовлетворении его требования о расторжении договора.*

²¹¹ Высший Арбитражный Суд Российской Федерации упрямлен Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ. Разъяснения по вопросам судебной практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами, данные Пленумом ВАС РФ, сохраняют свою силу до принятия соответствующих решений Пленумом Верховного Суда РФ (ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона от 4 июня 2014 г. № 8-ФКЗ).

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Говоря о юридическом сопровождении сделок, нельзя обойти вниманием и такой вопрос, как **встречное исполнение обязательств**, которое тоже нередко применяется на практике.

Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной. В случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Если обусловленное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению. Если встречное исполнение обязательства произведено, несмотря на непредоставление другой стороной обусловленного договором исполнения своего обязательства, эта сторона обязана предоставить такое исполнение. При этом следует иметь в виду, что эти правила применяются, если договором или законом не предусмотрено иное.

Для демонстрации практического применения этой нормы приведем в пример следующее арбитражное дело. Организатор зрелищного мероприятия обратился в арбитражный суд с иском о взыскании со спонсора суммы неперечисленного спонсорского взноса и договорной неустойки за просрочку его уплаты.

Арбитражный суд оценил отношения сторон как договор возмездного оказания услуг, признал рекламные обязательства истца выполненными и иск удовлетворил.

Между тем при вынесении решения не было учтено следующее. По условиям договора об оказании спонсорской поддержки спонсор должен был перечислить определенную сумму денежных средств и предоставить на время мероприятия имущество, а организатор мероприятия обязался оказать спонсору ряд рекламных услуг, в число которых входило распространение информации о финансовой поддержке в буклетах, иной документации, наружной рекламе и средствах массовой информации.

В соответствии со ст. 19 Федерального закона от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе», действовавшего в момент возникновения спора, под спонсорством понимается осуществление юридическим или физическим лицом (спонсором) вклада (в виде предоставления имущества, ре-

зультатов интеллектуальной деятельности, оказания услуг, проведения работ) в деятельность другого юридического или физического лица (спонсируемого) на условиях распространения рекламы о спонсоре, его товарах.

На основании п. 1 ст. 54 ГК РФ указание на организационно-правовую форму юридического лица является частью его наименования.

Спонсором по договору выступало товарищество с ограниченной ответственностью производственное творческое объединение «Х», зарегистрированное в городе Н., а в газетных публикациях, пресс-релизе мероприятия спонсором указывалось производственно-техническое объединение либо фирма «Х» с упоминанием фамилии руководителя организации-спонсора и места ее регистрации или без упоминания этих сведений.

Ответчик предоставил суду данные о регистрации на соответствующей территории десяти юридических лиц различных организационно-правовых форм с наименованием «Х».

Таким образом, распространенные организатором сведения явно не позволяли определить действительного спонсора мероприятия. Считать такие публикации рекламой спонсора у суда оснований не было.

Срок передачи денежного взноса спонсора истекал за один день до начала мероприятия. К этому моменту недостоверная реклама в печатных изданиях уже была опубликована.

Исходя из содержания договора об оказании спонсорской поддержки, заключенного сторонами, обязательства последних являлись встречными и подчинялись правилам ст. 328 ГК РФ.

Поскольку предоставление спонсорского взноса было обусловлено определенным объемом рекламных услуг, часть из которых не была оказана, размер задолженности и ответственности спонсора суду следовало определять с учетом этих обстоятельств.

В связи с этим апелляционная инстанция решение отменила и в удовлетворении требования отказала. Таким образом, существенное искажение наименования организации не может считаться надлежащей рекламной информацией об этой организации. (Письмо Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе», п. 22 приложения²¹²).

Следует отметить, что конструкция защиты прав сторон в договорных обязательствах не исчерпывается только судебной защитой прав.

²¹² При применении данного документа следует учитывать, что Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 5 мая 1995 г. № 70-ФЗ утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ, которым введен в действие Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ.

§ 11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях

Отсутствие в общих положениях ГК РФ об обязательстве и о договоре системы детализированных правил внесудебной защиты (самозащиты) явилось предпосылкой теоретической разработки цивилистических конструкций внесудебной защиты прав кредитора в договорных обязательствах.

Теоретически эта гражданско-правовая процедура представляет собой целостность двух взаимосвязанных волеизъявлений:

- 1) информирование кредитором с защитной целью о намеченных ответных односторонних действиях против неисполнительного должника;
- 2) воздержание от их реализации в течение имеющего юридическое значение и определенного законом договором периода времени до получения конкретного ответа должника²¹³.

Реализация самозащиты возможна посредством односторонних действий, юридических поступков и защитных деловых отправлений кредитора в адрес должника.

В качестве примеров можно привести:

- а) предусмотренную ГК РФ возможность установления дополнительного срока для исполнения обязательств по отдельным видам договоров (ст.ст. 479, 480, п. 3 ст. 619, п. 3 ст. 715, п. 3 ст. 723);
- б) установленную п. 1 ст. 483 ГК РФ процедуру обязательного извещения о несоответствии товара условиям договора в разумный срок после выявления несоответствия или после того, как оно должно было быть выявлено;
- в) предоставленное законом или договором право на односторонний отказ от договора посредством уведомления уполномоченной стороной другой стороны (ч. 2 п. 2 ст. 310, ст. 450 ГК РФ).

Большое значение в ходе юридического сопровождения сделок имеют своевременное восприятие, реагирование на форс-мажорные обстоятельства и применение их в договорных отношениях с целью полного или частичного самоосвобождения от ответственности или, наоборот, с целью предупреждения недобросовестного использования этого обстоятельства в своих целях.

От «злого умысла» при заключении и сопровождении сделок следует отличать обычные ошибки в предпринимательской практике нынешних бизнесменов. Эти ошибки по внешним признакам порою ничем не отличаются от замаскированных «козней» партнеров и других участников гражданско-правовых отношений, направленных на извлечение лишь собственных выгод путем обмана. Как пишет профессор В.А. Москвин,

²¹³ Красnojрова Н.И. Понятие цивилистической конструкции внесудебной защиты прав кредитора в договорных обязательствах//Современное право. — 2014. — № 8.

«...Реализация договорных отношений предприятия сопровождается на всех основных этапах их подготовки и исполнения значительным числом различных рисков. Эта совокупность рисков должна интересовать руководителей и финансистов предприятия прежде всего как возможный перечень конкретных факторов, некоторые из которых могут в дальнейшем стать причиной нанесения ущерба финансовым интересам предприятия»²¹⁴.

По наблюдениям В.А. Москвина, количество ошибок в договорной деятельности предприятия распределяется следующим образом: 60% — в процессе подготовки и заключения договора, 25% — при исполнении договора, 15% — при возникновении конфликтной ситуации. При этом среди конкретных ошибок в договорной работе на первом этапе автор называет 21 случай (например, недостаточная продуманность сделки и содержания договора; ошибки в оформлении и тексте договора; неправильный выбор формы договора; отсутствие в договоре всех условий; несоответствие договора всем обязательным для сделки правилам, установленным законом; отсутствие сопутствующего договора (соглашения) и т.д. Относительно второго этапа упоминается девять случаев ошибок (несоблюдение предприятием условий договора; существенное нарушение условий договора другой стороной; несвоевременное обнаружение допущенного другой стороной нарушения обязательства; опоздание с корректировкой договора; односторонний отказ от исполнения обязательства в случае, не предусмотренном законом или договором, и т.д.). И касательно третьего этапа называется шесть ошибок (опоздание с обращением в арбитражный суд; истечение сроков исковой давности и т.д.)²¹⁵.

Обман в хозяйственной практике от обычной ошибки отличает лишь одно — наличие или отсутствие умысла на обман, т.е. отличие в чисто субъективной стороне деяния (действия, бездействия). Конечно же, кроме адвоката-профессионала никто в таких тонкостях не разберется. Но и адвокату для этого тоже требуются глубокие юридические познания, и особенно познания в области гражданского права, хозяйственного законодательства и отличное знание при этом судебной (арбитражной) практики.

²¹⁴ Подготовка и контроль финансовых договоров. Практическое пособие для финансовых руководителей и главных бухгалтеров. — М.: Инфра-М, 2001. — С. 24.

²¹⁵ Там же. — С. 25–28.

ГЛАВА 14

Нравственные основы адвокатской деятельности

*«Адвокаты в своем роде
являются тем, чем были апостолы»²¹⁶*

§1. Этические основы профессиональной деятельности адвоката

Вопросы адвокатской этики стали предметом исследования более 300 лет назад. Еще в 1713 г. французский исследователь писал: «Бедность ищет адвокатуры как убежища для себя, богатство — как опоры, честь — как средства защиты»²¹⁷. Родоначальниками разработки названной проблематики в русской литературе являются: К.К. Арсеньев «Заметки о русской адвокатуре», 1875; Д. Невядомский «Вечные вопросы адвокатуры», 1886; Г.А. Джаншиев «Вопросы адвокатской дисциплины», 1887, «Ведение неправильных дел», 1887; Е.В. Васьковский «Основные вопросы адвокатской этики», 1895.

Российский правовед Г.А. Джаншиев считал, что «только там и процветает адвокатура, как учреждение общественное, где оно руководствуется правилом: non omne, quod licet honestum est. Способствовать тому, чтобы на суде внешняя законность не прикрывала внутреннюю неправду, чтобы приличная форма не скрывала под собою отвратительного содержания, вот трудная, но достойная задача, выдвигаемая идеалами адвокатской этики». (Г.А. Джаншиев «Ведение неправых дел (Этюды по адвокатской этике)».)

В юридической литературе существует мнение, что «хорошая» адвокатура должна базироваться на трех китах: демократической структуре ее организации, гарантии независимости конкретного адвоката, своде этических правил профессии²¹⁸. Последняя составляющая данной триады особо актуальна.

²¹⁶ La Bruyère, Les caractères, ch. XV.

²¹⁷ Fyot de la March. L'eloge et les devoirs de la profession d'avocat, 1713, 23.

²¹⁸ См.: Барщевский М.Ю. Адвокат, адвокатская фирма, адвокатура. — М., 1995.

Как пишет А.Д. Бойков, «правовая зрелость специалиста не может характеризоваться лишь определенной суммой знаний, умений, навыков, она включает и соответствующий уровень нравственного развития личности, овладения ею моральными требованиями данной профессии»²¹⁹.

Стремление адвокатуры к нравственному самоочищению прослеживается на протяжении всей ее истории.

Согласно исследованию отдельных процессуалистов, история, выработав два типа адвокатуры, вместе с тем создала и две системы адвокатской этики: англо-французскую и австро-германскую.

Первая превосходит вторую как возвышенностью взгляда на деятельность адвокатуры, так и строгостью требований, предъявляемых к нравственности членов профессии. Выше всех в этом отношении стоят французские и бельгийские адвокаты, обладающие в трудах Молло, Лиувилля, Крессона, Дюшена и Пикара полными сводами своей этики²²⁰. В частности, как писал Молло, «если в слоге — весь человек, то в честности — весь адвокат... Можно даже утверждать, что в ней заключаются все качества, необходимые адвокату: назначение его — убеждать, а убедить может только честный человек»²²¹.

Далее следуют англичане, хотя и не имеющие подобных писаных кодексов, но выработавшие себе традиции, сходные с французскими и бельгийскими. Например, известный английский юрист XIX в. Р. Гаррис следующим образом охарактеризовал основные этические требования к адвокатской профессии: «...если задуматься над тем, что в деле бывают поставлены на карту жизнь, достояние, общественное положение, честь и доброе имя людей, вверившихся адвокату, то нельзя не сказать, что нравственный долг обязывает его потрудиться настолько, чтобы усвоить хотя бы основные начала того искусства, которое служит успеху в этой ответственной борьбе»²²².

Крупнейший знаток истории и этики адвокатского дела в России Е.В. Васьковский, также акцентируя отдельное внимание на вопросах адвокатской этики, отмечал следующее: «нужно иметь в виду, что адвокатура, вращаясь постоянно в сфере борьбы нравственного с безнравственным, дозволенного с недозволенным, справедливого с несправедли-

²¹⁹ Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М., 1978.

²²⁰ См.: Васьковский Е.В. Организация адвокатуры // Адвокат в уголовном процессе / под ред. и с предисл. д.ю.н., проф. П.А. Лупинской, сост. С.Н. Гаврилов. — М., 1997. — С. 163.

²²¹ Цит. по: Троицкий Н.А. Адвокатура в России и политические процессы. 1904 гг. — Тула, 2000. — С. 54.

²²² Гаррис Р. Школа адвокатуры: Пер. с англ. (Школа зарубежного права). — Тула, 2001. — С. 18.

вым, подвержена тысяче таких искушений, которые не знакомы другим профессиям. Честности врача или архитектора грозит испытание только в очень редких случаях, честности адвоката — на каждом шагу. Кто будет предлагать доктору или архитектору вознаграждение за то, чтобы он отнесся недобросовестно к своей обязанности, затянул болезнь пациента, построил дом из плохого материала? Адвокаты же получают подобные предложения чуть ли не каждый день. Выиграть процесс, как бы ни был он неправ с нравственной или юридической точек зрения и какие бы способы ни пришлось для этого употреблять, а если не выиграть, то хоть затянуть его, <...> в уголовном процессе избежать наказания хотя бы с помощью лжесвидетелей и поддельных документов, — вот с какими просьбами обращаются нередко тяжущиеся и подсудимые к адвокату... Поэтому адвокатура в отличие от других либеральных профессий требует особой и притом крепкой внутренней организации, которая бы гарантировала честность и добросовестность членов сословия»²²³.

Один из создателей адвокатской этики в России, К.К. Арсеньев, отличавшийся высокой нравственной репутацией, по выражению А.Ф. Кони, «безупречный и чистый, как кристалл», убедительно подкреплял собственное слово об этике делом. «Самый блестящий гонолярый не заставит его взяться за дело нечистое»²²⁴, — писали о нем современники.

В своей работе о правовых и нравственных устоях сословия присяжных поверенных под названием «Заметки о русской адвокатуре» К.К. Арсеньев подчеркивал, что «адвокат — не юридический толмач, он принимает на себя нравственную ответственность за все то, что требует от имени и в пользу другого, он служит посредником между тяжущимся и судом и именно в этом качестве он должен по возможности предупредить обращение к суду с неосновательными или несправедливыми домогательствами»²²⁵.

Если бы опасности адвокатуры ограничивались этим, если бы они заключались всего лишь в возможности обхода закона и нарушении требований этики, это было бы еще полбеда. Ведь судьи и прокуроры находятся в том же самом положении. Но адвокатура не только открывает широкое поле для разного рода злоупотреблений, но вместе с тем дает достаточно сильный стимул прибегнуть к этим злоупотреблениям.

²²³ Васьковский Е.В. Указ. соч. — С. 63.

²²⁴ Троицкий Н.А. Корифей русской адвокатуры первого призыва // Сов. государство и право. — 1985. — № 9. — С. 103.

²²⁵ Цит. по: Чельцов М. Об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры // Сов. государство и право. — 1940. — № 7. — С. 116.

С другой стороны, адвокатура, в отличие от других свободных профессий, содействует развитию недобросовестности тех, кто ею занимается. Таким образом, непорядочность играет в пользу адвоката и «сочетание высшей степени таланта с высшей с высшей степенью непорядочности всегда способствует успеху адвоката»²²⁶.

Особое значение нравственности для адвокатской профессии отмечали такие выдающиеся юристы как С.А. Андреевский, П.А. Александров, Д.В. Стасов, П.С. Сергеич, В.Д. Спасович, Ф.Н. Плевако, Л.Е. Владимиров, А.И. Урусов, А.Ф. Кони и др.

Социальная природа норм профессиональной этики адвоката — проблема современной теории права.

В современной юридической литературе адвокатская этика определяется как составная часть науки об адвокатуре, ее относительно обособленный институт, а также часть общей юридической этики, представляющая собой систему научно обоснованных представлений о морально-нравственных аспектах адвокатской деятельности и их оценок²²⁷.

В новейшей литературе встречаются различные суждения относительно природы норм профессиональной этики адвоката, которые условно могут быть разделены на следующие группы:

1) нормы адвокатской этики являются нормами морали (А.Г. Кучерена, И.В. Ревина);

2) нормы адвокатской этики — корпоративные нормы (Ю.С. Пилипенко, А.Н. Чашин);

3) нормы адвокатской этики — правовые нормы (В.М. Никитина, Ж.-Л. Бертель, Е.В. Орешин);

4) нормы адвокатской этики — особая разновидность социальных норм, некий подправовой институт (С.А. Деханов, А.А. Малиновский, Г.Б. Мирзоев, Н.Д. Эриашвили).

Как полагает А.Г. Кучерена, в содержание адвокатской этики входят:

— моральные принципы, которых должны придерживаться адвокаты в ходе осуществления адвокатской деятельности;

— нормы морали и нравственности, выражающиеся в определенных правилах, складывающихся и действующих в различных сферах профессиональной деятельности адвокатов и наполняющих принципы адвокатской этики содержанием, конкретизирующих их;

²²⁶ Обнинский. Откуда идет деморализация нашей адвокатуры // Юридический вестник — 1890. — № 8. — С. 31.

²²⁷ См.: Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник. — М., 2004. — С. 233.

— оценка полноты отражения в законодательстве об адвокатской деятельности и адвокатуре требований морали, мнения относительно степени соблюдения требований адвокатской этики в деятельности органов адвокатского сообщества, адвокатских образований и отдельных адвокатов, представления общества об институте адвокатуры в целом, о целесообразности, справедливости в его деятельности;

— степень доверия граждан к адвокатам и уважения их профессии;

— методы воплощения в жизнь адвокатским сообществом нравственных требований, разрабатываемых адвокатской этикой, способы обеспечения выполнения адвокатами этических правил²²⁸.

По содержанию нормы адвокатской этики ближе к нормам морали, поскольку предусматривают правила поведения адвокатов, исходя из морально-нравственных критериев справедливости, гуманизма, честности, порядочности. Однако однозначно отнести нормы адвокатской этики к нормам морали было бы неверно²²⁹.

Нормы морали, как правило, не фиксируются документально, они возникают и сохраняются в сознании людей. Правила же адвокатской этики закрепляются в специальных актах — кодексах профессиональной этики адвоката, представляющих собой внутренне согласованные документы.

Таким образом, нормы адвокатской этики следует отнести к корпоративным нормам, а не только к нормам морали. Как и любые корпоративные нормы, нормы адвокатской этики разрабатываются и принимаются профессиональными или иными объединениями, распространяются исключительно на членов корпорации, их соблюдение подпадает под корпоративный контроль, а при их нарушении возможно наступление ответственности вплоть до исключения из корпорации.

По убеждению Т.З. Зинатуллина, адвокатская этика «это этика не в своем «чистом» виде, а этика, органически сочетающая в себе нравственные и правовые положения, свойства»²³⁰.

Анализируя предмет адвокатской этики, М.Ю. Барщевский приходит к выводу, что в качестве такового выступает поведение представителя этой профессии, члена соответствующей корпорации, преимущественно в обстоятельствах, где он действует именно как профессионал либо представляет свою профессию, либо воспринимается окружающими именно как представитель корпорации адвокатов.

²²⁸ См.: Кучерена А.Г. Указ. соч. — С. 235

²²⁹ Там же. — С. 236.

²³⁰ Зинатуллин Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника: Дисс. ... канд. юрид. наук. — Ижевск, 1999. — С. 25.

Приведенное суждение полностью корреспондирует с позицией Комиссии Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации по этике и стандартам, приведенной в разъяснении от 16 февраля 2018 г. № 02/18 по вопросам применения п. 2 ст. 5 и п. 5 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката: «Таким образом, поведение адвоката вне профессиональной деятельности, которое наносит ущерб авторитету адвокатуры или подрывает доверие к ней, может квалифицироваться органами адвокатского самоуправления в качестве нарушения правил профессиональной этики при условии, что принадлежность такого лица к адвокатскому сообществу очевидна или это следует из его поведения»²³¹.

При этом адвокат как человек может придерживаться любого этического учения, любых этических воззрений, однако как для члена корпорации для него возможна только одна система профессиональных ценностей, только один набор стандартов профессионального поведения.

Разумеется, когда те или иные аспекты деятельности адвоката определяются общеправовыми нормами, в частности процессуальными кодексами, речь уже идет не о чисто этических установлениях, но о соблюдении требований Закона, что, кстати, для адвоката уже само по себе является одной из этических норм существования.

Таким образом, можно сформулировать следующее общее правило: предметом адвокатской этики является предписываемое корпоративными правилами должное поведение члена адвокатской ассоциации в тех случаях, когда правовые нормы не устанавливают для него конкретных правил поведения²³².

С такой позицией солидарны многие процессуалисты. В частности, по мнению Л.А. Демидовой и В.И. Сергеева, основанному на выводах М. Барщевского, «если предметом регулирования общей этики является нравственное поведение человека вообще, любой профессии, в любых обстоятельствах, то предметом адвокатской этики становится поведение представителя этой профессии, члена соответствующей корпорации, преимущественно в обстоятельствах, где он действует именно как профессионал: либо представляет свою профессию, либо воспринимается окружающими именно как представитель корпорации адвокатов»²³³.

²³¹ Разъяснение Комиссии Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации по этике и стандартам от 16 февраля 2018 г. № 02/18 по вопросам применения п. 2 ст. 5 и п. 5 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката // СПС «КонсультантПлюс».

²³² См.: Барщевский М.Ю. Адвокатская этика: 2-е изд., испр. — М., 2000. — С. 22, 23.

²³³ Адвокатура в России: Учебник / под ред. проф. Л.А. Демидовой, В.И. Сергеева. — М., 2004. — С. 425.

Известный исследователь этических аспектов адвокатской деятельности А.Д. Бойков отмечает, что адвокатская этика как наука включает в свой предмет учение о моральных ценностях профессии, о принципах и нормах, определяющих поведение адвоката в ситуациях, выходящих за пределы правового регулирования, о способах решения коллизий, возникающих в практике адвоката-защитника, адвоката-представителя и адвоката члена корпорации.

Необходимо подчеркнуть, что адвокатская этика наиболее тесно связана с методикой и тактикой осуществления судебного представительства. Она вовсе не ставит перед собой целей оправдания отступлений от правды и объективности. Она осуждает ложь, крючкотворство, заведомые передержки. И только она может дать адвокату оружие большой социально полезной силы, уберечь начинающего специалиста от глубоких разочарований, подсказать пути истинного морального удовлетворения деятельностью²³⁴.

Важность профессиональной этики для адвоката обусловлена прежде всего тем, что многие отношения, в которые он вынужден вступать при отправлении своих обязанностей, и виды деятельности не урегулированы правом. В области уголовной защиты таковыми являются взаимоотношения адвоката с подзащитным и его близкими, со свидетелями, потерпевшими, а также другими участниками процесса; вопросы тактики и методики защиты.

Как справедливо подметил А.Ф. Кони, «...уголовная защита представляет больше поводов для предъявления требований, почерпнутых из области нравственной, чем деятельность обвинительная, ввиду сложных и многообразных отношений защитника к своему клиенту подсудимому и к обществу»²³⁵.

В последнее время адвокатское сообщество, осознавая необходимость укрепления своего общественного положения, признало необходимость формирования единых требований к деятельности адвоката.

В частности, данный процесс нашел свое отражение как в создании органами адвокатского самоуправления профильной комиссии (Комиссия по этике и стандартам) и издаваемых указанной Комиссией разъяснениях по вопросам правил поведения адвоката при осуществлении адвокатской деятельности, так и в начавшемся процессе формирования единых требований к деятельности адвоката²³⁶.

²³⁴ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 38, 39.

²³⁵ Кони А.Ф. Общие черты судебной этики // Адвокат. — 2005. — № 3. — С. 7.

²³⁶ Стандарт осуществления адвокатом защиты в уголовном судопроизводстве, принят VIII Всероссийским съездом адвокатов 20 апреля 2017 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Отсутствие правовых регуляторов в этих и подобных случаях нельзя рассматривать как результат пробелов в праве. Есть отношения, которые или нецелесообразно, или невозможно урегулировать правом в силу их многогранности и индивидуальной неповторимости.

Поэтому центральное место в этой неправовой системе принадлежит нравственным нормам, нравственным идеалам, принципам и чувствам. Исходя из этого, как справедливо отмечал И.Я. Фойницкий, «...доступ к адвокатской деятельности должен быть открыт всякому желающему, достаточно к тому подготовленному, физически и нравственно способному посвятить себя ей»²³⁷.

Особую значимость нравственных качеств личности адвоката подчеркивали еще составители судебных уставов 1864 г. Так, ст. 380 Учреждения судебных установлений предоставляла выборному совету, действующему в округе при каждой судебной палате, при приеме в адвокатское сословие право отклонить ту или иную кандидатуру по так называемым «неформальным основаниям» в случаях, когда образ жизни и занятия кандидата представлялись несовместимыми со званием адвоката. При этом определения о непринятии в сословие, основанные на нравственной оценке личности, обжалованию не подлежали²³⁸.

Адвокатская этика, подобно отраслевым правовым наукам, включает **общую и особенную части**.

Общая часть, помимо определения понятия данного научного направления, его предмета, метода, значения и задач, включает учение о моральных ценностях профессии адвоката, содержании его профессионального долга, а также раскрывает иные важнейшие теоретические проблемы.

Особенная (или прагматическая) часть адвокатской этики может быть рассмотрена как нормативная система с внутренней согласованностью предписаний, имеющая определенную структуру²³⁹.

Согласно традиционно сложившемуся в юридической науке подходу, структура адвокатской этики включает в себя общие и частные нравственные требования, регулирующие следующие комплексы отношений:

— взаимоотношения адвокатов с доверителями;

²³⁷ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: Печат. по 3-у изд. (СПб., 1910) / Общ. ред. А.В. Смирнова. — СПб., 1996. — Т. 1. — С. 473.

²³⁸ Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. — СПб., 1995. — С. 773.

²³⁹ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 50.

— взаимоотношения адвокатов, возникающие при осуществлении профессиональных обязанностей в процессе;

— взаимоотношения внутри адвокатской корпорации.

Одна из важнейших **задач адвокатской этики** заключается в том, чтобы способствовать формированию морального сознания адвоката, ориентируя его на неукоснительное соблюдение норм нравственности, охрану собственной чести и репутации.

Следующая и не менее значимая задача адвокатской этики — систематизировать и предложить в виде определенной совокупности те этические категории, которые лежат в основе адвокатской деятельности. Общеизвестными, наиболее важными в теоретическом и практическом отношении категориями выступают, прежде всего, добропорядочность, совестливость, принципиальность, уважение к человеческой личности и др.

Кроме этого, задача профессиональной этики адвоката состоит также в том, чтобы описать и обосновать те профессиональные стандарты, которые осознаются адвокатским сообществом как основы должного нравственно-этического поведения.

И, наконец, адвокатская этика призвана выявить коллизии, сопутствующие профессии и порождающие неэтичное поведение, определить источники таковых и найти достойные (т.е. не противоречащие закону и морали) пути выхода из них.

Помимо перечисленных, следует выделить и ряд задач сугубо теоретического свойства. В частности, таковые связаны с изучением природы адвокатской этики, механизма ее функционирования, взаимодействия как с этикой юриста в целом и соответствующими ее разновидностями, так и с правовыми институтами.

Весьма плодотворной и насущно необходимой задачей является создание спецкурса «Основы адвокатской этики», ориентированного на профессиональную подготовку и переподготовку адвокатов.

Обосновывая **значение адвокатской этики**, в научной литературе справедливо отмечают, что она:

а) помогает адвокатам обеспечивать доверительные отношения с клиентами через сохранение адвокатской тайны;

б) защищает самого адвоката от искушений и соблазнов, вызванных именно близкими отношениями с клиентами и высокой степенью свободы, независимости и определенной закрытостью этой профессии;

в) помогает регулировать отношения адвоката с судом, органами государственной власти, государственными и иными организациями,

средствами массовой информации, коллегами по профессии, адвокатским сообществом;

г) поддерживает авторитет адвокатской профессии за счет демонстрации сообществу строгости, скрупулезности, «высоты» и «прозрачности» ее этических норм, принципов и правил, а также системы контроля за их соблюдением²⁴⁰.

Кроме того, нормы и принципы адвокатской этики способствуют конкретизации имеющихся правовых норм, заполнению пробелов в правовом регулировании²⁴¹.

Отдельного внимания заслуживает воспитательная роль адвокатской этики, ибо «нравственное воспитание молодых специалистов (будь то юрист, медик, педагог или ученый) имеет не меньшее значение, чем вооружение их определенной суммой специальных знаний. Именно профессиональная этика в наибольшей степени способна помочь решению этой проблемы»²⁴².

§2. Актуальность осознания и соблюдения адвокатской этики

В нынешних условиях особенно остро стоит вопрос о многократном увеличении количества специалистов, располагающих возможностями для оказания квалифицированной юридической помощи гражданам и организациям. Выше указывалось, что в настоящее время в мире насчитывается немногим более 4 млн адвокатов. Россия в этой статистике занимает весьма скромное место — в 1999 г. в ней насчитывалось лишь 43 113 адвокатов, а ныне, согласно данным Федеральной государственной информационной системы «Учет адвокатов» Российской Федерации и адвокатов иностранных государств, осуществляющих деятельность на территории Российской Федерации, эксплуатацию которой осуществляет Министерство юстиции РФ, в реестре адвокатов субъектов РФ содержатся сведения о 73 127 адвокатах с действующим статусом²⁴³.

²⁴⁰ См.: Красникова Е.А. Этика и психология профессиональной деятельности: Учебник. — М., 2003. — С. 53, 54.

²⁴¹ См.: Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник. — М., 2004. — С. 238.

²⁴² Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 39.

²⁴³ Данные по состоянию на 18 октября 2017 г. Проект Распоряжения Правительства РФ «Об утверждении Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи» (по состоянию на 24 октября 2017 г.) (подготовлен Минюстом России) // СПС «КонсультантПлюс».

Необходимость увеличения этой категории специалистов обусловлена тем, что при их участии происходит наибольшее количество контактов рядовых граждан с законом. Гарантии соблюдения и охраны прав граждан не только записаны в тексте Конституции Российской Федерации, процессуальных и материальных законах, но и должны быть обеспечены деятельностью ряда правозащитных организаций, среди которых первой является адвокатура.

Как и большинство юридических терминов, термин «адвокатура» пришел к нам из латинского языка *“advocare”*, *“advocatus”* (призывать, призванный). Первоначально римляне называли адвокатами родственников и друзей тяжущегося, которых он просил сопровождать его на суд. Во времена империи этот термин стал прилагаться к судебным защитникам. Без защитника невозможно правосудие. Каков бы ни был суд по форме и степени подчиненности, он не может не выслушать и другую сторону — *audiatur et altera pars*. Именно адвокаты непосредственно вносят в общество практику правового взаимодействия между его членами, способствуют формированию у граждан особой социальной потребности сверять свои действия с существующими законами, формируют уважение к закону.

В последнее время в обществе отношение к адвокатам приобрело новые оттенки, которые затмевают истинную роль адвокатуры. Если раньше под влиянием тоталитарного государства доминировало отношение к адвокатам как к людям, защищающим преступников и изменников Родины, то сегодня на смену приходит ложное понимание роли адвокатуры в отправлении правосудия. Некоторые граждане считают, что помощь адвоката скорее доступна для состоятельных людей, осуществляющих свою деятельность в сфере крупного бизнеса и в криминальных структурах, видят в адвокате защитника проворовавшихся чиновников от справедливого возмездия.

Примечательно, что тождественное отношение к адвокатуре и ее представителям существовало и находило свое выражение в литературе со времен Римской империи (со времени зарождения института судебных защитников).

Великие умы человечества, такие как Платон, Томас Мор, Гёте, выражали явно негативное отношение к профессии адвоката, юриста. Однако приведенное негативное отношение не обладало свойством всеобщности и не навязывалось силой или новейшими средствами коммуникации.

Сейчас же в век развития различного рода коммуникативных способов воздействия и манипулирования общественным сознанием впол-

не определенное представление об адвокатах сформировано средствами массовой информации. В лучшем случае это преуспевающие в славе и богатстве мэтры адвокатуры, все трудозатраты которых сводятся к тому, чтобы произнести в суде несколько пышных, прочувствованных фраз, после чего под аплодисменты публики со слезами на глазах подсудимому выносится оправдательный приговор.

Таковыми высказываниями подрывается престиж профессии адвоката, который определяется не внутренней самооценкой, а, напротив, оценкой окружающих. Как объяснить людям, что, во-первых, адвокатов, попадающих под категорию «модных и высокооплачиваемых», единицы, что за достаток и известность приходится платить изнурительным, часто неблагодарным трудом, а то и просто изрядно подорванным здоровьем. Полезно было бы сделать достоянием всеобщей известности, что тысячи адвокатов материально обеспечены не лучше врачей, учителей, инженеров, что в некоторых регионах до 80% уголовных дел — это дела по назначению в порядке ст. 51 УПК РФ, за ведение которых предусмотрена буквально нищенская оплата. Самое страшное то, что адвокаты начинают истреблять друг друга, погрязая в интригах, сплетнях, неуважительных публичных отзывах друг о друге. Процветают перехват клиентов и взаимные оскорбления. Формируется психология волка-одиночки, для которого ничто и никто не указ. Достаточно емко отображено внутреннее состояние современной адвокатуры в книге «Адвокатура. Гражданское общество. Государство», изданной московским Издательским домом «Юрист» в 2002 г. (см. стр. 130 139, 140 145).

Поэтому, заботясь об уважении к этой профессии, к адвокатам следует предъявлять самые высокие требования соблюдения профессиональной этики и стандартов поведения. Для дальнейшего развития отечественной адвокатуры вопрос выработки точного перечня профессиональных этических установлений столь же необходим, как и принятие Закона об адвокатуре. Кроме того, исторически доказано, что адвокатура, не признающая этические принципы, не может рассчитывать на доверие общества. Результатом этого всегда становилось усиление вмешательства государства в дела адвокатуры, что с необходимостью влекло за собой ограничение реальной независимости адвокатских формирований, без которой адвокатура как правозащитный институт невозможна.

В существующих сегодня условиях дуализма, когда на протяжении более десятка лет сложилась абсолютно аномальная свобода деятельности по оказанию юридической помощи, когда право заниматься ею предоставлено любому лицу, не взирая на наличие адвокатского стату-

са, судимости, состояния психического здоровья, образования, достаточно сомнительным представляется подготовленный Министерством юстиции Российской Федерации Проект Распоряжения Правительства РФ «Об утверждении Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи» (по состоянию на 24 октября 2017 г.), постулатом которого, как представляется, является автоматическое включение в адвокатское сообщество практикующих юристов.

