

МОСКОВСКИЙ
ГУМАНИТАРНО-ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
ИНСТИТУТ

АДВОКАТУРА В РОССИИ

УЧЕБНИК ДЛЯ ВУЗОВ

ПОД ОБЩЕЙ РЕДАКЦИЕЙ
доктора юридических наук, профессора
В. И. СЕРГЕЕВА

Издание четвертое,
переработанное и дополненное

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2011

УДК 347.965(470)

ББК 67.75я73

A28

**Учебник награжден медалью
Лауреата конкурса «Профессиональный учебник»
на XVII Московской международной книжной ярмарке**

Рецензенты:

1—3-го изданий: докт. юрид. наук, проф. Мирзоев Г.Б.

докт. юрид. наук, проф. Писарев А.Н.

4-го издания: докт. юрид. наук, проф. Фоков А.П.

канд. юрид. наук, проф. Савин Н.А.

Адвокатура в России: Учебник для вузов / под ред. д.ю.н., проф.
A28 В.И. Сергеева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юстицинформ, 2011.
— 1008 с. — (Серия «Образование»).

ISBN 978-5-7205-1086-2.

Учебник «Адвокатура в России» издается с 2002 г. За это время он выдержал четыре издания, стал Лауреатом конкурса «Лучший учебник», завоевал заслуженный авторитет в высшей школе, у преподавателей и студентов российских вузов. Настоящее, 4-е издание, написано действующими профессионалами научного, адвокатского и судейского сообщества России. Оно отличается свободным юридическим языком и нестандартным стилем изложения, обилием примеров из судебной и адвокатской практики, большим наполнением учебного и методического материала. Отличительной особенностью учебника является его этический и воспитательный компонент. По сравнению с предыдущими изданиями в нем учтены имевшиеся пробелы в практическом освоении «пространства адвокатской деятельности», даны более свежие представления в этой сфере их применения. Издание подготовлено на основе как сложившегося многолетнего опыта преподавания данного курса в вузах страны, так и многочисленных предложений по его совершенствованию, поступивших от действующих адвокатов, их стажеров, профессорско-преподавательского состава, студентов и аспирантов вузов.

Учебник предназначен для юридических факультетов и вузов, в которых преподается указанная выше учебная дисциплина. Он может быть использован и действующими адвокатами в качестве методического пособия по подготовке к ведению дел или при организации учебы молодых юристов, начинающих адвокатскую деятельность. Книга рассчитана также на широкий круг лиц, интересующихся вопросами адвокатской деятельности или осуществляющих самостоятельную защиту в российских судах и правоохранительных органах.

УДК 347.965(470)

ББК 67.75я73

ISBN 978-5-7205-1086-2

© Юридический Дом «Юстицинформ», 2011

Авторский коллектив

Сергеев В.И., адвокат (Центральная коллегия адвокатов города Москвы), докт. юрид. наук, профессор, член Российской академии юридических наук, Почетный адвокат России — предисловие, гл. 1—4, 13, 15 (в соавторстве), 16, 18, 19, 22 (в соавторстве), 23, 24, заключение, приложения № 1, 2 (в соавторстве), 2, 3, 5. Руководитель авторского коллектива.

Вайпан В.А., адвокат (Адвокатская палата города Москвы), главный редактор журнала «Право и экономика», руководитель сектора научных договорных работ Юридического факультета МГУ, канд. юрид. наук, Почетный юрист города Москвы — гл. 5, 6, 7.

Колоколов Н.А., профессор кафедры судебной власти и организации правосудия Государственного университета — Высшая школа экономики, судья Верховного Суда РФ в отставке, докт. юрид. наук, профессор — гл. 10.

Колоколова Э.Е., доцент Курского института государственной и муниципальной службы, канд. юрид. наук — гл. 12 (в соавторстве).

Исаенкова О.В., директор ЮИПА ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», зав. кафедрой гражданского процесса, член экспертно-консультативного совета при Комитете Совета Федерации Федерального собрания Российской Федерации по гражданскому праву, гражданско-процессуальному праву, арбитражно-процессуальному праву и исполнительному производству, докт. юрид. наук, профессор — гл. 12 (в соавторстве), гл. 21.

Мартыничик Е.Г., профессор Курского государственного технического университета, докт. юрид. наук, профессор — гл. 11 (в соавторстве), гл. 14.

Смоленский М.Б., адвокат (Адвокатская палата Ростовской области), проф. кафедры «Теория государства и права» РГЭУ, канд. юрид. наук, докт. социологических наук, профессор — гл. 8, 9.

Балашов А.Н., доцент кафедры гражданского процесса ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», канд. юрид. наук, доцент — гл. 17.

Рябинина Т.К., канд. юрид. наук, профессор, Заслуженный юрист РФ, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета (г. Курск) — гл. 11 (в соавторстве), гл. 15 (в соавторстве), гл. 22 (в соавторстве), приложение № 4 (в соавторстве).

Чеботарева И.Н., канд. юрид. наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Курского Юго-Западного государственного университета (г. Курск) — гл. 11 (в соавторстве), гл. 13 (в соавторстве), гл. 20 (в соавторстве), гл. 22 (в соавторстве), приложения № 2 (в соавторстве), № 4 (в соавторстве).

Ревина И.В., канд. юрид. наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета (г. Курск) — гл. 11 (в соавторстве), гл. 13 (в соавторстве), гл. 20 (в соавторстве), приложение № 2 (в соавторстве).

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	13
ГЛАВА 1. Преподавание учебной дисциплины «Адвокатура в России». Предмет и метод учебной дисциплины	23
ГЛАВА 2. Адвокатура — институт гражданского общества. Ее задачи и значение	38
§1. Понятие адвокатуры	39
§2. Адвокатура — институт гражданского общества.....	41
§3. Право как гуманистическое явление и его защита.....	48
§4. Принципы деятельности адвокатуры	51
§5. Правовые основы организации и деятельности адвокатуры	52
ГЛАВА 3. Возникновение и развитие адвокатуры в России	59
§1. Адвокатура в дореформенный период	59
§2. Судебная реформа XIX в. Создание адвокатуры нового типа	63
§3. Контрреформы. Попытки уничтожения независимости русской адвокатуры	70
§4. Ликвидация русской адвокатуры присяжных поверенных.....	72
§5. Адвокатура в период слома перехода России к рыночным отношениям	80
ГЛАВА 4. Адвокатура и государство — взаимодействие в обеспечении прав и свобод граждан. Свобода и независимость адвокатской деятельности	82
§1. Позитивные перемены в законодательном регулировании адвокатской деятельности.....	82
§2. Предпосылки независимости адвокатуры	92
§3. Министерство юстиции и адвокатура	101

ГЛАВА 5. Адвокатская деятельность и ее виды	112
§1. Понятие и признаки адвокатской деятельности.....	112
§2. Виды адвокатской деятельности	117
ГЛАВА 6. Статус адвоката	121
§1. Понятие «адвокат».....	121
§2. Полномочия адвоката.....	122
§3. Обязанности адвоката.....	128
§4. Адвокатская тайна.....	131
§5. Приобретение статуса адвоката.....	134
§6. Квалификационный экзамен	136
§7. Присвоение статуса адвоката	139
§8. Приостановление статуса адвоката.....	145
§9. Прекращение статуса адвоката	152
ГЛАВА 7. Организация адвокатской деятельности.....	164
§1. Адвокатская палата как основное звено организационного строения адвокатуры	164
§2. Совет адвокатской палаты	169
§3. Формы адвокатских образований	171
§4. Адвокатский кабинет.....	173
§5. Коллегия адвокатов.....	177
§6. Адвокатское бюро	200
§7. Юридическая консультация.....	206
ГЛАВА 8. Адвокат в процессе производства по делам об административных правонарушениях	214
§1. Административные правонарушения	214
§2. Участие адвоката в процессе производства по делам об административных правонарушениях	217
§3. Обжалование постановлений об административном правонарушении	223

ГЛАВА 9. Участие адвоката в Конституционном Суде	226
§1. Конституционное судопроизводство	226
§2. Подготовка слушания дела в Конституционном Суде РФ и задачи адвоката на этом этапе	229
§3. Сроки подачи обращения в Конституционный Суд РФ	230
§4. Требования к тексту обращения в Конституционный Суд	232
§5. Судебное разбирательство в Конституционном Суде РФ	234
ГЛАВА 10. Участие адвоката в судебно-контрольном производстве в стадии предварительного расследования: организация защиты, юридическое представительство. Понятие, виды, формы и режимы, цели и пределы судебного контроля на досудебных этапах уголовного процесса	237
§1. Сущность, цели и задачи оперативного судебного контроля в современном уголовном процессе	237
§2. Заключение под стражу: алгоритм процессуальных действий	242
§3. Продление срока содержания под стражей: алгоритм процессуальных действий	275
§4. Содержание обвиняемых под стражей на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования	295
§5. Продление срока содержания под стражей в судебных стадиях	296
§6. Временное отстранение подозреваемого, обвиняемого от должности: алгоритм судебно-контрольного действия	321
§7. Алгоритм получение разрешения на производство следственных действий	325
§8. Обжалование в суд решений и действий (бездействия) органов предварительного расследования и прокуроров	333
§9. Ограничение органами предварительного расследования права участников уголовного судопроизводства на ознакомление с материалами уголовного дела	380
ГЛАВА 11. Участие адвоката в процессе по уголовным делам	390
§1. Участие адвоката в стадии предварительного расследования	390

§2. Участие адвоката в стадии судебного производства	405
§3. Участие адвоката-защитника в апелляционном, кассационном и надзорном производстве.....	426
§4. Особенности участия адвоката-защитника в производстве по уголовным делам в отношении несовершеннолетних и о применении принудительных мер медицинского характера	433
§5. Правовые основания участия адвоката — представителя по уголовным делам	439
§6. Обжалование как форма адвокатского реагирования на нарушение законности при производстве по уголовному делу	442
ГЛАВА 12. Участие адвоката в гражданском процессе	528
§1. Теоретические основы представительства в гражданском процессе	528
§2. Принцип доступности судебной защиты и юридической помощи в гражданском процессе.....	538
§3. Понятие, значение и виды представительства в гражданском судопроизводстве	539
§4. Статус и полномочия адвоката — представителя в гражданском процессе.....	544
§5. Подготовка адвоката-представителя к ведению дела.....	553
§6. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу	553
§7. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций	558
§8. Методика составления апелляционной и кассационной жалобы, жалобы в порядке надзора по гражданским делам	563
ГЛАВА 13. Участие защитника в доказывании.....	566
§1. Защитник, как субъект доказывания.....	566
§2. Способы участия защитника в доказывании	570

§3. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательства вследствие нарушения права подозреваемого, обвиняемого на защиту	577
§4. Оспаривание адвокатом-защитником допустимости доказательств вследствие нарушения права не свидетельствовать против себя, супруга и близких родственников.....	583
§5. Права защитника по участию в доказывании	598
§6. Ходатайство об участии в следственных действиях	618
ГЛАВА 14. Адвокатское расследование в уголовном процессе	624
ГЛАВА 15. Судебные прения. Защитительная речь адвоката в суде	638
§1. Юридическая риторика как искусство судебной речи	638
§2. Понятие и значение судебной речи адвоката.....	640
§3. Общие положения о структуре защитительной речи.....	644
§4. Коммуникативные качества и детализация композиционного построения судебной речи адвоката.....	650
ГЛАВА 16. Правовое обеспечение адвокатами сферы хозяйственных отношений и защита предпринимательства	666
§1. Об осознании текущего момента и нравственном выборе адвокатами своей роли в защите бизнеса и предпринимательства	666
§2. Правовое положение адвоката при юридическом обеспечении хозяйственной деятельности предпринимателей	668
§3. Характерные виды юридической помощи субъектам предпринимательства, оказываемой адвокатом.....	670
§4. Подготовка правовых заключений по стратегическим направлениям деятельности субъектов предпринимательства.....	670
§5. Юридическая помощь при составлении договоров и сопровождении сделок, претензионная работа	676
§6. Переговоры с контрагентами доверителя	678

§7. Участие адвоката в выборе организационно-правовой формы создаваемых субъектов предпринимательской деятельности	680
§8. Представление адвокатом интересов доверителя в налоговых органах	681
§9. Представление адвокатом интересов субъектов предпринимательства в их отношениях с правоохранительными органами.....	682
§10. Некоторые тактические приемы защиты адвоката по делам о преступлениях в сфере хозяйственной деятельности.....	685
§11. Теоретические аспекты применения гражданского права при осуществлении юридической помощи организациям и практика предупреждения адвокатом недобросовестных действий и обмана партнеров в хозяйственных отношениях.....	691
ГЛАВА 17. Участие адвоката в арбитражном процессе	713
§1. Общие положения об участии адвоката в арбитражном процессе	713
§2. Процессуальное положение адвоката в арбитражном процессе	715
§3. Участие адвоката в арбитражном процессе с участием иностранных лиц	717
ГЛАВА 18. Адвокат и юридическая служба организации. Опыт взаимодействия при оказании квалифицированной юридической помощи	723
§1. Функции адвоката в организации, где имеется юридическая служба	723
§2. Участие адвоката в становлении юридической службы и экономики предприятия	727
ГЛАВА 19. Участие адвоката во внесудебных способах защиты. Принципы организации переговоров по хозяйственным (экономическим) спорам с участием адвоката	738

ГЛАВА 20. Основы составления адвокатом юридических документов	751
§1. Общие правила составления и оформления адвокатом юридических документов.....	751
§2. Особенности составления и оформления отдельных видов процессуальных документов, составляемых адвокатом.....	753
§3. Оформление адвокатом результатов опроса лица с его согласия.....	761
ГЛАВА 21. Участие адвоката в исполнительном производстве	765
§1. Понятие и значение исполнительного производства и исполнительного права.....	765
§2. Доступность получения и реальность оказания юридической помощи адвокатами в исполнительном производстве	768
§3. Правовое положение адвоката в исполнительном производстве	771
§4. Законность в исполнительном производстве	775
§5. Принципы защиты адвокатом прав должника в исполнительном производстве	778
§6. Оспаривание постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия).....	780
Глава 22. Нравственные основы адвокатской деятельности	784
§1. Этические основы профессиональной деятельности адвоката.....	784
§2. Актуальность осознания и соблюдения адвокатской этики	791
§3. Понятие адвокатской этики. Принципы адвокатской этики	794
§4. Этические правила адвокатской деятельности.....	799
§5. Этика поведения адвоката в ходе участия в судебном процессе	818
§6. Общественно значимые этические обязанности адвоката.....	820
§7. Профессиональная ответственность адвоката	822

ГЛАВА 23. Договор с доверителем. Соотношение гражданского и корпоративного права	836
§1. Виды отношений адвоката с доверителями	836
§2. Одностороннее расторжение соглашения адвоката с доверителем.....	844
§3. Недопустимость отказа адвоката от принятой на себя защиты доверителя	845
§4. Гонорар или вознаграждение адвоката?	847
§5. Дела «по назначению». Бесплатная юридическая помощь.....	850
<i>Заключение</i>	856

ПРИЛОЖЕНИЯ

<i>Приложение 1 (к главе 1). Список наиболее используемых адвокатами и студентами источников по курсу «Адвокатура»</i>	<i>862</i>
<i>Приложение 2 (к главе 20). Некоторые образцы адвокатских процессуальных документов</i>	<i>869</i>
<i>Приложение 3 (к главе 1). Учебно-методический комплекс по курсу «Адвокатура».....</i>	<i>915</i>
<i>Приложение 4 (к главе 22). Из судебной и дисциплинарной практики адвокатов.....</i>	<i>946</i>
<i>Приложение 5 (к главе 15). Судебные речи.....</i>	<i>988</i>

Предисловие

Сегодня в России катастрофическое недопроизводство образованных людей. Как отмечено на состоявшейся в 2009 г. Конференции Ассоциации юристов России, не высок уровень образования и у нынешних правоведов. Учебная дисциплина «Адвокатура», как и профессия адвоката, которая является объектом изучения в настоящем курсе, непосредственно являются юридическими. Получается, что сделанное замечание о недостаточном юридическом образовании вообще относится также и к адвокатам, в частности. А отсюда следует, что необходимо повышать 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, т.е. чисто 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 личностных человеческих качеств. На протяжении многих веков во всех странах мира юридическое образование являлось не только одной из разновидностей образования гуманитарного, но и важнейшей составляющей частью 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 определением «гуманитарный» имеется в виду обращенный к человеческой личности, к правам и интересам человека. Кем на протяжении веков были юристы? Людями, 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 гуманитарием — 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 в. в России, которую называют Великой, именно потому и состоялась, что ее творцами были гуманитарии. Высокий культурный пласт интеллигенции, поистине огромное нравственное начало в жизни лучших ее представителей и, самое главное, нацеленность на народное благо являлись главными ее достоинствами и отличительными чертами. Прошедшая эпоха вообще отличалась обилием лучших гуманистов, законотворцев, основными представителями 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. Бобрищев-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 много других¹.

Под статью 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. Карабчевский, 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. Унков-

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

ский, Е.И. Утин, К.Ф. Хартулари, Н.И. Холева, Н.П. Шубинский и множество других. Большинство названных 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, нынешний юрист очень и очень далек от названных выше образцов. И таким его делает нынешняя система образования... Государственный общеобразовательный стандарт устанавливает, что это только грамотный и высокообразованный специалист, знающий закон и умеющий применять правовые знания в практической деятельности. В настоящее время преподавание в высшей школе осуществляется именно по такому государственному образовательному стандарту высшего профессионального образования (ГОС ВПО) по специальности 030501.65 «Юриспруденция».

Данным ГОС установлено, что объектами профессиональной деятельности выпускников-юристов должны стать: события и действия, имеющие юридическое значение; правовые отношения, возникающие в сфере функционирования государственных институтов; правовые отношения между государственными органами, физическими и юридическими лицами. Это говорит о том, что основной упор в юридической подготовке нынешнего специалиста права делается только на образовательную составляющую. О причислении же выпускника 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 нарушить закон, показать неуважение к личности — ничего не стоит. 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 противоречит 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

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

«презумпции виновности», почему в большинстве случаев невозможно добиться защиты невиновного и т.д., и т.п.

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 нынешние 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 немалую 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.