Замечательно выступал адвокат Ф.Н. Плевако, который говорил, что обществу нужны не жертвы громких идей, а правосудие.

Общество вовсе не нуждается в том, чтобы для потехи одних и на страх другим время от времени произносились обвинительные приговоры против сильных мира, хотя бы за ними и не было никакой вины: «Ошибочно предполагать, что для полного спокойствия на земле нужно иногда звучать цепями осужденных, нужно наполнять тюрьмы жертвами и губить их из-за одной идеи правосудия... Будьте судьями разума и совести!» «Адвокатура создана не для наслаждения тех, кто в ней состоит, а для общественного служения, служения трудного, сурового и серьезного» (Пикар Э. «Об адвокате (Парадокс)»).

§3. Понятие адвокатской этики. Принципы адвокатской этики

Термин «этика» происходит от греческого *ethos* — обычай, нравственный характер. Впервые он был введен Аристотелем как *«обозначение особой области исследования — практической философии, ибо она пытается ответить на вопрос, что мы должны делать»*²⁴⁴. Предметом регулирования общей этики является нравственное поведение человека вообще, любой профессии, в любых обстоятельствах.

По мнению некоторых авторов, существует общечеловеческая нравственность, обязательная для всех без исключения, и никакая другая не только не нужна, но и невозможна²⁴⁵. «Почему требование особенной честности должно касаться исключительно профессии адвоката? Честность обязательна для любого гражданина, это есть общечеловеческая обязанность, а не только адвокатская». Если это так, то не существует необходимости в специальной профессиональной этике; достаточно,

²⁴⁴ См.: Википедия. Этика.

²⁴⁵ Васильковский Е.В. Задачи адвокатуры и принципы адвокатской этики. — Варшава, 1934. — С. 3–10.

чтобы адвокат был честным человеком, тогда непосредственная интуиция подскажет ему, как он должен поступить в каждом конкретном случае, причем подскажет значительно лучше любых теоретических рассуждений, поскольку, по словам Паскаля, «истинная нравственность смеется над нравоучением»²⁴⁶.

«Хотя подобного рода отождествление адвокатской и общечеловеческой этики на первый взгляд кажется справедливым, однако при более тщательном исследовании с ним нельзя согласиться. Любая профессия накладывает на работающее по ней лицо особые обязанности, которые не существуют для других людей. Профессиональная этика, как правильно отметил один автор, «иногда превосходит частную этику»²⁴⁷.

Предметом же адвокатской этики становится поведение представителя этой профессии, члена соответствующей корпорации, преимущественно в обстоятельствах, где он действует именно как профессионал, либо представляет свою профессию, либо воспринимается окружающими именно как представитель корпорации адвокатов. Именно адвокатская этика велит ему защищать всех, кто прибегает к его помощи. Верно выразился по этому поводу Erskine: «Адвокат, который отказывается от защиты по личным своим воззрениям на обвиняемого, становится в эту минуту судьей, осуждающим еще до приговора, и бросает на весы правосудия тяжесть своего осуждения, быть может, ошибочного, но очень веского в силу того, что оно исходит от адвоката.

Останавливать же свой выбор исключительно на благодарных защитах, брать лишь те дела, в успехе которых нет сомнения, значит создавать себе какой-то рекорд непобедимости; это может быть истолковано как удовлетворение своего тщеславия и погоня за рекламой».

Адвокат как член независимой организации должен всемерно упрочивать честь и достоинство адвокатского корпуса, соблюдать правила адвокатской этики не только при исполнении адвокатских обязанностей, но и в быту, в общественной жизни, осознавать свои правовые и нравственные обязанности в отношении конкретного клиента и общества в целом. Он может придерживаться любого этического учения, но для него возможна одна система ценностей, один выбор стандартов поведения. Прежде всего деятельность адвоката состоит в оказании квалифицированной юридической помощи гражданам и юридическим лицам.

Как указывает Е.В. Васильковский, из сущности и задач адвокатуры с логической необходимостью вытекают два основных принципа адвокат-

²⁴⁶ Там же. — С. 3–10.

²⁴⁷ Там же. — С. 3–10.

ской этики: 1) адвокат как представитель общества должен в своей профессиональной деятельности охранять общественные интересы; 2) будучи органом правосудия, адвокат обязан сохранять авторитет и достоинство, присущее другим органам правосудия — судьям и прокурорам²⁴⁸.

Мировой практике уже давно известны этические кодексы адвокатов — кодексы, представляющие собой свод этических правил профессионального поведения адвокатов. В США еще в 1908 г. появились Правила профессиональной этики, содержавшие 70 параграфов, дававшие достаточно полный перечень установлений по вопросам взаимоотношений с судом и коллегами, добросовестного отношения к обязанностям, честности и откровенности, умеренности в вопросах назначения гонорара²⁴⁹.

В странах европейского сообщества существует «Общий кодекс правил для адвокатов стран европейского сообщества». На конференции, которая состоялась в сентябре 1990 г. в Нью-Йорке, Международной ассоциацией юристов был принят правовой документ «Стандарты независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов».

Нечасто, но все же можно встретить на страницах различных печатных изданий дискуссии об этических кодексах журналиста, врача и даже бизнесмена. На страницах журнала «Русский адвокат» № 4 за 1999 г. проводится аналогия между врачами и адвокатами, предлагается возможность проанализировать существующие клятвы и кодексы врачей на предмет их применения к профессии адвоката. Кроме того, в наши дни делаются успешные попытки создания этического кодекса российскими адвокатами. 4 сентября 1997 г. Президиумом Межрегиональной коллегии адвокатов помощи предпринимателям и гражданам были утверждены, например, **Правила профессиональной этики членов межрегиональной коллегии адвокатов помощи предпринимателям и гражданам.**

Есть определенная реакция на эту тенденцию и у законодателя. Например, ст. 48 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» указывает на необходимость соблюдения профессиональной этики на рынке ценных бумаг (статья утратила силу в связи с изданием Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 292-ФЗ). В октябре 1993 г. принят Кодекс чести судьи РФ (утратил силу 2 декабря 2004 г. VI Всероссийским съездом судей утвержден Кодекс судейской этики). В органах МВД также действует свой Кодекс чести (утратил силу в связи с изданием Приказа МВД РФ от 24 декабря 2008 г. № 1138). В Феде-

²⁴⁸ Там же. — С. 3–10.

²⁴⁹ См.: Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М.: 1977. — С. 27.

ральном законе от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О Прокуратуре Российской Федерации» содержится текст присяги работника прокуратуры, что в известной мере также подтверждает приближение к идее наличия своих специфических этических норм в деятельности сотрудников органов прокуратуры.

Наконец, в 2002 г. был принят Закон об адвокатуре. Законодательное закрепление правовой базы адвокатуры как правового института демократии чрезвычайно важно для создания свободного демократического общества, ориентированного на конкретного человека, создающего атмосферу уважения к правовым традициям и законам, обеспечивающего свободу творческой и предпринимательской деятельности, возможность достижения благополучия и реализации прав человека и гражданина.

Поведение адвоката как совокупность поступков профессионального поведения, имеющих нравственное значение, поскольку они могут быть подвергнуты моральной оценке, подчиняется правовым и нравственным основам, определяющим существо адвокатской профессии. Необходимость изречения принципов, составляющих суть адвокатской этики, определяется самой природой, ее назначением и реальным влиянием в обществе.

Без принципов адвокаты — простое множество частных лиц, имеющих некоторые навыки решения проблем с законом; с принципами же они — могущественная корпорация, способная изменить общество в соответствии со своими этическими представлениями. Адвокатура — это гигантская сила, которая должна быть предсказуема и управляема хотя бы со стороны самих адвокатов. Эта сила основывается на двух вещах:

1) в современном обществе люди нуждаются в адвокатах не меньше, чем во врачах;

2) чтобы получать от адвокатов необходимую помощь, люди должны доверять им такую информацию, которую они никому и ни при каких условиях не доверили бы и которая дает ее обладателю огромную власть.

В своей книге «Адвокатская этика» М. Барщевский выделяет три основных принципа, являющихся «краеугольными камнями» адвокатской профессии: **честность, компетентность и добропорядочность**. Они проявляются в различных аспектах адвокатской деятельности: при консультировании клиентов, в суде, иных публичных выступлениях, во взаимоотношениях с коллегами, с судебной администрацией, в ситуации конфликта интересов. Рассмотрим их подробнее.

Честность адвокатской деятельности предполагает:

— субъективно честное отношение к высказыванию индивидуальных оценок, личного мнения, собственной позиции адвоката;

— честное поведение адвоката во взаимоотношениях с окружающими людьми: коллегами, клиентами, судом, представителями правоохранительных, государственных органов и т.д.;

— пресечение нечестности, мошенничества, иного преступления при оказании правовой помощи клиенту (например, недопустимость дачи клиенту противозаконных рекомендаций, возможности нарушить закон или скрыть следы преступления);

— в практической деятельности адвокат обязан исходить из принципа «Закон есть закон», чтобы добиться желаемого результата;

— право выбора адвокатом во взаимоотношениях с клиентом и судом своего поведения и своей позиции, совместимых с его адвокатским статусом.

Компетентность и добросовестность, проявляемые адвокатом при исполнении своего профессионального долга, являются необходимыми составляющими, формирующими высокое качество и профессионализм оказываемой им помощи. Для того чтобы добиться достаточного уровня профессионализма в исполнении своих обязанностей, адвокат должен:

— внимательно следить за развитием (изменением) законодательства во всех отраслях права, с которыми он сталкивается в своей деятельности, быть в курсе правоприменительной практики, поддерживать свою квалификацию на уровне эрудированного, компетентного, опытного в применении права специалиста;

— уметь правильно оценивать уровень своей компетентности, сложность и специфику поставленной задачи, уметь правильно и своевременно решать проблемы, связанные с исполнением поручения клиента;

— в случае недостаточной собственной квалификации при обращении клиента с просьбой о ведении дела он должен либо отказаться от поручения, либо получить согласие клиента на консультацию с другим адвокатом, компетентным в данной области, либо на сотрудничество с ним;

— при отказе от исполнения поручения клиента в силу своей недостаточной компетенции адвокат должен порекомендовать специалиста, и такая помощь должна осуществляться по внутреннему убеждению.

Принцип добросовестности означает, что адвокат при выполнении своих профессиональных обязанностей должен, помимо того, что действовать компетентно, действовать с наибольшей отдачей собственных сил и способностей, приложить все усилия для того, чтобы предоставить квалифицированную помощь клиенту в кратчайшие сроки и при максимальном учете интересов последнего, а именно: с разумной быстротой отвечать на всю профессиональную корреспонденцию, а также

быть пунктуальным при выполнении всех иных профессиональных обязательств; информировать клиента об обоснованной задержке в оказании правовой помощи или иных обстоятельствах, препятствующих ему надлежащим образом осуществлять защиту его интересов. Недопустимы факты неявки адвоката в суд без уважительной причины и систематические опоздания в судебные заседания.

Профессиональная юридическая практика базируется на основных принципах адвокатской этики. Важнейшим элементом общественного служения адвоката является его **обязанность перед корпорацией и обществом предотвращать случаи оказания некомпетентной юридической помощи лицам, обратившимся к услугам адвоката, а также пресекать иные факты недостойного и неправомерного поведения со стороны других адвокатов.**

Очевидно, что адвокат несет полную профессиональную ответственность за свою деятельность, он должен обеспечить рассмотрение всех юридических вопросов именно профессионалом и исключить юридические консультации непрофессионалом.

Другим важным правилом для адвоката является следующее. Он ни под каким видом не должен привлекать к работе лиц, исключенных из коллегии адвокатов за какие-либо нарушения, а также адвоката, чье право на осуществление адвокатской деятельности временно приостановлено в результате совершения им дисциплинарного проступка (если только орган управления территориальной коллегии адвокатов не дал на это своего прямого согласия). В случае, если стало известно о нарушении правил профессионального поведения, необходимо сообщить об этом поступке руководящему органу коллегии.

Сообщение о таком недостойном поведении коллеги-адвоката диктуется необходимостью защиты интересов клиентов, всей корпорации, всей судебно-правовой системы и потому ни в коей мере не должно рассматриваться как доносительство. Нравственная обязанность каждого адвоката должна заключаться в том, чтобы своими действиями поддерживать престиж руководящего органа корпорации и авторитет принятых им решений.

Надлежащее исполнение адвокатом указанных выше правил способно предотвратить или существенно снизить количество случаев оказания гражданам и организациям непрофессиональной юридической помощи со стороны членов адвокатской корпорации, но, к сожалению, не способно сократить число «жертв» юристов-непрофессионалов, не входящих в состав ни одной из адвокатских корпораций и неподконтрольных им. Коллеги должны всеми доступными и законными способами доби-

ваться осознания обществом того, в чем состоит различие между адвокатами и иными оказывающими правовые услуги лицами, в частности, юристами-лицензиатами. Важно, чтобы простому обывателю было понятно, что это не адвокаты.

Клиент профессионального адвоката защищен и имеет более выгодное положение хотя бы потому, что на адвоката распространяются правила конфиденциальности, профессиональных критериев заботы адвоката о деле, полномочий суда по отношению к профессиональным адвокатам, наконец, рассматриваемые нами правила профессиональной этики адвоката.

§4. Этические правила адвокатской деятельности

По мнению французского юриста М. Молло, если в слоге весь человек, то в честности весь адвокат. Можно даже утверждать, что в ней заключаются все качества, необходимые адвокату: назначение его убеждать, а убедить может только честный человек. (М. Молло. Правила адвокатской профессии во Франции.) До 2003 г. в России отсутствовали писанные правила адвокатской этики. Следует отметить, что в нашей стране неоднократно предпринимались практические попытки разработать этический кодекс адвокатов. В 1998 г. общественная организация «Международный Союз (Содружество) адвокатов» разработала Правила адвокатской этики, которые имели рекомендательный характер для коллегий адвокатов.

Члены Гильдии российских адвокатов предложили свой вариант Правил адвокатской этики. Однако в связи с тем, что в этом проекте содержался ряд положений, не имеющих никакого отношения к профессиональной этике, в частности, понятия адвоката, коллегии адвокатов, и ряд иных недостатков, он подвергся резкой критике на заседании научно-консультативного Совета Гильдии, где было принято решение о его доработке. Некоторые коллегии адвокатов, не дожидаясь утверждения республиканских Правил профессиональной этики российских адвокатов, приняли свои правила этики. В частности, президиум Межрегиональной коллегии адвокатов помощи предпринимателям и гражданам 4 сентября 1997 г. утвердил Правила профессиональной этики членов Межрегиональной коллегии адвокатов.

Подобные правила были разработаны в 1998 г. Астраханской межтерриториальной специализированной коллегией адвокатов.

Пристальное внимание указанной проблеме уделялось и со стороны практикующих адвокатов России. Речь идет о кодексе, предложенном М.А. Гофштейном.

Следует также упомянуть и работу, проделанную в данном направлении известным юристом М. Барщевским.

Первый в истории российской адвокатуры Кодекс профессиональной этики был принят 31 января 2003 г. I Всероссийским съездом адвокатов в целях поддержания профессиональной чести, развития традиций российской (присяжной) адвокатуры и с осознанием нравственной ответственности перед обществом. В нем устанавливаются обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности, основанные на нравственных критериях и традициях адвокатуры, а также на международных стандартах и правилах адвокатской профессии²⁵⁰.

Не преследуя цели дать исчерпывающий перечень нравственных критериев, в том числе и тех, которые указаны выше и которые, на наш взгляд, характеризуют моральный облик адвоката и управляют процессом его нравственного развития, хотелось бы более подробно проанализировать наиболее значимые нравственные принципы, лежащие в основе адвокатской деятельности.

Добросовестность исполнения принятого поручения

Суть этого нравственного критерия сводится к тому, что адвокат при выполнении своих профессиональных обязанностей должен действовать с наибольшей отдачей собственных сил и способностей и приложить все усилия для того, чтобы предоставить квалифицированную юридическую помощь, т.е. сделать все, что нужно и можно для защиты законных интересов и прав доверителя.

В целом анализ дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов РФ свидетельствует о том, что во взаимоотношениях с доверителями наиболее часто адвокаты нарушают возложенную на них законную обязанность «честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять свои обязанности, активно защищать права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами, руководствуясь Конституцией РФ, законом и КПЭА» (ч. 1 ст. 8 КПЭА.)

²⁵⁰ Далее — КПЭА (с изм. и доп. от 8 апреля 2005 г.; от 5 апреля 2007 г.; от 22 апреля 2013 г.; от 22 апреля 2015 г.; 20 апреля 2017 г.) // СПС «КонсультантПлюс» (по сост. на 1 июля 2018 г.).

Статья 5 КПЭА в развитие положений Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (с изм. от 29 июля 2017 г. № 269-ФЗ)²⁵¹ предусматривает, что адвокат должен избегать действий (бездействия), направленных к подрыву доверия (ч. 2), а злоупотребление доверием несовместимо со званием адвоката (ч. 3).

При этом в содержании КПЭА не раскрывается, что следует понимать под «злоупотреблением доверием». Полагаем, таковым будут любые действия адвоката (в особенности умышленные) против интересов собственного доверителя.

В случае выявления любых действий адвоката против интересов своего доверителя, в соответствии с ч. 3 ст. 5 КПЭА и п. 1 ч. 2 ст. 17 Закона об адвокатуре, совету адвокатской палаты субъектов РФ надлежит рассматривать вопрос о самом суровом виде дисциплинарного взыскания, а именно о прекращении статуса адвоката.

Основные положения о роли адвокатов²⁵² подчеркивают, что адвокаты должны постоянно поддерживать честь и достоинство своей профессии в качестве важных участников отправления правосудия (п. 12). При осуществлении предоставленных адвокатам прав они должны всегда руководствоваться законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами (п. 23).

В развитие данной нормы **Правила адвокатской этики**, утвержденные Международным Союзом адвокатов, также устанавливают, что противоречащие закону требования клиентов не могут быть приняты адвокатом к исполнению и в соответствующих случаях служат основанием к расторжению соглашения о выполнении поручения (1.4)²⁵³.

Практикующие адвокаты последовательно реализуют указанные нормы в своей профессиональной деятельности. В частности, по убеждению президента Гильдии российских адвокатов Г.Б. Мирзоева, адвокат должен очень четко сознавать, что его важнейшая и первоочередная задача — интерес его доверителя. С одной стороны, он обязан обеспечить ему квалифицированную защиту, а с другой — честно сказать: я сделаю абсолютно все, что смогу, законными средствами²⁵⁴.

²⁵¹ СПС «КонсультантПлюс» (по сост. на 1 июля 2018 г.).

²⁵² Приняты VIII конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке.

²⁵³ www.library.php?parent=82

²⁵⁴ Цит. по: Васильева А. «Июльская революция» в адвокатуре: преобразования и размышления // Преступление и наказание. — 2003. — № 8. — С. 19.

Во многом, развивая и конкретизируя указанные положения, ч. 1 ст. 10 КПЭА закрепляет, что «закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона или нарушению правил, предусмотренных настоящим Кодексом, не могут быть исполнены адвокатом».

Однако данная нравственная заповедь зачастую игнорируется отдельными адвокатами.

Конфиденциальность

Институт профессиональной адвокатской тайны имеет важное значение. Как образно отметил Д.П. Ватман, «адвокатская тайна установлена в интересах справедливого отправления правосудия, ограждения отношений доверительного характера между адвокатом и его клиентом, укрепления авторитета и престижа адвокатуры. Ее нарушение влечет негативные последствия морального характера: с одной стороны, наносится ущерб чести адвоката, а с другой — его клиенту или доверенному лицу»²⁵⁵.

Глубоко нравственное значение имеет законодательное установление о праве на адвокатскую тайну²⁵⁶, содержание которой в соответствии со ст. 8 Закона об адвокатуре составляют любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Более конкретизирован данный вопрос в Кодексе профессиональной этики адвоката (п. 5 ст. 6).

Этические нормы существенно, по сравнению с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации²⁵⁷ и Законом об адвокатуре, расширяют перечень запретов для адвоката, связанных с необходимостью соблюдать профессиональную тайну. Например, в ст. 6 КПЭА определяется, что срок хранения тайны не ограничен во времени (ч. 2); адвокат не может быть освобожден от обязанности хранить профессиональную тайну никем, кроме доверителя (ч. 3).

В части 6 ст. 10 КПЭА указано, что «при отмене поручения адвокат должен незамедлительно возвратить доверителю все полученные от по-

²⁵⁵ Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М., 1977. — С. 41.

²⁵⁶ Так, Указом Президента РФ № 188 от 6 марта 1997 г. (в ред. Указа Президента РФ от 13 июля 2015 г. № 357) утвержден перечень сведений конфиденциального характера. К ним, в частности, относятся также и сведения, составляющие адвокатскую тайну // СЗ РФ. — 1997. — № 10. — Ст. 1127.

²⁵⁷ Далее — УПК РФ.

следнего подлинными документами по делу и доверенность», что также связано с обеспечением дополнительных гарантий неразглашения сведений, составляющих профессиональную тайну.

Весьма существенной гарантией сохранения адвокатской тайны выступает, в частности, ч. 3 ст. 56 УПК РФ.

Подобный запрет закреплен и в Законе об адвокатуре (ч. 2 ст. 8), и в КПЭА. Однако данные нормы следует толковать в аспекте Определения Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О²⁵⁸, согласно которому допускается возможность для адвоката дать соответствующие показания в случаях, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений.

При этом, как справедливо подчеркнул президент Федеральной палаты адвокатов Е.В. Семеняко, должны быть соблюдены три непеременимых условия. Во-первых, если адвоката вызывают по ходатайству стороны защиты. Во-вторых, когда его показания необходимы для защиты прав и интересов обвиняемого. И в-третьих, если имеется согласие доверителя на вызов адвоката в качестве свидетеля²⁵⁹.

Определенные исключения из правил о сохранении адвокатской тайны предусмотрены и в КПЭА. Так, без согласия доверителя адвокат вправе использовать сообщенные ему доверителем сведения только в объеме, который адвокат считает разумно необходимым для обоснования своей позиции при рассмотрении гражданского спора между ним и доверителем или для своей защиты по возбужденному против него дисциплинарному производству или уголовному делу (ч. 4 ст. 6).

Вместе с тем, как показывает обобщение дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов РФ²⁶⁰, указанная возможность зачастую приводит к злоупотреблениям со стороны отдельных адвокатов.

Таким образом, следует признать, что вышеуказанное положение КПЭА необоснованно по ряду оснований. Во-первых, оно противоречит ряду международно-правовых актов, а также **Генеральным принципам этики адвокатов** Международной ассоциации юристов²⁶¹, где установлено, что «адвокаты должны всегда соблюдать конфиденциальность в отношении бывших и настоящих клиентов».

²⁵⁸ «По жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ» // СЗ РФ. — 2003. — № 21. — Ст. 2060.

²⁵⁹ Вестник Федеральной палаты адвокатов. — 2008. — № 2. — С. 96.

²⁶⁰ По данным, предоставленным Федеральной палатой адвокатов РФ, в 2007 г. был прекращен статус 21 адвоката именно за нарушение адвокатской тайны.

²⁶¹ Российская юстиция. — 1996. — № 2. — С. 51.

Во-вторых, оно подрывает основы взаимоотношений адвоката с клиентом. Адвокат не сможет оказывать результативную профессиональную помощь доверителю до тех пор, пока между ними не будет достигнуто полное взаимопонимание.

Как показывают результаты проведенного анкетирования адвокатов Курской области²⁶², 93,2% респондентов полагают, что необходимость адвокатской тайны диктуется преимущественно соображениями о доверительном характере взаимоотношений между представителем и представляемым, без чего само существование адвокатуры было бы невыносимо. Доверитель должен чувствовать абсолютную уверенность в том, что вопросы, обсуждаемые с адвокатом, и предоставленная им адвокату информация останутся конфиденциальными, без каких-либо требований или условий. Следовательно, п. 4 ст. 6 КПЭА «сводит на нет» значение другой его нормы, а именно п. 1 ст. 6: «Доверия к адвокату не может быть без уверенности в сохранении профессиональной тайны. Профессиональная тайна адвоката обеспечивает иммунитет доверителя, предоставленный последнему Конституцией РФ».

По убеждению 75% опрошенных адвокатов, существует необходимость усовершенствовать гарантии сохранения адвокатской тайны. Определенные шаги в этом направлении уже предприняты законодателем. В частности, в Законе об адвокатуре предусматривается общая норма, согласно которой вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую в соответствии с законодательством, либо препятствование этой деятельности каким бы то ни было образом запрещаются (ст. 18).

Однако, как показывает практика, положения, регламентированные данной статьей, регулярно нарушаются без каких-либо последствий. В настоящее время вполне возможно проведение таких следственных действий, как обыск и выемка в жилых и служебных помещениях адвокатов, выемка почтово-телеграфной корреспонденции между защитником или представителем и доверителем.

Так, практикующий в Перми адвокат Колесниченко обжаловал в Европейский Суд по правам человека проведение обыска в принадлежащих ему жилых помещениях в связи с уголовным делом его подзащитного.

ЕСПЧ постановил единогласно, что в данном деле российские власти нарушили требования ст. 8 Конвенции, и обяжал государство-ответчика выплатить заявителю 3000 евро в качестве компенсации морального вреда²⁶³.

²⁶² Было опрошено 132 адвоката.

²⁶³ Колесниченко против России (№ 19856/04): Постановление от 9 апреля 2009 г. // Обзор постановлений и решений Европейского Суда по правам человека по российским жалобам. — 2009 г. — Апрель.

Вместе с тем в Уголовно-процессуальном кодексе РФ появились новеллы о дополнительных гарантиях независимости адвокатов при оказании ими квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве²⁶⁴. В частности, часть 2 ст. 29 УПК РФ «Полномочия суда» дополнена п. 5.2. Только суд, в том числе в ходе досудебного производства, правомочен принимать решения о производстве обыска, осмотра и выемки в отношении адвоката в соответствии с новой ст. 450.1. УПК РФ «Особенности производства обыска, осмотра и выемки в отношении адвоката». Таким образом, введение данной новеллы позволяет признавать незаконным производство следователем указанных следственных действий без судебного решения (ч. 5 ст. 165 УПК РФ) как не терпящего отлагательства.

Кроме того, в последнее время адвокатским сообществом предпринят ряд мер по обеспечению гарантий независимости адвокатов при наиболее распространенных нарушениях их прав, по обеспечению адвокатской тайны. Так, Федеральной палатой адвокатов утверждены: рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности (утверждены Решением Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации от 30 ноября 2009 г., протокол № 3, с дополнениями от 28 сентября 2016 г.)²⁶⁵. Этому процессу уделяется пристальное внимание. По итогам парламентских слушаний «Совершенствование механизмов защиты прав граждан и роль адвокатуры в формировании основ правовой системы современной России» Комитет Совета Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству направил в адрес Федеральной палаты адвокатов РФ и Адвокатских палат субъектов РФ рекомендации, в том числе по продолжению работы, направленной на развитие системы базовых минимальных требований (стандартов) в целях совершенствования регулирования профессии с учетом основополагающих принципов адвокатской деятельности²⁶⁶.

Следует поддержать позицию свыше 69% опрошенных адвокатов, которые предлагают, во-первых, предусмотреть уголовную ответствен-

²⁶⁴ Федеральный закон от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶⁵ Вестник Адвокатской палаты города Москвы // Выпуск № 3 (133). — 2016. — С. 91–112.

²⁶⁶ Письмо Комитета Совета Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству от 13 июня 2017 г. № 3.1.–12/2445 Президенту ФПА РФ Ю.С. Пилипенко // Вестник Адвокатской палаты города Москвы. — Выпуск № 3 (58). — 2017. — С. 59–61.

ность за действия должностных лиц, направленные на завладение адвокатской тайной, а также в отношении и самих адвокатов — за разглашение этой тайны (по мнению 12% респондентов).

Уважение к участникам процесса

В КПЭА значительное внимание уделено требованиям о сохранении чести и достоинства адвоката в любой ситуации, о вежливости и корректности при исполнении своих профессиональных обязанностей. Это обусловлено в первую очередь тем, что своим поведением адвокат не вправе подрывать авторитет адвокатуры в целом; обязан действовать сообразно с ее назначением и избегать поступков, способных уронить достоинство адвокатской профессии, ибо, как гласит известная нравственная максима, «достоинство частного человека есть личное достоинство; достоинство адвоката есть достояние всего сословия»²⁶⁷.

Адвокатам следует осуществлять профессиональную деятельность таким образом, чтобы заслужить право на уважение со стороны общества. В конечном итоге ценность адвокатуры зависит от степени уважения адвоката к профессии.

Как установлено в преамбуле КПЭА, существование и деятельность адвокатского сообщества невозможны без соблюдения корпоративной дисциплины и профессиональной этики, заботы адвокатов о своих чести и достоинстве, а также об авторитете адвокатуры.

Следовательно, адвокат должен постоянно контролировать свое поведение, анализировать и направлять свои эмоции с тем, чтобы не допустить проявления таких чувств, как раздражение, гнев, ярость и т.п. Выдержка и самообладание — положительные моральные качества, которые должны быть присущи характеру адвоката в соответствии с его социальной ролью.

Согласно положениям КПЭА, «адвокат не вправе, участвуя в процессе разбирательства дела, допускать высказывания, умаляющие честь и достоинство других участников разбирательства, даже в случае их нетактичного поведения» (п. 7 ч. 1 ст. 9); «адвокат не должен допускать фамильярных отношений с доверителями» (ч. 5 ст. 10).

Одно из основных правил поведения адвоката — уважение к суду, неизменная сдержанность и самая строгая корректность по отношению к судьям (ст. 12 КПЭА). Адвокат обязан следить за тем, чтобы ни словами,

²⁶⁷ Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX — начало XX в.) / Сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов, пред. Е.Г. Тарло. — СПб., 2004. — С. 29.

ни действиями не допустить умаления достоинства суда либо дать повод для упреков в недостаточной уважительности к правосудию. Однако дисциплинарная практика адвокатских палат зачастую свидетельствует об обратном.

Следует иметь в виду, что при рассмотрении дисциплинарного производства, носящего публично-правовой характер, Квалификационная комиссия Адвокатской палаты исходит из презумпции добросовестности адвоката, обязанность опровержения которой возложена на заявителя (участника дисциплинарного производства, требующего привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности), который должен доказать те обстоятельства, на которые он ссылается как на основания своих требований.

Так, мировой судья судебного участка по району К. г. Москвы Ш. обратилась в Адвокатскую палату г. Москвы со следующим заявлением: адвокат И. в некорректной форме возражает против действий суда и участников процесса, постоянно перебивая их и задавая вопросы не по существу, что подтверждается неоднократными замечаниями, сделанными судьей в ходе судебных заседаний и отмеченными в протоколах судебных заседаний; на замечания суда адвокат И. в грубой, некорректной, хамской форме высказывался в адрес суда.

Согласно подп. 6, 7 п. 2 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката сообщение судьи признается допустимым поводом к возбуждению дисциплинарного производства, если в нем указаны, в том числе, конкретные действия (бездействие) адвоката, в которых выразилось нарушение им профессиональных обязанностей; обстоятельства, на которых лицо, обратившееся с жалобой, представлением, сообщением, основывает свои требования и доказательства, подтверждающие эти обстоятельства. Разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации осуществляется на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства (п. 1 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката), в связи с чем Квалификационная комиссия не вправе оценивать некие абстрактные поступки адвоката И. Обвиняя адвоката И. в ненадлежащем поведении, заявитель был обязан указать на конкретные факты такого поведения.

Квалификационная комиссия отмечает, что конкретность обвинения является общеправовым принципом и необходимой предпосылкой реализации лицом, против которого выдвинуто обвинение, права на защиту. Уклонение стороны дисциплинарного производства, требующей привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности, от конкретизации обвинения обязывает правоприменяющий орган толковать все

сомнения в пользу лица, против которого выдвинуто обвинение в ненадлежащем поведении (адвоката).

В итоге квалификационная комиссия вынесла заключение о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката И. вследствие отсутствия в его действиях (бездействии), описанных в сообщении мирового судьи судебного участка района К. г. Москвы Ш., нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвоката. Совет АП согласился с мнением квалификационной комиссии²⁶⁸.

Генеральные принципы этики адвокатов устанавливают, что адвокаты всегда должны относиться к своим коллегам в духе уважения, сотрудничества и справедливости²⁶⁹.

Данное положение развивается и в КПЭА, нормы которого предусматривают, что:

1. Адвокат строит свои отношения с другими адвокатами на основе взаимного уважения и соблюдения их профессиональных прав.

2. Адвокат должен воздерживаться от:

1) употребления выражений, умаляющих честь, достоинство или деловую репутацию другого адвоката в связи с осуществлением им адвокатской деятельности;

2) использования в беседах с лицами, обратившимися за оказанием юридической помощи, и с доверителями выражений, порочащих другого адвоката, а также критики правильности действий и консультаций адвоката, ранее оказывавшего юридическую помощь этим лицам;

3) обсуждения с лицами, обратившимися за оказанием юридической помощи, и с доверителями обоснованности гонорара, взимаемого другими адвокатами.

3. Адвокат не вправе склонять лицо, пришедшее в адвокатское образование к другому адвокату, к заключению соглашения о предоставлении юридической помощи между собой и этим лицом.

4. Адвокат обязан уведомить Совет о принятии поручения на ведение дела против другого адвоката в связи с профессиональной деятельностью последнего.

5. Если адвокат принимает поручение на представление доверителя в споре с другим адвокатом, он должен сообщить об этом коллеге и при соблюдении интересов доверителя предложить окончить спор миром.

²⁶⁸ Обзор дисциплинарной практики АП г. Москвы (по сост. на 10 сентября 2008 г.) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.businesspravo.ru> свободный.

²⁶⁹ Российская юстиция. — 1996. — № 2. — С. 51.

6. Отношения между адвокатами не должны влиять на защиту интересов участвующих в деле сторон. Адвокат не вправе поступаться интересами доверителя ни во имя товарищеских, ни во имя каких-либо иных отношений (п. 1–5 ст. 15).

Значение указанных этических правил в свое время наиболее точно отразил Д.П. Ватман: «Уважение к своему товарищу по профессии, к его личности, деловой и общественной репутации должно быть руководящим правилом для каждого адвоката, нравственной обязанностью которого является забота о достоинстве носимого звания и престижа адвокатуры. Это — азбука адвокатской этики, так как не может ожидать к себе уважения та организация, члены которой не проявляют в своих отношениях взаимной вежливости, такта и неизменной корректности, забывая в пылу судебной борьбы о высоких началах товарищеской солидарности»²⁷⁰.

В виде правила эта этическая установка может быть сформулирована следующим образом: **поведение адвоката по отношению к другим адвокатам должно основываться на уважении и доброй воле.**

Анализ дисциплинарной практики адвокатских образований показывает, что профессиональное сообщество во все времена нетерпимо относилось к нарушениям этики, связанным с дискредитацией, компрометацией одного адвоката другим.

Таким образом, осознавая всю значимость и важность этических правил профессии, полагаем, что адвокатом должна быть исключительно нравственная личность, обладающая системой определенных моральных качеств, моральным сознанием и способная вступать в отношения с другими людьми, руководствуясь при этом нравственными принципами и нормами.

Выражения невежливости, некорректности, несдержанности, агрессии, вспыльчивости со стороны адвоката в отношении доверителей, коллег, участников процесса отнесено КПЭА к категории нарушений профессиональной этики.

Чтобы адвокатура имела возможность исполнять свою миссию, реально повлиять на подъем престижа своей профессии, она должна быть единой. Представление полного перечня тех действий, которые должен совершать адвокат в отношении своих коллег в тех или иных условиях, и тех, от которых он должен воздерживаться, не является целью данной работы, жизнь всегда богаче любых инструкций и правил.

²⁷⁰ Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М., 1977. — С. 59.

Иногда к адвокату обращается клиент, который ранее обращался к другому адвокату. Согласно этическим представлениям адвокат, принимающий поручение у такого клиента, должен связаться со своим коллегой. Необходимость предупредить коллегу о возможных сложностях, будь то индивидуальные особенности клиента или какие-либо не сразу заметные правовые обстоятельства дела, — это нравственная, этическая обязанность адвоката.

Ни при каких обстоятельствах, даже при наличии соответствующего требования клиента, адвокат, передавший поручение другому адвокату, не вправе скрывать от адвоката, принимающего такое поручение, наличие обстоятельств, объективно воспрепятствовавших первому в дальнейшем ведении дела.

Так, например, если клиент настаивал на использовании недопустимых методов ведения дела, если клиент отказался оплачивать работу «передающего» дело адвоката, «принимающему» следует знать все подробности и обстоятельства для того, чтобы он мог выбрать правильное решение относительно возможности и целесообразности принятия им поручения. В данном случае правила адвокатской этики в отношении коллег превалируют над принципом адвокатской тайны, поскольку в основе возникающей коллизии могут лежать только обстоятельства, затрагивающие интересы правосудия в целом.

Адвокатская этика требует того, что ни при каких обстоятельствах нельзя допускать в общении с кем бы то ни было неуважительных, оскорбительных отзывов в отношении деловых или личных качеств своего коллеги. Очевидна неприемлемость какой-либо необъективной критики или критики без необходимости любого другого адвоката, а также критики в целях своей рекламы. Вместе с тем если один адвокат нанес клиенту ущерб своими действиями, корпоративная солидарность не должна помешать другому адвокату принять на себя дело о судебном взыскании с виновного возникших убытков.

Толерантность предполагает особое отношение к спорам. Применительно к судебной деятельности адвоката этот принцип поведения адвоката можно выразить словами Д.П. Ватмана: «Взаимное уважение адвокатов друг к другу в ходе судебных прений, внимание к доводам своего процессуального противника, деловая товарищеская полемика, исключая некорректные выпады, пренебрежительный тон и тому подобные недостойные приемы, должны быть нерушимым правилом поведения на судебной трибуне».

Другими словами, адвокату всегда необходимо помнить о том, что любые неприязненные чувства, существующие или возникшие между

клиентами, особенно во время судебного процесса, не должны влиять на адвоката в его поведении как по отношению к другим адвокатам, так и по отношению к клиентам. Личная враждебность между адвокатами, занимающимися конкретным делом, может привести к тому, что она будет препятствовать правильному рассмотрению дела, а решение суда будет принято под влиянием эмоций.

Адвокату следует избегать попыток использования всех без разбора ошибок адвоката второй стороны, его промахов, нарушений, тем более если таковые не влияют на существо дела и не нарушают права клиента. Замечания личного характера между адвокатами, критические выпады в адрес своего коллеги по поводу его непрофессионализма, малого профессионального опыта в противовес собственным профессиональным заслугам в ходе судебного процесса следует расценивать как недопустимые. Как и в большинстве других случаев, соблюдение этих правил имеет важное значение как для самого адвоката, так и для всей адвокатуры в целом. Нельзя рассчитывать, что организацию кто-либо будет уважать, если ее члены сами не уважают друг друга.

Адвокат не должен общаться или пытаться обсуждать спорный вопрос напрямую с другой стороной в деле, которую представляет другой адвокат, кроме как через или с согласия этого адвоката. Недопустимым является также и несогласованное со своим коллегой использование аудио- или видеозаписи. Другое дело, что в некоторых случаях адвокат вправе настаивать на производстве такой записи, но только не осуществлять ее тайно.

Весьма большое практическое значение имеет также личная ответственность адвоката перед коллегами и судом за ненадлежащее использование положений процессуального закона. Это и экономия процессуального времени коллеги, и элементарное уважение к нему, к суду и к сторонам, участвующим в споре.

Правилом адвокатской этики следует признать готовность со стороны адвоката оказать максимальное содействие своему коллеге в его профессиональной деятельности, помочь советом в определении правовой позиции, в разборе сложного правового спора, коллизии. При этом адвокату нельзя забывать о так называемом чувстве такта. Бывает, что адвокат, ведя сложное, многоплановое дело клиента, прибегает к помощи другого своего коллеги, а эта помощь выходит за пределы консультативной функции по конкретному вопросу и распространяется на решение вопросов, к нему не относящихся, — общей тактики ведения дела и т.п. Обсуждение этих и подобных вопросов только со своим коллегой не выходит за рамки правил, но вот обсуждение этих вопросов с клиентом,

равно как и любых иных, за исключением того, по которому его пригласили высказать свое мнение, является бестактным, и соответственно, противоречащим правилам адвокатской этики.

В обязанности каждого адвоката входит также и немедленное реагирование на обращения к нему управляющего органа территориальной коллегии по любому вопросу, входящему в компетенцию последнего, так как адвоката и президиум коллегии связывают и этические обязательства.

Доверие клиента — основа взаимоотношений с адвокатом. Клиент с первых минут разговора должен почувствовать, что адвокат не судья ему, а помощник, что он добивается понимания клиентом того, что его обязанностью и долгом является оказание правовой помощи любому обратившемуся независимо от того, что он совершил или в чем обвиняется. Он обязан всегда действовать в интересах клиента, информируя его о материалах дела, чтобы тот смог принять обдуманное решение в защиту своих интересов.

Обеспечивая высокие стандарты доверия в отношениях с клиентом, он обязан соблюдать адвокатскую тайну, проявлять конфиденциальность в отношении сведений, полученных от клиента. Он не может использовать в личных целях полученную от клиента информацию, сохраняет конфиденциальность и после завершения дела. Принцип адвокатской тайны установлен законом.

Он является правовой нормой, определяющей в ряде случаев права и обязанности участников процессуальной деятельности при отправлении правосудия. Это процессуальное правило имеет глубоко нравственное содержание. П. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре устанавливает, что адвокат не должен разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи, без согласия доверителя.

В этой связи весьма показателен следующий случай. «Совет, соглашаясь с выводами Квалификационной комиссии, считает установленным, что, заключив 5 мая 2017 г. без согласия доверительницы А. договор уступки права требования с К-вой, адвокат К. не позднее 17 мая 2017 г. разгласил, также без согласия доверительницы А., сведения, составляющие адвокатскую тайну, передав К-вой договор об оказании юридической помощи с авансовой оплатой услуг от 18 сентября 2015 г. и решение мирового судьи судебного участка... судебного района М...кой области от 6 апреля 2016 г. по гражданскому делу..., копии которых впоследствии были приложены К-вой к исковому заявлению.

При этом Совет критически относится к утверждению адвоката К. ...о том, что у него не сохранилось полученное им от А. по электрон-

ной почте письмо, в котором она выразила согласие на переуступку права (требования) и сообщила о направлении оригинала согласия почтой, и считает это заявление попыткой избежать ответственности за совершенное дисциплинарное нарушение. Приходя к данному выводу, Совет также принимает во внимание, что в том же заявлении адвокат К. признает, что он не удостоверился в наличии надлежащего согласия А. При таких обстоятельствах Совет признает презумпцию добросовестности адвоката К. опровергнутой, а его вину в совершении указанного дисциплинарного нарушения доказанной.

Избирая, в соответствии с требованиями п. 4 ст. 18 Кодекса профессиональной этики адвоката, меру дисциплинарной ответственности адвоката К. за совершенное нарушение, Совет не соглашается и с изложенной адвокатом К. в письменном заявлении от 19 ноября 2017 г. позицией, в которой он оценивает свои действия как малозначительные. В действительности адвокатом К. грубо нарушены прямые запреты на совершение уступки права без согласия доверительницы и на разглашение сведений, сообщенных ему доверительницей в связи с оказанием им юридической помощи, императивно установленные подп. 5 и 7 п. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Совет принимает во внимание, что совершенное адвокатом К. нарушение является умышленным, тяжким, направленное к подрыву доверия и дискредитирует институт адвокатуры в целом.

Кроме того, Совет учитывает крайне недобросовестное поведение адвоката К. как в отношении своей доверительницы, заявительницы жалобы, так и в отношении органов адвокатского самоуправления.

Недобросовестное поведение адвоката К. в отношении доверительницы выразилось, в том числе, в том, что, при наличии вступившего в законную силу определения мирового судьи судебного участка... судебного района К...кой области от 8 декабря 2016 г. о прекращении производства по делу в связи с принятием отказа истца от иска, адвокат К. заключил договор уступки права (требования) с К-вой, что вообще не имело какого-либо юридического смысла, о чем адвокату К. как профессиональному советнику по правовым вопросам должно было быть известно. Однако он все же совершил указанную уступку, в результате которой А. была вынуждена защищаться повторно от требований К-вой, незаконно получившей о ней сведения, не подлежащие разглашению. Недобросовестное поведение адвоката К. в отношении органов адвокатского самоуправления выразилось в систематических попытках ввести в заблуждение Квалификационную комиссию и Совет в ча-

сти объяснений фактических обстоятельств заключения им договора уступки права (требований) по договору об оказании юридической помощи с авансовой оплатой услуг от 18 сентября 2015 г., заключенному между ним и А., и получения им согласия доверительницы на заключение такого договора.

С учетом совокупности указанных обстоятельств Совет считает действия адвоката К. несовместимыми со статусом адвоката и приходит к выводу о применении к нему меры дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката как в наибольшей степени отвечающей требованиям соразмерности и справедливости дисциплинарного разбирательства, предусмотренному п. 3 ст. 19 Кодекса профессиональной этики адвоката. Применение более мягкой меры дисциплинарной ответственности Совет считает невозможным еще и по той причине, что это давало бы основания считать подобное поведение допустимым для адвоката. Определяя, в соответствии с требованиями п. 7 ст. 18 Кодекса профессиональной этики адвоката, срок, по истечении которого К. может быть допущен к сдаче квалификационного экзамена на присвоение статуса адвоката, Совет, с учетом всей совокупности приведенных выше обстоятельств, считает необходимым установить этот срок продолжительностью в три года.

Совет также соглашается с выводом Комиссии о том, что не подлежат рассмотрению дисциплинарные обвинения в отношении адвоката К. в некачественном оказании им юридической помощи А. вследствие истечения срока применения мер дисциплинарной ответственности до возбуждения дисциплинарного производства.

Совет Адвокатской палаты г. Москвы решил:

— за нарушение адвокатом К. подп. 5 п. 4 ст. 6, п. 1 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» во взаимосвязи с положениями подп. 1–5, 7 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката («Адвокат не вправе... разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя»; «Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю»; «Адвокат не может уступить кому бы то ни было право денежного требования к доверителю по заключенному между ними соглашению без специального согласия на то доверителя»), выразившееся в заключении 5 мая 2017 г. адвокатом К. с К-вой при несоблюдении установленного для адвоката порядка договора уступки права требования, в соответствии с которым адвокат К. уступил граждан-

ке К-вой в полном объеме права (требования) по договору об оказании юридической помощи с авансовой оплатой услуг от 18 сентября 2015 г., заключенному между ним и А., и передаче адвокатом К. гражданке К-вой в период с 5 по 17 мая 2017 г. подлинника договора об оказании юридической помощи с авансовой оплатой услуг от 18 сентября 2015 г. и заверенной копии решения мирового судьи судебного участка... судебного района М...кой области от 6 апреля 2016 г. по делу №... содержащих сведения, составляющие адвокатскую тайну (о самом факте обращения А. к адвокату К. за оказанием юридической помощи при ведении дела в судебном участке... судебного района М...кой области, об условиях соглашения об оказании юридической помощи, а также иные сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи), которые 17 мая 2017 г. были представлены гражданкой К-вой мировому судье судебного участка... судебного района К...кой области совместно с исковым заявлением о взыскании с А. задолженности по договору об оказании юридической помощи в размере... рублей и процентов за пользование чужими денежными средствами в размере... рублей, применить к адвокату К. ...меру дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката, и установить в отношении К. срок, по истечении которого он допускается к сдаче квалификационного экзамена на приобретение статуса адвоката, продолжительностью в три года»²⁷¹.

Это правило адвокатской тайны, имеющее принципиальный характер, конкретизируется также в Гражданском процессуальном кодексе РФ и Уголовном процессуальном кодексе РФ, где установлен свидетельский иммунитет для адвокатов в гражданском и уголовном судопроизводстве.

Однако если адвокат, принявший поручение, в ходе работы по делу обнаруживает несоблюдение клиентом честности и правдивости по всем обсуждаемым вопросам, он имеет полное и моральное, и юридическое право отказаться от дальнейшего ведения дела.

Любые действия или бездействие адвоката, приведшие к возникновению у клиента неверного представления о правоте его позиции, перспективах судебного разбирательства, спора, могут стать серьезным нарушением адвокатской этики, так как в некоторых случаях и при определенных обстоятельствах подобные факты могут подрывать доверие не только данного клиента к данному адвокату, но и общества в целом к адвокатуре как институту.

²⁷¹ Обзор дисциплинарной практики // Вестник Адвокатской палаты города Москвы. — Выпуск № 5 (139). — 2017. — С. 90–91.

Он не вправе ни лгать клиенту, ни скрывать от него те обстоятельства, о которых клиент не спрашивает, но которые, по мнению адвоката, имеют какое-либо прямое или косвенное отношение к делу обратившегося клиента.

Этика поведения адвоката в оказании квалифицированной юридической помощи гражданам и юридическим лицам имеет ряд особенностей. Чаще всего первая встреча с клиентом происходит во время консультации, поэтому **соблюдение адвокатом правил поведения и профессионального подхода к консультированию** является самым важным для дальнейшего совместного сотрудничества.

Приступая непосредственно к консультированию клиента, адвокат должен помнить, что его задача — не только дать правильный совет, но и убедиться, что этот совет правильно понят. Совет адвоката должен быть понятным и четким, ясно выражающим его правовую позицию, а также должен содержать возможный результат судебного рассмотрения спора.

Адвокат должен ясно обозначить факты, обстоятельства и предположения, на которых основывается его точка зрения, особенно тогда, когда обстоятельства, сообщаемые клиентом, не подразумевают необходимости проведения всестороннего правового исследования, влекущего значительные расходы для клиента.

Адвокат должен исследовать вопрос достаточно глубоко, чтобы суметь выразить свое компетентное мнение, а не просто дать комментарии со многими оговорками. Нельзя забывать и о том, что адвокату всегда следует критически относиться к сообщаемым клиентом сведениям, на оценке которых будет основываться его консультация, если такие сведения документально не подтверждены.

Если клиент выразит желание получить консультацию у другого адвоката по интересующей его проблеме, адвокат обязан оказать ему в этом всяческое содействие.

При консультировании иногда возникают вопросы и у адвоката, так как нереально владеть знаниями в правоприменительной практике в совершенстве. Если адвокат скажет прямо о своем желании проконсультироваться со своим коллегой, то тем самым он вызовет к себе уважение и подстрахуется от возможных своих ошибок.

Адвокат должен избрать лучший для клиента способ решения проблемы, помочь выбрать и порекомендовать клиенту наиболее простой и экономичный из них, избавляющий его от необходимости ввязываться в длительную судебную тяжбу (естественно, при том условии, что такой способ не нарушает каких-либо законных интересов клиента).

Случаи, когда рекомендации адвоката о начале или продолжении судебного процесса по спору диктуются личной корыстной заинтересованностью адвоката в получении дополнительного гонорара, следует расценивать как исключительно серьезное нарушение требований правил профессиональной этики адвоката.

Относительно приема адвокатом поручений существуют две теории, отражающие две разные позиции. Согласно первой из них адвокат не должен отказываться ни от какого дела — в противном случае он сам становится судьей, осуждающим еще до приговора.

Сторонниками этой теории являются Э. Пикар, Т. Эрскин, Д. Невядомский, И. Бентам. «Адвокат, за исключением особых случаев, не может и не должен отказываться ни от какого дела. По какому праву займет он место судьи?»²⁷².

По мнению Э. Пикара, для адвоката является профессионально бесчестным избегать опасностей, в том числе и в лице общественного мнения, ожидая лучшего клиента. «Обращение к нам клиентов — не просьба, а требование, от которого мы можем тогда лишь уклониться, когда очевидно, что законная поддержка и спор по поводу их требований невозможны»²⁷³.

Адвокат не должен выполнять функции суда, определяя законность и тем более моральность и этичность позиции клиента. Надо также помнить и о том, что в России действует Конституция, являющаяся законом прямого действия, предусматривающая, что каждому гражданину гарантировано право на квалифицированную юридическую помощь, и не отдельному адвокату решать, кто и почему этого права может быть лишен.

Эта теория неоднократно подвергалась критике, что являлось причиной многочисленных и весьма ожесточенных споров.

Сторонники другой теории — Е.В. Васьковский, Д.И. Мейер, Г.А. Джаншиев — считают, что «на обязанность адвоката не может быть возложено разыскание нравственной чистоты дела». В период господства в России марксистско-ленинской идеологии некоторые адвокаты также указывали на необходимость при принятии поручения оценивать и **нравственный аспект дела**.

Избирательность в выборе дел все-таки существует, но критерий оценки находится в другой плоскости. Адвокат однозначно не должен выбирать дела, если:

²⁷² Бентам И. О судоустройстве. — СПб., 1860. — С. 116, 117.

²⁷³ Пикар Э. Об адвокате. — М., 1898. — С. 83.

1) в расследовании и решении дела принимает участие лицо, с которым адвокат состоит в родственных (свойственных) отношениях;

2) адвокат по данному делу ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам лица, обратившегося с просьбой о ведении дела, или участвовал ранее в деле в качестве судьи, свидетеля, прокурора, эксперта, переводчика или секретаря судебного заседания;

3) гражданское дело связано с уголовным делом, в котором адвокат участвовал ранее в качестве лица, производившего дознание, следователя, понятого или общественного обвинителя;

4) адвокат находится в родственных (свойственных) отношениях с другим адвокатом, который по тому же делу оказывает юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам обратившегося.

В книге М.Ю. Барщевского «Адвокатская этика» можно найти еще одно правило, согласно которому адвокат не должен участвовать в деле: если разрешение спора может повлиять на его собственные имущественные интересы, не имея в виду получение гонорара. Это правило пока не зафиксировано в законодательстве, однако оно действует за рубежом с конца прошлого века.

В силу положений закона об обязанности адвоката отстаивать интересы клиента всеми предусмотренными законом средствами и способами адвокат должен признавать, что никакое постановление Пленума Верховного Суда о порядке применения того или иного закона (как не являющееся источником права) не может рассматриваться как однозначное императивное препятствие к принятию поручения по делу, где клиент занимает отличную от мнения Верховного Суда позицию.

Адвокат не должен отклонять предложение клиента принять поручение по его делу только потому, что сам клиент и его проблема непопулярны или неинтересны, или потому, что в дело вовлечены интересы высокопоставленных или влиятельных лиц, или потому что адвокат уверен в виновности обвиняемого. Профессиональная юридическая помощь должна быть доступна, и необходимо предусмотреть в качестве важнейшего правила положение о недопустимости необоснованного отказа от принятия поручения.

Общее правило относительно действий адвоката в ситуации, когда возможно возникновение конфликта интересов, можно сформулировать следующим образом: **адвокат не должен консультировать или одновременно представлять интересы противоположных сторон в споре, а также каким-либо образом действовать по вопросу, в котором присутствует или мо-**

жет присутствовать конфликт интересов сторон, если только такие действия не были однозначно одобрены обеими сторонами.

Интересен в этом случае опыт других стран. В западных юридических фирмах существует четкий порядок, помогающий адвокату избежать ситуации возникновения конфликта интересов. Как только кто-либо из адвокатов принял поручение по делу, он рассылает по фирме меморандум, в котором извещает своих коллег о том, кто стал его новым клиентом и по какому делу.

С одной стороны, этот меморандум позволяет моментально выявить реальный конфликт интересов, если кто-либо из коллег уже принял дело, с другой — такой меморандум послужит предупреждением коллегам о том, что в возникшем споре фирма (бюро) уже представляет интересы одной из сторон.

Правило о конфликте интересов может быть проигнорировано адвокатом в том случае, когда стороны, одна из которых является его клиентом, определили его в качестве третейского судьи, сделав это в установленном законом порядке. В данном случае адвокат действует не как «частный поверенный» одной из сторон, а как независимый юрист, обоюдно избранный сторонами.

Этические основы гонорарной практики

Важным аспектом взаимоотношений адвоката с его клиентами служит проблема определения и получения адвокатом гонорара за оказание юридической помощи. В настоящее время в России сложилась достаточно неприятная ситуация для адвокатуры, когда она не в состоянии обеспечить юридическую помощь по ценам, доступным Большой части населения страны.

Адвокатура не имеет никаких льгот или привилегий по налогообложению, по ставкам арендной платы, коммунальным платежам по сравнению с большинством других некоммерческих или бюджетных организаций. Сама же по себе работа адвоката требует использования многих ресурсов: компьютера, факса, ксерокса, бумаги, оплаты технического персонала, информационных баз данных, подписок на юридическую периодику. Большое значение имеет достойное содержание офиса.

Представляя интересы коммерческих богатых структур, имеющих прибавочную стоимость, адвокат вправе назначать высокие гонорары, но ни в коем случае недопустимо назначать заведомо высокий гонорар при оказании правовой помощи малоимущим, людям, попавшим в

беду и в силу обстоятельств готовым продать последнее, чтобы нанять хорошего адвоката.

Придерживаясь лучших традиций российской адвокатуры, можно с уверенностью заявить, что адвокату неэтично взимать оплату при защите интересов малоимущих, а также в случаях, если клиент или потенциальный клиент вынужден будет отказаться от юридической помощи адвоката в связи с отсутствием средств для ее оплаты.

Другими словами, адвокат должен быть чрезвычайно разборчив при назначении собственного гонорара в зависимости от конкретных обстоятельств и имущественного положения клиента. Разговор адвоката с клиентом — это не базар; положение адвоката в обществе, суть его деятельности не допускает никакой возможности для такого поворота разговора с клиентом, как торговля по поводу гонорара.

Финансовые отношения между адвокатом и клиентом должны быть предельно ясны для обоих и в полной степени оправданны. Размер устанавливаемого адвокатом гонорара должен быть справедливым, соответствовать объему предполагаемой (проделанной) работы и сложности вопроса (дела).

Если адвокат по одному делу работает для двух или более клиентов, он обязан пропорционально распределить расходы по оплате причитающегося ему вознаграждения между своими клиентами, если их соглашением не будет предусмотрено иное. Адвокат должен быть готов в любой момент четко разъяснить клиенту принципы определения размера гонорара, особенно если клиент не знаком с этими вопросами.

Адвокат обязан своевременно и честно оценивать справедливость и обоснованность оплаты своей работы с указанием на все неопределенности в расчетах, с тем чтобы клиент мог составить обоснованное мнение о правильности назначенного гонорара. В случае возникновения необычных или непредвиденных обстоятельств, влияющих на размер выплачиваемого гонорара, адвокату следует своевременно предупредить об этом клиента для избежания возможных споров, разногласий или недопонимания.

Как подчеркивается в **Генеральных принципах этики адвокатов**, адвокаты должны высказывать своим клиентам беспристрастное мнение о вероятном исходе их дела и не создавать условия для ненужной работы, оплачиваемой клиентом.

Полностью разделяем мнение Н.Н. Полянского, который писал: «Заслуживает самого энергичного осуждения такое отношение к адвокатуре, которое деградирует ее в ее собственных глазах, которое низводит ее

на уровень простого ремесла и которое ставит адвоката рядом со всяким другим лицом, продающим свои услуги»²⁷⁴.

Представляется необходимым при определении размера гонорара адвокатам исходить исключительно из требований ст. 16 КПЭА:

1. Адвокат имеет право на получение вознаграждения (гонорара), причитающегося ему за исполняемую работу, а также на возмещение понесенных им издержек и расходов.

2. 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.

3. Адвокату следует воздерживаться от включения в соглашение условия, в соответствии с которым выплата вознаграждения ставится в зависимость от благоприятного для доверителя результата рассмотрения дела.

Данное правило не распространяется на имущественные споры, по которым вознаграждение может определяться пропорционально к цене иска в случае успешного завершения дела.

4. Адвокат вправе с согласия доверителя делить гонорар с лицами, привлекаемыми для оказания юридической помощи.

5. Адвокату запрещается принимать от доверителя какое-либо имущество в обеспечение соглашения о гонораре, за исключением денежных сумм, вносимых в кассу адвокатского образования (подразделения) в качестве авансового платежа.

6. В случае, если в процессе оказания юридической помощи адвокаты принимают поручение доверителя по распоряжению принадлежащими доверителю денежными средствами (далее — «средства доверителя»), для адвокатов является обязательным соблюдение следующих правил:

— средства доверителя всегда должны находиться на счете в банке или в какой-либо другой организации (в том числе у профессиональных участников рынка ценных бумаг), позволяющей осуществлять контроль со стороны органов власти за проводимыми операциями, за исключением случаев наличия прямого или опосредованного распоряжения доверителя относительно использования средств каким-либо другим образом;

— в сопровождающих каждую операцию со средствами доверителя документах должно содержаться указание на совершение данной операции адвокатом по поручению доверителя;

²⁷⁴ Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. Репринтное воспроизведение издания 1927 года / Предисловие М.О. Баева, О.Я. Баева. — Воронеж, 2003. — С. 88.

— выплаты какому-либо лицу из средств доверителя, осуществляемые от его имени или в его интересах, могут производиться только при наличии соответствующего непосредственного или опосредованного распоряжения доверителя относительно использования средств каким-либо другим образом;

— адвокат в порядке адвокатского делопроизводства обязан вести учет финансовых документов относительно выполнения поручений по проведению операций со средствами доверителя, которые должны предоставляться доверителю по его требованию.

Таким образом, явно недобросовестные, циничные и грубые нарушения настоящих правил адвокатской этики должны повлечь соответствующую реакцию и реагирование адвокатского сообщества.

§5. Этика поведения адвоката в ходе участия в судебном процессе

Одним из важнейших этических правил, безусловно, следует признать добросовестное отношение адвоката к суду. Оно применимо в отношении поведения адвоката как в уголовном, так и в гражданском процессе. Интересно отметить, что применительно к гражданскому судопроизводству закон (ст. 35 ГПК РФ) обязывает добросовестно пользоваться своими правами лиц, участвующих в деле.

Однако весьма нередки и следующие случаи.

Совет Адвокатской палаты г. Москвы решил:

1) применить к адвокату И. меру дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката за:

— ненадлежащее, вопреки предписаниям подп. 1 п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката, исполнение адвокатом профессиональных обязанностей перед доверительницей Б., выразившееся в том, что адвокат И., заключив 17 марта 2016 г. с Б. соглашение на представление ее интересов в суде по делу о расторжении брака, разделе совместно нажитого имущества и взыскании алиментов, не использовала на протяжении длительного времени тот арсенал процессуальных средств, который предоставлен участникам гражданского судопроизводства для пресечения необоснованного затягивания судебного процесса, что не обеспечивало надлежащие гарантии соблюдения процессуальных прав Б.; без уважительных причин, не

ставя в известность суд, не явилась в судебное заседание 1 марта 2017 г., следствием чего явилось вынесение Л. районным судом г. Москвы определения об оставлении иска Б. без рассмотрения; ввиду явной ошибочности оставления судом искового заявления без рассмотрения не обратилась в порядке ст. 223 ГПК РФ с заявлением об отмене определения Л. районного суда г. Москвы от 1 марта 2017 г. об оставлении искового заявления Б. без рассмотрения; при повторной подаче 13 марта 2017 г. искового заявления в интересах доверительницы Б. о расторжении брака, разделе совместно нажитого имущества и взыскании алиментов в Л. районный суд г. Москвы адвокат И. допустила нарушение требований гражданского процессуального законодательства (ст. 132 ГПК РФ), что повлекло оставление искового заявления без движения; своевременно не заявила исковое требование о взыскании алиментов на содержание Б. до достижения ребенком трех лет, что повлекло утрату права Б. на взыскание алиментов с июля 2016 года по март 2017 года; вопреки имевшейся с Б. договоренности своевременно не заявила в суд при подаче иска 7 апреля 2016 г. ходатайство о наложении ареста на автомобиль, оформленный на Б-ва и являвшийся совместно нажитым имуществом супругов Б-ых, чем воспользовался ответчик Б-в, который 28 апреля 2016 г. продал автомобиль; настояла на исключении квартиры из списка имущества, подлежащего разделу в рамках заявленного 7 апреля 2016 г. иска, пообещав Б. предъявить отдельный иск о разделе квартиры или оформить права Б. на ее часть квартиры во внесудебном порядке, но ничего из обещанного Б. адвокат не выполнила²⁷⁵.

Этические нормы, регулирующие поведение адвоката в суде, достаточно просты и очевидны. *«При соблюдении должного уважения к суду адвокат обязан защищать интересы клиента добросовестно и с максимальной для него выгодой, однако не выходя за предусмотренные законодательством рамки»*, — так гласит Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского Сообщества, п. 2.7 (Общий кодекс ЕС).

Кратко эти правила можно было бы сформулировать следующим образом. Суд надо уважать, его нельзя обманывать, ему следует подчиняться. Процессуальный противник — не враг, с ним надо обращаться уважительно, не подвергать оскорблениям (не только в уголовно-правовом, но и в бытовом смысле этого слова), высмеиванию, его процессуальные права следует уважать и с ними считаться.

²⁷⁵ Обзор дисциплинарной практики // Вестник Адвокатской палаты города Москвы. — Выпуск № 5 (139). — 2017. — С. 78–83.

Какой-либо обман кого-либо со стороны адвоката недопустим, использование подложных доказательств запрещено, «подготовка» свидетелей не разрешается. Лучший способ решения спора — мирный. Придерживаясь правила добросовестного отношения к суду, адвокат не должен предпринимать попытки обмана либо участвовать в обмане суда.

Адвокат не может и не должен влиять на ход правосудия, давая фальсифицированные показания, фальсифицировать факты, осознанно представлять подложные документы, давать (советовать) ложные показания или свидетельства, заведомо для адвоката неверное, неточное толкование положений закона либо нормативных актов или судебной практики, осознанно утверждать что-либо, для чего нет разумного основания в имеющихся в распоряжении суда и (или) представленных ему доказательствах, либо утверждать то, что лишь предстоит доказать и (или) мотивировать.

Следует обратить внимание на соблюдение адвокатом правил, которые касаются допроса свидетелей. Недопустимо для адвоката отговаривать свидетелей от дачи показаний либо рекомендовать таким свидетелям не присутствовать в суде, осознанно разрешать свидетелю давать суду заведомо ложные или неполные показания, без необходимости, злоупотребляя своим положением, придирается к свидетелям, обвинять их в даче неточных либо ложных показаний, задавать им вопросы, касающиеся их личной жизни, без необходимости переубеждать свидетелей в чем-либо, вступать со свидетелями в споры и пререкания.

Вместе с тем следует проводить четкую грань между подобными приемами, действиями и вполне допустимыми, оправданными действиями адвоката, основанными на использовании им достижений современной психологии и психоанализа.

Адвокат может, действуя законными способами и методами, изыскивать источники информации и получать информацию от любого потенциального свидетеля, показывая перед таким лицом свою заинтересованность в получении информации как адвоката, и принять меры для того, чтобы не подавлять желание любого потенциального свидетеля дать показания, а равно не побуждать свидетеля к попыткам уклониться от явки в суд в случае его вызова.

Адвокат не должен сближаться, вступать в контакт или иметь какие-либо отношения с противоположной стороной, которая представлена профессиональным адвокатом, кроме как через этого адвоката, а равно совершать те же действия с согласия адвоката второй стороны, но без предварительного согласия своего клиента на осуществление таких действий.

§6. Общественно значимые этические обязанности адвоката

Адвокат не имеет права необоснованно воздерживаться от информирования суда о любых имеющих отношение к делу неблагоприятных для другой стороны обстоятельствах, которые могут быть учтены при вынесении судебного постановления и которые не были упомянуты его оппонентом. Никакие договоренности адвоката на сей счет с другой стороной, в том числе представляющим ее интересы адвокатом, недопустимы.

Подобное умолчание о юридически значимых обстоятельствах дела не может быть оправдано ни личными симпатиями адвоката к другой стороне или антипатиями к тому лицу, которое адвокат представляет в процессе, ни дружбой между адвокатами, ни их корпоративной солидарностью. Иное поведение следует расценивать как предательство интересов клиента, злоупотребление его доверием, которое он выразил этому адвокату, избрав его в качестве своего защитника и представителя в суде.

§6. Общественно значимые этические обязанности адвоката

Адвокатура занимает в общественном и государственном устройстве свое особое и достаточно своеобразное место. Адвокатура — не элемент государственного устройства в традиционном понятии этого слова, она облечена доверием общества и одновременно доверием государства. При этом функции контроля адвокатуры со стороны государства весьма и весьма ограничены. Хотя такое мнение некоторыми адвокатами не разделяется. Так, например, один из авторов настоящей главы утверждает, что «...сегодня давление на адвоката ощущается в десятки, если не в сотни раз больше, чем когда бы то ни было за всю историю ее существования. Ибо именно сегодня решается основной вопрос отделения ее от государства, ее подлинной независимости, переориентации деятельности этого объединения на современные социально-экономические процессы, происходящие в обществе»²⁷⁶.