Письмом Министерства образования РФ от 8 октября 2002 г. № 14-55-840 ин/15 внесены изменения и дополнения в действующие государственные образовательные стандарты высшего профессионального образования в части усиления их воспитательной направленности. А потому и представленная программа учебной дисциплины наполнена воспитательными атрибутами и все содержание учебных тем практически сведено к этому же.

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 8 лет своей «педагогической жизни».

В качестве дидактических единиц в этом курсе, наряду с прочими, называются следующие: правовая природа адвокатуры (незави-

симая, негосударственная, некоммерческая, добровольная организация квалифицированных юристов, объединившихся 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.

При подготовке юриста любой специализации и особенно адвоката весьма важное значение, наряду с другими вышеназванными вопросами, имеет 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. Последние изменения к ГОС ориентируют программы учебных дисциплин 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, как 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, Закон № 63-ФЗ), 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 течении нескольких лет его 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. Авторы 4-го издания учебника «Адвокатура в России» попытались отразить новые веяния в науке и практике адвокатуры, выражающие современный взгляд на права человека и на тех, кто призван отстаивать его интересы.

Сегодня 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. Общая задача курса, таким образом, — 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.

Особое место в процессе обучения отводится семинарским занятиям. Предлагаемые планы семинарских занятий содержат перечень

важнейших вопросов, изучаемых в рамках курса, перечень основной литературы и других источников по курсу, которыми, однако, не следует строго ограничиваться, ибо с развитием института адвокатуры появляются новые и более совершенные публикации по изучаемым темам, в том числе в многочисленных юридических журналах, газетах, в электронных средствах.

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

По завершении курса обучения студент обязан: *иметь представление* о месте и роли адвокатуры как гуманитарной структуры в гражданском обществе и государстве; *знать* содержание основных международных и российских правовых источников, раскрывающих адвокатскую деятельность; *уметь* использовать полученные знания по учебной дисциплине, *обладать навыками* в работе с документами, правовыми актами, а также в практической работе с гражданами и организациями при оказании им юридической помощи и консультировании по правовым вопросам. А главное — он должен стать гуманистом в высшем проявлении этого слова.

Учебная дисциплина «Адвокатура в России» изучается по выбору студентов и является дисциплиной специализации. 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. Во многом 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 некоторые из них даются ссылки в конце настоящего издания, где речь идет об использованной литературе по темам курса. К числу таких трудов относятся и первые четыре издания настоящего учебника, ранее

издававшегося под редакцией Л.А. Демидовой и В.И. Сергеева. К сегодняшнему дню эти издания несколько устарели, хотя в целом они 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 ее этой независимости или существенно сузить процессуальные полномочия адвокатов, их влияние на правоохранительную систему. Полностью изменилось структурно-организационное устройство адвокатских образований, чему в настоящем учебнике также отводится соответствующее место.

Настоящий учебник «Адвокатура в России» издается с 2002 г. и за это время выдержал четыре издания, стал Лауреатом конкурса «Лучший учебник», завоевал заслуженный авторитет в высшей школе, у преподавателей и студентов российских вузов. Его 4-е издание написано действующими профессионалами научного, адвокатского и судебного 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.

Отличительной особенностью учебника является его большой воспитательный компонент, 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 свежие представления в этой сфере их применения. Издание подготовлено на основе как сложившегося восьмилетнего опыта преподавания данного курса в вузах страны, так и многочисленных предложений по его совершенствованию, поступивших от действующих адвокатов, их стажеров, профессорско-преподавательского состава, студентов и аспирантов вузов.

При написании учебника существенно расширены главы об участии адвоката в судебно-контрольном производстве, в уголовном и

гражданском процессе, о судебных прениях и нравственных основах адвокатской деятельности, появились новые главы об участии адвоката в доказывании, адвокатском расследовании, участии адвоката в арбитражном процессе и исполнительном производстве, составлении адвокатом процессуальных документов. 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 о 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 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 взаимоотношений адвокатов 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.

По многочисленным просьбам действующих адвокатов и преподавательского состава вузов, которые хотели бы большего практического наполнения учебника, в книге дан большой вспомогательный материал. Так, в помощь при изучении некоторых практических тем учебной дисциплины приведены приложения: перечень наиболее популярной и необходимой адвокату литературы по предмету, учебные планы и программы, образцы процессуальных документов, в том числе по конкретным делам, по которым состоялись положительные ре-

шения в пользу клиентов адвоката, приведены решения о дисциплинарной практике адвокатского сообщества, пример судебной речи адвоката по конкретному делу.

Авторы надеются, что учебник окажется полезным не только для юридических факультетов и вузов, в которых преподается дисциплина «Адвокатура», но сможет послужить и действующим адвокатам 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.

В.И. Сергеев

*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 и высшего, несомненно, не может не учитываться и при преподавании настоящего учебного курса. Ключевым моментом этой реформы считается модернизация содержания образования. Такая модернизация предполагает учет новых требований науки и общества, а поскольку Россия вступила на рельсы рыночной экономики, — то и особенностей российского и международных рынков. В настоящее время преподавание в высшей школе осуществляется по Государственному образовательному стандарту высшего профессионального образования (ГОС ВПО второго поколения — 2000 г. и 2006 г.). Государственный стандарт по специальности 030501.65 «Юриспруденция» утвержден соответствующим приказом Министерства образования и науки РФ. Данным приказом установлено, что объектами профессиональной деятельности выпускников-юристов должны стать:

- события и действия, имеющие юридическое значение;
- правовые отношения, возникающие в сфере функционирования государственных институтов;
- правовые отношения между государственными органами, физическими и юридическими лицами.

Письмом Министерства образования РФ от 8 октября 2002 г. № 14-55-840 ин/15 внесены изменения и дополнения в действующие государственные образовательные стандарты высшего профессионального образования в части усиления их воспитательной направленности.

В пункте 1.3 ГОСТа говорится, 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». Более подробно Государственный общеобразовательный стандарт в части преподавания юридической специальности воплощен в разработанных Советом по правоведению Учебно-методического объединения (УМО) университетов РФ примерных программах учебных дисциплин для юридических вузов³.

Многие вузы страны в разработке собственных программ преподавания данного курса избрали названные учебные программы за основу. Предмет «Адвокатура в России» относится к специальным курсам и преподается по соответствующей программе, включенной в названное выше учебно-методическое пособие⁴. В частности, в качестве дидактических⁵ 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.

Правда, следует оговориться, что пока еще и программа, и тематический план, и преподавание настоящего курса рассчитаны и спланированы по традиционным старым стандартам и не учитывают начавшегося с 2008 г. перехода в стране на двухуровневое образование, которое будет вестись по отдельным государственным стандартам (первый уровень — бакалавриат, второй — магистратура). Потому в настоящей главе, как и во всем учебнике, пока много преемственности от прежней педагогической практики и накопленного положительного опыта преподавания курса в предыдущие годы.

³ См: Учебные программы по специальности «Юриспруденция». Общие и специальные курсы: Учебно-методическое пособие: В 2 т. / под ред. Е.А. Суханова, Н.И. Побежимовой. — М.: Зерцало-М, 2001.

⁴ Там же. — Т. 2. — С. 349—355.

⁵ Дидактика (от греч. *didaktikos* — поучающий) — раздел педагогики, излагающий теорию образования и обучения.

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 весьма важное 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 Государственном стандарте образования (хотя и не напрямую, а косвенно и еще достаточно робко) 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, 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 подтверждение приведенному тезису достаточно обратиться к таким ныне применяемым (по действующим программам обучения) дидактическим единицам, как *«задачи адвокатуры — защита..., а равно содействие осуществлению правосудия, соблюдению и укреплению законности, воспитанию граждан в духе исполнения законов... и соблюдению дисциплины труда»*.

Не является ли это возложением на адвокатуру чисто государственных функций? К примеру, что такое «содействие осуществлению правосудия»? Это, если говорить иными словами, есть помощь судебной,

судебно-исполнительной и иной государственной системе, что не может вменяться в обязанности адвокатуры в силу ее независимости. Более того, в соответствии с новым Законом об адвокатуре целью адвокатской деятельности (но не задачей) является обеспечение доступа к правосудию, а не содействие правосудию, что совершенно не одно и то же (см. ч. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре). То же самое можно сказать и о «воспитании в духе...». Это рецидивы, идущие от идеологических требований ЦК КПСС, обкомов и райкомов партии.

Мало того, что такие задачи адвокатуры, как содействие в укреплении законности, воспитанию граждан в духе соблюдения дисциплины труда, вообще невыполнимы; они, кроме того, находятся в противоречии с самой природой адвокатуры, 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 — и подавно) сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

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

Сегодня адвокатура, которая активно действует в правовых рамках нынешнего времени, защищает людей от произвола чиновников и власти как таковой, искусственно, а не по своей природе поставлена 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 дидактических установок может служить то, что они разрабатывались 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.

Однако такое оправдание выглядит не более чем лукавством. Ведь названные выше Программы издавались в 2001 г., когда уже всюю шла

дискуссия о полной независимости адвокатуры от государства, когда уже был опубликован проект нового закона об адвокатуре и когда адвокатура фактически работала уже по совершенно иным принципам и стандартам, выработанным ею самой и игнорирующим поставленные перед ней «государственные задачи» по содействию правосудию, сотрудничеству с идеологическими и правоохранительными органами.

Более того, 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 УМО дидактических материалах не говорится ни слова, что поставило преподавание курса «Адвокатура в России» вообще в весьма непростую ситуацию, связанную с отсутствием ответа на вопрос, что же это за организация такая — независимая и в то же время выполняющая государственные задачи, 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»*.

Однако пока еще преподавание курса идет абсолютно в соответствии с указанными выше программными установками, и отступление преподавателями от рекомендованных дидактических единиц строго преследуется на уровне внутривузовского руководства. Вышестоящее руководство (Минобрнауки России), в свою очередь, следит за соответствием имеющимся программам, рекомендованным УМО, издаваемых учебников и учебных пособий.

Последние в случае подобного несоответствия не допускаются в качестве официальных изданий, рекомендуемых к изучению студентами. Поэтому в вузах началась активная переработка имеющихся программ преподавания, их корректировка и приведение в соответствие с Законом об адвокатуре, изменившимися принципами адвокатской деятельности и правовой природы адвокатуры.

Такие изменения, например, произошли в Московском гуманитарно-экономическом институте, Институте международного права и экономики имени А.С. Грибоедова и в ряде других вузов. Учебно-методический комплекс с новыми учебными программами и тематическими планами преподавания данной учебной дисциплины в МГЭИ прилагается к настоящему учебнику.

Однако необходимо иметь в виду и то, что само по себе изменение программы спецкурса «Адвокатура в России» с учетом нового закона об адвокатской деятельности ничего не даст. Одновременно с этим потребуются коренная «ломка» и программы общего курса «Правоохранительные органы», где адвокатуре посвящено несколько разделов по этой теме.

Несомненно, это потребует также 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 будет найти совершенно иную трактовку права и прав, о соблюдении которых призвана заботиться адвокатура. Эти категории требуют гораздо большего осмысления с учетом демократического пути, по которому пошла Россия, и с учетом ориентиров на построение ею правового государства.

Как известно, в сознание советский 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, введенной 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 милиции, 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, 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 престелями восточной деспотии»⁶.

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»⁷.

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 двадцатилетнюю историю либерализации общественных отношений в новой России, действия демократической Конституции и поворота 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 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».

⁶ Пашин С. В тревоге пока только юристы. Пакет законопроектов по судебноправовой реформе не вызывает у большинства россиян ни интереса, ни каких-то опасений. А зря... // Юридический вестник. — 2001. — № 20.

⁷ Петрухин И.Л. Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). — М.: Юристъ, 1999. — С. 122.

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 граждан⁸.

К великому сожалению, несмотря на десятилетний 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 человека⁹.

⁸ Вестник Гильдии российских адвокатов. — 2000. — № 7. — С. 21, 22.

⁹ 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, копай под адвоката, вербуй свидетеля, поговори с присяжными... Сделай всё 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».

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»¹⁰ 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, незыблемость 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»¹¹ в гражданском обществе видят *«общество с развитыми экономическими, культурными, правовыми и 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 основ-

«Сообщество практикующих юристов» <http://pravorub.ru/9447.html>, 2010; Сергеев В.И. Отживший ли концепт «объективная истина»? // Интернет-портал «ЗАКОНИЯ» <http://zakonia.ru>, 2010; Интернет-портал «Адвокатура» <http://pravorub.ru/9667.html>; В суде против ГИБДД у водителей нет шансов // Интернет-сайт «ZaBarankoi.ru», 2010; Новиков В.И. Актуальные проблемы современности и журналистики. — М.: Изд-во РГСУ, 2010. — С. 25—31.

¹⁰ Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. — М.: Инфра-М, 1999. — С. 12, 64.

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

ным 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 тогда станет очередным дополнительным «приводным ремнем» в отлаженном механизме работающей государственной машины.

На самом же деле ни о какой подконтрольности гражданского общества государству и теоретически, и практически не должно идти и речи. Такой его статус исходит из еще одного определения, данного в статье Г. Целмса «В гражданское общество шагом марш!»¹². *«Под термином “гражданское общество” обычно понимается совокупность общественных структур и объединений, не зависящих от государства и обеспечивающих гражданам возможность самореализации и защиты своих прав... Гражданское общество — это третий общественный сектор наряду с государством и рынком. Сильное гражданское общество является важным противовесом государству и коммерческим интересам».* Именно такое гражданское общество способно выполнить свою высокую общественную миссию перед своими гражданами, и только такое гражданское общество 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. Он сказал: *«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»*¹³.

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 со-*

¹² Новые известия. — 2001. — 25 сентября.

¹³ Паршев А.П. Почему Россия не Америка. — М.: Крымский мост-9Д, Форум, 2001. — С. 400.

отношением идеала, идеального проекта и реально достигнутого состояния общества, которое действительно осуществляет такой проект»¹⁴.

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 следствие: реки крови, абсолютный произвол, бесконечные жестокости власти и расхищение государственного достояния». Сказано это было в 1906 г. депутатом Государственной Думы В.Т. Окуновым именно в связи с постановкой вопроса об усилении ответственности власти перед обществом, об общественном контроле за правами человека и соблюдением неприкосновенности личности¹⁵.

Нарисованная депутатом почти сто лет назад картина «с натуры российской действительности», несмотря на то что положение дел в этой части ничуть не изменилось, в то же время 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...»¹⁶. 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

¹⁴ Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. — М.: ЮриИнформ-Центр, 1997. — С. 102.

¹⁵ Государственная Дума 1906—1917. Стенографические отчеты: В 4 т. — М.: Фонд «Правовая культура», 1995. — Т. 1. — С. 88, 89.

¹⁶ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 697—698.

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.

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 беспрепятства 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 ни была далекой такая перспектива, но стремиться к ней надо уже сегодня, не запуская болезнь государственной необъективности и тенденциозности по отношению к адвокату, 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 яв-

ляется 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 составляющая такой защиты состоит из деятельности адвокатуры по защите от самого государства, его органов, властей, чиновников. Результатом такой деятельности должно быть, как это ни парадоксально выглядит, принуждение свойственными адвокатуры 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 соотносываться 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»¹⁷.

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 адвокатуры. 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»¹⁸.

Вступление в Евросоюз, 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 меж-

¹⁷ Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 613.

¹⁸ Там же. — С. 635.

дународного 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 устройства, 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»*¹⁹.

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 и 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 уста-

¹⁹ Золотарев В.А. Военная безопасность государства российского. — М.: Кучково поле, 2001. — С. 197.

новлений 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 судов, а также личное консультирование граждан по юридическим вопросам.

Предполагается использование также таких общелогических методов, как анализ, синтез, абстрагирование, моделирование, и 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. Уголовно-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 мало-значительных) 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*»²⁰. Такое определение слишком сужено. В нем не учтены важнейшие особенности

²⁰ Энциклопедический юридический словарь / под общей ред. В.Е. Крутых. — М.: Инфра-М, 1999. — С. 12.

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 общественного 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, утвержденно-го 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 че-*

ловеческого произвола во всех его проявлениях дает твердую основу общезжитию. Давнишняя традиция нашей интеллигенции предписывала всегда гнушаться произвола административного...»²¹.

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 Ари-

²¹ Владимиров Л. Е. Пособие по уголовной защите. — СПб., 1911. — С. 3.

стотелем, который, считая человека существом общественным, 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 приравняют 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»²².

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

²² См. на эту тему: Азаркин Н. «Благо народа — высший закон» // Юридический вестник. — 2001. — № 5.

мотивов политической 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...»²³.

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

²³ Токвиль А. де. Демократия в Америке: Пер. с франц. — М.: Прогресс, 1992 — С. 155, 378.

гражданского общества вбивались идеологические штампы вроде социалистического коллективизма, государственного долга и ответственности и т.д.

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 одновре-**

менно 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 благотельным шагом для крестьянства*»²⁴.

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

²⁴ Grimm К.М. Выступление на съезде. См.: Труды первого съезда уполномоченных дворянских обществ 29 губерний. — СПб., 1910. — С. 54, 165.

царские указы, которыми были отменены все традиционные обычаи, касавшиеся власти «мира», сельского схода и т.д.

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 прошла²⁵. 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 судебно-репрессивному аппарату, призывавшему 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, нару-

²⁵ См.: Вопросы истории. — 1990. — № 6. — С. 64.

шает 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 было бы апофеозом, преобразованием существующего порядка вещей, нет того недостижимого идеала, который никогда не совпадает с действительностью, хоть и всегда обещает стать ею»²⁶.

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 ограждения этого начала не прокурорскому надзору, а судам. Ограждать закон должны суды. Это есть первое и необходимое условие, которым будет обеспечиваться правильное применение закона о неприкосновенности личности»²⁷.*

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».

²⁶ Герцен А.И. Собр. соч.: В 30 т. — М., 1956. — Т. 7. — С. 251.

²⁷ См.: Государственная Дума 1906—1917. Стенографические отчеты: В 4 т. — М.: Фонд «Правовая культура», 1995. — Т. 1. — С. 93.

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.

§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»*²⁸.

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 действий правящего класса страны, государства и его чиновников еще рано. (См., например, только некоторые из материалов прессы за эти годы: Куда едет «крыша» России под названием ФСБ? // Новая газета. — 2001. — № 61; ФСБ против ЦСКА. Почему спецслужбы вмешались в дела футбольной команды // Новая газета. — 2000. — № 67; Лицензия на террор // Московский комсомолец. — 2001. — С. 246; Почему мы плачем от независимого суда? // Российская газета. — 1999. — 25 августа; Неподдающаяся-

²⁸ Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 612.