Адвокатура, по большому счету, — саморегулирующаяся и независимая организация, профессиональный союз правозащитников. Особые права адвокатуры, естественно, подразумевают и особые обязанности. На адвокатуре лежит общественная обязанность по улучшению общества, по внедрению в сознание граждан (как простых обывателей, так и высших государственных чиновников) правовой культуры, уважения к закону, необходимости соблюдения прав других лиц.

²⁷⁶ Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: Изд. дом «Юрист», 2002. — С. 29.

Отсюда очевидный вывод: адвокаты обязаны вести общественную работу (как бы нас ни раздражали эти слова с учетом нашего отечественного исторического опыта). Естественно, что эта общественная работа прежде всего и в основном будет связана с профессиональными навыками и знаниями адвоката. Адвокат должен способствовать улучшению деятельности системы правосудия и повышению уважения общества к ней.

Адвокат, используя свой опыт, профессиональные навыки и знания, может составить обоснованную точку зрения о том, как работают законы, в том числе об эффективности существующих средств судебной защиты, системы наказаний, разрешенных споров и уголовных дел, проводимых преобразованиях правовой системы, о сильных и слабых сторонах действующих правовых институтов и государственной власти. Такие комментарии полезны для обеспечения лучшего понимания общественностью юридических аспектов проблем. Все его суждения должны быть направлены на улучшение системы защиты прав и интересов граждан и организаций и быть обоснованы.

Адвокат, желающий выступить в интересах общества, должен поддерживать только те изменения, которые, по его убеждению, действительно направлены на изменения законодательства или судебно-правовой системы в интересах большей части граждан.

Тем более актуально данное направление в деятельности адвоката в условиях непрерывных попыток узаконивания двойных стандартов юридической помощи, что несет в себе реальную угрозу существованию системы квалифицированной юридической помощи²⁷⁷.

Адвокат также может выступать защитником интересов различных социальных групп, имеющих целью внести изменения в действующее законодательство, политику управления или привлечь внимание общественности к какому-либо вопросу. Представляется также, что в этих случаях адвокат имеет право комментировать ход развития дела. Адвокат должен избегать таких утверждений или предложений по поводу изменения судебной системы, которые могут привести к дискредитации как самого адвоката, так и всей юридической профессии и системы правосудия в глазах общества.

В заключение хотелось бы подвести итог значимости рассматриваемой здесь проблемы. Существование свободного общества и свободного человека практически невозможно без компетентных и независимых

²⁷⁷ Узаконивание двойных стандартов юридической помощи — путь к деградации ее качества // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. — № 3 (58). — 2017. — С. 175–179.

юристов-адвокатов. Ввиду особой важности выполняемой адвокатами миссии, предъявляемые к ним профессионально-этические требования выходят за рамки требований, подлежащих исполнению просто законопослушным гражданином. Адвокат обязан исполнять свой долг достойно, честно, независимо, на должном профессиональном уровне и с необходимой тщательностью, а также обязан сохранять профессиональную тайну. **Нравственность, компетенция и независимость — вот суть профессии адвоката.** Достижение этих высоких, но жизненно необходимых требований к личности адвоката должно быть сердцевинной деятельностью каждого сообщества адвокатов.

§7. Профессиональная ответственность адвоката

Русский юрист Д. Невядомский указывал, что адвокат должен быть бескорыстен, любить свою профессию и сознавать ее высокое значение; все это вместе взятое должно развивать в адвокате чувство профессионального достоинства. (Д. Невядомский. Вечные вопросы адвокатуры (по поводу «Этюда по адвокатской этике» Гр. Джаншиева).) Именно из такого понимания этической составляющей адвокатского труда и исходят при выработке и применении мер ответственности адвоката за те или иные прегрешения.

Проблема ответственности адвокатов — одна из злободневных и актуальных проблем, стоящих перед адвокатским сообществом на современном этапе. В зависимости от характера и последствий допущенного адвокатом нарушения правовых и нравственных предписаний возможно наступление одного из видов ответственности. Это может быть гражданско-правовая (материальная), уголовная и дисциплинарная ответственность.

Гражданский кодекс РФ определяет условия **гражданско-правовой ответственности адвоката**, во-первых, за нарушение обязательств (гл. 25), во-вторых, вследствие причинения вреда, когда потерпевший и причинитель вреда, как правило, не состоят в договорных отношениях (гл. 59).

В связи с профессиональной деятельностью адвоката, адвокатским статусом и принадлежностью к адвокатскому образованию гражданско-правовая ответственность адвоката перед доверителем, адвокатским образованием, адвокатской палатой и третьими лицами может быть как за нарушение обязательств (договорная), так и за причинение вреда (деликтная). Например, договорная перед доверителем по дого-

вору об оказании юридической помощи или деликтная перед адвокатским образованием или судом, если, выполняя свои профессиональные обязанности, адвокат причинит им имущественный вред (например, выходя в прениях, в порыве эмоций взмахнув рукой, неосторожно разобьет оконное стекло)²⁷⁸.

Нарушение гражданско-правовых обязательств (чаще всего договорных) может повлечь для нарушителя обязанность возместить причиненные потерпевшему убытки (реальный ущерб и упущенную выгоду). Такая ответственность применяется независимо от того, предусмотрена ли она договором или отраслевым законодательством, регулирующим данное обязательство. Именно такая ответственность возникает у сторон гражданско-правового договора (соглашения) об оказании юридической помощи, и именно об этой профессиональной имущественной ответственности адвоката говорится в Законе об адвокатуре.

Адвокат как любой гражданин отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание (ст. 24 ГК РФ).

Следует также отметить, что к отношениям по оказанию профессиональной юридической помощи адвокатами не применяется законодательство о защите прав потребителей²⁷⁹.

Как любое лицо, адвокат отвечает за действия своих работников (стажеров, помощников, секретарей и др.) как в случае причинения ими вреда третьим лицам при исполнении трудовых обязанностей, так и в случае, когда действия таких работников по исполнению обязательств адвоката повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение договорного обязательства адвоката.

Поскольку профессиональная деятельность адвоката заключается в оказании юридической помощи и осуществляется только на основе гражданско-правовых договоров, при оказании любой юридической помощи адвокат несет профессиональную имущественную ответственность за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих профессиональных обязанностей.

Размер и характер ответственности адвоката определяются в соответствии с Гражданским кодексом РФ. Убытки подлежат возмещению

²⁷⁸ См.: Шаров Г.К. Ответственность адвокатов за вред, причиненный адвокатом [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.dom-i-zakon.ru> свободный.

²⁷⁹ Пункт 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // СПС «КонсультантПлюс».

в полном объеме, если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 15 ГК РФ).

При умышленном нарушении обязательств по договору адвокат несет ответственность в полном объеме ущерба.

Заявляя требования о возмещении адвокатом убытков в связи с нарушением им условий договора об оказании юридической помощи, доверитель должен доказать: факт нарушения (действиями или бездействием) конкретного обязательства адвоката по договору об оказании юридической помощи; наличие у доверителя убытков с обоснованием их размера (доказывается в обычном порядке и каких-либо комментариев не требует); прямую причинную связь убытков с нарушением адвокатом своего обязательства.

Отсутствие вины должно доказываться адвокатом²⁸⁰.

Гражданский кодекс РФ к существенным условиям договора, без соглашения по которым он считается незаключенным, относит прежде всего условия о предмете договора (ст. 432 ГК РФ). Закон об адвокатуре (п. 4 ст. 25) к существенным условиям договора об оказании юридической помощи также относит предмет поручения и, кроме того, указание на адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) поручение, его (их) принадлежность к адвокатскому образованию и адвокатской палате; условия и размер выплаты доверителем вознаграждения либо указание на то, что юридическая помощь оказывается бесплатно в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»; порядок и размер компенсации расходов адвоката, связанных с исполнением поручения, за исключением случаев, когда юридическая помощь оказывается бесплатно; размер и характер ответственности адвоката (адвокатов).

Предметом договора на оказание юридической помощи является совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности, которые могут иметь или не иметь материального результата. Иными словами, предметом договора об оказании юридической помощи является не результат, а действия, направленные на достижение результата.

Следует иметь в виду, что круг обязанностей адвоката по договору об оказании юридической помощи может выходить за рамки обязанностей, прописанных в тексте самого договора. Обязанность адвоката совершить определенные действия может возникнуть только после наступления результата от других его действий. В зависимости от вида юридической помощи значительная часть обязанностей адвоката мо-

²⁸⁰ См.: Шаров Г.К. Указ. соч.

жет содержаться в законах и иных правовых актах (например, в Законе об адвокатуре или в процессуальном законодательстве).

Таким образом, нет и, как правило, не может быть исчерпывающего перечня обязательств адвоката, за неисполнение которых он несет гражданско-правовую ответственность. Является или не является совершение определенных действий (бездействие) обязанностью адвоката по конкретному соглашению об оказании юридической помощи — вопрос, который должен быть предметом доказывания заинтересованным лицом.

Наиболее трудно доказуемой является прямая причинная связь между убытками доверителя и неисполнением или ненадлежащим исполнением адвокатом своих обязанностей по соглашению об оказании юридической помощи.

В связи с этим Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Информационном письме от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг»²⁸¹ отметил, что не подлежат удовлетворению требования исполнителя о выплате вознаграждения, если истец обосновывает их условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном ст. 424 ГК РФ, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности)²⁸².

Конституционный Суд РФ Постановлением от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 ст. 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева» указал, что отношения по возмездному оказанию правовых услуг не предполагают удовлетворения требований исполнителя о выплате вознаграждения по договору, если данное требование обосновывается условием, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем²⁸³.

Следует подчеркнуть, что на сегодняшний день не решен окончательно вопрос со страхованием адвокатом риска профессиональной имущественной ответственности, также имеющим непосредственное отношение

²⁸¹ Пункт 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸² СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

²⁸³ СЗ РФ. — 2007. — № 6. — Ст. 828.

ние к возмещению вреда, причиненного неисполнением либо ненадлежащим исполнением адвокатом конституционной обязанности по оказанию квалифицированной юридической помощи.

Так, согласно **п. 3.9.1 Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского сообщества** адвокаты всегда должны быть застрахованы от предъявления исков, связанных с недостаточной профессиональной компетентностью. Размер страховки определяется в разумных пределах соотносительно с риском возможных ошибок, допущенных адвокатами в ходе осуществления профессиональной деятельности.

В Российской Федерации согласно ст. 19 Закона об адвокатуре адвокат должен осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности за нарушение условий заключенного с доверителем соглашения об оказании юридической помощи. Однако в соответствии с Федеральным законом от 3 декабря 2007 г. № 320-ФЗ адвокаты вправе не осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности до дня вступления в силу Федерального закона, регулирующего вопросы обязательного страхования профессиональной ответственности адвокатов.

Соответственно, статья 19 Закона об адвокатуре подразумевает принятие федерального закона, регулирующего обязательное страхование риска ответственности адвоката. О принятии подобного закона говорит также ч. 4 ст. 3 Федерального закона «Об организации страхового дела в Российской Федерации»²⁸⁴, где указано, что условия и порядок осуществления обязательного страхования определяются федеральными законами о конкретных видах обязательного страхования.

Федеральный закон о конкретном виде обязательного страхования должен содержать положения, определяющие: а) субъекты страхования; б) объекты, подлежащие страхованию; в) перечень страховых случаев; г) минимальный размер страховой суммы или порядок ее определения; д) размер, структуру или порядок определения страхового тарифа; е) срок и порядок уплаты страховой премии (страховых взносов); ж) срок действия договора страхования; з) порядок определения размера страховой выплаты; и) контроль за осуществлением страхования; к) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субъектами страхования; л) иные положения. Концепция и проект закона «Об обязательном страховании профессиональной ответст-

²⁸⁴ Закон РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 (ред. от 23 апреля 2018 г.) «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

венности адвокатов» были разработаны рабочей группой Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации²⁸⁵.

Таким образом, в настоящее время адвокату в полной мере не созданы надлежащие юридические условия для исполнения им обязанности, предусмотренной п. 6 ч. 1 ст. 7 Закона об адвокатуре, т.е. осуществления страхования риска своей профессиональной имущественной ответственности.

Это в определенной степени препятствует и формированию судебной практики в решении вопроса о возмещении вреда, причиненного адвокатом вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения конституционной обязанности по оказанию квалифицированной юридической помощи доверителю в гражданском судопроизводстве.

Уголовная ответственность в отношении адвокатов по действующему законодательству РФ наступает в случаях:

— фальсификации ими доказательств по гражданскому или уголовному делу (ст. 303 УК РФ);

— подкупа или принуждения к даче ложных показаний, ложного заключения, неправильного перевода либо уклонения от дачи показаний, заключения (ст. 309 УК РФ);

— разглашения данных предварительного расследования (ст. 310 УК РФ).

Ю.П. Гармаев в одной из своих работ классифицирует преступления адвокатов в зависимости от вида участия адвоката в совершаемом общественно опасном деянии. По этому основанию все преступления можно разделить на:

1) основные, или собственно адвокатские (преступления адвоката-исполнителя, которые носят сугубо профессиональный характер, совершаемые, как правило, лично адвокатом в качестве исполнителя или соисполнителя преступления. Например, ч. 1 ст. 159 УК РФ (мошенничество), ч. 4 ст. 33 и ч. 1 ст. 291 УК РФ (подстрекательство к даче взятки), ст. 297 УК РФ (неуважение к суду), ч. 2 ст. 303 УК РФ (фальсификация доказательств по уголовному делу защитником) и т.д.;

2) сопутствующие, или преступления адвоката-соучастника (адвокат — член банды (ст. 209 УК РФ), преступных сообществ (ст. 210 УК РФ), адвокат — посредник в даче взятки знакомому судье (ч. 5 ст. 33 и ч. 1 ст. 290 УК РФ) и т.д.²⁸⁶

²⁸⁵ См.: Кудрявцев В.Л. Ответственность адвоката за неисполнение обязанностей [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.dom-i-zakon.ru> свободный.

²⁸⁶ См.: Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. — М.: Экзамен, 2005.

Отдельные юристы вносили предложения регламентировать в Уголовном кодексе Российской Федерации ответственность за злоупотребление правомочиями адвоката по аналогии с уголовным правом многих зарубежных стран, тем более что подобные нормы не являются новшеством для российского уголовного законодательства. В частности, в ст. 405 Учреждения судебных установлений 1864 г. предусматривалась возможность привлечения присяжных поверенных, т.е. адвокатов, по исследованию их вины к уголовному суду²⁸⁷.

Ю.А. Цветков справедливо отмечает, что в правоприменительной практике чаще всего встречаются случаи так называемого «криминального» консультирования, когда адвокат, используя свои профессиональные знания, подсказывает заинтересованной стороне юридически наименее уязвимые способы совершения конкретных преступлений, а также последующего сокрытия их следов и легализации преступных доходов. Привлечь при таких обстоятельствах адвоката за соучастие в форме интеллектуального пособничества почти невозможно, поскольку его советы были связаны не столько с тем, как совершить само преступление, а скорее с тем, как впоследствии уйти от ответственности, что, в свою очередь, укрепляет решимость злоумышленников реализовать преступный план и снижает вероятность раскрытия такого преступления и изобличения виновных²⁸⁸.

В рамках процессуальной деятельности поле для злоупотреблений со стороны адвоката существенно шире, а допущенные им нарушения закона и профессиональной этики несут более ощутимый вред. По убеждению Ю.А. Цветкова, целесообразно рассматривать эти проступки в зависимости от того, чьи интересы они нарушают непосредственно — своих клиентов или общества в целом.

К проступкам, нарушающим только права клиентов, относятся отказ либо уклонение от защиты. Случаи прямого отказа от защиты довольно редки, и чаще происходит уклонение от нее. Мотивы такого поведения адвоката могут быть, в принципе, весьма разнообразными, но в основном они носят корыстный характер.

Не меньшую опасность для клиентов представляют такие проступки адвокатов, как разглашение адвокатской тайны и так называемая лжезащита, или лжепредставительство.

²⁸⁷ Российское законодательство X–XX вв.: В 9 т. / Отв. ред. Б.В. Виленский. — М.: Юрид. лит., 1991. — Т. 8. Судебная реформа.

²⁸⁸ См.: Цветков Ю.А. Уголовная ответственность адвокатов // Уголовное право. — 2002. — № 4. — С. 50–52.

Лжезащита (лжепредставительство) имеет место в тех случаях, когда адвокат дает своему клиенту такие рекомендации или таким образом выстраивает стратегию защиты (представительства), что в конечном итоге клиент оказывается в наихудшем из возможных положений. Иногда это происходит из-за некомпетентности адвоката либо по легкомыслию, когда адвокат совершает наиболее рискованные для своего клиента «ходы» и комбинации²⁸⁹.

Зачастую адвокат, действуя в интересах клиента, умышленно причиняет вред правосудию и правоохранительной деятельности. Наиболее одиозным здесь является преднамеренный срыв следственных действий и судебного заседания. Иногда адвокаты сами осуществляют контакты с преступной средой, являясь посредниками между заключенными и их «подельниками» на свободе, сообщая планируют акции, направленные на противодействие правосудию.

Таким образом, имеющихся правовых средств явно недостаточно, чтобы предотвратить случаи недобросовестной деятельности адвокатов. Необходимо дополнить действующее законодательство нормой об уголовной ответственности адвокатов. Эта норма, по убеждению Ю.А. Цветкова, должна предусматривать как минимум три ситуации: во-первых, адвокатскую халатность, выражающуюся в ненадлежащем исполнении адвокатом принятых на себя обязательств перед клиентом; во-вторых, злоупотребление своими полномочиями; в-третьих, превышение полномочий.

Однако уголовная ответственность адвоката в указанных случаях должна быть обусловлена конкретными негативными последствиями его недобросовестной деятельности. К таким последствиям относятся существенное нарушение прав клиентов и других лиц (как участвующих в процессе, так и не связанных с ним) и существенный вред интересам правосудия.

Под существенным следует понимать нарушение конституционных или ключевых процессуальных прав клиента и в первую очередь права на квалифицированную юридическую помощь. В российском законодательстве отсутствует определение понятия правосудия, однако большинство ученых и практиков сходятся во мнении, что правосудие — это деятельность суда по разрешению уголовных, гражданских (арбитражных) и административных дел. Поэтому существенным для интересов правосудия является всякий вред, который препятствует своевременному, объективному и справедливому разрешению дел, рассматриваемых или подлежащих рассмотрению в суде.

²⁸⁹ См.: Там же.

Остается решить вопрос о способе криминализации недобросовестной деятельности адвокатов.

Первый способ — это внесение дополнений в примечание к ст. 285 УК РФ, расширяющих круг должностных лиц за счет включения в него адвокатов. Такое простое решение проблемы позволило бы привлекать к уголовной ответственности адвокатов по тем же основаниям, что и других должностных лиц, но с точки зрения юридической чистоты оно оказалось бы весьма уязвимым.

Второй способ — создание новой нормы, одновременно предусматривающей все формы неправомерного поведения адвокатов. По объекту посягательства данная норма может быть включена в главу о преступлениях против правосудия, а по субъекту и конструктивным особенностям — в главу о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях, включающую положения об ответственности нотариусов, аудиторов, служащих частных охранных и детективных служб. Изложить эту норму Ю.А. Цветков предлагает следующим образом:

«Статья 201.1. Недобросовестная деятельность адвоката. Неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом полномочий, возложенных на него по закону или в силу соглашения, либо их использование вопреки целям и задачам адвокатской деятельности, а равно совершение действий в связи с осуществляемой им защитой или представительством в уголовном или гражданском судопроизводстве, явно выходящих за пределы его полномочий, если это повлекло существенное нарушение прав клиентов или других лиц либо причинило существенный вред интересам правосудия, наказывается штрафом в размере от трехсот до шестисот минимальных размеров оплаты труда либо арестом на срок от трех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от трех до пяти лет.

Примечание. Если деяния, предусмотренные настоящей статьей, причинили вред исключительно интересам физических или юридических лиц, заключивших с адвокатом соглашение об оказании юридической помощи, уголовное преследование осуществляется по заявлению этих лиц либо с их согласия».

Надо полагать, наличие в уголовном законодательстве подобной нормы будет способствовать повышению у адвокатов чувства ответственности как перед своими клиентами, так и перед обществом в целом.

Особо следует акцентировать внимание на **дисциплинарной** или **корпоративной ответственности** адвокатов.

К сожалению, в настоящее время в России отсутствует эффективный механизм контроля за качеством оказываемой адвокатами юридической помощи, за исключением дисциплинарной ответственности, которая представляет собой лишь механизм последующего контроля, не позволяющий в полной мере обеспечить надлежащее качество работы адвокатов (особенно при их участии в процессе по назначению в порядке ст. 51 УПК РФ).

Как показало проведенное анкетирование адвокатов, 34% опрошенных респондентов полагают, что вопросы ответственности за ненадлежащее исполнение обязанностей и неэтичное поведение действующим Законом об адвокатуре урегулированы в полной мере.

В то же время свыше 52% адвокатов не согласны с этим утверждением и считают целесообразным конкретизировать основания и пределы такой ответственности, а 6,8% усматривают в этом пробел современного законодательства РФ об адвокатской деятельности.

Вопросы дисциплинарной ответственности адвоката перед адвокатской палатой в современных условиях регулирует КПЭА.

Так, согласно ст. 19 КПЭА предметом рассмотрения в дисциплинарном производстве является совершение адвокатом поступка, который порочит его честь и достоинство, умаляет авторитет адвокатуры, а также неисполнение или ненадлежащее исполнение им своих профессиональных обязанностей перед доверителем, неисполнение решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции.

Поводами для возбуждения дисциплинарного производства являются:

1) жалоба, поданная в адвокатскую палату другим адвокатом, доверителем адвоката или его законным представителем, а равно — при отказе адвоката принять поручение без достаточных оснований — жалоба лица, обратившегося за оказанием юридической помощи в порядке ст. 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;

2) представление, внесенное в адвокатскую палату вице-президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим;

3) представление, внесенное в адвокатскую палату органом государственной власти, уполномоченным в области адвокатуры;

4) обращение суда (судьи), рассматривающего дело, представителем (защитником) по которому выступает адвокат, в адрес адвокатской палаты.

Жалоба, представление, обращение признаются допустимыми поводами к возбуждению дисциплинарного производства, если они поданы в письменной форме и в них указаны:

1) наименование адвокатской палаты, в которую подается жалоба,носится представление, обращение;

2) фамилия, имя, отчество адвоката, подавшего жалобу на другого адвоката, принадлежность к адвокатской палате и адвокатскому образованию;

3) фамилия, имя, отчество доверителя адвоката, его место жительства или наименование учреждения, организации, если они являются подателями жалобы, их место нахождения, а также фамилия, имя, отчество (наименование) представителя и его адрес, если жалоба подается представителем;

4) наименование и местонахождение органа государственной власти, а также фамилия, имя, отчество должностного лица, направившего представление либо обращение;

5) фамилия и имя (инициалы) адвоката, в отношении которого ставится вопрос о возбуждении дисциплинарного производства;

6) конкретные действия (бездействие) адвоката, в которых выразилось нарушение им требований законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) КПА;

7) обстоятельства, на которых лицо, обратившееся с жалобой, представлением, обращением, основывает свои требования, и доказательства, подтверждающие эти обстоятельства;

Президент адвокатской палаты субъекта Российской Федерации либо лицо, его заменяющее, не позднее десяти дней со дня получения одного из указанных документов возбуждает дисциплинарное производство.

Дисциплинарное производство включает следующие стадии:

1) разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта РФ;

2) разбирательство в Совете адвокатской палаты субъекта РФ.

Разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта РФ осуществляется устно, на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства.

На основании непосредственного исследования доказательств, представленных участниками производства до начала разбирательства, а также их устных и письменных объяснений квалификационная комиссия должна дать заключение.

Так, в 2007—2008 гг. квалификационные комиссии адвокатских палат субъектов РФ рассмотрели 9051 дисциплинарное производство и дали по ним заключения: о наличии в действиях (бездействии) адвоката нарушений норм законодательства об адвокатской деятельности и

КПЭА — в 4911 случаях; о прекращении дисциплинарного производства — в 4140 случаях.

Заключение комиссии должно быть мотивированным и обоснованным и состоять из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей. **Во вводной части заключения** указываются время и место вынесения заключения, наименование комиссии, его вынесшей, состав комиссии, участники дисциплинарного производства, повод для возбуждения дисциплинарного производства. **В мотивировочной части заключения** отмечаются фактические обстоятельства, установленные комиссией, доказательства, на которых основаны ее выводы, и доводы, по которым она отвергает те или иные доказательства, а также правила, предусмотренные законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, КПЭА, которыми руководствовалась комиссия при вынесении заключения. **Резолютивная часть заключения** содержит одну из формулировок, предусмотренных п. 9 ст. 23 КПЭА (о наличии в действиях адвоката нарушения либо о прекращении производства по одному из указанных в законе оснований).

При этом следует иметь в виду, что меры дисциплинарной ответственности в виде замечания, предупреждения или прекращения статуса адвоката могут быть применены к адвокату не позднее шести месяцев со дня обнаружения проступка, не считая времени болезни адвоката, нахождения его в отпуске.

Разбирательство по дисциплинарному производству осуществляется в Совете адвокатской палаты в закрытом заседании. Однако Квалификационная комиссия и Совет по просьбе лица, обратившегося с жалобой, представлением, обращением, и с согласия иных участников дисциплинарного производства вправе принять решение о полностью или частично открытом разбирательстве в соответствующем органе.

Необходимо иметь в виду, что **установление в действиях адвокатов признаков уголовно наказуемых деяний не входит в компетенцию дисциплинарных органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации.**

Решение Совета адвокатской палаты должно быть мотивированным и содержать конкретную ссылку на правила профессионального поведения адвоката, предусмотренные законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, КПЭА, в соответствии с которыми квалифицировалось действие (бездействие) адвоката.

По данным Федеральной палаты адвокатов РФ, из указанных выше привлекаемых за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей в 2007—2008 гг. к дисциплинарной ответственности привлечено 4376 адвокатов. Прекращен статус 938 ад-

вокатам (в 2007 г. — 440, в 2008 г. — 498 адвокатам), в том числе по требованию органов юстиции — 37 адвокатам (в 2007 г. — 26 и в 2008 г. — 11 адвокатам). 170 решений о наложении дисциплинарных взысканий обжалованы в суд, из них 20 признаны необоснованными и отменены.

Органы юстиции в указанный период направили в суд в порядке, установленном п. 6 ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», пять заявлений о прекращении статуса адвоката, из них три удовлетворены²⁹⁰.

В целом, как показывают результаты обобщения статистических сведений, квалификационные комиссии и Советы адвокатских палат толкуют и применяют КПЭА в основном единообразно, за исключением некоторых положений. В частности, отсутствует единый подход к применению норм Закона об адвокатуре и КПЭА при решении вопроса **об отказе в возбуждении дисциплинарного производства**.

Так, некоторые палаты (Иркутская и др.) возвращают без рассмотрения частные определения (постановления) судов, ссылаясь на то, что ст. 20 КПЭА не относит их к числу поводов для возбуждения дисциплинарного производства. Однако, по мнению Совета ФПА РФ, судебные акты подлежат рассмотрению как сообщения судов. Данная позиция основана на судебной практике.

Так, Конституционный Суд РФ в Определении от 15 июля 2008 г. № 456-0-0 об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Плотникова Игоря Валентиновича и Хырхырьяна Максима Арсеновича на нарушение их конституционных прав ч. 4 ст. 29 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации указал, что «Часть четвертая статьи 29 УПК РФ, по своему буквальному смыслу и смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, не исключает право суда оформить свое сообщение в адвокатскую палату в виде частного определения или постановления. Сообщение суда (судьи) в адрес адвокатской палаты является одним из поводов для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката (подп. 4 п. 1 ст. 20 принятого Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. Кодекса профессиональной этики адвоката в редакции от 5 апреля 2007 г.). Установление же оснований для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности отнесено законодателем к компетенции органов адвокатского сообщества, для которых частное определение или постановление суда не имеет

²⁹⁰ Отчет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2007 г. по апрель 2009 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.fparf.ru> свободный.

преюдициальной силы (подп. 9 п. 3, п. 7 ст. 31, п. 7 ст. 33 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»)»²⁹¹.

Заслуживает внимания существенное замечание практикующих адвокатов относительно содержания КПЭА: нужно ли было соединять нравственные заповеди профессии с процедурными основами дисциплинарного производства? Не превращает ли такое соединение свод нравственных правил профессии в некий дисциплинарный устав?

В данном вопросе разделяем позицию А.Д. Бойкова. По убеждению процессуалиста, нравственное сознание личности — материя тонкая и за счет угроз не формируется. Нравственные установки призваны отражать определенную часть духовных ценностей человека. Ими руководствуются не из боязни последствий, а потому, что иначе поступить не позволяет совесть. Что же касается процедурных основ дисциплинарной ответственности адвоката, то им место, скорее, в положении о работе квалификационных комиссий и советов адвокатских палат, тем более что основания для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности могут быть связаны не только с нарушением нравственных заповедей.

Таким образом, вместо процедурных основ следовало бы дополнить Кодекс общими принципами адвокатской этики, которые служили бы ориентиром для адвоката в решении неизбежно возникающих нравственных коллизий²⁹².

Полагаем, выявленные в ходе исследования проблем эффективности профессиональной защиты правовые и этические ориентиры будут способствовать не только успешному достижению той цели, с которой связывают деятельность адвоката в судопроизводстве, но и укреплению престижа адвокатуры как института гражданского общества в целом, позволят занять адвокатуре то достойное место в обществе, которое обусловлено ее предназначением.

²⁹¹ СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

²⁹² См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 59.

ГЛАВА 15

Судебные прения. Защитительная речь адвоката в суде

§1. Юридическая риторика как искусство судебной речи

Важнейшей составляющей работы адвоката являются его ораторские способности. Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ Мельник В.В. считает, что в состязательном уголовном процессе адвокат или прокурор, не владеющий ораторским искусством, в лучшем случае бесполезен, в худшем — источник повышенной опасности и для потерпевшего, и для обвиняемого, и для всего общества²⁹³.

На сегодняшний день совершенствование искусства судебной речи становится одной из актуальнейших проблем юриспруденции. Современные исследователи судебной речи справедливо отмечают, что «возрождение интереса к ораторскому искусству за последние годы объясняется, прежде всего, все возрастающей демократизацией общественных процессов, повышением требований к эффективности уголовно-процессуальной деятельности, стремлением к осуществлению реальных гарантий прав человека на судебном процессе». Другой подход к проблеме возросшей актуальности искусства судебного слова утверждает необходимость исследований риторических образцов, главным образом «в связи с возрождением в России суда присяжных»²⁹⁴.

Богатейший опыт судебного красноречия заключен, в частности, в речах Ф.Н. Плевако, А.Ф. Кони, С.А. Андриевского, Н.П. Карабачевского, В.М. Пржевальского, М.Г. Казаринова, В.Д. Спасовича, О.И. Урусова и многих других известных юристов-практиков.

Юридическая риторика представляет собой важнейшую по своему социальному значению отрасль риторического знания. Ни в политиче-

²⁹³ Мельник В.В. Искусство доказывания в состязательном уголовном процессе. — М.: Дело, 2000. — 496 с.

²⁹⁴ Цит. по: Володина С. Справедливость не может быть косноязычной. К вопросу о возрождении судебной риторики в России // Российская юстиция. — 2002. — № 9. — С. 68.

ской сфере, ни в сфере массовой коммуникации риторика не имеет столь сильных и непосредственно влияющих на судьбы людей позиций, как в стенах суда. Именно здесь вес сказанного слова, единство слова и мысли, ничтожность или, напротив, убедительность аргументов речи имеют наибольшую значимость. Речь превращается в могучее орудие преобразования действительности, способна навсегда уничтожить человека или же возродить его к жизни из казалось бы безысходного положения²⁹⁵.

Следовательно, изучение юридической риторики не может заключаться только в анализе текстов речей и судебных решений. Менее заметная, но наиболее объемная часть предмета юридической риторики сосредоточена в процессе подготовки и формирования убеждений, оформления оценочных характеристик фактического содержания дела для последующей убедительной презентации в речи или судебном решении.

Поэтому, как отмечает С.И. Володина, юридическая риторика — это прежде всего методология исследования дела, а лишь затем искусство судебной речи.

Юридическая риторика, тесно взаимосвязанная с отраслями права и филологии, на самом деле является важнейшим из прикладных разделов научной риторики. Она всецело зависит именно от предмета и методологии этой систематической дисциплины. Специфически филологические или специфически правовые подходы к изучению юридической риторики правомерны только в том случае, если они согласуются с обязательно приложимым к предмету убеждения в любой гуманитарной отрасли риторическим методом исследования.

Таким образом, юридическая риторика как научная дисциплина изучает весь спектр проблем, связанных с аналитической подготовкой и убедительным представлением оценочных выводов о юридически значимых фактах в процессе их изучения и принятия решений правового характера.

Предметом юридической риторики является убеждение в правовой сфере коммуникации. Научная методология этой прикладной дисциплины тесно взаимосвязана с методологией права как отрасли знания, с общей методологией гуманитарных наук, но базируется на риторическом методе исследования, предполагающем взаимозависимость процессов исследования и презентации его результатов на основе убедительности как критерия истины²⁹⁶.

²⁹⁵ См.: Володина С.И. Юридическая риторика в деятельности адвоката по уголовным делам: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 2002.

²⁹⁶ См.: Володина С.И. К вопросу о юридической риторике и стилях судебной речи адвоката // Российская юстиция. — 2006. — № 4. — С. 61.

§2. Понятие и значение судебной речи адвоката

Юридическая риторика как учебный предмет предназначена для обучения будущих юристов эффективному и целесообразному использованию речи в различных сферах правовой деятельности, будь то выступление в суде, консультирование клиента, ведение переговоров или написание процессуального документа.

Обучение основам риторической науки, по мнению А.К. Соболевой, позволяет постичь искусство создания и произнесения судебной речи, которое состоит в умении так выстроить речь на нужную тему, чтобы она достигла намеченной цели²⁹⁷.

Таким образом, основной теоретический и практический вопрос ораторского искусства в суде заключается в том, чтобы знать, как произнести убедительную судебную речь, т.е. как говорить, чтобы склонить слушателей к своему мнению.