ся. Уволенная судья бросает вызов коррупционерам в мантиях // *Общая газета*. — 2001. — № 9; Одни дома. В рамках национального проекта утвержден правительственный список элитных объектов. Народа рядом с ними нет. «Доступное жилье» построят миллиардеры для миллионеров. За государственные деньги // *Новая газета*. — 2007. — № 49; Овечий источник. Предприниматели молчат, когда силовики и чиновники стригут их бизнес. И там же — Торговцы телефонами получили SMS от прокуратуры // *Новая газета*. — 2007. — № 61; Сильная Россия — единая Зимбабве. И там же — Суд отменил закон о печати. Создан опасный прецедент: теперь любой чиновник может плевать на запросы прессы и общества // *Новая газета*. — 2008. — № 52; Высшая нервная система власти — и кошмарить, и сигналить. Роли премьера и президента наконец-то определились: один пугает, другой успокаивает // *Новая газета*. — 2008. — № 56; Мы нашли совесть нации. У нее есть адрес, бизнес-партнеры, административный ресурс и цена на услуги // *Новая газета*. — 2008. — № 51; Рублевка вышла к морю. Геленджик становится летней резиденцией крупных чиновников, олигархов и иерархов // *Новая газета*. — 2009. — № 69; Две недели из жизни ментов. Грабежи, взятки, изнасилования, пытки, нападения с ножом, расстрелы, терроризм. Эти преступления совершили сотрудники правоохранительных органов. И это только те, которые были установлены официально // *Новая газета*. — 2009. — № 80; За что убивают подмосковных нотариусов. Вымогательства, финансовые и должностные нарушения, публичные угрозы, поддельные печати // *Новая газета*. — 2009. — № 93; В Приморье ответили беспределом на произвол. Общество готово признать, что бандиты лучше ментов? // *Новая газета*. — 2010. — № 62; Страна заказчиков. 10 лет назад был убит Игорь Домников. Убийцы сидят, заказчик и посредник неплохо чувствуют себя на свободе... // *Новая газета*. — 2010. — № 76; Знают прикуп! Строят в Сочи. Как реконструкция только одного олимпийского объекта позволила фирмам, близким чиновникам Управделами президента, вывести из бюджета 800 миллионов руб. // *Новая газета*. — 2010. — № 74; Олимпиада виляет хвостом. Постановления губернатора о сносе исполняются неукоснительно. До тех пор, пока стройка не упирается в VIP-коттедж. Тогда тоже сносят — все, что мешает объезду // *Новая газета*. — 2010. — № 90; Лес подожгли в Госдуме. Катастрофическую ситуацию с пожарами обусловило принятие Лесного кодекса. Кто и как его принимал... // *Новая газета*. — 2010. — № 88.)

Еще больше на эту тему можно найти на различных интернет-сайтах. Например:

Миллиардные бюджеты пропивают в «Golden Palace» Через федеральную службу за год прокачали 19 миллиардов (Компромат.ру, 15 июля 2010 г.). Незаконно осужденные России (Newsland, 23 июня 2010 г.). Там же — Как остановить пытки в российской милиции? (28 июня 2010 г.). ДСБ проверит расходы избалованного Магнитским подполковника (Информационно-дискуссионный портал, 28 июня 2010 г.). Просим народ и Президента спасти нас от МВД (Сайт «Омск политический», 26 июня 2010 г.). Бывший зампрефекта СВАО Москвы с поделщиками пытались в «жесткой форме» и «на безвозмездной основе завладеть активами бизнеса (Компромат.ру, 30 июня 2010 г.). Префект ЮАО Буланов и его зам. Щербаков арестованы (Коммерсант, 5 июля 2010 г.). Соратники калининградского губернатора оказались в центре уголовных скандалов (Время новостей, 8 июля 2010 г.). Борис Немцов: «Путина бояться — в сортир не ходить». Лидер «Солидарности» обнародовал доклад об итогах десятилетнего пребывания премьера у власти (Сайт «Свободная пресса», 15 июля 2010 г.).

Уже сами заголовки перечисленных материалов 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, 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 организа-

циях, контроль за профессиональной подготовкой лиц, допускаемых к осуществлению адвокатской деятельности, и соблюдением адвокатами кодекса профессиональной этики адвоката.

Перечисленные задачи адвокатуры основаны на 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 настоящим 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 гражданским 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. 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 сговоре 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. 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 (обществен-

ные 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, предотвращение 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 Европейская Конвенция 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 состоянии 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

(О данном принципе будет сказано в гл. 22 учебника).

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-профессионалов²⁹.

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 лицо³⁰.

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 об-

²⁹ См. на эту тему: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Бурбина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 36—38; Гессен И.В. Адвокатура, общество и государство. — М.: Юристъ, 1997. — С. 11—28; Васильковский 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.

³⁰ См.: Свод законов Российской Империи — Издание 1857 г. — Т. X. — Ч. 2. — Ст. 184, 191.

щества, отдаленного от европейской цивилизации ровно настолько, насколько российская судебная система была отдалена от передовых образцов судопроизводства некоторых своих соседей по континенту.

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, поймем, 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!”»³¹.*

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. Попытаться 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-полицмейстера и обращалось в управу благочиния, то сейчас же переносилось обвиняемыми на консуль-*

³¹ История русской адвокатуры. — М.: Юристъ, 1997. — Т. 1. — С. 14.

тацию 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 по-вытчики, и бывшие комиссары, и архивариус, потерявший в пьяном виде вверенное ему на хранение какое-то важное дело, и ведомые лжесвидетели, 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 поклены, 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 предрепорменным 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»*³².

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

³² См.: Дело о преобразовании судебной части // Свод законов Российской Империи. — Т. XI. Свод Замечаний. — С. 7, 10, 61.

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.

§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 судопроизводства 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»*³³. 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

³³ См.: Кони А.Ф. Отцы и дети судебной реформы. — СПб., 1914.

принято считать и датой начала юридического бытия российской адвокатуры³⁴.

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 Совет 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. 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»*.

³⁴ См.: Реформы Александра II. — М.: Юрид. лит., 1998. — С. 323—331.

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», феодально-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 роли³⁵.

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**³⁶.

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. Турчанинова³⁷.

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.

³⁵ См., например: *Право*. — 1902. — № 2.

³⁶ См.: *История русской адвокатуры*. — М.: Юристъ, 1997. — С. 114—115.

³⁷ См.: Арсеньев К.К. *Заметки о русской адвокатуре*. — СПб., 1875. — С. 64.

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.

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 другие³⁸.

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.)³⁹. И таких примеров, к чести и адвокатуры и суда присяжных, можно было бы привести немало.

³⁸ См., например: Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. — Тула: Автограф, 1997. — С. 811—814.

³⁹ 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.

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 отменить своим приговором!»* Кроме 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 рассмотрения⁴⁰.

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 недель⁴¹.

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 обра-

⁴⁰ См. Карабчевский Н.П. Речи (1882—1902). — 2-е изд. — СПб., 1902. — С. 452—463.

⁴¹ См. Троицкий Н.А. Адвокатура в России и политические процессы 1866—1904 гг. — Тула: Автограф, 2000. — С. 326, 327.

зом 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 автократическая 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 (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 чиновничества⁴².

§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 нападкой 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.

⁴² См.: Гернет М.Н. История русской адвокатуры. — Т. 2. — М., 1914—1916. — С. 49.

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 обер-прокурор 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»*⁴³.

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 российскому чиновничеству теория Победоносцева о сущности законов и законности, которая сводилась к тому, что *«законы становятся сетью не только для граждан, но, всего важнее, для самих властей, множеством ограничительных и противоречивых предписаний, сковывающих ту свободу рассуждений и решений, которая необходима для разумного действия власти»*⁴⁴.

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.⁴⁵

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

⁴³ Победоносцев К.П. Московский сборник. — М., 1896. — С. 47; Победоносцев К.П. Сочинения. — СПб.: Наука, 1996. — С. 284, 298, 317.

⁴⁴ Там же. — С. 96.

⁴⁵ См.: Письма Победоносцева к Александру III. — М.-П., 1923. — Т. 1. — Ст. VI.

своего фаворита и без Сената, и без других органов государственной власти⁴⁶. Но как бы там ни было, все-таки адвокатура, как и суд присяжных, сумели просуществовать в своем почти первоизданном 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, 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).

⁴⁶ См.: Смолярчук В.И. А.Ф. Кони и его окружение. — М.: Юрид. лит., 1990. — С. 249, 250, 256.

В ноябре 1918 г. ВЦИК принял Положение о народном суде, которым вновь отменялись существовавшие законы о судах и не успевшей родиться новой революционной адвокатуры. 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 человек⁴⁷.

Указанный порядок существовал до лета 1920 г., а 26 мая 1922 г. было принято новое **Положение о коллегии 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, свободомыслие, 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 адвокатуре если не классового врага, то уж совершенно ненужный для рево-

⁴⁷ См. об этом подробнее: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В. Н. Буробина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 48—49.

люции хлам. Об этом свидетельствуют многочисленные мнения делегатов IV Всероссийского съезда деятелей советской юстиции: *«Адвокатура по существу своему — это лавочка...»*⁴⁸.

К этому же ряду неблагоприятных суждений об адвокатуре относятся и известные слова вождя мирового пролетариата В.И. Ленина: *«Адвоката надо брать ежовыми рукавицами, ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто паскудничает...»*⁴⁹. 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 бесспорным 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 адвокатуру как «самое яркое контрреволюционное сословие»⁵⁰.

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 командования⁵¹.

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

⁴⁸ См.: Материалы НКЮ. — М., 1922. — Вып. 16—17. — С. 130, 132.

⁴⁹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. — Т. 9. — С. 171.

⁵⁰ Вышинский А.Я. // Энциклопедия государства и права. — М., 1929. — Т. 1. — С. 40.

⁵¹ См.: Скрипилев Е.А. Российская присяжная адвокатура после Февральской буржуазно-демократической революции // Труды Иркутского университета. — 1971. — Т. 45. — С. 44.

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 наказания 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 органи-

зацией, 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 (ЗАО), 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 Эстонии⁵².

⁵² См.: Вашкевич И.М., Жданович А.Ф., Пермяков А.Н. Межреспубликанская коллегия адвокатов. 60 лет деятельности. — М.: МРКА ООО «Ритм», 2007. — С. 8—18.

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.

Всему 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»*⁵³.

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 разбирательства 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, О.В. Архипова, Л.А. Майданика, С.А. Ария, А.Л. Мове, М.А. Гофштейна, В.С. Шафира, Ф.С. Хейфеца, Д.Л. Слитинского, Георгия Воскресенского, Ю.М. Шмидта, С.К. Кроника, Г.П. Падвы, И.П. Коростелева и других. Многие из них работают и сегодня, при-

⁵³ Троицкий Н.А. Указ. соч. — С. 11.

внося в обновленную современную адвокатуру дух и традиции высокой нравственности и профессионализма при защите людей от всевозможных форм произвола и беззакония⁵⁴. 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 священной 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...».

⁵⁴ 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.

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.⁵⁵.

§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: С. Ария, А. Мове, С. Калистратовой, А. Клигмана (Москва), Е. Семеняки (Санкт-Петербург), А. Дмитриева (Самара), А. Бажинова (Белгород), А. Галоганова, Ю. Боровкова, А. Бойкова, Ю. Доморацкого, Л. Бардина, Б. Кожемякина, Ю. Ларина, Л. Шпица (Барнаул), В. Малиновской (Астрахань), Г. Князькова (Волгоград), В. Гуриновича (Хабаровск), В. Залманова, Ю. Пилипенко, В. Игонина, В. Алпатикова, В. Крестинского, К. Москаленко, Ю. Щиголева, А. Клишина, Г. Шарова, Ж. Джакупова, И. Мацкевича, В. Калининченко, В. Гриба, Е. Львовой, Н. Гагарина, А. Макарова, С. Хейфеца, А. Кучерены, Г. Резника, Н. Клена, А. Гаджиева, В. Буробина, П. Баренбойма, С. Добровольской, В. Карышева, А. Муратова, С. Замошкина, М. Шингарева, С. Пепеляева, С. Володиной, Е. Данилова, Б. Кузнецова, Р. Зиновьева, А. Фокова, М. Барщевского, Ю. Костанова, Ю. Лубшева, Л. Горшенина, С. Буниной, А. Билоконя, А. Сергунина, А. Добровинского, Ю. Паникара, Ю. Сорокина (Москва), Г. Мирзоева, П. Астахова, И. Морохина (Кемерово), В. Вайпана, М. Барщевского, В. Щукина, С. Марданшина, Г. Кузькина (Хабаровск), В. Климушкина (Тамбов), Р. Чернова, Н. Федоровской, А. Куприянова, А. Глашева, А. Девликамова,

⁵⁵ См.: Гессен И.В. Адвокатура, общество и государство (1864—1914). Издание Советов присяжных поверенных. — М., 1914.

Б. Горемыкина, М. Гараниной, С. Ириархова, Е. Кавуна, В. Чумакова, Е. Черноусова, Ф. Хейфеца, Е. Тарло, С. Стёпина, Ю. Щеглова, А. Реута, В. Лейба, А. Хорошко, М. Смоленского (Ростов на Дону) и многих других.

В 2001 г. редакцией известных изданий «Домашний адвокат» и «Бизнес-Адвокат» (главный редактор Ирина Ириархова, 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.

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 деятельности⁵⁶. 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 искривленно-

⁵⁶ Мирзоев Г.Б. Предисловие к книге В.И. Сергеева «Адвокат и адвокатура». — М.: Юнити, 2003. — С. 3—5.

го представления многих государственных и общественных деятелей о роли адвокатов 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 статье 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»⁵⁷. 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 адвокатов⁵⁸. Однако за последние десять лет, по данным Федеральной адвокатской палаты России, количество ад-

⁵⁷ Российская адвокатура на рубеже веков. — М.: Домашний адвокат, 2001. — С. 32.

⁵⁸ Данные взяты из учебно-практического пособия «Адвокатская деятельность» / под ред. В.Н. Бурбина. — М.: Юстина-МНЭПУ, 2001. — С. 13.

вокатов 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, 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 непроизводственных 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., выделялись 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 собратьев-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. составляло 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 правильно 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 Фридман⁵⁹.

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 число 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, выпускники 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», число таких адвокатов приближается к 8000. Надо сказать, что профессия юриста среди еврейских диаспор вообще относится к одной из наиболее популярных, особенно в США. Однако следу-

⁵⁹ Введение в американское право. — М.: Прогресс, Универс, 1993. — С. 190—192.

ет 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.

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 от-

кликнулись 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»⁶⁰.

Для справки: Московский государственный юридический центр правовой помощи предприятиям по предупреждению правонарушений образован в 1989 г., а в 1993 г. преобразован в коллегия 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»⁶¹.

⁶⁰ См.: Мирзоев Г.Б., Кейзеров Н.М. Правовая культура адвоката. — М.: Сериал, 1996. — С. 145—146.

⁶¹ Мирзоев Г.Б. Юридическая защита предпринимательства в России. — М.: Закон и право, Юнити, 1997. — С. 241.

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 организационным принципам, хотя и на той же правовой и этической базе, что действовала для всех остальных адвокатских объединений⁶².

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»*⁶³.

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

⁶² См.: Барщевский М.Ю. Адвокат. Адвокатская фирма. Адвокатура. — М.: Белье Альвы, 1995. — С. 25—30; Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры России. — М., 2000. — С. 295, 296.

⁶³ Резник Г.М. Предисловие к книге М. Барщевского «Адвокатская этика». — М.: Профобразование, 2000. — С. 13.

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 также 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» коллегами адвокатов, что не лучшим образом сказалось на авторитете адвокатского сообщества вообще. Вторая причина в том, что многие адвокаты, потерявшись 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.

Как пишет М. Барщевский 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, объясняется недовольство адвокатурой у простых людей, депутатов, следователей)»⁶⁴.

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, отста-

⁶⁴ Резник Г.М. Указ. соч. — С. 17.

ивали 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 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:

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

б) разнообразие общественной жизни — появление новых форм 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.)»⁶⁵.

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.

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 бизнеса⁶⁶.

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 нападков 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.

⁶⁵ Мирзоев Г.Б. Юридическая защита предпринимательства в России. — М., 1997. — С. 251.

⁶⁶ См.: Независимая газета. — 2001. — 9 ноября.

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.);

в) 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, регулирующие 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 передают суду эти стоны и слезы, и в этом величайшая историческая заслуга адвокатуры...»*⁶⁷. 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;

г) произвол чиновников.

⁶⁷ Владимиров Л.Е. «Advokatus miles». — СПб., 1911. — С. 11.

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” отличается разве что наличие мобильных 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»*⁶⁸.

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»*⁶⁹.

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. Как писал

⁶⁸ Костиков В.В. России нужна бюрократическая революция // Независимая газета. — 2001. — 10 января.

⁶⁹ Сталин И.В. Соч. — Т. 4. — С. 366, 367.

А. Токвиль: «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»⁷⁰.

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

д) 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 этапах 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...»⁷¹;

е) 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 депу-

⁷⁰ См.: Токвиль А. Старый порядок и революция (пер. с франц.). — М., 1911. — С. 75.

⁷¹ См. по этому вопросу: Именем народа или именем революции? Доктрина депутата Л. Слиски и новая судебная реформа // Юрист. — 2002. — № 9. — С. 16—22.

татами 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 неимущественного характера) либо предоставления последним таких преимуществ» (стр. 5—6).

Основные ориентиры в борьбе с таким явлением определены в **Европейской Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию** (Совет 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 разъеден 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 обывденной 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?»⁷².*

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

⁷² Независимая газета. — 2001. — 30 ноября. — № 224.

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;

ж) 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 государства⁷³.

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 г. преступность в нашей стране выросла на 239%⁷⁴, а в последующем этот показатель вырос еще выше. Рост преступности обусловил «наплыв» уголовных дел, возбуждаемых против граждан милицией и другими правоохранительными органами.

⁷³ См., например: Власов А.А. Адвокат как объект доказывания в гражданском и арбитражном процессе: Монография. — М.: Юрлитинформ, 2000. — С. 6.

⁷⁴ См. Преступность: что мы знаем о ней. Милиция: что мы думаем о ней / под ред. И.Б. Михайловской. — М., 1994. — С. 9.