По мнению Цицерона, «...все построение убедительной судебной речи основано на трех вещах: доказать правоту того, что мы защищаем; расположить к себе тех, перед кем выступаем; направить их мысли в нужную для дела сторону»²⁹⁸.

§2. Понятие и значение судебной речи адвоката

Выступление адвоката в прениях с судебной речью является завершающим актом его участия в судебном процессе. Речи адвоката в судебном процессе придается очень большое значение в деле защиты обвиняемого. В любом правовом обществе классический образ адвоката ассоциируется прежде всего с его речью.

Определение «защитительная речь адвоката» состоит из двух понятий: общеустановленного понятия «речь» и правового понятия «защита».

Согласно Словарю русского языка С.И. Ожегова, выпущенному издательством «Советская энциклопедия» в 1968 г., **речь — это способность говорить; разговор, беседа; публичное выступление**. К нашему случаю имеет отношение последнее определение, которое характеризует речь как публичный акт. В свою очередь, **защита**, согласно тому же словарю, — **это защищающая сторона в судебном процессе**. Такое же определение этим словам дается и в академическом издании Словаря рус-

²⁹⁷ См.: Соболева А. Образ русского судебного оратора // Российская юстиция. — 2002. — № 2. — С. 63.

²⁹⁸ Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. — № 7. — С. 156.

ского языка под ред. А.П. Евгеньева, выпущенного издательством «Русский язык» в 1983 г.

Таким образом, **судебная речь адвоката в уголовном процессе — это публичное выступление защитника обвиняемого** (может быть и представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика), **произнесенная в судебном заседании и обращенная к суду в целях психологического и юридического воздействия на них при изложении выводов защитника в пользу защищаемого им гражданина.**

Традиционно принято считать, что судебная речь адвоката по защите в уголовном процессе является лишь атрибутом суда первой инстанции, в частности той его стадии, которая именуется «судебные прения». Однако это не совсем так.

Исходя из приведенного выше определения, адвокат с судебной речью, а точнее, с судебными речами в процессе слушаний по делу может выступать многократно. В частности, это могут быть речи, произнесенные при:

- заявлении ходатайств;
- изложении позиции о порядке рассмотрения дела;
- выражении мнения по заявленному ходатайству сторон уголовного процесса;
- в других предусмотренных законом случаях.

Также в форме судебной речи могут произноситься содержания апелляционной, кассационной и надзорной жалоб, другие выступления в судебных органах второй и надзорной инстанций, в том числе с возражениями против позиции другой стороны на процессе. Зачастую эти речи оказывают не менее сильное воздействие на суд, чем речи, произнесенные в прениях при рассмотрении дела в суде первой инстанции.

Однако в настоящей главе будут рассмотрены вопросы, касающиеся только защитительной речи адвоката в судебных прениях при рассмотрении дела в суде первой инстанции. В соответствии со ст. 292 УПК РФ прения сторон состоят из речей обвинителя и защитника. При отсутствии защитника в прениях сторон участвует подсудимый. В прениях сторон могут также участвовать потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, подсудимый вправе ходатайствовать об участии в прениях сторон. Последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом.

При этом первым во всех случаях выступает обвинитель, а последними — подсудимый и его защитник. Гражданский ответчик и его представитель выступают в прениях сторон после гражданского истца и его

представителя. Участник прений сторон не вправе ссылаться на доказательства, которые не рассматривались в судебном заседании или признаны судом недопустимыми. Суд не вправе ограничивать продолжительность прений сторон.

Председательствующий вправе останавливать участвующих в прениях лиц, если они касаются обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому уголовному делу, а также доказательств, признанных недопустимыми. После произнесения речей всеми участниками прений сторон каждый из них может выступить еще один раз с репликой. Право последней реплики принадлежит подсудимому или его защитнику.

Лица, указанные в названной статье Кодекса, по окончании прений сторон, но до удаления суда в совещательную комнату вправе представить суду в письменном виде предлагаемые ими формулировки решений по вопросам, указанным в п.п. 1 6 ч. 1 ст. 299 УПК РФ: доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; доказано ли, что деяние совершил подсудимый; является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей Уголовного кодекса Российской Федерации оно предусмотрено; виновен ли подсудимый в совершении этого преступления; подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление; имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание. Предлагаемые формулировки не имеют для суда обязательной силы.

Изложенное выше определение защитительной судебной речи несет в себе два конструктивных начала.

Во-первых, судебная речь — это фактор психологического воздействия на судей.

Во-вторых, судебная речь — это выступление профессионального юриста, излагающего суду свои логические, правовые, фактические обстоятельства, обосновывающего собственное отношение к совершенному подзащитным деянию, свое отношение к исследованным в суде доказательствам, почему одни он отвергает, а другие считает достоверными, третьи — сомнительными, противоречивыми.

В защитительной речи адвоката указанные особенности создают структурно-смысловое сопряжение рационального и эмоционального начал. Своей речью адвокат как бы ведет за собой аудиторию в поисках им истины. По словам выдающегося мастера судебного красноречия А.Ф. Кони, в речи необходимо доказывать и убеждать. А подобные качества возможны только при умелом сочетании логического и процессуального, эмоционального и правового воздействия.

Некоторые адвокаты добиваются своей цели, опираясь главным образом на эмоциональное воздействие на слушателей при небольшом количестве фактов, доказательств. Однако такое возможно лишь в среде обычных слушателей или, например, присяжных заседателей. На профессиональных же судей больше действуют логика, факты, юридические аргументы.

Хорошая защитительная речь, построенная по всем канонам риторики, особенно важна при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей. Российская исследовательница психологии и поведения присяжных заседателей в российских судах психолог В.А. Пищальникова, долгое время изучавшая феномен суда присяжных, пишет: *«...Присяжные, стоящие перед двумя альтернативными решениями, равно убедительными по своей интеллектуальной силе, примут сторону того решения, которое вызывает в них чувство справедливости и нравственности. Любую аудиторию необходимо воспринимать как мотивируемую и направляемую целым рядом факторов. Задача адвоката — воздействовать на слушателей аргументацией своей позиции, ибо только она может целенаправленно мотивировать их и указать им нужное защите направление мысли. Как показывает адвокатская практика, направить решение присяжных можно включением конкретного дела (или фрагмента его) в социально-историческое русло или культурологический контекст. Адвокату важно доказать слушателям, что каждое преступление, поиск справедливого решения по делу касается не просто всех людей, а и самих основ общественного строя, их жизни. Насколько аудитория это поймет, настолько ответственно она начнет действовать по отношению к рассматриваемой системе доказательств. В противном случае глубинных мотиваций для справедливого решения дела просто не образуется»²⁹⁹.*

Именно поэтому Ю.Ф. Лубшев рекомендует в качестве необходимых обстоятельств выяснение в судебном следствии «криминологических» обстоятельств деяния, изучение прошлой жизни подсудимого, анализ объективной ситуации, роль внешних поводов, неверных действий окружающих, причин и условий, способствующих совершению преступления³⁰⁰.

На эту же сторону адвокатской деятельности и построения судебной речи адвоката обращал внимание и известный русский юрист XIX — на-

²⁹⁹ Пищальникова В.А. Психолого-юридическое содержание судебного процесса и судебных речей в суде присяжных заседателей. — Барнаул: Изд-во Алтайского госуниверситета, 1998. — С. 48.

³⁰⁰ См.: Лубшев Ю.Ф. Указ. соч. — С. 267–283.

чала XX вв. Л.Е. Владимиров: «...Дело защитника — разъяснять, конечно, в пределах разбираемого дела, социальную сторону преступления, дабы выяснить пределы личной виновности подзащитного, той виновности, против которой как проявления личной воли борется уголовная юстиция. Каждое самое заурядное уголовное дело отражает в себе целый социальный строй жизни со всеми его роковыми обречениями, — и показать эту картину, в рамках судимого уголовного случая, есть задача и обязанность уголовной защиты, понимаемой, конечно, шире, чем в будничной профессиональной практике. Защитник — настоящий клиницист, и отвлеченные положения науки пред ним проходят воплощенные в яркой жизненной форме. Что общество является ответственным, пожалуй, в наиболее значительной доле, за преступность, — это сделалось уличной фразой, повторяемою всеми мелкими фельетонистами и ресторанными болтунами. В таком своем виде эта фраза не производит никакого впечатления. Но когда вы в суде, на отдельном уголовном деле воочию видите, как преступление подсудимого действительно вызывалось его положением, созданным законом, то такое предъявление *ad oculos* (наглядно, воочию — лат.) производит серьезное и никогда не забываемое впечатление... Обязанность защитника — дать присяжным материалы для оценки внешней стороны дела, т.е. влияния социальных условий на подготовку воли к преступлению. Защищая своего подзащитного, защитник, не упавший до низины ремесла, отстаивает всегда какую-нибудь идею, разгадывает какую-нибудь загадку современной жизни»³⁰¹.

§3. Общие положения о структуре защитительной речи

Говоря о структуре судебной речи, условно можно определить четыре равнозначных уровня: структура артикуляционная; структура грамматическая; структура постановочная; структура содержательная.

Первый, второй и третий уровни включают в себя саму речь как таковую безотносительно к ее профессиональной направленности. Правила этих уровней распространяются на любую речь — выступления пропагандиста и политика, урок учителя, роль артиста, слова диктора и т.д. — и изучаются в курсе риторики³⁰². В структуру артикуляционную входят

³⁰¹ Владимиров Л.Е. *Advokatus Miles*. Пособие для уголовной защиты. — СПб., Издание книжного магазина и юридического изд-ва Ив.Ив. Зубкова под фирмой «Законоведение», 1911.

³⁰² **Риторика — наука об ораторском искусстве** и, шире, — о художественной прозе вообще. По Цицерону и Квинтилиану, состояла из пяти частей: нахождение материала, расположение, словесное выражение, запоминание, произнесение. Словесное выражение,

следующие элементы: степень отчетливости произношения речевых звуков; моторика; правила редукции (выпадение звука, укорочение звука), постановки ударений, правила обращения с диалектными звуками и т.д.

Структуру грамматическую характеризуют степень знания литературного языка, на котором произносится речь (недопустимо смешение падежей, разговорного и литературного компонентов речи и т.д.).

Структуру постановочную характеризуют: психологичность, учет ментальности слушателей; артистичность, актерские качества; интеллигентность манер; эмоциональная доминанта; варьирование тембрами, тональностью; ясность изложения.

Выдающийся теоретик судебного красноречия П.С. Пороховщиков (П. Сергеич) отмечает, что судебную речь должна отличать прежде всего необыкновенная исключительная ясность. Слушатели должны понимать без усилий. Оратор может рассчитывать на их воображение, но не на их ум и проницательность. **А потому: не так говорите, чтобы мог понять, а так, чтобы не мог не понять вас судья.** На пути к такому совершенству стоят два внешних условия (чистота и точность слога) и два внутренних (знание предмета и знание языка). П. Сергеич, структурируя речь, обращает внимание на точность и чистоту слога, богатство слов, пристойность, простоту и силу, благозвучие и другие особенности судебной речи. При этом для эффективного убеждения суда он советует пользоваться образностью, метафорами и сравнениями, антитезами, другими риторическими оборотами. Речь, составленная из одних рассуждений, по П. Сергеичу, не может удержаться в голове людей непривычных; она исчезает из памяти присяжных, как только они прошли в совещательную комнату. Если же в ней были эффектные картины, этого случиться не может³⁰³.

В объединенном же варианте все три вышеназванных уровня структуры защитительной речи могут найти свое воплощение в так называемом приеме «брать эмоциями», а не умом. Однако эмоции, которые влияют на суд, особенно на суд присяжных, — это эмоции интеллекта, апеллирующего к здравому смыслу. Обратимся к автору «Риторики» Аристотелю. Что больше всего убеждает? По мнению философа, это: убеждение в речи, что оратор — человек, которому можно верить, что под влиянием его речи придут в известное настроение, станут к нему доброжелательными и потому доводы покажутся правильными³⁰⁴.

в свою очередь, основывалось на учении о трех стилях — высоком, среднем и низком — и трех средствах возвышения стиля — отборе слов, сочетании слов и стилистических фигурах.

³⁰³ См. Сергеич П. Искусство речи на суде. — М.: Юрид. лит., 1988. — С. 14–21, 23–68.

³⁰⁴ Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории. Классическая философская мысль. Гл. 11. Риторика. — Мн.: Литература, 1998.

И, наконец, структура содержательная. Несмотря на равнозначность указанных выше уровней структуры судебной речи адвоката, ее содержанию придавалось и придается наиболее важное значение, ибо только в содержании могут быть заложены основные доказательственные аргументы, их анализ, логическая взаимосвязь, другие важнейшие элементы воздействия на суд.

А самым главным в содержании речи должны быть ее опора на конкретно установленные и исследованные в суде факты и уверенность оратора в их правоте. Адвокат первой послереформенной волны С.А. Андреевский говорил: *«Я просто не способен к лживым изворотам, мой голос помимо моей воли выдаст меня, если я возьмусь развить то, во что не верю. Я нахожу всякую неправду глупой, ненужной, уродливой, и мне как-то скучно с ней возиться. Я ни разу не сказал в суде слова, в котором не был бы убежден... В правде есть что-то развязывающее руки, естественное и прекрасное»*³⁰⁵.

Полностью разделяют позицию С.А. Андреевского и многие российские ученые. Например, Э.М. Мурадян пишет: *«На наш взгляд, прежний подход в своей основе правильный, поскольку истина — идеальный аргумент защиты. Самая надежная позиция — защита правдой — истиной. Чем более активной адвокат, тем внимательней судьи воспринимают его позицию»*³⁰⁶.

По мнению Э.М. Мурадян, кредо «Защита выше истины» — это предпочтение лжи. В судебном же процессе должна быть предпочтительна истина, поскольку она не мешает защите... Однако с подобной позицией согласны не все, считая, что *«судебная речь — не свод убеждений адвоката»*. Поскольку главная фигура на процессе — подсудимый, сторона, а не адвокат, то последний в таком случае *«...имеет ли право в интересах стороны выдавать за правду такое построение, которое нигде не проходит в столкновение с удостоверенными фактами и ни в чем поэтому не противоречит его убеждениям»*.

У ряда теоретиков на это дается положительный ответ (Л.Е. Владимиров, Варга, Шалль). Определенный утвердительный ответ Цицерона с его авторитетом имел, вероятно, предрешающее значение и для последующих поколений судебных ораторов, адвокатов. В том же духе высказывался и наш современник, известный адвокат Генри Резник:

*«...Слово «истина» почти неприлично для адвоката»*³⁰⁷.

И все-таки на поставленный вопрос однозначного ответа получено быть не может. Тактику защиты и содержание защитительной речи

³⁰⁵ Андреевский С.А. Избр. труды и речи. — Тула: Автограф, 2000. — С. 305.

³⁰⁶ Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. — М.: Былина, 2002. — С. 157.

³⁰⁷ Цитир. по: Мурадян Э.М. Указ. соч. — С. 156.

в суде диктует конкретная обстановка. Адвокат должен моделировать такие ситуации, которые бы легко входили в концептуальные системы присяжных, т.е. были бы легко сопоставимы с их опытом.

Как считает психолог В.А. Пищальникова, «...в речи, на наш взгляд, следует рассматривать далеко не все компоненты (избранной) модели, а лишь те, которые являются существенными для определения невиновности обвиняемого. Чтобы разработанная в речи стратегия воздействия с помощью закрепленных конвенциональных стереотипных ситуаций работала, ее необходимо подкрепить непротиворечивыми доказательствами. При использовании нескольких моделей по различным фрагментам одного и того же дела они должны быть взаимно непротиворечивы и последовательны. Чрезвычайно важно при этом постоянно проверять свои модели ситуаций на обратимость, убеждаться, что их нельзя развернуть в противоположную сторону и направить против них самих»³⁰⁸.

Иными словами, адвокат в указанном выше споре о правде, истине и лжи, конечно же, должен уйти от лжи и по возможности, если это в интересах подзащитного, принять сторону правды и истины, а если они не в его интересах — использовать широко применяемый в защите «прием умолчания».

Однако в любом случае, по мнению В.А. Пищальниковой, необходимо помнить, что каждая сторона в судебном процессе занята поиском истины и стремится добиться справедливости, заявляя о правомерности своей позиции... Адвокат, который намеренно отходит от истины, в конечном счете отойдет и от логичности изложения, заявляя, что говорит правду, а на самом деле манипулирует фактами, искажая их, а поэтому защитник противоположной стороны приложит необходимые усилия и разобьет такую аргументацию.

На вопрос, какими же качествами должен обладать хороший адвокат, давно ответил Цицерон. Его ответ выражен в шести известных принципах.

1. Понимать, что доходит до разума людей и трогает их сердца.
2. Понимать мотивы поступков, чтобы постичь глубины человеческого поведения.
3. Переходить от частных дел к его универсальным истинам.
4. Вовлекать аудиторию в фабулу дела.
5. Выявлять нелогичность оппонента.
6. Выражать свои чувства и логику доступным для аудитории языком³⁰⁹.

³⁰⁸ Пищальникова В.А. Указ. соч. — С. 47.

³⁰⁹ Пищальникова В.А. Указ. соч. — С. 47.

Все эти положения экспериментально проверены в отечественной психолингвистике и судебной практике, а поэтому приводятся в настоящем учебнике как наиболее авторитетные суждения по освещаемому вопросу.

В адвокатской практике уже давно выработался определенный стандарт построения этой речи, который составляют ее следующие составные части: вступление; анализ фактических обстоятельств дела; анализ юридической квалификации предъявленного в вину подзащитному обвинения (правовая оценка совершенного деяния); характеристика личности подзащитного; заключение.

Такой практики придерживаются, например, в Межреспубликанской коллегии адвокатов, ряде коллегий Гильдии российских адвокатов³¹⁰.

Однако адвокаты «московской школы» структуру защитительной речи видят в более широком аспекте, включая в нее следующие составные части: позиция по делу; вступление; анализ и оценка доказательств; данные, характеризующие личность подсудимого; анализ причин, способствовавших совершению преступления; вопросы, связанные с применением наказания или освобождения от него; вопросы, связанные с разрешением гражданского иска; заключение³¹¹.

При этом в раздел «позиция по делу» включается изложение позиции адвоката по делу, заключающейся в раскрытии юридической версии и фактической версии дела. Под юридической версией дела понимается: какие элементы состава преступления адвокату следует оспаривать. Он предлагает свою версию юридической квалификации действий подзащитного. При выборе соответствующей юридической версии защитник стремится к тому, чтобы в ней были максимально представлены доказательства в пользу обвиняемого и одновременно сведены до минимума последствия признания подсудимого виновным.

Фактическая же версия призвана объяснить суду, что произошло и, по возможности, почему.

Синтез юридической и фактической версий позволит адвокату наиболее эффективно довести до суда свою позицию по делу. Надежная фактическая версия должна быть логичной, простой, реальной, соответствовать юридической версии.

Вступительная часть речи определяет стержень, по которому дальше будет развиваться изложение материала. В одном случае она может на-

³¹⁰ См., например: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под. ред. В.Н. Буробина. — С. 378.

³¹¹ См., например: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под. ред. В.Н. Буробина. — С. 378.

чинаться с оценки общественно-политического значения дела, в другом — с указания на специфические особенности, в третьем — с изложения общих посылок к обоснованию позиции защитника, в четвертом — с возражения прокурору по поводу его позиции по делу, в пятом — с характеристики личности или особенностей подсудимого.

В любом случае эта часть речи не должна быть большой.

Наиболее ответственным разделом является изложение обстоятельств дела и позиции защиты по оценке исследованных в суде доказательств. Как правило, в такой оценке присутствует их критический анализ, высказывается собственное мнение, основанное на законе, добытых опровержениях позиции обвинения и полученных подтверждений оправдывающих доказательств.

Остальные части содержательного уровня речи не представляют собой сложности, и наполнение их конкретным материалом зависит от полученных в процессе судебного следствия сведений, представляющих собою доказательственную базу по делу.

Более подробно обо всех частях адвокатской речи в суде будет сказано ниже.

§4. Коммуникативные качества и детализация композиционного построения судебной речи адвоката

Как отмечал Р. Гаррис, «...умение говорить есть обязанность адвоката, и чтобы усовершенствоваться в нем, не следует жалеть ни времени, ни труда. Умение говорить есть залог успеха, и чем лучше вы говорите, тем меньше соперников окажется вокруг вас на избранном поприще»³¹².

Судебная речь как важнейшая часть судебного разбирательства прежде всего должна соответствовать признакам: относимости к делу, допустимости, достоверности и достаточности исследованных в ходе судебного следствия доказательств. Адвокат в своей речи определяет, имело ли место преступное деяние, доказано ли, что его совершил подсудимый и виновен ли он в совершении преступления; доказанность или не доказанность иных обстоятельств, входящих в предмет доказывания; дает юридическую оценку и квалификацию деяния, вменяемого подсудимому в вину, излагает свои соображения по существу вопросов, подлежащих разрешению судом³¹³.

³¹² Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел.

³¹³ См.: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 29.

Следует отметить, что во все времена ораторов, в совершенстве владеющих искусством речи, было не так много, в том числе среди адвокатов.

В свое время Аристотель прямо призывал к обучению риторике, ибо был уверен, что ни один оратор, даже обладающий выдающимися способностями, не сможет добиться успеха, если не будет постоянно их совершенствовать и развивать. Он считал, что своеобразие оратора определяет комбинация следующих качеств: талант, владение основами риторической науки, особые личные качества (духовные и физические), обширные познания, благородная манера поведения и авторитет³¹⁴.

В современном состязательном процессе, по глубокому убеждению исследователя проблем ораторского искусства В.В. Мельника, доверие к судебному оратору возникает, когда его речь обладает определенными коммуникативными качествами, свидетельствующими о благоразумии, нравственной добропорядочности и здравомыслии оратора. Такими являются ясность, логичность и точность речи, а также лаконичность при достаточной продолжительности речи, выразительность, уместность и искренность речи³¹⁵.

Ясность речи заключается в ее доходчивости, понятности для слушателей. Это коммуникативное качество речи играет особенно важную роль в суде присяжных.

Ясность речи достигается использованием общеупотребительных слов и выражений, взятых из обыденной речи.

Ясность выражения мысли ведет к такому качеству судебной речи, как **точность**. Точность — характеристика содержания речи на основе соотношения речи и действительности (это фактическая, предметная точность); соотношение речи и мышления — это понятийная, смысловая точность, которая зависит от того, насколько говорящий следит за значением употребляемых слов. Понятийная точность — это поиск слова или выражения, наилучшим образом соответствующего замыслу автора³¹⁶.

Логичность речи заключается в последовательном изложении ее содержания в соответствии с законами логики (законом тождества, законом непротиворечия, законом исключенного третьего и законом достаточного основания), связями и отношениями объективной реальности.

³¹⁴ См.: Соболева А. Указ. соч. — С. 63.

³¹⁵ См.: Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. — № 8. — С. 145.

³¹⁶ См.: Ивакина Н.Н. Основы судебного красноречия (риторика для юристов): Учеб. пособие. — М., 2006. — С. 28,29.

Для построения и произнесения логически последовательной, связанной судебной речи адвокату необходимо тщательно продумать план речи и ее композицию.

План речи — это ее содержательная схема, в которой отражается логика перехода от одной мысли к другой³¹⁷.

Композиция — построение судебной речи, обусловленное ее содержанием, характером, назначением.

Создать вступление к речи, чтобы привлечь слушателя, возбудить его внимание и подготовить к своим поучениям; изложить дело кратко и ясно, чтобы все в нем было понятно; обосновать свою точку зрения и опровергнуть противную и сделать все это не беспорядочно, а при помощи такого построения отдельных доводов, чтобы общие следствия вытекали из частных доказательств; наконец, замкнуть это все воспламеняющим или успокаивающим заключением, — в этом, по мысли Цицерона, заключалось искусство композиции речи³¹⁸.

Для судебной речи в целом, в том числе и адвоката, характерно наличие вступления, основной, или главной, части и заключения.

Во **вступлении** адвокат стремится достичь следующих целей: вызвать интерес слушателей и овладеть их вниманием, установить со слушателями психологический контакт, расположить к себе, завоевать доверие, психологически подготовить их к восприятию содержания главной части речи³¹⁹.

В качестве примера следует процитировать вступление к речи адвоката С.А. Андреевского³²⁰ в защиту братьев Келеш:

«На долю братьев Келеш выпало, господа присяжные заседатели, большое несчастье — быть под судом по тяжкому обвинению. Я говорю «несчастье», потому что удар этот для них случайный и решительно ничем не заслуженный, в чем вы легко убедитесь, если сколько-нибудь спокойно отнесетесь к делу. Дело это представляет поучительный пример того, сколько беды могут натворить сплетни, недоброжелательство и слепая людская подозрительность.

Здесь поставлено против братьев Келеш обвинение в поджоге с корыстной целью, ради страховой премии. Каждое обвинение можно сравнить с узлом, завязанным вокруг подсудимого. Но есть узлы нерастор-

³¹⁷ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 146.

³¹⁸ Цит. по: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 29.

³¹⁹ См.: Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. № 7. — С. 153.

³²⁰ С.А. Андреевский (1847–1918 гг.) — выдающийся адвокат и судебный оратор, поэт, литературный критик.

жимые и узлы с фокусом. Если защита стремится распутать правдивое обвинение, то вы всегда видите и замечаете, какие она испытывает неловкости, как у нее бегают руки и как узел, несмотря на все усилия, крепко держится на подсудимом. Иное дело, если узел с фокусом. Тогда стоит только поймать секретный, замаскированный кончик или петельку, потянуть за них — и все путы разматываются сами собою — человек из них выходит совершенно свободным.

Такой кончик торчит в этом деле довольно явственно — он даже почти не замаскирован — и я ухвачусь прямо за него. Это вопрос: да был ли еще самый поджог? Это — история самого пожара. Если вы ее проследите, то вы непременно увидите, что здесь пожар мог произойти только случайно, а затем уже — если не было никакого преступления, то нечего рассуждать и о виновниках...».

Какое бы вступление ни выбрал адвокат, по убеждению Н.Н. Ивакиной, важно помнить, что:

1) в нем должен отразиться тот конфликт, на котором строится судебная речь;

2) оно должно быть связано с главной частью, служить отправной точкой для исследования обстоятельств дела;

3) не должно быть длинным;

4) стилистически должно гармонировать с основной частью³²¹.

Композиционная структура **основной (главной) части** судебной речи адвоката включает в себя следующие элементы³²²:

1) изложение фактических обстоятельств совершения рассматриваемого деяния, т.е. фабулы дела. Оно может быть детальным, подробным либо обобщенным, как, например, в речи адвоката Юрия Костанова по делу о жертве финансовых пирамид³²³.

«Обстоятельства этого дела просты, они подробно изложены в показаниях немногочисленных свидетелей, потерпевшей, да и самой Кати Климовой. Обстоятельства эти должны быть столь свежи в Вашей памяти, что повторять их нет никакой нужды, тем более, что у защиты с обвинением здесь почти нет расхождений...»³²⁴;

³²¹ См.: Ивакина Н.Н. Указ. соч. — С. 116.

³²² Такая структура характерна не только для защитительной речи, но и для судебной речи адвоката в целом.

³²³ Костанов Ю.А. — адвокат, председатель Московской коллегии адвокатов «Адвокатская палата», постоянный представитель Федеральной палаты адвокатов в Конституционном Суде РФ, кандидат юридических наук, доцент.

³²⁴ Далее структурные элементы основной части выступления будут проанализированы с учетом данной судебной речи из сборника Ю.А. Костанова «Речи судебные и не только».

2) анализ и оценка исследованных в суде доказательств. Приступая к анализу доказательств, следует исходить из предмета доказывания по уголовному делу. В соответствии с УПК РФ каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные в совокупности — достаточности для разрешения дела по существу:

«...Катя Климова доказательствами изобличена и виновной себя признала полностью. Впрочем, слово «изобличена» здесь вряд ли подходит. Климова ни минуты не отпиралась. На первом же допросе у следователя, даже кажется не успевшего ей объяснить, в чем она подозревается, Катя тут же выложила всю правду, ту самую правду, которая обременяла душу и не могла не вылиться в полном признании. Я сказал, что у защиты с обвинением здесь почти нет расхождений. Это «почти» относится, во-первых, к сумме, к размерам похищенного. В обвинительном заключении утверждается, что Климова похитила из сейфа Камышевой 7100 долларов и 390 марок. Эти цифры были названы следователю самой потерпевшей. Климова же говорит, что денег оказалось существенно меньше — 6200 долларов и 270 марок. Брат Климовой, менявший марки на рубли в обменном пункте, подтвердил, что их было 270. Больше никаких доказательств, позволяющих пролить свет на это обстоятельство, нет. В силу недвусмысленных указаний закона, следующих из принципа презумпции невиновности, возникшее противоречие должно быть разрешено в пользу Климовой. Но не только это требование закона, позволяющее не выяснять, кто говорит правду, а кто нет, диктует вывод о правдивости Кати Климовой. Климова сама денег не пересчитывала. Сколько их было в пакете с долларами, она узнала уже у следователя, когда был составлен протокол добровольной выдачи денег, в котором надо было указать сумму, и потому деньги пересчитали. Долларов там оказалось 6200. Но в суде выяснилось, что и потерпевшая величину своей пропажи уяснила не сразу: свидетель Сарухин — племянник Камышевой — показал, что только в последующие три дня они с Камышевой подсчитали и определили, что пропало 7100 долларов и 390 марок. Там была пачка денег, из которой Камышева время от времени какую-то часть изымала, затем возвращала обратно, но итоговой суммы не подбивала. Пример тому — возврат денег Климовой в день пропажи: как Вы помните, Катя именно в этот день вернула Камышевой 300 долларов, из которых 100 Камышева вернула, посчитав купюру поддельной. Положив деньги на место, Камышева заперла сейф, никаких подсчетов не произведя. Так что сумма эта выведена что назы-

вается «на острие пера». Никто, однако, этих подсчетов ни разу не перепроверял. Я вовсе не утверждаю, что Камышева намеренно завысила пропавшую у нее сумму денег. Вряд ли она таким образом хотела дополнительно заработать. Но, с другой стороны, нет никаких оснований считать, что Климова часть суммы утаила, дабы таким образом поправить свое материальное положение. Возможно ли такое хладнокровное поведение после того, как она, никем не понуждаемая к этому, призналась в содеянном, и вернула деньги? На квалификацию действий Климовой по этому эпизоду указанное обстоятельство не влияет, да и для назначения наказания, по большому счету, не слишком важно — было там на сотню марок больше или меньше...»;

3) разбор юридической стороны предъявленного обвинения. При этом основной акцент своего выступления адвокат делает на анализе и опровержении аргументации доводов процессуального оппонента и обосновании единственно правильной, с его точки зрения, квалификации:

«...Я не могу согласиться с обвинением Климовой в совершении с валютными ценностями двух сделок. Климова признала, что она 14 ноября возвратила Камышевой часть долга, используя в качестве средства платежа доллары США. Признает это и Камышева — второй участник той же сделки. Что касается обмена 270 немецких марок на рубли, то, как в судебном заседании показал брат Климовой Константин Свечков, он, увидев в руках у сестры немецкие марки, сам предложил ей обменять марки на рубли, что и сделал в тот же день в обменном пункте напротив американского посольства. Если это правда, то значит Катя Климова не продавала этих марок неизвестному человеку и этот эпизод вменен ей необоснованно. Заявление Свечкова опровергнуть невозможно, да и вряд ли он возводит поклеп на самого себя. Показания же Климовой на предварительном следствии об этом эпизоде объясняются просто: ей не хотелось втягивать в это дело брата, а на фоне обвинения в хищении крупной суммы денег обвинение в валютных сделках, даже при отягчающих обстоятельствах, казалось ей не столь страшным. Как бы то ни было, достаточных доказательств для признания ее виновной в незаконном обмене 270 марок не добыто, а версия, прозвучавшая в суде не опровергнута, да, пожалуй, и не может быть опровергнута. А это значит, что эпизод этот из обвинения подлежит исключению, и действия Климовой в этой части должны быть переквалифицированы на ч. 1 ст. 162 Уголовного кодекса...»;

4) характеристика личности подсудимого (истца, ответчика). Здесь адвокатам необходимо обращать внимание на индивидуально-харак-

терологические свойства личности, данные о состоянии здоровья, возраст, семейное положение, имеющиеся награды, иные заслуги и т.п.:

«...Катя Климова после всего случившегося осталась в той же организации и фактически в том же коллективе. Они с потерпевшей продолжают оставаться сослуживицами, они сталкиваются друг с другом на работе (хотя и реже, чем раньше), их окружают одни и те же люди. Они знают в подробностях, что произошло и, тем не менее, их сочувствие на стороне не Камышевой, а Кати Климовой. Почему коллектив просит передать ему Климову на перевоспитание, а сама потерпевшая просит не наказывать ее строго? Почему молодая, только что получившая высшее образование женщина пошла на это? Не этому же учили ее родители и школа и не этому наставляли в институте. Что толкнуло ее за приоткрытую дверь кабинета Камышевой в тот роковой вечер? Не найдя ответа на эти вопросы, нельзя вынести справедливого приговора, ибо справедливым приговор может быть только тогда, когда Вы выясните не только то, что именно человек сделал, но и почему он это сделал, какими побуждениями руководствовался...»;

5) анализ причин и условий, способствовавших совершению преступления:

«...Молодая семья Климовых, как и большинство молодых семей, начинала «с нуля», нуждалась, конечно, в каких-то суммах на обустройство, на устройство своего семейного гнезда. Но как раз у них денег не было, деньги от приватизации, деньги, которые, казалось, были общие, достались тем, у кого без того уже есть свой дом и дом этот — полная чаша. И вот на такого человека, обделенного и обиженного, обрушивается вся мощь средств массовой информации, рекламирующих разного рода финансовые и инвестиционные фирмы, сулящие баснословные барыши, и очень быстро. Вы помните это время — утром, едва отойдя ото сна, Вы уже подвергались атаке: по радио и телевидению вас призывали внести деньги в банк «Чара»; выйдя на улицу, Вы не могли не увидеть на громадном плакате трех летящих бабочек — эмблему «МММ», Вы входили в троллейбус — и там встречали те же призывы: отдайте деньги «МММ», «Чаре», «Властилине», «Селенге». В метро, в автобусе, в трамвае, в магазине, столовой — всюду одни и те же призывы. Вы возвращались вечером домой, но и дома невозможно было укрыться: Вам на всех телевизионных каналах и программах объясняли, как выгодно вложить деньги во «Властилину», которая сулила уже через две недели вернуть вдвое больше вложенного. Соблазн был велик, а деньги были так нужны... А слову печатному, слову, звучащему с телеэкрана, мы так привыкли ве-

рять. А вокруг кое-кто уже успел и обогатиться. И, главное, деньги были так нужны и — никаких надежд заработать их быстро и много... И более искушенные в жизни люди попались на эту удочку, да что там удочку — в эти сети. Попались и Катя Климова с мужем. Они одолжили у друзей восемь миллионов рублей и внесли их во «Властилину» под обещания получить через два месяца ровно вдвое больше. Но бесплатный сыр бывает известно где. И ловушка захлопнулась — им не хватило всего нескольких дней; увы, «Чара» лопнула раньше, чем Климовы успели получить свою сверхприбыль. Положение стало теперь совершенно безысходным. К прежнему безденежью прибавились немалые долги без всяких надежд на возможность их возврата в обозримом будущем. Возникло ощущение надвигающейся катастрофы — срок уплаты надвигался, а денег не было, и взять их было негде. В жизни почти каждого человека бывают минуты, когда нужда подпирает и, кажется, уж нет никакого выхода. Когда от рокового поступка могут защитить только нравственные устои, но представления о долге перед окружающими, составляющие самую суть нравственности, покрываются туманом обиды на общество, загнавшее тебя в угол, обобравшее тебя до нитки и щедро вознаградившее других, не более заслуживающих этого, да еще может быть и за твой же счет... Тут все сошлось — и безысходность ситуации, и обман со стороны того самого общества, которое ханжески призывало к добродетели, — обман, если не совсем отключивший нравственный тормоз, то, по крайней мере, резко его ослабивший, — и соблазн: в виде открытой двери в пустую комнату, беззащитного сейфа с деньгами и ключа в ящике...»;

б) мнение о мере наказания:

«... Хладнокровный преступник, взвесив все «за» и «против», быстро бы понял, что от первого подозрения до обвинительного приговора — дистанция огромного размера. Да и чем могло располагать следствие? Показаниями вахтера о том, что Климова по окончании рабочего дня возвращалась в бухгалтерию, когда там никого уже не было? Но ведь если в здании было только два человека, и один из них взял деньги, то совсем необязательно этот один и есть Климова. Деньги надежно спрятаны. Никакого осмотра места происшествия с изъятием отпечатков (если они там и были) не производилось, и Климова это знала. В общем, если бы она не хотела признаваться, то вынудить ее это сделать под давлением улик следствие никак не могло. Нет, признание Климовой не было вынужденным. Это было признание человека, отягощенного содеянным, жаждавшего покаяться, жаждавшего очиститься своим признанием. Очиститься во что бы то ни стало, несмотря на угрозу

неминуемого наказания. За эти несколько дней Климова чуть не наизусть выучила соответствующие ее деянию статьи Уголовного кодекса; идя к следователю, она прекрасно понимала, что ценой ее признания будет позор наказания, а может быть и лишение свободы, долгая разлука с близкими. Но ничто уже не могло остановить ее. Она не могла жить дальше, неся в себе свой грех. Она уже судила себя судом своей собственной совести, и судила жестоко. И сегодня, когда ущерб возмещен, а виновница раскаялась, нужно ли ее наказывать реально? Я прошу Вас об одном: какое бы наказание Вы ни сочли нужным назначить Климовой, назначьте его условно. Она Вас не подведет.»

В проанализированной в качестве примера судебной речи Ю.А. Костанова наглядно продемонстрирован основной принцип юридической риторики — принцип последовательности, когда каждая последующая мысль вытекает из предыдущей.

С научно-практической точки зрения все варианты защитительной речи в судебных прениях, как утверждает В.В. Коряковцев, можно разделить на три вида:

- а) при полном отрицании вины подсудимого;
- б) при частичном признании виновности;
- в) при полном признании вины подзащитным.

Исходя из этого, защитник (адвокат) как сторона уголовного судопроизводства может иметь следующие цели:

- опровергнуть обвинение в целом, доказывая наличие реабилитирующих оснований, предусмотренных УПК РФ;
- оспорить обвинение в отношении отдельных его частей и эпизодов;
- оспорить правильность квалификации, доказывая необходимость изменения обвинения на менее тяжкую статью УК РФ;
- доказать меньшую степень вины и ответственности в силу смягчающих обстоятельств;
- доказать невменяемость подзащитного, что исключало бы его уголовную ответственность³²⁵.

В **заключении** основная цель выступления адвоката направлена на то, чтобы окончательно сформировать у суда (присяжных заседателей) внутреннее убеждение в правильности и справедливости своей позиции, приводимых им доводов и доказательств.

Именно в заключении должны быть изложены самые сильные аргументы и доказательства. В этом заключается один из важнейших прин-

³²⁵ См.: Коряковцев В.В. Защитительная речь в суде с участием присяжных заседателей // Правоведение. — 2002. — № 2. — С. 113, 115.

ципов композиции — принцип усиления, когда значимость, убедительность доводов и аргументов постепенно нарастают.

П.А. Александров³²⁶, например, закончил свое выступление в защиту Веры Засулич следующим образом: «Господа присяжные заседатели! Не в первый раз на этой скамье преступлений и тяжелых душевных страданий является перед судом общественной совести женщина по обвинению в кровавом преступлении.

Были здесь женщины, смертью мстившие своим соблазнительям, были женщины, обагрявшие руки в крови изменивших им любимых людей или своих более счастливых соперниц. Эти женщины выходили отсюда оправданными. То был суд правый, отклик суда божественного, который взирает не на внешнюю только сторону деяний, но и на внутренний их смысл, на действительную преступность человека. Те женщины, совершая кровавую расправу, боролись и мстили за себя.

В первый раз является здесь женщина, для которой в преступлении не было личных интересов, личной мести, — женщина, которая со своим преступлением связала борьбу за идею во имя того, кто был ей только собратом по несчастью всей ее молодой жизни. Если этот мотив проступка окажется менее тяжелым на весах общественной правды, если для блага общего, для торжества закона, для общественной безопасности нужно призвать кару законную, тогда — да совершится ваше карающее правосудие! Не задумывайтесь!

Немного страданий может прибавить ваш приговор для этой надломленной, разбитой жизни. Без упрека, без горькой жалобы, без обиды примет она от вас решение ваше и утешится тем, что, может быть, ее страдания, ее жертва предотвратила возможность повторения случая, вызвавшего ее поступок. Как бы мрачно ни смотреть на этот поступок, в самих мотивах его нельзя не видеть честного и благородного порыва.

Да, она может выйти отсюда осужденной, но она не выйдет опозоренной, и остается только пожелать, чтобы не повторялись причины, производящие подобные преступления, порождающие подобных преступников.».

Типичными ошибками судебных прений, как отмечается в юридической литературе, являются частые подмены доказываемого тезиса, проявляющиеся в том, что, высказав определенную мысль, участник процесса в итоге доказывает близкое с исходным тезисом положение, но представляющее собой уже другую мысль. Зачастую используется так называемый «аргу-

³²⁶ Александров П.А. (1838–1893 гг.) — адвокат, один из виднейших представителей русского дореволюционного судебного красноречия; известны судебные процессы по делу Веры Засулич, делу Нотовича, делу Сарры Модебадзе и др.

мент к личности», когда вместо обсуждения доказательств вины оппонент «скатывается» на обсуждение негативных свойств личности подсудимого³²⁷.

В целях более качественной подготовки судебных выступлений необходимо обратить внимание на следующие рекомендации, предлагаемые ораторам.

Признайте неизбежное, упомяните полезное, раскройте нужное и избегайте опасного. Нельзя упорствовать, утверждая то, ложность чего доказана, или опровергать несомненное. Сосредоточьте усилия на анализе недостаточно выясненных, но существенных для дела обстоятельств, остерегаясь обоюдострых доводов.

Не доказывайте очевидного. Не допускайте противоречия в доводах. Не оспаривайте несомненные доказательства.

Оставляйте самые яркие доказательства и самые решительные доводы на завершающую часть прений.

Если улики сильны, приводите их порознь, подробно раскрывая каждую в отдельности, если они слабы, соберите их в одно целое.

Для обоснования выводов используйте лишь достоверные данные, только самые прочные доказательства, решительно отбрасывая сомнительные и непроверенные.

Не упускайте из виду главной мысли и основных положений. Как можно чаще подкрепляйте одно доказательство другим. «Если в деле есть прямое доказательство, оставьте его в стороне и докажите спорный факт косвенными уликами: сопоставление логического вывода с прямым удостоверением факта есть сильнейший риторический прием», — отмечал П. Сергеич.

Не старайтесь доказывать большее, когда можно ограничиться меньшим.

Не оставляйте без возражений сильные доводы оппонента. Разделяйте его доводы на исходные суждения и опровергайте каждое в отдельности.

Не бойтесь соглашаться с оппонентом там, где он прав. Это сделает вас убедительнее, если при этом вы еще и сумеете сделать иные выводы из его же аргументов.

Пользуйтесь фактами, доказанными противником, и возражайте ему его же доводами.

Отвечайте фактами на слова. Если оппонент обошел молчанием важный факт, напомните, что противник не нашел его объяснения.

Не доказывайте то, что можно отрицать, ссылаясь на презумпцию³²⁸.

³²⁷ См.: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 30.

³²⁸ См.: Тертышник В., Тертышник А. Указ. соч. — С. 32.

В целях более качественной подготовки судебного выступления адвокатам следует детально изучить материалы уголовного дела, ознакомиться с законодательством, судебной практикой и научной литературой, выработать согласованную с доверителем линию и тактику своих действий по оказанию квалифицированной юридической помощи, составить письменный вариант или развернутые тезисы судебной речи.

В зависимости от своих способностей и ораторских умений и навыков адвокаты могут избрать следующие формы подготовки речей:

- 1) написание речи целиком;
- 2) составление письменных заметок;
- 3) подготовка тезисов выступления;
- 4) составление письменного плана;
- 5) составление мысленного плана и выступление экспромтом³²⁹.

Следует согласиться с тем, что не имеет серьезного значения спор о том, как адвокат должен готовить свою речь: следует ее составлять до начала процесса или только в ходе рассмотрения дела, следует ее писать целиком или можно ограничиться конспектом, планом, тезисами. Все это очень условно и во многом зависит от характера и содержания дела, от его объема, от навыков и умения адвоката, но при всех условиях речь должна быть основательно продумана и тщательно подготовлена.

Видный судебный деятель П.С. Пороховщиков в свое время настоятельно рекомендовал судебным ораторам писать свои речи от начала и до конца, не полагаясь на свою гениальность, вдохновение, импровизацию; из того, что речь написана в законченной форме, не следует, что она должна быть произнесена наизусть. Чем прочнее составленная вами речь, тем легче украшать ее живыми красками судебного следствия, тем легче оратору пользоваться живым сотрудничеством других участников процесса. Подобное мнение разделяли известнейшие судебные ораторы того времени С.А. Андреевский, В.Д. Спасович, А.Я. Пассовер.

А.Ф. Кони, в свою очередь, был противником письменной подготовки к выступлениям в суде, говоря о том, что заранее подготовленная речь неизбежно должна стеснять оратора, гипнотизировать его. У всякого оратора, пишущего свои речи, являются ревностнолюбивое отношение к своему труду и боязнь утратить из него то, что достигнуто иногда усидчивой работой. Заранее подготовленная речь при изменении обстановки в суде, по его мнению, может стать обузой для оратора³³⁰.

³²⁹ Мельник В.В. Указ. соч. — С. 157.

³³⁰ Цит. по: Коряковцев В.В. Указ. соч. — С. 116.

Эффективному усвоению главной мысли судебной речи адвоката, его позиции и доводов, на которых она основана, способствует, по мнению В.В. Мельника, такое важное коммуникативное качество, как **лаконичность при достаточной продолжительности речи**.

Это выражается в отсутствии лишних слов, мешающих движению главной мысли, экономности, емкости, упругости, содержательности речи, в которой словам тесно, а мыслям просторно. Лаконичная речь может быть и краткой, и длинной, и очень краткой (лапидарной), и очень длинной, произносимой в течение нескольких часов и даже дней, — когда здравый смысл подсказывает, что разумно, целесообразно, уместно избрать ту или иную продолжительность речи, с учетом складывающейся речевой ситуации, замысла оратора, его интеллектуально-духовного потенциала, его речевых «ресурсов», умений и навыков «словом твердо приваить и держать мысль на привязи свою»³³¹.

Основная опасность сжатой, лапидарной, слишком короткой речи заключается в том, что она не обеспечивает эффект убеждающего внушения, особенно в защитительной речи, поскольку адвокату после речи прокурора приходится не только убеждать, но и переубеждать присяжных.

«Искусство защитника, — писал Л.Е. Владимиров, — должно состоять в том, чтобы, не будучи многословным, а скорее сжатым, говорить, однако, настолько долго, чтобы подчинить себе волю и мысль слушателей. Очень короткую речь нельзя достигнуть той внушаемости слушателей, какая нужна»³³².

Важным свойством судебной речи адвоката является **выразительность**, или **экспрессивность**. Это такие особенности ее структуры, которые поддерживают внимание и интерес у слушателей, облегчают им восприятие, запоминание материала более или менее продолжительной речи оратора, содержащихся в ней рассуждений, фактов, доказательств и их взаимосвязей, вызывают у слушателей положительные эмоции и чувства, активизирующие их воображение, логическое и образное мышление и память³³³.

Созданию выразительной, эмоциональной речи способствуют, в частности, образные средства речи и риторические фигуры.

К первым относятся метафора, ирония и другие тропы, обороты речи, в которых слова, фразы и выражения употребляются в переносном, образном смысле, — как подчеркивает В.В. Мельник, — в целях достижения большей художественной выразительности.

³³¹ Мельник В.В. Указ. соч. — С. 147.

³³² Судебное красноречие русских юристов прошлого / Сост. Ю.А. Костанов. — М., 1992. — С. 94.

³³³ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 148.

Ко вторым — сравнение, речевые повторы, антитеза, предупреждение, вопросно-ответный ход, риторический вопрос, неожиданный перерыв мысли и умолчание.

Сравнение — фигура речи, основанная на сопоставлении двух явлений, предметов, у которых предполагается наличие общего признака.

Антитеза — это фигура речи, которая строится на противопоставлении сравниваемых понятий. По убеждению П.С. Сергеича, «главные достоинства этой фигуры заключаются в том, что обе части антитезы взаимно освещают одна другую: мысль выигрывает в силе; при этом мысль выражается в сжатой форме, и это также увеличивает ее выразительность»³³⁴.

Элементы смыслового противопоставления могут содержаться и в другой речевой фигуре — предупреждении. Оратор, прогнозируя возражения слушателей или какого-либо оппонента и опережая их, сам себе возражает от лица слушателей или оппонента и опровергает эти возражения от своего имени³³⁵.

Наиболее распространенная риторическая фигура в судебных выступлениях адвокатов — это вопросно-ответный ход.

Наглядный пример использования данного приема продемонстрирован в упомянутой ранее судебной речи С.А. Андреевского в защиту братьев Келеш:

«...Какое после этого нам дело до страховой премии? Если было доказано, что пожар был выгоден подсудимым, — разве из этого следует, что непременно они его и вызвали? Если мой враг умер естественной смертью, то разве можно обвинять меня в убийстве только потому, что я мог желать его смерти? Конечно, нет. Но и здесь выгод от пожара не существовало. Фабрика была застрахована за 25 тыс., и застрахована не в первый раз в этом году, как говорится в обвинительном акте, а страховалась и прежде. Застрахована, кажется, по чести — в своей цене; по крайней мере, Михайлов страховал, он лучше других знает и удостоверяет это. А что другие господа низко ценят фабрику — то ведь зато и как фантазируют — от 13 до 15 тыс., со всеми промежутками, сколько кому угодно! А что же получили Келеша? Всего 8 тыс. А куда девали их? Спрятали? Нет, все до копейки раздали за долги да еще в тюрьме сидят и торговлю прекратили. Нечего сказать, — выгодная афера.

Вопросно-ответный ход зачастую сочетается в речи адвокатов с риторическим вопросом. Это стилистическая фигура речи, которая состоит в том, что оратор эмоционально утверждает или отрицает что-либо в форме

³³⁴ Сергеич П. Искусство речи на суде. — М., 1988. — С. 56.

³³⁵ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 141.

вопросов, но не отвечает на них. Риторический вопрос рассчитан на то, что у слушателей сама собой возникнет мысль: «Ну, разумеется, это так!»³³⁶.

С целью достижения выразительности судебной речи адвокатам следует использовать такой риторический прием, как неожиданный перерыв мысли. Эта речевая фигура заключается в том, что оратор неожиданно для слушателей прерывает начатую мысль, а затем, поговорив о другом, возвращается к не договоренному ранее. Такой прием дает пищу не только вниманию, взбадривая и освежая его, но и любопытству, поддразнивая его, что повышает у слушателей интерес к речи, поддерживает с ними психологический контакт³³⁷.

«Фигура умолчания как действенный способ убеждающего внушения заключается в том, что оратор в своей речи не договаривает все до конца..., а только сообщает им веские фактические данные, которые на сознательном и на подсознательном уровне «запускают» механизм мышления таким образом, что слушатели самостоятельно, путем собственных размышлений и сопутствующих им подсознательных интеллектуальных и эмоциональных ассоциаций приходят к прогнозируемым судебным оратором конечным выводам»³³⁸.

Немаловажное значение имеет **уместность судебной речи**.

Уместная речь, по мнению, Н.Н. Ивакиной, обладает следующими признаками: соразмерностью языковых средств и содержания, т.е. слова должны точно передавать то или иное содержание; соответствием языковых средств обстановке; соответствием языковых средств оратору.

Особенно ценным качеством судебной речи адвоката является ее искренность, которая, согласно размышлениям В.В. Мельника, заключается в вызывающем доверие слушателей тоне речи, естественным образом выражающем подлинные мысли и чувства оратора, его внутреннюю убежденность в правильности и справедливости отстаиваемых им положений и доводов. Это способствует формированию такой же внутренней убежденности у председательствующего судьи, присяжных заседателей.

Помимо вышеназванных, в судебной речи адвоката должны также присутствовать чистота и правильность, а также этичность по отношению к процессуальному оппоненту, участникам процесса в целом.

Примечание: По данной теме см. также публикацию «Студенты подправили сказку» в Интернет-портале «АдвокатУра» (<http://pravorub.ru/9891.html>).

³³⁶ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 140.

³³⁷ Там же. — С. 141.

³³⁸ Там же. — С. 140.

ГЛАВА 16

Договор с доверителем. Соотношение гражданского и корпоративного права

§1. Виды отношений адвоката с доверителями

В соответствии со ст. 25 Закона об адвокатуре адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем. Соглашение представляет собой гражданско-правовой договор, заключаемый в простой письменной форме между доверителем и адвокатом (адвокатами), на оказание юридической помощи самому доверителю или назначенному им лицу. Вопросы расторжения соглашения об оказании юридической помощи регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации с изъятиями, предусмотренными настоящим законом.

Адвокат независимо от того, в какой региональный реестр внесены сведения о нем, вправе заключить соглашение с доверителем независимо от места жительства или местонахождения последнего.

Существенными условиями соглашения между доверителем и адвокатом являются:

- 1) указание на адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения в качестве поверенного (поверенных), а также на его (их) принадлежность к адвокатскому образованию и адвокатской палате;
- 2) предмет поручения;
- 3) условия и размер выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь либо указание на то, что юридическая помощь оказывается доверителю бесплатно в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (подп. 3 в ред. Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 326-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием ФЗ «Об бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (ред. от 28 декабря 2013 г.);

4) порядок и размер компенсации расходов адвоката (адвокатов), связанных с исполнением поручения за исключением случаев, когда юридическая помощь оказывается доверителю бесплатно в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»;

5) размер и характер ответственности адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения.

При этом право адвоката на вознаграждение и компенсацию расходов, связанных с исполнением поручения, не может быть переуступлено третьим лицам без специального согласия на то доверителя. Вознаграждение, выплачиваемое адвокату доверителем, и (или) компенсация адвокату расходов, связанных с исполнением поручения, подлежат обязательному внесению в кассу соответствующего адвокатского образования либо перечислению на расчетный счет адвокатского образования в порядке и сроки, которые предусмотрены соглашением.

Адвокат осуществляет профессиональные расходы на³³⁹:

1) общие нужды адвокатской палаты в размерах и порядке, которые определяются собранием (конференцией) адвокатов;

2) содержание соответствующего адвокатского образования;

3) страхование профессиональной ответственности;

4) иные расходы, связанные с осуществлением адвокатской деятельности.

Труд адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, оплачивается за счет средств федерального бюджета. Расходы на эти цели учитываются в федеральном законе о федеральном бюджете на очередной год в соответствующей целевой статье расходов. Размер и порядок вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Материально-техническое и финансовое обеспечение оказания юридической помощи в труднодоступных и малонаселенных местностях является расходным обязательством субъекта Российской Федерации. Размер дополнительного вознаграждения, выплачиваемого за счет средств адвокатской палаты адвокату, участвующему в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, либо в качестве представителя в

³³⁹ В редакции Федерального закона от 2 июня 2016 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в статьи 5.39 и 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ».

гражданском или административном судопроизводстве по назначению суда, и адвокату, оказывающему юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в соответствии с ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации», и порядок выплаты такого дополнительного вознаграждения устанавливаются ежегодно советом адвокатской палаты³⁴⁰.

Таким образом, из изложенного можно сделать вывод о том, что взаимоотношения адвоката и клиента (доверителя) согласно Закону об адвокатуре строятся на следующих основах:

А. На основе письменного соглашения между адвокатом и доверителем (назовем эти правоотношения «платными»).

Б. На основе установленной Законом обязанности:

— по обязательному участию защитника в уголовном судопроизводстве по назначению дознавателя, следователя или суда;

— по обязательному участию в качестве представителя в гражданском или административном судопроизводстве по назначению суда;

— по оказанию юридической помощи гражданам Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» бесплатно.

Назовем эти случаи бесплатными.

К отношениям, указанным в п. А, относятся все отношения, за исключением тех, которые в соответствии со ст. 51 УПК РФ (обязательное участие защитника), в соответствии со ст. 50 ГПК РФ (обязательное участие адвоката в качестве представителя); в соответствии с ч. 4 ст. 54 КАС РФ (обязательное участие адвоката в качестве представителя); в соответствии с ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (оказание юридической помощи гражданам РФ бесплатно) относятся к отношениям, указанным в п. Б.

К отношениям, указанным в п. Б, относятся следующие:

1. По обязательному участию в уголовном судопроизводстве по защите граждан в случаях, предусмотренных ст. 51 УПК РФ, т.е. в случаях, если подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ; подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним; подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту; судебное разбирательство проводится в порядке предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ; подозреваемый, обвиняемый не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу; лицо

³⁴⁰ В ред. Федеральных законов от 21 ноября 2016 г. № 326-ФЗ, от 2 июня 2016 г. № 160-ФЗ.

обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь; уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей; обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном гл. 40 УПК РФ (особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением); подозреваемый заявил ходатайство о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме в порядке, установленном главой 32.1 УПК РФ.

Однако обязательными для адвоката эти отношения становятся не в любом случае, подпадающем под признаки, указанные в ст. 51 УПК РФ, а лишь тогда, когда защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Если защитник приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то взаимоотношения между адвокатом и указанными в ст. 51 УПК РФ лицами строятся на основе письменного соглашения с ними или их законными представителями. И тогда такие правоотношения адвоката с доверителем относятся к указанным в п. А, т.е. к платным.

Когда же защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то дознаватель, следователь или суд обеспечивают участие защитника в уголовном судопроизводстве, и такое участие относится к случаям, указанным в п. Б, т.е. бесплатным (для клиента).

2. По обязательному участию адвоката в гражданском процессе в качестве представителя граждан в случаях, предусмотренных ст. 50 ГПК РФ.

3. По обязательному участию адвоката в качестве представителя в случаях предусмотренных ч. 4 ст. 54 КАС РФ.

4. По оказанию юридической помощи гражданам РФ бесплатно в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

В ст. 20 указанного Федерального закона установлены категории граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, а также случаи оказания такой помощи, а именно:

«1. Право на получение всех видов бесплатной юридической помощи, предусмотренных статьей 6 данного Федерального закона, в рамках го-

сударственной системы бесплатной юридической помощи имеют следующие категории граждан:

1) граждане, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо одиноко проживающие граждане, доходы которых ниже величины прожиточного минимума (далее — малоимущие граждане);

2) инвалиды I и II группы;

3) ветераны Великой Отечественной войны, Герои Российской Федерации, Герои Советского Союза, Герои Социалистического Труда, Герои Труда Российской Федерации (в ред. Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 397-ФЗ);

4) дети-инвалиды, дети-сироты, дети, оставшиеся без попечения родителей, лица из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких детей (в ред. Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

4.1) лица, желающие принять на воспитание в свою семью ребенка, оставшегося без попечения родителей, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с устройством ребенка на воспитание в семью (п. 4.1 введен Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

4.2) усыновители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов усыновленных детей (п. 4.2 введен Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

5) граждане пожилого возраста и инвалиды, проживающие в организациях социального обслуживания, предоставляющих социальные услуги в стационарной форме (п. 5 в ред. Федерального закона от 28 ноября 2015 г. № 358-ФЗ);

6) несовершеннолетние, содержащиеся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, и несовершеннолетние, отбывающие наказание в местах лишения свободы, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких несовершеннолетних (за исключением вопросов, связанных с оказанием юридической помощи в уголовном судопроизводстве);

7) граждане, имеющие право на бесплатную юридическую помощь в соответствии с Законом Российской Федерации от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»;

8) граждане, признанные судом недееспособными, а также их законные представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких граждан;

8.1) граждане, пострадавшие в результате чрезвычайной ситуации:

а) супруг (супруга), состоявший (состоявшая) в зарегистрированном браке с погибшим (умершим) на день гибели (смерти) в результате чрезвычайной ситуации;

б) дети погибшего (умершего) в результате чрезвычайной ситуации;

в) родители погибшего (умершего) в результате чрезвычайной ситуации;

г) лица, находившиеся на полном содержании погибшего (умершего) в результате чрезвычайной ситуации или получавшие от него помощь, которая была для них постоянным и основным источником средств к существованию, а также иные лица, признанные иждивенцами в порядке, установленном законодательством Российской Федерации;

д) граждане, здоровью которых причинен вред в результате чрезвычайной ситуации;

е) граждане, лишившиеся жилого помещения либо утратившие полностью или частично иное имущество либо документы в результате чрезвычайной ситуации (п. 8.1 введен Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ);

9) граждане, которым право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи предоставлено в соответствии с иными федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

Адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, осуществляют правовое консультирование в устной и письменной форме граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, и составляют для них заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера в следующих случаях:

1) заключение, изменение, расторжение, признание недействительными сделок с недвижимым имуществом, государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним (в случае, если кварти-

ра, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) признание права на жилое помещение, предоставление жилого помещения по договору социального найма, договору найма специализированного жилого помещения, предназначенного для проживания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, расторжение и прекращение договора социального найма жилого помещения, выселение из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи), расторжение и прекращение договора найма специализированного жилого помещения, предназначенного для проживания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, выселение из указанного жилого помещения (в ред. Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

3) признание и сохранение права собственности на земельный участок, права постоянного (бессрочного) пользования, а также права пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

4) защита прав потребителей (в части предоставления коммунальных услуг);

5) отказ работодателя в заключении трудового договора, нарушающий гарантии, установленные Трудовым кодексом Российской Федерации, восстановление на работе, взыскание заработка, в том числе за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда, причиненного неправомерными действиями (бездействием) работодателя;

6) признание гражданина безработным и установление пособия по безработице;

7) возмещение вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью или с чрезвычайной ситуацией (в ред. Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ);

8) предоставление мер социальной поддержки, оказание малоимущим гражданам государственной социальной помощи, предоставление субсидий на оплату жилого помещения и коммунальных услуг;

9) назначение, перерасчет и взыскание страховых пенсий по старости, пенсий по инвалидности и по случаю потери кормильца, пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам, безработице, в свя-

зи с трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, единовременного пособия при рождении ребенка, ежемесячного пособия по уходу за ребенком, социального пособия на погребение (в ред. Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 216-ФЗ);

10) установление и оспаривание отцовства (материнства), взыскание алиментов;

10.1) установление усыновления, опеки или попечительства над детьми-сиротами и детьми, оставшимися без попечения родителей, заключение договора об осуществлении опеки или попечительства над такими детьми (п. 10.1 введен Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

10.2) защита прав и законных интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (п. 10.2 введен Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

11) реабилитация граждан, пострадавших от политических репрессий;

12) ограничение дееспособности;

13) обжалование нарушений прав и свобод граждан при оказании психиатрической помощи;

14) медико-социальная экспертиза и реабилитация инвалидов;

15) обжалование во внесудебном порядке актов органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц;

16) восстановление имущественных прав, личных неимущественных прав, нарушенных в результате чрезвычайной ситуации, возмещение ущерба, причиненного вследствие чрезвычайной ситуации (п. 16 введен Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ).

Кроме того, адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, представляют в судах, государственных и муниципальных органах, организациях интересы граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, если они являются:

1) истцами и ответчиками при рассмотрении судами дел:

а) о расторжении, признании недействительными сделок с недвижимым имуществом, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и об отказе в государственной регистрации таких прав (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

б) о признании права на жилое помещение, предоставлении жилого помещения по договору социального найма, договору найма специали-

зированного жилого помещения, предназначенного для проживания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в том числе принятых на воспитание в семьи, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, расторжении и прекращении договора социального найма жилого помещения, выселении из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи), расторжении и прекращении договора найма специализированного жилого помещения, предназначенного для проживания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, выселении из указанного жилого помещения (в ред. Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

в) о признании и сохранении права собственности на земельный участок, права постоянного бессрочного пользования, а также пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) истцами (заявителями) при рассмотрении судами дел:

а) о взыскании алиментов;

б) о возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью или с чрезвычайной ситуацией (в ред. Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ);

в) об установлении усыновления, опеки или попечительства в отношении детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, о заключении договора об осуществлении опеки или попечительства над такими детьми;

г) об обеспечении мер государственной поддержки детям-инвалидам, детям-сиротам, детям, оставшимся без попечения родителей, лицам из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (п. 2 в ред. Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 167-ФЗ);

3) гражданами, в отношении которых судом рассматривается заявление о признании их недееспособными;

4) гражданами, пострадавшими от политических репрессий, — по вопросам, связанным с реабилитацией;

5) гражданами, в отношении которых судами рассматриваются дела о принудительной госпитализации в психиатрический стационар или продлении срока принудительной госпитализации в психиатрическом стационаре;

б) гражданами, пострадавшими от чрезвычайной ситуации, — по вопросам, связанным с восстановлением имущественных прав, личных неимущественных прав, нарушенных в результате чрезвычайной ситуации, возмещением ущерба, причиненного вследствие чрезвычайной ситуации (п. 6 введен Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ).

4. Порядок, условия и организационно-правовое обеспечение реализации права на получение бесплатной юридической помощи гражданами, пострадавшими в результате чрезвычайной ситуации, в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи регулируются настоящим Федеральным законом, федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации (часть 4 введена Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 271-ФЗ).

Таким образом, все платные отношения между адвокатом и доверителем являются договорными, а бесплатные — недоговорными, основанными на силе закона и государственной обязанности адвоката, т.е. на императиве.

Что же представляют собой договорные отношения адвоката с доверителем?

В соответствии со ст. 25 Закона об адвокатуре соглашение между доверителем и адвокатом (адвокатами) представляет собой гражданско-правовой договор, заключаемый в простой письменной форме, на оказание юридической помощи самому доверителю или назначенному им лицу.

При этом согласно ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре адвокат не вправе принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случае, если оно имеет заведомо незаконный характер, если адвокат имеет самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интереса данного лица; если участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста, переводчика, является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также если он является должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица; состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица; оказывает юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица.

Безусловным основанием для заключения соглашения и принятия поручения на оказание юридической помощи является наличие правовой позиции, включающей в качестве составных частей законность требований

и их доказуемость, тем самым правовая позиция означает материально- и процессуально-правовую обоснованность требований и возражений³⁴¹.

Кроме того, в соответствии со ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат не вправе принимать поручение на осуществление защиты по данному уголовному делу от двух и более лиц, если интересы одного из них противоречат интересам другого; интересы одного хотя и не противоречат интересам другого, но эти лица придерживаются различных позиций по одним и тем же эпизодам дела, либо если необходимо осуществлять защиту лиц, достигших и не достигших совершеннолетия. Осуществление защиты в нарушение перечисленных требований приравнивается к отсутствию защиты и признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона³⁴².

Если 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, то такое представительство оформляется **договором (соглашением) об оказании юридической помощи**.

Ключевое значение в соглашении об оказании юридической помощи имеет предмет поручения. Он позволяет определить характер отношений адвоката и доверителя. Не рекомендуется заключать соглашение, условия которого непрозрачны, допускают неоднозначное понимание. Доверитель, не обладая определенными юридическими познаниями, часто бывает не в состоянии четко определить предмет требуемой юридической помощи. В результате двусмысленных формулировок в соглашении происходят конфликтные ситуации. В большинстве случаев недовольство доверителя вызвано тем, что «адвокат не сделал ничего», при этом подразумевается неположительный, порой заранее обещанный результат по делу. Так, по одному из дел предмет соглашения был сформулирован следующим образом: «Поверенный обязуется: а) совершать по поручению и за счет «Доверителя» юридические и иные действия, именуемые в дальнейшем «поручение»; представлять интересы «Доверителя» в качестве «Поверенного» в порядке уголовного судопроизводства в от-

³⁴¹ Гончарова Н.Н. Принятие адвокатом поручения на ведение дела. Отказ от оказания юридической помощи // Актуальные проблемы российского права. — 2008. — № 1. — С. 354–359.

³⁴² Апелляционное определение Московского городского суда от 23 декабря 2013 г. по делу № 10-13436/13 // СПС «КонсультантПлюс».

ношениях с физическими лицами либо по гражданским делам только на основании выданной «Доверителем» доверенности в трехдневный срок с момента заключения договора поручения; предмет поручения: составление жалобы в порядке ст. 125 в Щелковский городской суд Московской области». Таким образом, доверитель вполне обоснованно считал, что адвокат должен представлять его интересы в суде, а адвокат полагал, что предмет поручения исчерпывается составлением жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ. В свою очередь, довод адвоката о том, что фраза «в порядке уголовного судопроизводства» взята из Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодекса профессиональной этики адвоката и не относится к предмету поручения, комиссия посчитала несостоятельным, поскольку она сформулирована адвокатом, вписана им и содержится в п. 1 этого договора, означенного как «Предмет поручения»³⁴³.