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»*⁷⁵. 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 рассматриваться 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. число осужденных в России было 590 чел., в Албании — 30, Болгарии — 95, Словении — 40, Чехии — 180, Литве — 310, Польше — 160, Эстонии — 270 и т.д.⁷⁶.

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 пе-*

⁷⁵ См. Лунеев В.В. Преступность XX века. Мировой криминологический анализ. — М.: Норма, 1997. — С. 415.

⁷⁶ Лунеев В.В. Указ. соч. — Табл. 9. — С. 450.

ред преступностью и безысходность положения становятся повседневностью, снижая порог терпимости к преступности...»⁷⁷.

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, пресечь 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 добывании 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

⁷⁷ Лунеев В.В. Указ. соч. — С. 464.

сожалению, эта практика угрожающе нарастает, формы и методы защиты отстают от потребностей практики»⁷⁸.

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 — отсутствие 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»⁷⁹. 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,

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Лубшев Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле. — М.: Юристъ, 1997. — С. 6.

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 коллегиями 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 избежал 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 сво-

бодах, 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 адвокату обществу 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 правом 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 колле-

гии, 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 палату, 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 отно-

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

Гарантии же недопустимости применения указанных выше норм ответственности (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 государственная 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 адвокатуры 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 адвокатуре 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. 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 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 несколько 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» (далее — Закон № 63-ФЗ). 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 характера, выполнение иных поручений доверителей неюридического 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, хотя бы она и осуществлялась лицом, имеющим статус адвоката, однако не связанная 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 гражданина.

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 деятель-

ности 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 судопроиз-

водстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора 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 оплачиваемой штатной (т.е. если такая деятельность и выполняющее ее лицо не включена 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, арбитражный управляющий, 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 чисто 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 — хозяйственных 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 существенными условиями соглашения, наряду с другими, является и указание на принадлежность адвоката к адвокатскому образованию. Таким образом, в случае неуказания 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 адвоката 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 гражд-

данским 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 (юридическим фирмам, лицам, не состоящим 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 и иных лиц помимо адвокатов. При-

чем 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.

В то же время ч. 5 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 ч. 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.

Аудиторские организации, индивидуальные аудиторы наряду с аудиторскими услугами также могут осуществлять представление интересов доверителя в гражданском и административном судопроизводстве, в налоговых и таможенных правоотношениях, в органах государственной власти и органах местного самоуправления (п. 5 ч. 7 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»).

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 специально оговорено, 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

профессиональной 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 на другой территории или внесенного в иной региональный реестр, какого-либо разрешения для выполнения своих обязанностей на «чужой» территории. 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. 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.

Участие адвоката в судопроизводстве в арбитражном суде в качестве представителя предусматривается в гл. 6 АПК РФ «Представи-

тельство в арбитражном суде». Полномочия адвоката в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, предусмотрены ст. 26—29 ч. 1 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, передаче 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.

Предоставляя 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 действовавшее 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.

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, с тем 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 устраняет 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

ми 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 незаконный 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 процессе, поэтому в этой норме законодатель значительно сузил круг существовавшего ранее в ряде этических положений 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 гражданского, административного права, 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 исполне-

нием 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 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 войти и в качестве одного 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 (в ред. от 28 июля 2004 г.). Согласно ст. 7.1 указанного Закона адвокаты обязаны осуществлять меры по идентификации клиентов, организации внутреннего контроля, фиксации 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 финансирование 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 адвоката посвящена отстаиванию интересов граждан и организаций, а не государственных интересов в первую очередь, как это зачастую бывало 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»**).

Обязанности адвоката в общей форме изложены в ст. 7 Закона об адвокатуре. **Адвокат обязан прежде всего честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами.**

Следует обратить внимание также на формулировки обязанностей, содержащиеся в Основных положениях о роли адвокатов (1990 г.). Так, в соответствии со 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**.

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.

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. Данное положение не запрещает адвокату производить отчисления вперед, 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.

Однако в настоящее время норма об обязательном страховании приостановлена до дня вступления в силу федерального закона, регулирующего вопросы обязательного страхования профессиональной ответственности адвокатов. До вступления в силу этой нормы адвокат вправе осуществлять добровольное страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности.

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 рас-

смотрение 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 его ответственности. 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, а также любые иные сведения, связанные 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 досмотру, 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. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, согласно которым не под-

лежат 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 помощи. 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 пред-

писывает 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, когда 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 Налоговом кодексе Российской Федерации (часть первая) в п. 4 ст. 82 особо оговаривается, что при осуществлении налогового контроля не допускаются сбор, хранение, использование и распространение информации о налогоплательщике (плательщике сбора, налого-

вом 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 (часть первая)).

§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 работы 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 злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит свою семью в тяжелое материальное положение, может быть ограничен судом в дееспособности в порядке, определенном гражданским процессуальным законодательством. Над ним устанавливается попечительство.

Подробно процедура признания гражданина недееспособным или ограничено дееспособным урегулирована в новом ГПК РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (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. 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: запрашиваются ли такие сведения квалификационной комиссией, адвокатской палатой, 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.

Иностранцы 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.

а) Подача заявления в квалификационную комиссию о присвоении статуса адвоката. При этом лицо должно отвечать требованиям, предъявляемым законом к претендентам. Законодательство в насто-

ящее время не предусматривает специальной формы заявления, поэтому оно может быть подано в произвольной форме.

б) 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.

в) Проверка 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.

г) 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. 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:

письменные ответы на вопросы, выполняемые в форме тестирования;

устное собеседование.

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 несдаче квалификационного экзамена претендент допускается к повторной процедуре сдачи квалификационного экзамена не ранее чем через год. Данная норма является императивной и не допускает каких-либо исключений. Необходимости прохождения новой про-

цедуры 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:

«Горжественно 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 соответствующего решения 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.

Таковыми территориальными органами являются главные управления, управления и отделы Минюста России по субъекту или субъек-

там Российской Федерации. Их деятельность регулируется Положением о Главном управлении Министерства юстиции Российской Федерации по субъекту (субъектам) Российской Федерации и Положением об Управлении (Отделе) 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 региональных реестров адвокатов определен Административным регламентом исполнения территориальными органами Федеральной регистрационной службы государственной функции по ведению реестра адвокатов субъекта Российской Федерации и выдаче адвокатам удостоверений (утв. приказом Минюста России от 5 февраля 2008 г. № 20, зарегистрирован в Минюсте России 13 февраля 2008 г. № 11161). 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 и электронном носителях. Началом исполнения государственной функции по внесению в региональный реестр сведений об адвокатах в связи с присвоением статуса адвоката, изменением адвокатом членства в адвокатской палате одного субъекта РФ на членство в адвокатской палате другого субъекта Российской Федерации, приостановлением, возобновлением, прекращением статуса адвоката, а также по исключению сведений об адвокате из регионального реестра в связи с изменением им членства в адвокатской палате является получение территориальным органом уведомления органа адвокатской палаты соответствующего субъекта Российской Федерации. Окончанием исполнения указанной государственной функции являются внесение соответствующих сведений в региональный реестр или отказ во внесении таких сведений, исключение сведений из регионального реестра или отказ в исключении таких сведений.

Регистрационный номер адвоката в региональном реестре включает две составляющие (группы цифр), разделенные косой чертой, из которых первые две цифры — это номер субъекта Российской Федерации; а вторая составляющая (третья и далее цифры) — порядковый номер записи при внесении сведений об адвокате в региональный реестр. Формирование второй составляющей регистрационного номера осуществляется путем сквозной нумерации независимо от года.

Регистрационный номер имеет следующий вид: N/N (например, 01/253, 35/2, 77/1486). Регистрационный номер не может быть присвоен другому лицу, в том числе при исключении сведений об адвокате из регионального реестра или внесении сведений о прекращении статуса адвоката. Регистрационный номер указывается на реестровом деле адвоката и в удостоверении 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. Удостоверения 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, изменением фамилии, имени и (или) отчества адвоката, утратой или порчей удостоверения, возвратом адвокатам удостоверений при возобновлении статуса адвоката.

Выдача адвокату удостоверения в связи с присвоением статуса адвоката, изменением адвокатом членства в адвокатской палате, возобновлением статуса адвоката осуществляется после внесения соответствующих сведений в региональный реестр на основании полученных от органов адвокатской палаты уведомлений, в связи с изменением адвокатом фамилии, имени и (или) отчества — после внесения соответствующих сведений в региональный реестр на основании полученного от адвоката заявления, в связи с утратой или порчей удостоверения — на основании соответствующего заявления адвоката.

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 3 × 4 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.

В случае утраты или порчи удостоверения адвокат направляет в территориальный орган, выдавший удостоверение, заявление с указанием обстоятельств утраты или порчи удостоверения и просьбой о выдаче нового удостоверения. К заявлению о порче прилагается испорченное удостоверение.

Утраченное удостоверение объявляется недействительным, о чем территориальный орган сообщает в управление (отдел) Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации и органы предварительного следствия в субъекте Российской Федерации.

О выдаче нового удостоверения взамен утраченного или испорченного издается распоряжение территориального органа в месячный срок со дня получения заявления адвоката.

При получении подписанного удостоверения в нижнем левом углу правой внутренней стороны удостоверения и на левой стороне на правом нижнем углу фотографии специалист, ответственный за ведение регионального реестра, помещает оттиски малой выжимной металлической печати с изображением Государственного герба Российской Федерации, используемой при оформлении служебных удостоверений федеральных государственных гражданских служащих, при этом используется мастика красного цвета.