По указанному выше соглашению с доверителем адвокат обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными. Поверенный (адвокат) может отступить от указаний доверителя, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах доверителя и поверенный не мог предварительно запросить доверителя либо не получил в разумный срок ответа на свой запрос.

Адвокат обязан уведомить доверителя о допущенных отступлениях, как только уведомление стало возможным. Адвокату, действующему в качестве коммерческого представителя, может быть предоставлено доверителем право отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения. В соответствии с ч. 1 ст. 184 ГК РФ коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности.

Адвокат должен: лично исполнять данное ему поручение; сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения; передавать доверителю без промедления все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения; по исполнении поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без про-

³⁴³ Ализаде Э.А. оглы Соглашение об оказании юридической помощи // «Юстиция». — 2017. — № 4. — С. 46–49.

медления возратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и представить отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения.

В свою очередь, доверитель должен: выдать поверенному доверенность (доверенности) на совершение юридических действий, предусмотренных соглашением с адвокатом (адвокатами); если иное не предусмотрено соглашением, возмещать поверенному понесенные издержки; обеспечивать поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения.

Доверитель обязан без промедления принять от поверенного все исполненное им в соответствии с договором поручения, а также уплатить адвокату вознаграждение, если соглашение с ним является возмездным.

Вполне правомерно возникает вопрос: а как быть с заключением соглашения с доверителем, если его поверенным является адвокат, работающий в адвокатском бюро? На этот счет в ч. 5 ст. 23 Закона об адвокатуре говорится, что соглашение об оказании юридической помощи с доверителем заключается управляющим партнером или иным партнером от имени всех партнеров на основании выданных им доверенностей.

В данном случае адвокат (управляющий партнер или иное лицо по доверенности) действует при заключении договора поручения не только от своего имени, но и от имени всего адвокатского образования (адвокатов адвокатского бюро). И доверитель в этом случае становится стороной по договору поручения именно с данным адвокатским образованием, которое может поручение клиента взять полностью на коллективное исполнение, а может поручить какому-либо одному адвокату, что не исключает ответственности перед доверителем всего адвокатского образования.

Поверенный (адвокат) вправе передать исполнение поручения другому лицу (заместителю). Однако сделать это он может лишь на условиях, предусмотренных ст. 187 ГК РФ. Лицо, которому выдана доверенность, должно лично совершать те действия, на которые оно уполномочено. Оно может передоверить их совершение другому лицу, если уполномочено на это доверенностью либо вынуждено к этому силою обстоятельств для охраны интересов выдавшего доверенность. Передавший полномочия другому лицу должен известить об этом выдавшего доверенность и сообщить ему необходимые сведения о лице, которому переданы полномочия. Неисполнение этой обязанности возлагает на передавшего полномочия ответственность за действия лица, которому он передал полномочия, как

за свои собственные. Срок действия доверенности, выданной в порядке передоверия, не может превышать срока действия доверенности, на основании которой она выдана.

Доверенность, выдаваемая в порядке передоверия, должна быть нотариально удостоверена, за исключением случаев, предусмотренных п. 4 ст. 185 ГК РФ (доверенность на получение заработной платы и иных платежей, связанных с трудовыми отношениями, на получение вознаграждения авторов и изобретателей, пенсий, пособий и стипендий, вкладов граждан в банках и на получение корреспонденции, в том числе денежной и посылочной, может быть удостоверена также организацией, в которой доверитель работает или учится, жилищно-эксплуатационной организацией по месту его жительства и администрацией стационарного лечебного учреждения, в котором он находится на излечении; доверенность на получение представителем гражданина его вклада в банке, денежных средств с его банковского счета, адресованной ему корреспонденции в организациях связи, а также на совершение от имени гражданина иных сделок, указанных в абзаце первом упомянутого пункта, может быть удостоверена соответствующими банком или организацией связи. Такая доверенность удостоверяется бесплатно).

Доверитель вправе отвести заместителя, избранного адвокатом.

Если возможный заместитель поверенного поименован в договоре поручения (соглашении с адвокатом), поверенный не отвечает ни за его выбор, ни за ведение им дел.

Если право поверенного передать исполнение поручения другому лицу в договоре не предусмотрено либо предусмотрено, но заместитель в нем не поименован, адвокат (поверенный) отвечает за выбор заместителя.

Право адвоката на вознаграждение и компенсацию расходов, связанных с исполнением договора, адвокатом не может быть переуступлено третьим лицам без специального согласия на то доверителя.

Чем по своей правовой природе является соглашение адвоката с доверителем об оказании юридической помощи? Авторы настоящего учебника склонны в большей степени относить его к договорам возмездного оказания услуг. Хотя адвокатская помощь — это совсем не услуга, и расценивать ее таковой в корне неверно как с юридической, так и с нравственной точек зрения, ибо адвокат здесь не служит, а помогает. Однако, как бы там ни было, но в ГК РФ такая правовая форма, как договор оказания помощи отсутствует, и хотим мы того или нет, но под одну из существующих гражданско-правовых форм этот договор мы подвести должны. И получается, что ближе всего к нему находится договор воз-

мездного оказания услуг. В соответствии со ст. 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель (в нашем случае адвокат) обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Более неоднозначно обстоит дело в отношении так называемого гонорара успеха. Причем отсутствие законодательного регулирования по поводу гонорара успеха придает этой проблеме актуальность на протяжении многих лет.

В 2013 г. в ст. 16 Кодекса профессиональной этики адвоката была внесена новелла, согласно которой «адвокат вправе включать в соглашение об оказании юридической помощи условия, в соответствии с которыми выплата вознаграждения ставится в зависимость от благоприятного для доверителя рассмотрения спора имущественного характера».

Однако и это кардинальным образом проблему не разрешило, неопределенность сохранилась.

Вопреки распространенному заблуждению небезызвестное Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П не поставило точку в данном вопросе. Как свидетельствует судебная практика в промежутке между 23 января 2007 г. и 22 апреля 2013 г., гонорар успеха мог быть впоследствии взыскан адвокатом.

На основе мнений, изложенных высшими судебными инстанциями, предлагается выделить следующие позиции судов по данному вопросу:

1. Суд отказывает во взыскании гонорара успеха, поскольку постановка условия о выплате вознаграждения в зависимость от принятия решения государственным органом противоречит ст.ст. 779, 781 ГК РФ.

2. Суды признают, что условие о гонораре успеха является ничтожным, гонорар при этом не выплачивается.

3. Если выплата всего или большей части вознаграждения по договору оказания услуг была поставлена в зависимость от исхода судебного разбирательства, то представитель имеет право на вознаграждение, однако в сумме, определенной согласно п. 3 ст. 424 ГК РФ.

4. Гонорар успеха, который по условиям договора должен быть выплачен исполнителю за оказание юридических услуг, не включается в судебные расходы заказчика.

5. Если вознаграждение указано в проценте от суммы, определение которой не зависит от действий третьих лиц, оно подлежит взысканию в полном объеме.

6. Если выплата вознаграждения по договору была поставлена в зависимость от исхода судебного разбирательства, то представитель имеет право на вознаграждение, однако в сумме, определенной с учетом разумности³⁴⁴.

Обобщая сказанное, адвокат фактически мог и может установить в договоре с клиентом условие о «гонораре успеха», однако в случае если доверитель отказывается в добровольном порядке его исполнить, не имеется никакой гарантии того, что юрист сумел бы в судебном порядке истребовать причитающуюся ему сумму денежных средств.

По договору возмездного оказания услуг заказчик оплачивает оказанные ему юридические услуги в сроки и в порядке, которые указаны в соглашении с адвокатом. В случае невозможности исполнения, возникшей по вине заказчика, услуги подлежат оплате в полном объеме, если иное не предусмотрено законом или соглашением с адвокатом. В случае, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законом или договором возмездного оказания услуг (соглашением с адвокатом).

Применительно к рассматриваемому вопросу будет полезным обратиться к некоторым положениям, на которые обратил внимание Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Информационном письме от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг».

В частности, Президиум ВАС РФ рекомендует исходить из того, что договор возмездного оказания услуг или договор на оказание правовых услуг может считаться заключенным, если в нем перечислены определенные действия, которые обязан совершить исполнитель, либо указана определенная деятельность, которую он обязан осуществить. В том случае, когда предмет договора обозначен указанием на конкретную деятельность, круг возможных действий исполнителя может быть определен на основании предшествующих заключению договора переговоров и переписки, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев делового оборота, последующего поведения сторон и т.п. (ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Поскольку стороны в силу ст. 421 ГК РФ вправе определять условия договора по своему усмотрению, обязанности исполнителя могут включать

³⁴⁴ Судебная практика в отношении выплаты «гонорара успеха» по договору оказания юридических услуг [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.lex-pravo.ru/ru-3675.html> свободный.

§2. Одностороннее расторжение соглашения адвоката с доверителем

в себя не только совершение определенных действий (деятельности), но и представление заказчику результата действий исполнителя (письменные консультации и разъяснения по юридическим вопросам; проекты договоров, заявлений, жалоб и других документов правового характера и т.д.).

Согласно п. 1 ст. 781 ГК РФ заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре. При рассмотрении споров, связанных с оплатой оказанных в соответствии с договором правовых услуг, необходимо руководствоваться положениями ст. 779 ГК РФ, по смыслу которых исполнитель может считаться надлежаще исполнившим свои обязательства при совершении указанных в договоре действий (деятельности). При этом следует исходить из того, что отказ заказчика от оплаты фактически оказанных ему услуг не допускается.

В то же время не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем.

Например, по мнению ВАС РФ, совершенно неправильно будет постановка требования об уплате гонорара «за выигрыш дела», «за удовлетворение ходатайства в администрации города (района)» и т.д.

В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном ст. 424 ГК РФ (цена договора), с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности).

§2. Одностороннее расторжение соглашения адвоката с доверителем

Вопросы расторжения соглашения об оказании юридической помощи регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации с изъятиями, предусмотренными Законом об адвокатуре.

Стоит отметить, что законодатель, не относя соглашение на оказание юридической помощи доверителю к конкретному виду гражданско-правового договора, а также не предусматривая, какие конкретно положения ГК РФ применяются к названному соглашению, оставляет сторонам соглашения право выбора договорной модели: договора возмездного оказания юридических услуг, договора поручения, агентского договора или смешанного комплексного договора.

По общему правилу основания, порядок и правовые последствия расторжения гражданско-правового договора регулируются главой 29 ГК РФ.

Так, в силу ст.ст. 450, 450.1 ГК РФ, обязательства сторон прекращаются: а) при расторжении договора по соглашению сторон; б) при расторжении договора по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора другой стороной и в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором; в) при одностороннем отказе стороны договора, которой право на односторонний отказ от договора (исполнения договора) предоставлено ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором (п. 1 ст. 450.1 ГК РФ).

Данное право может быть осуществлено управомоченной стороной путем уведомления другой стороны об отказе от договора. В указанном случае договор прекращается с момента получения данного уведомления другой стороной договора, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором.

В частности, в соответствии со ст. 977 ГК РФ договор поручения может быть прекращен вследствие: отмены поручения доверителем; отказа поверенного; смерти доверителя или поверенного, признания кого-либо из них недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим.

Доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно.

Сторона, отказывающаяся от договора поручения, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя, должна уведомить другую сторону о прекращении договора не позднее чем за тридцать дней, если договором не предусмотрен более длительный срок.

Если договор поручения прекращен до того, как поручение исполнено поверенным полностью, доверитель обязан возместить поверенному понесенные при исполнении поручения издержки, а если поверенному причиталось вознаграждение, то уплатить ему это вознаграждение соразмерно выполненной им работе. Это правило не применяется к исполнению поверенным поручения после того, как он узнал или должен был узнать о прекращении поручения.

Отмена доверителем поручения не является основанием для возмещения убытков, причиненных поверенному прекращением договора поручения, за исключением случаев прекращения договора, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя.

Отказ поверенного от исполнения поручения доверителя не является основанием для возмещения убытков, причиненных доверителю прекращением договора поручения, за исключением случаев отказа поверенного в условиях, когда доверитель лишен возможности иначе обеспечить

§3. Недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты доверителя

свои интересы, а также отказа от исполнения договора, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя.

Статьей 782 ГК РФ предусмотрен и односторонний отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг. В частности, заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. В свою очередь, и исполнитель (адвокат) также вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков.

Говоря об изъятиях из указанных выше правил, закон имеет в виду лишь один случай, когда односторонний отказ адвоката от оказания юридических услуг не допускается, — это недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты клиента.

§3. Недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты доверителя

В соответствии с п. 6 ч. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре, ч. 7 ст. 49 УПК РФ адвокату не предоставлены права отказываться от принятой на себя защиты.

Понятия защиты в законе не дано (см., например, ст. 5 УПК РФ). Однако, несомненно, речь в данном случае может идти лишь о защите в уголовном судопроизводстве. В соответствии со ст. 48 Конституции РФ, каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Право на защиту признается и гарантируется общепризнанными принципами и нормами международного права (Устав Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси (принят в Лондоне 8 августа 1945 г.); Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.); Конвенция о защите прав человека и основных свобод ЕТSN005(Рим, 4 ноября 1950 г.); Международный пакт о гражданских и политических правах (принят 16 декабря 1966 г. Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН); Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты в Гаване 27 августа — 7 сентября 1990 г. восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушите-

лями)), а также международными договорами Российской Федерации в качестве одного из основных прав человека и гражданина.

Обеспечение подозреваемому и обвиняемому конституционного права на защиту является важнейшим принципом уголовного судопроизводства. Так, в ст. 16 УПК РФ устанавливается обязанность по обеспечению подозреваемому и обвиняемому права на защиту. Это право в законе связано с оказанием юридической помощи защитником и (или) представителем. В соответствии со ст. 50 УПК РФ защитником признается лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.

Ст. 49 УПК РФ гласит:

«1. Защитник — лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.

2. В качестве защитников участвуют адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката.

3. Защитник участвует в уголовном деле:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2—5 настоящей части;

2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;

3) с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях:

а) предусмотренных статьями 91 и 92 настоящего Кодекса;

б) применения к нему в соответствии со статьей 100 настоящего Кодекса меры пресечения в виде заключения под стражу;

3.1) с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном статьей 223.1 настоящего Кодекса;

4) с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

5) с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления;

§3. Недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты доверителя

б) с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном статьей 144 настоящего Кодекса.

4. Адвокат вступает в уголовное дело в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. С этого момента на адвоката распространяются правила, установленные частью третьей статьи 53 настоящего Кодекса.

4.1. В случае необходимости получения согласия подозреваемого, обвиняемого на участие адвоката в уголовном деле перед вступлением в уголовное дело адвокату предоставляется свидание с подозреваемым, обвиняемым по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

<...>

6. Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого»³⁴⁵.

Как указано выше, защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Подозреваемый, обвиняемый вправе пригласить несколько защитников. По просьбе подозреваемого, обвиняемого участие защитника обеспечивается дознавателем, следователем или судом.

В случае неявки приглашенного защитника в течение пяти суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа — принять меры по назначению защитника в порядке, определенном советом Федеральной палаты адвокатов. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение пяти суток не может принять участие в производстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных п.п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ (обязательное участие защитника).

Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу явка защитника,

³⁴⁵ «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 11 октября 2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 21 октября 2018 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

приглашенного им, невозможна, то дознаватель или следователь принимают меры по назначению защитника в порядке, определенном советом Федеральной палаты адвокатов.

При отказе подозреваемого, обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

Таким образом, по нынешнему закону, адвокат вправе расторгнуть в одностороннем порядке любой договор с доверителем, за исключением договора о принятой на себя защите в уголовном судопроизводстве.

§4. Гонорар или вознаграждение адвоката?

Итак, мы подошли к освещению вопроса о вознаграждении адвокатов за оказываемую юридическую помощь. Вознаграждение, выплачиваемое адвокату доверителем и (или) компенсация адвокату расходов, связанных с исполнением поручения, подлежат обязательному внесению в кассу соответствующего адвокатского образования либо перечислению на расчетный счет адвокатского образования в порядке и сроки, которые предусмотрены соглашением.

Еще в конце XIX в. известный исследователь проблем адвокатуры Е.В. Васьковский, который скептически относился к возможностям гражданско-правового регулирования отношений между адвокатами и их подзащитными, указывал, что вопрос о гонораре принадлежит по общему признанию к числу самых трудных, какие только могут возникнуть при организации адвокатуры³⁴⁶.

Анализируя возможные системы оплаты услуг профессионального адвоката, Е.В. Васьковский указывал, что гонорар может быть: 1) безусловно воспрещен (абсолютная безвозмездность); 2) уплачиваем правительством в виде постоянного жалованья; 3) признан денежным эквивалентом, получаемым адвокатом от клиента за оказанную услугу (эквивалентная возмездность); 4) рассматриваем как добровольный дар, подносимый клиентом сообразно со своими средствами (относительная безвозмездность). Третий случай (эквивалентная возмездность), в свою очередь, распадается на несколько видов, смотря по тому, каким способом определяется размер гонорара. Так, адвокаты могут получать его: а) по соглашению с

³⁴⁶ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры / под ред. П.А. Лупинской. — М., 2005. — С. 81.

клиентами; б) по определению суда; в) по определению совета сословия; г) по таксе; д) по двум или нескольким из этих способов сразу, например по соглашению, исполняемому в некоторых случаях таксой, или определением суда (смешанные системы)³⁴⁷.

Исходя из «правозаступнического» характера деятельности адвоката, Е.В. Васьковский определял адвокатский гонорар как вознаграждение, следующее адвокату с общества и уплачиваемое ему в виде пошлин самим клиентом. Несомненно, адвокат, служа обществу, вправе требовать от него вознаграждения за свои труды. При этом из вышеназванных наиболее подходящей является «относительная безвозмездность» при определении адвокатского гонорара.

В соответствии с положениями Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» предусматривается, что труд адвоката в случае, когда он оказывает помощь в качестве защитника в уголовном процессе по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, оплачивается за счет средств федерального бюджета в размере, устанавливаемом Правительством РФ (п. 2 ч. 8 ст. 25 Закона № 63-ФЗ, ч. 5 ст. 50 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации 2001 г.). Во всех иных случаях размер гонорара адвоката определяется условиями соглашения с клиентом. Соглашением сторон определяются формы (системы) оплаты (почасовая, ежемесячная и т.п.), авансовые платежи, задаток, этапы оплаты и т.п.

При этом Закон № 63-ФЗ не содержит каких-либо критериев, которых должны были бы придерживаться стороны при определении размера вознаграждения адвоката за оказанную правовую помощь. Однако указанные критерии содержатся в Кодексе профессиональной этики адвоката, принятом Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. К ним отнесены, например, объем и сложность дела, предполагаемая продолжительность оказания правовой помощи, опыт и квалификация адвоката, сроки и т.п. Устанавливается и ряд важных правил, которыми адвокат должен руководствоваться при определении гонорара: условие о гонораре не должно ставить под сомнение независимость адвоката; адвокату запрещается делить гонорар, в том числе под видом разделения обязанностей с лицами, не являющимися адвокатами; запрещается принимать какое-либо имущество от доверителя в обеспечение соглашения

³⁴⁷ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры (1893 год) / под ред. П.А. Лупинской. — М., 1997. — С. 82.

о гонораре, за исключением авансового платежа; адвокат не должен ставить себя в долговую зависимость от клиента.

Свобода определять гонорар проистекает, во-первых, из того, что адвокат не имеет другого, помимо осуществления адвокатской деятельности, дохода, что дает ему право самостоятельно устанавливать тарифы на собственные услуги. Юридическая практика должна давать адвокату достаточные средства к существованию. «Если этих средств недостаточно, его независимость ставится под угрозу»³⁴⁸.

Во-вторых, ввиду отсутствия трудового договора адвокат не является наемным работником адвокатского образования, следовательно, не имеет постоянного жалования. Исходя из этого, адвокат сам для себя является работодателем, следовательно, волен самостоятельно устанавливать размер своего дохода.

В-третьих, специфика адвокатской деятельности предполагает определение размера гонорара в зависимости от сложности оказываемой юридической помощи, а также от платежеспособности обратившегося за ней лица. За юридической помощью к адвокатам обращаются лица с разным достатком, и установление единых тарифов (размеров гонорара) явилось бы катастрофическим препятствием для подавляющего большинства из них. «Размер гонорара адвоката, определяемый в разумных пределах и соотносимый с характером услуг адвоката, должен быть заранее известен клиенту в полном объеме»³⁴⁹. Понятие разумных пределов является оценочным, в результате чего четких рамок определения максимальной величины гонорара не существует, да и вряд ли такое определение возможно³⁵⁰.

При этом из поступившего вознаграждения и за счет этого вознаграждения адвокат в соответствии с Законом об адвокатуре обязан отчислять средства на:

- 1) общие нужды адвокатской палаты в размерах и порядке, которые определяются собранием (конференцией) адвокатов;
- 2) содержание соответствующего адвокатского образования;
- 3) страхование профессиональной ответственности;
- 4) иные расходы, связанные с осуществлением адвокатской деятельности.

³⁴⁸ Муллера Р. Независимость адвокатуры // Адвокат. — 1996. — № 11 (ноябрь). — С. 2–6.

³⁴⁹ Пункт 3.4.1 Кодекса поведения европейских юристов (Code of Conduct for European lawyers) от 28 октября 1998 г. (с изм. от 19 мая 2006 г.) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.ccbe.eu> свободный.

³⁵⁰ Дабижа Т.Г. Экономическая самостоятельность адвокатуры – гарантия ее независимости // Адвокатская практика. — 2016. — № 4. — С. 4–9.

Труд адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, оплачивается за счет средств федерального бюджета. Расходы на эти цели учитываются в федеральном законе о федеральном бюджете на очередной год в соответствующей целевой статье расходов. **Размер вознаграждения адвоката**, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, и порядок компенсации адвокату, оказывающему юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно, **устанавливаются Правительством Российской Федерации.**

Размер дополнительного вознаграждения, выплачиваемого за счет средств адвокатской палаты адвокату, участвующему в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению, и порядок выплаты вознаграждения за оказание юридической помощи гражданам Российской Федерации бесплатно устанавливаются ежегодно собранием (конференцией) адвокатов.

Таким образом, изложенное позволяет констатировать, что установленный описанный выше порядок (начиная от заключения соглашений с доверителями и заканчивая вопросами расчетов за оказываемую юридическую помощь) Закон об адвокатской деятельности воплотил в себе результат борьбы адвокатов за свою независимость от исполнительных органов адвокатского сообщества, которые вступали в правоотношения с доверителем адвоката, заключали с ним соглашения об оказании юридических услуг и получали от них гонорары за оказанные адвокатом услуги. Теперь соглашение с доверителем подписывает сам адвокат.

Однако Закон не избежал серьезных пробелов и недоработок в регламентировании и этой сферы адвокатской деятельности. Как и ранее, норма, указанная в ст. 25, очень эластично скрывает характер заработка адвоката. С одной — видимой — стороны, в ней отражается правовая природа заработка адвоката — гонорар от клиента. Но с другой стороны, адвокат получает все-таки не гонорар, а вознаграждение (оплату) за свой труд (оказанные услуги), поступающее из гонорара.

Что это значит, знает каждый адвокат, но мало кто знает из доверителей, выплачивающих довольно солидные гонорары за оказываемую им юридическую помощь.

Из денежных сумм, оплаченных доверителем, не все идет адвокату в качестве гонорара. Значительная часть уходит на административно-хозяйственные расходы (общие нужды) адвокатской палаты, содержание

адвокатского образования, страхование профессиональной ответственности, налоги и иные расходы, связанные с осуществлением адвокатской деятельности.

При этом необходимо учесть, что отчисления на общие нужды адвокатской палаты будут подразумевать «двойную ставку», ибо адвокатская палата сама вынуждена будет отчислять «одну ставку» на общие нужды Федеральной палаты адвокатов (части 1 и 2 ст. 38).

Адвокаты, работающие в филиалах коллегий адвокатов или адвокатских бюро, кроме перечисленных отчислений обязаны также делать отчисления на содержание своего филиала.

Более того, в Законе появилась норма об «иных расходах, связанных с осуществлением адвокатской деятельности», неопределенность и неконкретность содержания которой дает право на неограниченное применение этой нормы органами адвокатского сообщества, поскольку не сказано, на чьи именно «иные расходы» производятся отчисления из вознаграждения адвоката.

Ведь здесь могут подразумеваться расходы как самого адвоката, так и других адвокатов «своего» адвокатского образования либо других адвокатских образований или расходы органов адвокатской палаты, коллегии адвокатов и т.д. Не конкретизируется характер таких расходов, предельный размер отчислений на них из вознаграждения адвоката и т.д.

Таким образом, указанная норма в корне противоречит общим требованиям, предъявляемым к любой законодательной норме и предусматривающим соблюдение критериев определенности, ясности, недвусмысленности, а значит, не соответствует конституционному принципу равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ).

При таком законодательном подходе может оказаться, что из выплаченной доверителем суммы вознаграждения адвокату останется лишь мизерная часть гонорара. Но это произойдет, если в соглашении с доверителем не будет предусмотрена определенная предоплата вознаграждения за работу по делу. Молодые адвокаты порой стесняются договариваться о такой предоплате и в соглашение вписывают лишь суммы по результатам дела, которые не всегда бывают для их доверителей, а значит и для них, благоприятными.

В нынешних судах дела делятся месяцами и годами, что приводит адвокатов к длительному безденежью и абсолютной социальной незащищенности. О такой же незащищенности можно говорить и в тех случаях, когда, например, дело рассмотрено оперативно, но клиент оказывается несостоятельным оплатить юридическую помощь.

§5. Дела «по назначению». Бесплатная юридическая помощь

Важной сферой адвокатского труда и его оплаты являются указанные выше так называемые дела по назначению, или бесплатные дела в связи с освобождением некоторых категорий доверителей от оплаты за оказание юридической помощи.

На этот счет закон устанавливает, что размеры вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия и суда, и порядок компенсации адвокату, оказывающему юридическую помощь гражданам бесплатно, устанавливается Правительством РФ. Расходы на эти цели учитываются в федеральном бюджете в соответствии с федеральным законом о бюджете в соответствующей целевой статье расходов. Однако большими размерами вознаграждений (например, по опыту оплаты некоторым экспертам при даче консультаций или при подготовке проектов документов в государственных и муниципальных структурах, в представительных органах и т.д.) он адвокатов не удивит. Максимум, на что можно надеяться в таких случаях, так это на двойной размер минимальной оплаты труда (до принятия Закона об адвокатуре такая ставка и вовсе равнялась 25 руб. в день, да и она не выплачивалась). Ныне эта сумма тоже не очень большая. В настоящее время действуют, регулируя вопросы порядка и размера возмещения процессуальных издержек и расчета вознаграждения адвоката, следующие акты: Постановление Правительства РФ от 1 декабря 2012 г. № 1240 «О порядке и размере возмещения процессуальных издержек, связанных с производством по уголовному делу, издержек в связи с рассмотрением дела арбитражным судом, гражданского дела, административного дела, а также расходов в связи с выполнением требований Конституционного Суда РФ и о признании утратившими силу некоторых актов Совета Министров РСФСР и Правительства Российской Федерации, а также Приказ Минюста России № 174, Минфина России № 122н от 5 сентября 2012 г. «Об утверждении порядка расчета вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, в зависимости от сложности уголовного дела»³⁵¹.

В разговорах с государственными чиновниками на эту тему можно улышаться такие аргументы: «Не будет же Правительство устанавливать

³⁵¹ Зарегистрирован в Минюсте России 12 сентября 2012 г. № 25446.

размеры оплаты адвокатских услуг выше, чем размеры ставок заработной платы государственным или муниципальным служащим». Зарплата чиновников как раз и предполагается как ориентир в начислении вознаграждения адвокатам за оказанную ими «бесплатную» юридическую помощь.

Однако такой подход будет заведомо несправедливым и порочным по нескольким причинам.

Во-первых, деятельность адвоката — это высокопрофессиональный труд, который характеризуется значительным интеллектуальным потенциалом, нравственным и психологическим напряжением, высокой ответственностью и иными особенностями, не свойственными для труда чиновника. Уже хотя бы потому, что гражданин или организация обращаются не к чиновнику, а к адвокату, видно, насколько различаются эти два совершенно полярных вида деятельности.

Во-вторых, в наше время чиновник помимо сравнительно небольшой заработной платы, получаемой от государства, имеет несопоставимые с ней по размерам иные официальные или неофициальные льготы и привилегии. Например, по данным бывшего начальника управления делами Президента РФ П. Бородина, обслуживание российского министра обходится казне в 200 тыс. долл. США, что в 200 раз превышает доход среднего российского гражданина. Кроме того, не следует сбрасывать со счетов и то, что чиновник «зарабатывает» также на своих связях, влиянии, лоббировании и т.д., не говоря уж о прямых взятках и иных поборах.

В соответствии с п. 1 ст. 48 Конституции РФ каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно. Указанная конституционная норма возлагает на государство обязанность гарантировать оказание гражданам квалифицированной юридической помощи.

Для этого государство обладает огромным аппаратом всевозможных юридических служб (в министерствах, ведомствах, госкомитетах, при всевозможных правительственных и парламентских структурах, при уполномоченных представителях Президента РФ в федеральных округах, при государственных контрольных органах, при правоохранительных органах, в прокуратурах, при губернаторах субъектов Федерации и проч.).

Существовавшая при СССР система приема граждан и консультирования по различным вопросам оказалась полностью разрушенной. Ныне рядовой гражданин практически нигде в государственных органах не может «добиться правды», получить квалифицированную помощь. Вместо этого как на теоретическом уровне, так и в практическом плане государ-

ство пыталось произвести подмену и адресовать реализацию указанной выше конституционной нормы только одной адвокатуре.

Адвокатура, конечно же, никогда не отказывала и не отказывает гражданам в такой помощи и эту свою обязанность считает святой. В то же время в силу малочисленности адвокатского корпуса в России (по сравнению, например, с США, Бразилией и другими странами) нынешняя адвокатура задыхается от обилия работы с малоимущими гражданами, помощь которым никем в нашей стране не оплачивается.

Однако раз уж государство часть своих проблем по оказанию бесплатной юридической помощи для малоимущих граждан и защите граждан «по назначению» взвалило на плечи адвокатуры, и адвокаты, подчиняясь международным нормам и правовым традициям российской адвокатуры, приняли на себя этот груз, необходимо, чтобы такая их работа с малоимущими оценивалась и оплачивалась государством достаточно высоко и не ниже, чем работа адвокатов с имущим классом.

Что же касается реальной стоимости таких услуг, то надо иметь в виду, что право и адвокаты в любой стране — удовольствие слишком дорогое. Если же адвокатура будет работать бесплатно или по мизерным ставкам, которые намерено оплачивать государство, она в скором времени вынуждена будет закрыться, ибо это такая организация, которая живет только за счет гонораров от граждан и организаций. Финансирование адвокатуры осуществляется за счет отчислений денежных средств, зарабатываемых самими адвокатами, а также грантов и благотворительной помощи (пожертвований), поступающих от юридических и физических лиц в порядке, установленном законодательством РФ³⁵². Как сказано выше, государство не платило адвокатам даже тогда, когда по закону они в обязательном порядке участвовали в уголовных процессах по назначению органов дознания, следствия, прокурора и суда.

Независимость адвокатуры от государства в конечном итоге будет способствовать изданию когда-нибудь реального закона об оказании гражданам квалифицированной юридической помощи в порядке ст. 48 Конституции РФ. И вот тогда вполне может быть реализована существовавшая ранее двухзвенная идея такой помощи. Если гражданин не будет удовлетворен бесплатной помощью юридических служб государственных органов, он вправе найти платную, более квалифицированную помощь в лице независимого профессионала из адвокатского объединения.

³⁵² Дабижа Т.Г. Экономическая самостоятельность адвокатуры — гарантия ее независимости // Адвокатская практика. — 2016. — № 4. — С. 4–9.

Действительно, в 2011 г. была предпринята такая попытка. 23 ноября 2011 г. вступил в силу Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»³⁵³, который установил, как основные гарантии реализации права граждан РФ на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи, категории граждан, порядок и случаи ее оказания, а также организационно-правовые основы формирования государственной и негосударственной систем бесплатной юридической помощи. Так, законом установлена многоступенчатая система государственной бесплатной юридической помощи, участниками которой являются федеральные органы исполнительной власти субъектов РФ и подведомственные им учреждения; органы управления государственных внебюджетных фондов; нотариусы и другие субъекты, оказывающие бесплатную юридическую помощь. Они могут наделяться правом участвовать в государственной системе бесплатной юридической помощи в порядке, установленном настоящим Федеральным законом и законами субъектов Российской Федерации (ст. 15).

Характерно, что в США, где больше всего адвокатов, сегодня бесплатная помощь малоимущему населению оказывается не через Американскую ассоциацию адвокатов (ААА), а путем создания государством широкой сети специальных организаций, предназначенных для этой цели. Так, в каждом штате на его содержании имеются адвокаты, которые защищают малоимущих в уголовных судах. Такие «общественные защитники» за средства штатов участвуют в защите большинства людей, обвиненных в серьезных преступлениях. В отношении гражданских дел ситуация складывается более сложная. С конца XIX в. многие города имеют ежегодные программы юридической помощи. Например, нынешнее Общество юридической помощи Нью-Йорка существует с 1876 г. За это время оно расширило сферу своей деятельности. К 1913 г. в его «подчинении» имелось уже около 40 активных обществ по всей стране, и в наше время идет постоянный рост таких организаций, существующих за счет местных или городских бюджетов. Все эти организации объединены в Национальное общество правовой помощи.

Если указанные выше Общества существуют за счет городов и муниципалитетов, то Корпорация юридической помощи при Ведомстве экономического содействия (ВЭС) оплачивается полностью Конгрессом США. Это организация, действующая на федеральном уровне. Она состоит из молодых и ярких адвокатов, объединенных в юридические конторы Корпорации. В 1981 г. Корпорация субсидировала 320 программ

³⁵³ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 324-ФЗ (ред. от 28 ноября 2015 г.) «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

юридической помощи и 1200 местных контор по всей стране. Ею была оплачена работа 5000 адвокатов и 2500 помощников. Общая стоимость содержания таких юридических контор составляла 300 млн долларов в год. «Подчиненность» федеральной общественной организации позволяет адвокатам Корпорации «бороться» за права своих доверителей с городскими властями. Есть и еще одна разновидность адвокатов США — это адвокаты «общественного интереса». Эти юристы представляют «общественность»: людей, желающих сбросить дикие земли Аляски или протестующих против строительства атомных станций. Одни выступают в защиту землеройки и темнолаплого хорька, другие борются за увеличение социальных пособий, третьи — отстаивают жертв дискриминации и пр. Кто оплачивает труд этих адвокатов? Что-то предоставляет правительство, что-то — фонды правовой защиты населения.

Например, проведенной проверкой только в 1973 г. было выявлено 40 фирм, выступавших в защиту «общественного интереса» и содержавшихся за счет благотворительных пожертвований через названный выше и другие подобные фонды (например, Юридический фонд горных штатов в Денвере, Фонд защиты окружающей среды, Фонд защиты свободного предпринимательства, Совет защиты национальных ресурсов и т.д.). Правда, в этой защите «общественных интересов» встречались и казусы, когда две подобные организации, имевшие совершенно противоположные друг другу интересы, «воевали» сами с собой. В среднем эти фирмы имели по десять высокопрофессиональных адвокатов.

Однако с тех пор это количество несколько выросло, и сегодня адвокаты общественного интереса составляют 0,1% от всех практикующих юристов Америки. Несмотря на такую малочисленность и то, что фирмы, с которыми им приходится «воевать» (например, отстаивая экологическую чистоту), имеют в своих штатах сотни юристов из Ассоциации американских адвокатов, эти адвокаты творят чудеса. Они останавливают гигантские предприятия, они отсрочили строительство нефтепровода на Аляске, закрыли атомные электростанции и проекты их строительства, нарушающие первозданную природу. Они заставили правительство корректировать правления в корпорациях или менять программы во многих областях жизни. Они помогли революционизировать законодательство, регулирующее взаимоотношения жильцов и домовладельцев. Они следят за работой десятков учреждений, вызывающих интерес своей работой у общественности. Так организована юридическая помощь в США ³⁵⁴.

³⁵⁴ См.: Лоуренс Фридман. Введение в американское право. М.: Изд. группа «Прогресс», Универс, 1993. — С. 206, 207.

В России же адвокаты вынуждены заниматься практически всеми видами юридической деятельности, в то время как в западных странах эта работа ложится на юристов благотворительных организаций, государственную Корпорацию и местные Общества юридической помощи.

В связи с обсуждаемой проблемой существенное значение имеют указания Основных положений ООН о роли адвокатов (п.п. 1—4): *«Любой человек вправе обратиться за помощью адвоката по своему выбору для подтверждения своих прав и защиты на всех стадиях уголовной процедуры. Правительства должны гарантировать эффективную процедуру и работающий механизм для реального и равного доступа к адвокатам всех лиц, проживающих на его территории и подчиненных его юрисдикции, без разделения расы, цвета кожи, этнического происхождения, пола, языка, религии, политических и иных взглядов, национального или социального происхождения, экономического или иного статуса...*

Правительства должны обеспечить необходимое финансирование и другие ресурсы для юридической помощи бедным и другим несостоятельным людям. Профессиональные ассоциации адвокатов должны сотрудничать в организации и создании условий предоставления такой помощи.

...Для этих целей специальное внимание должно уделяться бедным и другим несостоятельным лицам, так как они сами не в состоянии отстаивать свои права и нуждаются в помощи адвоката».

Из процитированных положений ясно усматривается, что «необходимое финансирование и другие ресурсы» для бесплатной юридической помощи бедным и несостоятельным гражданам должно обеспечить правительство, а уже все остальное делается при взаимном сотрудничестве правительства и адвокатуры (профессиональных ассоциаций адвокатов).

Таким образом, видно, что именно правительство, а не адвокатское образование и не отдельные адвокаты, должно гарантировать эффективную процедуру и работающий механизм для реального и равного доступа к адвокатам всех лиц. А для того чтобы гарантировать эти «процедуру и реальный механизм», их нужно создать.

Перекладыванием же своих функций на адвокатов, как это неоднократно пытались сделать при рассмотрении многочисленных законопроектов об адвокатуре, и усилением контроля за деятельностью адвокатов в этом вопросе задачу бесплатной юридической помощи не решить.

Дальнейшее применение комментируемой нормы о бесплатной юридической помощи в ее дословном толковании будет зависеть от органов и организаций адвокатского сообщества, которые должны дать надлежащее разъяснение и определить порядок участия адвокатов в оказании юридической помощи гражданам на бесплатной основе.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

*Адвокатура во времена равноправия
и во времена бесправия должна быть
всегда независимым институтом.
Адвокат В.И. Сергеев*

История адвокатуры, опыт общественной жизни этой организации за весь период ее существования свидетельствуют о независимом характере как адвокатской деятельности, так и самих адвокатов, какой бы социально-экономический режим в нашей стране ни существовал. Правда, независимый характер — это одно, а реальная независимость — совершенно другое.

А вот этой-то реальной независимости у российской адвокатуры за всю ее историю в большей части и не существовало. Не будем столь восторженно обольщаться прошлым нашей страны и прошлым ее адвокатуры. Вспомним лишь, что после Великой судебной реформы 1864 г., как уже говорилось в настоящем учебнике, вскоре наступили контрреформы, обоснованные теоретическими идеями обер-прокурора Победоносцева. Затем, как и следовало ожидать, в качестве своеобразной ответной меры последовали теракты народников. Затем — революционные брожения, Кровавое воскресенье, николаевская реакция, столыпинские галстуки и вагоны, военно-полевые суды. И наконец, революция и революционные трибуналы, Ленин, Троцкий, Железняк, Дыбенко, Крыленко, Сталин, ленинская гвардия, экспроприация, первые концентрационные лагеря, «окаянные дни», внесудебные расправы, аресты, расстрелы... Затем — гражданская война, военный коммунизм, ЧОНЫ, ГУЛАГи, борьба с кулачеством, с контрреволюцией, коллективизация, индустриализация, борьба с ленинской гвардией, опять внесудебные расправы, аресты, расстрелы, подготовка к новой войне, борьба со шпионами, опять война, военные трибуналы, заградотряды, победа, борьба с победителями, кремлевский переворот, уничтожение Берии, всей сталинской системы. Опять война (теперь уже холодная), ударное строительство так называемого развитого социализма и борьба с инакомыслием (ссылки, высылки, суды, тюрьмы, психушки), укрепление роли партии и пригревшейся на незаконных привилегиях пар-

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

тгосноменклатуры. Падение роли партии и старой номенклатуры, распад Советского Союза.

С этими историческими вехами нашей страны неразрывно связана история адвокатуры. Что она могла предпринять в такой круговерти государственного бандитизма, полнейшего полицейского произвола и беззакония, исходящего от самой власти и ее самых главных верхов? Очевидно, что она должна была выполнять предначертанный ей судьбой и законом профессиональный долг — защиту прав своих доверителей. Это делать адвокатам было очень сложно. Но нужно. Методов борьбы с адвокатами выработано великое множество, начиная от бичевания в своем же коллективе (персональные дела адвокатов — коммунистов и беспартийных, изгнание из своей среды, т.е. лишение куска хлеба), заканчивая возбуждением уголовных дел, ссылками, высылками, объявлениями врагами народа и т.д. Кое-что из этого арсенала не забыто и сегодня.

Понятно, что этот неполитизированный институт (адвокатура) существовал и пока еще существует в абсолютно политизированной структуре нашего государства исключительно лишь потому, что он нужен был самому государству для демонстрации мировому сообществу якобы демократического устройства общества, для изображения большей правдоподобности защиты прав граждан этого государства, чем это существует в реальности. Государство в силу международного контроля обязано иметь адвокатуру, оно не может разогнать ее как правозащитный институт, объявить контрреволюционной организацией, запретить саму защиту людей. В этом дуализм правового положения адвокатуры, ее счастье и ее же беда.

Что же касается внутреннего регулирования деятельности этого института, то тут уж государство не стеснялось в приемах воздействия на отдельных его представителей. Осуществлялось такое воздействие как напрямую, например, через исполнительные органы власти, райкомы и обкомы партии, так и через посаженных в адвокатские структуры своих представителей — председателей президиумов коллегий адвокатов и ведущих юридическими консультациями. Правда, здесь имелось множество исключений, когда адвокаты на своих собраниях решительно отказывались от предлагаемых райкомами партии и исполкома кандидатур на руководящие должности, нередко избирали председателями президиумов беспартийных, а часто отказывались подчиняться решениям партсобраний своих коллегий адвокатов.

Бывший первый секретарь одного из райкомов партии в Москве сетовал однажды в разговоре, что везде в возглавляемом им районе люди

были как люди, с уважением относились к партийной власти и все рекомендации райкома ими всегда принимались к безусловному исполнению. А вот в районной юридической консультации были какие-то анархисты, директивы власти освистывались и принимались в штыки. Поэтому сам он (секретарь), избегая позора, на собрания в этот коллектив никогда не ходил, а посылаемые им сотрудники райкома сидели на собраниях в юридической консультации тихо, как мышки, дабы не быть освистанными. Интересно, что и в президиуме Московской коллегии адвокатов не особенно-то жаловали этого секретаря, помня, как когда-то он попытался было через президиум «повоздействовать» на ретивого заведующего «своей» юридической консультации.

Основной заслугой адвокатуры и ее отдельных представителей считается то, что она все-таки сохранила дух вольнодумства, сострадание к униженным и оскорбленным властью, свое понимание высокого предназначения единственного профессионального защитника маленького и забитого властью человека. При этом изначально в слове «право» она видела не волю правящего класса, возведенную в закон и реализуемую силовыми методами, а истинное право человека, данное ему от природы, на нормальное существование, жизнь, работу, жилище, образование и т.д. У адвокатуры как профессионального института и сегодня еще остался высокий лимит доверия, поскольку в ней был сохранен истинный дух либерализма начала прошлого века. *«Адвокатам просто повезло, — считает М.Ю. Барщевский, — что прежние власти вольнодумство у них не столь сильно вытравливали, как это было сделано, например, с писателями».*

Однако наступившие перемены в стране не лучшим образом повлияли на адвокатуру. Конец XX в. нашей истории оказался как две капли воды похожим на американскую модель начала того же века с его жесточайшими законами выживания и номенклатурного беспутства. Вспомним Марка Твена: «Америка — это нация без ярко выраженного криминального класса, за исключением, может быть, Конгресса». Как известно, к сегодняшнему дню ситуация изменилась, причем кардинально, и не в лучшую сторону. Америка стала и достаточно криминализованной страной, и еще более коррумпированной, чем это было прежде (и не только в Конгрессе). К сожалению, Россия избрала не европейский путь «рыночного социализма» (Швеция, Норвегия, Финляндия, Дания и пр.) со всеми сопутствующими ему правами человека и достоинствами личности, а американский путь.

Однако адвокатура — это не политическая организация, не партия, не движение, не общественное объединение, и участвовать в политических баталиях — не ее миссия. Адвокатура — это профессиональная органи-

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

зация, созданная для оказания квалифицированной юридической помощи гражданам и организациям. В этих словах заключено очень многое. И самое главное то, что закон ориентирует адвокатскую деятельность на оказание именно квалифицированной юридической помощи, а не просто юридической помощи как таковой.

Квалифицированная юридическая помощь — это не просто разъяснение закона, написание ходатайства и заявления в интересах своего доверителя. Это гораздо большее. Это война за своего клиента, война, несмотря ни на что. **Но война не безрассудная и глупая, не показная шумиха и рекламная кампания. Это методическая, интеллектуальная, многоэшелонированная и ведущаяся по всем правилам военного искусства битва с превосходящим вдвое, втрое, вдесятеро противником — с государством и его коррумпированным чиновничеством. В этой битве основным содержанием должны быть права, и только права человека и гражданина. Битва за права — вот то основное, что отличает адвокатскую деятельность от всех других.**

Более того, это битва не одиночек, а всей корпорации, когда корпорация силой своего авторитета должна показывать власти, что принимаемые ею законы — это не законы нулевого действия, а активно применяемые государственные акты. К сожалению, пока такой корпоративной силы адвокатское сообщество еще не проявило. А потому и отдельные адвокаты — в смятении.

Многие из них, столкнувшись с реальными фактами российской действительности, отказались от активной защитительной деятельности и, как говорят военные, перешли от наступательной позиции к глубокой позиционной обороне: не ввязываются в серьезные скандалы с властью, не спорят, не требуют для своих подзащитных соблюдения всех установленных законами мер обеспечения процессуального порядка, не требуют отводов следователей, судей, не обжалуют промежуточные решения, не добиваются приема у вышестоящих начальников...

Другие ушли в полутень и занимаются только обслуживанием корпоративных интересов (договорная работа, сопровождение сделок и т.д.), стараясь ничем не навлекать беду на своих клиентов, порой «замасливая» государственных и муниципальных чиновников, служащих правоохранительных органов, судей.

Третьи вообще не имеют никаких клиентов и не знают, на что им жить дальше, чем заниматься и какую работу выполнять. Изредка берутся за любые дела, оставаясь при этом без гонораров и вознаграждений или получая за свой труд гроши.

Отчего же такая апатия, крайняя неуверенность в своих силах, робость? И это-то в условиях, когда только адвокат может сказать всю правду и прокурору, и суду, и чиновнику; когда только адвокат может умело и профессионально показать всю несостоятельность занятой своим процессуальным противником позиции и дать правовое направление защите интересов конкретного человека!

Подобное положение дел связано с тем, что адвокатский корпус, моральная и нравственная сила адвокатской корпорации, не без участия, конечно же, государства, начинает постепенно расслаиваться. В нем появилась несменяемая элита, «верхи», и остались «низы», которые ранее у «верхов» могли найти поддержку, действия которых одобрялись «верхами»; положительный опыт борьбы за права доводился до сведения других адвокатов, и тем самым адвокаты получали импульсы новой энергии в своей деятельности. На наш взгляд, придание нынешнему адвокатскому сообществу некоторых черт, характерных для государственной власти, особенно структурированности адвокатуры по типу «вертикали власти», постепенно приводит к дальнейшему разобщению единства в адвокатском корпусе. Порождает начальников и подчиненных. А подчиненных со временем будет легче прижать, заткнуть им рты, будет легче игнорировать их законные требования по защите прав людей.

Вызывает опасение и продвижение некоторых адвокатов во властные и политические структуры. Если, например, политическая и государственная власть признает адвоката членом своей команды, то, полагаем, быть в оппозиции, даже в духовной и нравственной, к тому, что эта команда делает, будет не только непросто, а невозможно. В таком случае и защите уже рядовому гражданину, пострадавшему от этой власти, будет найти весьма проблематично. Нельзя допускать власть и к формированию адвокатских структур, выборам в них адвокатов-руководителей.

Такая психологическая обстановка формирования адвокатуры, когда имеют место игнорирование правоохранительными органами требований новых процессуальных законов, неприкрытый саботаж в выполнении УПК РФ, неизвестность относительно ГПК РФ, (но предвидится и его нелегкая судьба), не лучшим образом сказывается на инициации активности адвокатов. Во всяком случае, в судах часто как работали по старинке, нарушая процессуальные нормы, так и продолжают работать в том же духе. Из бесед с очень многими адвокатами из регионов известно, что там формирование руководящих органов адвокатских палат происходило при навязанных адвокатам властью кандидатурах. Адвокаты в большинстве своем проявляли молчаливое равнодушие к своей бу-

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

душей судьбе. Так же происходит формирование и адвокатских образований — коллегий адвокатов.

Большое значение для обеспечения независимости адвокатуры имеют положения Закона об адвокатуре, а также Основные положения о роли адвокатов, принятые VIII Конгрессом ООН в августе 1990 г., которые говорят о том, что адвокатам самим (без вмешательства государства) должно быть предоставлено право формировать самоуправляемые ассоциации для представительства их интересов, постоянной учебы, переподготовки и поддержания их профессионального уровня. Исполнительные же органы профессиональных ассоциаций избираются их членами и осуществляют свои функции без внешнего вмешательства. И именно в этом должно быть главное их предназначение.

То, что происходит сегодня в адвокатском сообществе, нельзя отрывать от контекста всей российской действительности. Идущий процесс хаотического блуждания адвокатов в потемках собственной теории был неизбежен и необходим. Этот этап завершился принятием совершенно нового и по концепции, и по организационно-правовому устройству Закона об адвокатуре. Сейчас очень важно, чтобы общие принципы адвокатской деятельности, деятельности руководящих органов адвокатуры оказались реализованными в интересах самих адвокатов, в интересах их независимости и корпоративности, в интересах всего гражданского общества в целом, а не в интересах тех, кто хочет опять навязать ей хозяина в лице государственного чиновника и плутократа. Пока адвокатуре удастся «оставаться на плаву» и не поддаваться бурным противодействующим течениям. Но делать это становится все труднее и труднее.

Только независимая адвокатура сможет выполнять свою миссию поддержки российских граждан в отстаивании их интересов и в беспощадной борьбе за их права с чиновничьим произволом.

Авторы учебника старались раскрыть основные моменты и проблемы истории становления и развития адвокатуры в нашей стране, истинное состояние дел во всех сферах адвокатской деятельности в современной России, гуманистическую сущность адвокатуры, определяемую ее основной задачей — защитой прав конкретного человека, остающейся неизменной во всех исторических условиях.

СПИСОК НАИБОЛЕЕ ИСПОЛЬЗУЕМЫХ АДВОКАТАМИ И СТУДЕНТАМИ ИСТОЧНИКОВ ПО КУРСУ «АДВОКАТУРА»

Основные

1. Конституция Российской Федерации.
2. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Адвокатская практика. — 2002. — № 3. — Ст. 35—48.
3. Основные положения о роли адвоката, принятые на IX конгрессе ООН, по предупреждению преступлений (август 1990 г., Нью-Йорк) // Советская юстиция. — 1990. — № 20.

Нормативные акты Федеральной палаты адвокатов

4. Кодекс профессиональной этики адвоката.
5. Примерное положение о помощнике адвоката.
6. Примерное положение о стажере адвоката и порядке прохождения стажировки.
7. Положение о мерах, основаниях и порядке поощрения Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации.
8. Рекомендации «По обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности».
9. Методические рекомендации «По реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».
10. Меры по защите профессиональных прав адвокатов (Пособие для адвокатов).
11. Положение о порядке сдачи квалификационного экзамена на присвоение статуса адвоката.
12. Перечень вопросов для включения в экзаменационные билеты при приеме квалификационного экзамена от лиц, претендующих на присвоение статуса адвоката.

Учебники, учебные пособия, монографии, книги

13. Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Бурбина. — М.: Юстина, 2003.

Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»

14. *Мельниченко Р.Г.* Адвокатура: учебное пособие. — М.: ИТК «Дашков и К», 2009.
15. *Смирнов В.Н., Смыкалин А.С.* Адвокатура и адвокатская деятельность: Учебное пособие. — М.: Проспект, 2010.
16. *Бойков А.Д., Капинус Н.И., Тарло Е.Г.* Адвокатура в России. — М.: Камерон, 2010.
17. *Кучерена А.Г.* Адвокатура в условиях судебно-правовой реформы в Российской Федерации: Монография. — М.: Юркомпания, 2009.
18. Адвокатура. Государство. Общество: Сборник материалов IV Всероссийской научно-практической конференции. — М.: ФПА. ООО ИД «Новый учебник», 2007.
19. *Бойков А.Д.* Третья власть. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990–1996 гг. — М., 1997.
20. Доступность квалифицированной юридической помощи (материалы исследования). — М: Изд-во «Юрист», 2009.
21. *Мирза Л.С.* Доступ к правосудию (уголовно-процессуальные аспекты): Монография. — М.: Изд-во «Юрист», 2009.
22. *Грудцына Л.Ю.* Адвокатская деятельность и адвокатура в России: Курс лекций — 2-е изд. — М.: Эксмо, 2008.
23. *Кипнис Н.М., Михайлова Л.П., Лукьянова И.Н.* и др. Адвокат: навыки профессионального мастерства / под ред. Л.А. Воскобитовой, В.А. Воскобитовой. — М.: ВолтерсКлувер, 2006.
24. *Смоленский М.Б.* Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. — (Сер. «Высшее образование»). — Ростов-н/Д: Феникс, 2005.
25. *Власов А.А., Куксин И.Н.* Адвокат в судопроизводстве: Краткий учебный курс — (Сер. «Краткие учебные курсы юридических наук»). — М.: НОРМА — ИНФРА-М, 2005.
26. *Семеняко Е.В., Трунов И.Л., Кутафин О.Е.* и др. Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. — Ч. I и II / под ред. И.Л. Трунова. — (Сер. «Российское юридическое образование»). — М.: Эксмо, 2007.
27. *Стешенко Л.А., Шамба Т.М.* Адвокатура в Российской Федерации: Учебник для вузов. — М.: Норма, 2005.
28. *Вайпан В.А.* Настольная книга адвоката. Постатейный комментарий к Федеральному закону об адвокатской деятельности и адвокатуре. Нормативно-методические материалы. — М.: Юстицинформ, 2006.
29. *Вайпан В.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». — М.: ИД Юстицинформ, 2003.

30. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. — Тула, 2000.
31. *Барщевский М.Ю.* Организационная деятельность адвокатуры. — М.: Профобразование, 2000.
32. *Барщевский М.Ю.* Адвокатская этика. — М., 2002.
33. *Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В.* Теория адвокатуры. — М., 2002.
34. *Галоганов А.П.* Адвокатура России сегодня // Российская юстиция. — 2000. — № 9. — С. 30.
35. *Гессен И.В.* Адвокатура, общество и государство (1864—1914) // История русской адвокатуры. — М., 1997. — Т. 1.
36. *Гаррис Р.* Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел — Тула: Автограф, 2001.
37. Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики // под ред. проф. Ф.М. Рудинского. — Волгоград, 2004.
38. *Зашляпин Л.А.* Основные теории эффективной адвокатской деятельности. Прелимитарный аспект. — Екатеринбург: Изд-во Уральского государственного университета, 2006.
39. Адвокатская деятельность и адвокатура. Сборник нормативных актов и документов / под общ. ред. президента Федеральной палаты адвокатов Е.В. Семеняко и первого вице-президента ФПА Ю.С. Пилипенко. — М., Юристь, 2005.
40. *Коробейник С.А., Сергеев В.И.* Адвокатская этика — основа основ адвокатской профессии // Адвокатская практика. — 2002. — № 4. — С. 31—39.
41. *Кони А.Ф.* Отцы и дети судебной реформы. — М., 1914.
42. *Коряковцев В.В., Питулько К.В.* Руководство адвоката по уголовным делам. — М.: Питер, 2006.
43. *Краев Н.В.* Защита от произвола. Как обжаловать незаконные решения государственных органов и их должностных лиц. — Киров, 1998.
44. *Лубшев Ю.Ф.* Адвокат в уголовном деле / под ред. И.Б. Мартковича. — М.: Юристь, 1997.
45. *Лубшев Ю.Ф.* Адвокатура в России. Учебник для студентов высших учебных заведений. — 2-е изд., испр. — М., 2002.
46. *Мирзоев Г.Б.* Юридическая защита предпринимательства в России // Закон и право. — М.: Юнити, 1997.
47. *Мирзоев Г.Б.* Презумпция справедливости. Записки адвоката. — М.: Юнити, 2003.
48. *Резник Г.М.* О проблемах российской адвокатуры. Основа профессии — это доверительные отношения адвоката и клиента // Закон. — 2007. — № 12. — С. 5—10.

Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»

49. *Баренбойм П., Резник Г., Мозолин В.* Правовая реформа XXI века и адвокатура. — М.: Юстицинформ, 2007.
50. *Сергейч П.С.* Искусство речи на суде. — М., 1988.
51. *Сергейч П.С.* Уголовная защита. — СПб., 1913.
52. *Сергеев В.И.* Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: ИГ Юрист, 2002.
53. *Сергеев В.И.* Адвокат и адвокатура. — М.: Юнити, 2003.
54. *Сергеев В.И.* Проблемы правоприменения Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Адвокатская практика. — 2002. — № 5–6. — С. 2–15, 2–14.
55. *Сергеев В.И.* Комментарий к Положению об адвокатуре. — М., 2001.
56. *Сергеев В.И.* Независимость адвокатуры: концепция и реальность // Адвокатские вести. — 2002. — № 10–11. — С. 4–7, 16–20.
57. Адвокат в уголовном процессе // под ред. В.И. Сергеева. — М., Юнити. 2004.
58. *Сергеев В.И.* Такая странная взятка. Судебные речи адвоката. — М., 1998.
59. *Сергеев В.И.* Проблемы становления российской адвокатуры в условиях капиталистического развития государства // Закон. — 2007. — № 12. — С. 13–20.
60. *Стецовский Ю.И.* Исторический очерк формирования адвокатуры в России: Монография. — М., 2001.
61. *Стецовский Ю.И.* Адвокатура в России: истоки, традиции, современность. — М., 2002.
62. *Шаров Г.К.* Ответственность адвокатов за вред, причиненный ненадлежащим исполнением профессиональных обязанностей // Закон. — 2007. — № 12. — С. 29–33.
63. *Бардин Л.Н.* К вопросу о страховании профессиональной деятельности адвоката // Закон. — 2007. — № 12. — С. 45–48.

Дополнительные

64. Устав ООН.
65. Всеобщая Декларация о Правах человека.
66. Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты VIII Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.).
67. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г. с изменениями и дополнениями от 21 сентября 1970 г., 20 де-

кабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 25 марта 1992 г., 11 мая 1994 г.).

68. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утвержден Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 43/173 от 9 декабря 1988 г.).

69. Рекомендация Комитета Министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. № R (81) 7 «Комитет Министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию».

70. Рекомендация Комитета Министров Совета Европы от 28 июня 1985 г. № R (85) 11 «Комитет Министров — государствам-членам относительно положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса».

71. Минимальные стандартные правила обращения с заключенными (приняты Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 30 августа 1955 г., одобрены Экономическим и Социальным Советом на 994-м пленарном заседании 31 июля 1957 г.).

72. Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/33 от 10 декабря 1985 г.).

73. Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.).

74. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 1996 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Свинцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина».

75. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова».

76. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой 1 статьи 47 и части 2 статьи 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина Маслова В.И.».

77. Определение Конституционного Суда РФ от 6 июля 2000 г. № 128-О «По жалобе гражданина Паршуткина В.В. на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 части 2 статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР».

Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»

78. Определение Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционности положений статей 116, 211, 218, 219, 220 УПК РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда РФ и жалобами ряда граждан».

79. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия».

80. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 9 «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных».

81. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 апреля 1987 г. № 1 в ред. от 21 декабря 1993 г. «Об обеспечении всесторонности, полноты и объективности рассмотрения уголовных дел».

82. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24 мая 1994 г. «Право на защиту должно быть обеспечено обвиняемому на всех стадиях судебного процесса».

83. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 10 марта 1999 г. «Следователь должен согласовать с обвиняемым замену адвоката».

84. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 26 марта 1997 г. «Суд обоснованно возвратил дело на дополнительное расследование в связи с нарушением прав обвиняемого и его защитника на ознакомление со всеми материалами дела».

85. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 13 августа 1996 г. «Отказ в удовлетворении ходатайства обвиняемого о допуске к участию в деле выбранного им адвоката признан судом нарушением Конституции РФ и статей 47–48 УПК РСФСР».

86. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 29 июля 1996 г. «Отказ подсудимого от защитника возможен лишь при реальном обеспечении судом участия адвоката в судебном заседании».

87. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 24 июля 1996 г.

88. «Судья, удовлетворяя частично заявление адвоката о выплате гонорара за осуществление защиты осужденного в порядке статьи 49 УПК РСФСР, должен указать в постановлении мотивы отказа во взыскании всей суммы гонорара».

89. Определение Кассационной палаты Верховного Суда РФ от 26 апреля 1994 г. «Согласие обвиняемого на ознакомление с материалами дела без участия защитника в связи с его неявкой не может рассматриваться как добровольный отказ обвиняемого от защитника. Участие защитника обязательно по делам, которые могут быть рассмотрены судом присяжных».

90. Постановление президиума Волгоградского областного суда от 20 февраля 1995 г. «Если обвиняемый отказался от адвоката ввиду отсутствия средств на оплату его труда, органы предварительного следствия и суд обязаны обеспечить его защитником за счет государства».
91. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр-на Маслова В.И.
92. Положение об адвокатуре в РСФСР, утвержденное Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г. // ВВС. — 1980. — № 48. — Ст. 1596.
93. Декрет о суде № 1 // СУ РСФСР. — 1917. — № 4. — Ст. 50.
94. Декрет о суде № 2 // СУ РСФСР. — 1918. — № 26. — Ст. 420.
95. Положение о народном суде РСФСР от 30 ноября 1918 г. // СУ РСФСР. — 1918. — № 85. — Ст. 889.
96. Инструкция об организации обвинения и защиты на суде, утвержденная постановлением НКЮ от 23 ноября 1920 г. // СУ РСФСР. — 1920. — № 100. — Ст. 543.
97. УПК РСФСР 1922 г. // СУ РСФСР. — 1922. — № 306. — Ст. 424.
98. УПК РСФСР 1923 г. // СУ РСФСР. — 1923. — № 37. — Ст. 106.
99. УПК РСФСР 1961 г.
100. УПК РФ 2002 г. (с посл. изм.).
101. ГПК РФ 2002 г. (с посл. изм.).
102. *Алексеев Н.С., Макарова З.В.* Ораторское искусство в суде. — Л., 1989.
103. *Адамов Е.А.* Выдающиеся ораторы древнего мира и средних веков. — М., 1961.
104. *Арсеньев К.К.* Заметки о русской адвокатуре. — СПб., 1875.
105. *Ария С.Л.* Судебные речи. — М., 1993.
106. *Ватман Д.П., Елизаров В.Ф.* Адвокат в гражданском процессе. — М., 1969.
107. *Ватман Д.П.* Адвокатская этика. — М., 1997.
108. *Васьковский Е.* Организация адвокатуры. — СПб., 1893.
109. *Васьковский Е.* Основные вопросы адвокатской этики. — М., 1905.
110. Вопросы адвокатуры за 2000—2002 гг.
111. *Владимиров Л.Е.* Пособие для уголовной защиты. — СПб., 1911.
112. *Гармаев Ю.П.* Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. — М., Экзамен. 2005.
113. *Годунов И.В.* Организованная преступность — знамение века или чума современности. — М., 2002.
114. *Девликамов А.А.* Слуга Фемиды и Гермеса. — М., 2004.

Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»

115. *Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия. Право и практика. — Пер. с англ. — М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 1998.

116. *Кучерена А.Г.* Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России. — М.: Пенаты, 2002.

117. *Никитин Н.В.* Преступный мир и его защитники. — М.: Эксмо, 2002.

118. Милицейский беспредел. Как от него защититься? — М.: ИД «Собеседник», 2009.

119. *Ивакина Н.Н.* Профессиональная речь юриста. — М., 1997.

120. *Петрухин И.Л.* Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). — М.: Юристь, 1999.

121. *Питулько К.В., Коряковцев В.В.* Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». — М.: Питер, 2002.

122. *Полянский Н.Н.* Правда и ложь в уголовной защите. — М., 1927.

123. *Плевако Ф.Н.* Избранные речи. — М., 1993.

124. Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века / сост. И. Потанчук. — Тула, 1997.

125. Речи советских адвокатов по уголовным делам. — М., 1975.

126. Речи известных русских юристов / сост. П.М. Захаров, Е.П. Черкашина. — М., 1985.

127. *Сергеев В.И.* Адвокат и юридическая служба предприятия: опыт практического взаимодействия // Право и экономика. — 1999. — № 11. — С. 82–88.

128. *Сергеев В.И.* Адвокат на переговорах: о внесудебных способах защиты предпринимателей и юридическом обеспечении споров по хозяйственным договорам // Право и экономика. — 1999. — № 10. — С. 70–75.

129. *Сергеев В.И.* Кому нужна необразованная Россия? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9343.html>.

130. *Сергеев В.И.* Залог успешной работы адвоката — наличие честного и справедливого суда. Проблемные вопросы судебной адвокатуры в России. «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9447.html>.

131. *Сергеев В.И.* Отживший ли концепт «объективная истина»? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9667.html>.

132. *Сергеев В.И.* Правовое государство, или Царство абсурда? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9720.html>.

133. *Стецовский Ю.И.* Право на свободу и личную неприкосновенность. Нормы и действительность. — М.: Дело, 2000.

134. Судебные речи известных русских адвокатов. — М., 1996.
135. Уголовный процесс: Учебник / под ред. К.Ф. Гуценко. — 4-е изд., перераб. и доп. — М., 2000.
136. Черкасова Н.В. Становление института защиты в суде (1918—1921 гг.) // Из истории советского государства и права: Сб. науч. ст. — М.: ИГП АН СССР, 1989.
137. *Чистяков О.И.* Российское законодательство X—XX веков. — М., 1991. — Т. 8.
138. *Уильям Бернам.* Правовая система Соединенных Штатов Америки. — М.: РИО «Новая юстиция», 2006.

УЧЕБНОЕ ИЗДАНИЕ
EDUCATIONAL EDITION

АДВОКАТУРА В РОССИИ

Учебник для вузов

Под общей редакцией доктора юридических наук,
профессора В.И. Сергеева

5-е издание, переработанное и дополненное

ADVOCACY IN RUSSIA

Textbook

Edited by V.I. Sergeyev

5th edition, revised and expanded

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»

юридическая, экономическая и деловая литература;
журналы «Право и экономика», «Вестник арбитражной практики»,
«Журнал предпринимательского и корпоративного права»

«YUSTITSINFORM» PUBLISHING HOUSE

«Law and economics», «Bulletin of arbitration practice»,
«Journal of entrepreneurship and Corporate Law» magazines

Главный редактор В.А. Вайпан

Chief editor V.A. Vaypan

Генеральный директор В.В. Прошин

CEO V.V. Proshin

Подписано в печать 12.12.2018.

Формат 70x100/16. Бумага офсетная. Печ. л. 44,2. Тираж 500 шт.

Signed in print 12.12.2018.

Format 70x100/16. Offset paper. 44,2 printer's sheets. Print run: 500 copies.

Юстицинформ

119607, г. Москва, ул. Лобачевского, 94, оф. 7. Тел.: (495) 232-12-42

Yustitsinform

119607, Moscow, Lobachevskogo str., 94, office 7. Phone number: (495) 232-12-42