Удостоверение выдается адвокату либо его представителю на основании доверенности, оформленной в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Территориальный орган ведет учет бланков удостоверений и выдачи оформленных удостоверений в книгах учета по утвержденным формам. Книги учета должны быть прошиты, их листы пронумерованы, сведения о количестве листов заверены подписью руководителя и оттиском печати территориального органа. Ежегодно по состоянию на 1 января производится проверка наличия бланков удостоверений и соответствия их учетным данным. Бланки удостоверений, удостоверения, сданные в территориальный орган в связи с приостановлением статуса адвоката, и книги учета хранятся в территориальных органах в негорюемых шкафах. Ответственность за соблюдение требований по оформлению, выдаче, учету, хранению и уничтожению бланков удостоверений возлагается на руководителя территориального органа.

В качестве документа, подтверждающего статус адвоката, признается также справка, выдаваемая взамен изымаемого удостоверения по форме, предусмотренной приложением 13 к Административному регламенту.

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, обязано 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 дан-

ном 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 реестр 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 последстви-

ем 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»⁸⁰. Исходя из этого, делается вывод, что вопрос о том, применимо ли указанное основание к той

⁸⁰ Мельниченко Р.Г. Остановка для адвоката // ЭЖ-Юрист. — 2008. — № 40.

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 «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), бессильность, бездарность и т.п. То есть в законе речь идет прежде всего о внутренних обстоятельствах, связанных с личностью адвоката, а не о 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», постановлений Правительства РФ от 20 февраля 2006 г. № 95 «О порядке и условиях признания лица инвалидом» и от 16 декабря 2004 г. № 805 «О порядке организации и деятельности федеральных государственных учреждений медико-социальной экспертизы»).

В то же время неспособность адвоката исполнять свои профессиональные обязанности может быть вызвана не только состоянием его 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 трех 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 альтернативную 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» (с посл. изм. и доп.).

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 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. 276—280 ГПК РФ. Заявление в суд подается заинтересованным лицом по месту его жительства или по местонахождению. 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 пункте 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 нуждающимся 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 гражданском адвокатской деятельности.

Закон содержит **одинадцать 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 адвокатской 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 невыборную 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 подп. 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 сомнительным.

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 является 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 Минздрава России от 7 августа 1998 г. № 241 «О совершенствовании медицинской документации, удостоверяющей случаи рождения и смерти, в связи с переходом на МКБ-Х».

В соответствии с Федеральным законом от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» (ст. 64) на основании указан-

ного 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. 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 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. 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 совершение 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. 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 обязанностей 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).

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 обязан-

ности 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 стату-

са 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, перечисленных в п. 1 и п. 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 об-

шем 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 адвокат могут лишиться 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, насколько важными 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 ст. 17 предоставляет территориальному органу юстиции право в установленном порядке добиваться прекращения статуса адво-

ката, 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 изменены. Ранее ст. 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 при-

нять 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 не понятно, 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. 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 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 и 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 палаты 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 общественно-го 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 к 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 последний, 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 **Основами 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 заказам 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 до-

статочно 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. 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, определение норм представительства на собраниях (конференции), избрание 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. 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 которых наделены гораздо большими правами в управлении своими организациями, нежели адвокаты, и в то же время «самоуправляемыми» не называются.

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.

Возникает в связи с этим 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 предоставится возможность уча-

ствовать 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 части 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 пред-

ставительства 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 и ее прав.

§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.**

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 определя-

ет 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 коллектив 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. 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, местонахождении адвокатского кабинета, порядке 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 местонахождения адвокатского кабинета законодательством не определено. ГК РФ устанавливает применительно к гражданам место жительства, а применительно к юридическим лицам — местонахождение. Местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК РФ). Местонахождением юридического лица определяется место его государственной регистрации, которая осуществляется по местонахождению 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 адво-

кат самостоятельно определяет, что указать в качестве местонахождения 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 управле-

нии 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, приравниваются в отношении порядка ведения учета хозяйственных операций к гражданам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. Поэтому в силу п. 2 ст. 4 Федерального закона от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете» (ред. от 23 ноября 2009 г.) такие адвокаты обязаны вести учет доходов и расходов в порядке, установленном налоговым законодательством Российской Федерации. С учетом этого адвокат, учредивший адвокатский кабинет, обязан представлять по запросу налогового органа книгу учета доходов и расходов и хозяйственных операций (подп. 5 п. 1 ст. 23 Налогового кодекса РФ (часть первая)).

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 Фе-

дерации. Адвокатские палаты субъектов Российской Федерации обязаны не позднее 10-го числа каждого месяца сообщать в налоговый орган по местонахождению 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 утверждается Минфином Российской Федерации.

Если адвокат изменил местонахождение 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 заключаются 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 ка-

бинета, — 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. Число учредителей коллегии адвокатов не ограничено.

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 соз-

дания 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 местонахождению 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» (в ред. от 26 ноября 1998 г. № 174-ФЗ, от 8 июля 1999 г. № 140-ФЗ, от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ) (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 Федеральным 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 в чистом виде лишь 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, преподавательской 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 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 учредителями (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. 173 и 174 ГК РФ, определяющими условия сохранения в силе сделок, выходящих за пределы правоспособности юридического лица).

В учредительном договоре учредители обязуются создать коллегия адвокатов; определяют порядок совместной деятельности по ее созданию, условия передачи коллегии адвокатов своего имущества, порядок участия в ее деятельности, порядок и условия приема в коллегия новых членов и выхода учредителей (членов) из ее состава, пра-

ва 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. 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; местонахождение (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 коллегии 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 адво-

катской 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, что в некоторых субъектах РФ из-за громоздкости адвокатских палат до конкретного адвоката помощь адвокатской палаты может просто не дойти. Поэтому на подготовку учредительных документов коллегии адвокатов необходимо обращать особое внимание, сосредоточивая 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, местонахождении 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 коллегии 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.

Коллегии 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 юриди-

ческих 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 деbüroкратизации 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. 8 Закона № 129-ФЗ государственная регистрация осуществляется: в срок не более чем пять рабочих дней со дня представления документов в регистрирующий орган; по местонахождению указанного в заявлении постоянно действующего исполнительного органа, в случае отсутствия такого исполнительного органа — по местонахождению 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 юридиче-

ского лица. Применительно к коллегии адвокатов такими документами являются:

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 — местонахождение; 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 Закона № 129-ФЗ для госу-

дарственной регистрации изменений, вносимых в учредительные документы коллегии адвокатов, в регистрирующий орган должны быть представлены:

- а) подписанное заявителем заявление о государственной регистрации по форме, утвержденной Правительством РФ. 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) 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 местонахождения юридического лица налоговый орган вносит в государственный реестр соответствующую запись и пересылает регистрационное дело в налоговый орган по новому местонахождению 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 государственной 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, узнав о принятых изменениях, действовало с учетом данных изменений, ни сама коллегия адвокатов, учредительные документы которой изменены, ни ее учредители (члены) не вправе ссылаться на от-

сутствие 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 (местонахождение) 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.1) 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 кол-

легии 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, председатель). 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 некоммерческой организацией, а также в случае иного противоречия интересов указанного 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 ор-

ганом 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 местонахождения коллегии и осуществляющее все ее функции или часть их, в том числе функции представительства. Представительством коллегии адвокатов является обособленное подразделение, которое расположено вне ее местонахождения, 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 соответствующий филиал, обладать всеми правами и нести 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 местонахождении 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 остаются неясными вопросы 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. 61—64) и Федеральным законом о некоммерческих организациях (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 ликвидационный 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 Федера-

ции. 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 50 руб. за каждый непредставленный документ. По вопросу, касающемуся применения к налоговым агентам ответственности, предусмотренной п. 1 ст. 126 Кодекса, см. также письмо МНС России от 11 мая 2001 г. № БГ-6-18/377@. Согласно п. 2 ст. 126 НК РФ непредставление налоговому органу сведений о налогоплательщике, выразившееся в отказе организации предоставить имеющиеся у нее документы, предусмотренные НК РФ, со сведениями о налогоплательщике по запросу налогового органа, а равно иное уклонение от предоставления таких документов либо предоставление документов с заведомо недостоверными сведениями, если такое деяние не содержит признаков нарушения законодательства о налогах и сборах, предусмотренного ст. 135.1 Налогового кодекса, влечет взыскание штрафа в размере 5000 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 коллегия заключенное им соглашение. Он не имеет права скрывать или иным образом задерживать передачу соглашения коллегия адвокатов. В то же время закон не устанавливает ни сроков на передачу соглашения, ни ответственности адвоката за непредоставление соглашения на регистрацию в коллегия 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 коллегия 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 коллегия адвокатов (Федеральный закон от 31 декабря 2002 г. № 187-ФЗ).

Так, не подлежит обложению налогом на добавленную стоимость оказание услуг адвокатами, а также оказание услуг коллегиями 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 коллегиями 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 Федеральным законом от 24 июля 2009 г. № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования». 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).

Федеральный закон от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете» (ст. 5, в ред. от 31 декабря 2002 г.) установил, что в планах счетов бухгалтерского учета, других нормативных актах и методических указаниях должна предусматриваться упрощенная система бухгалтерского учета для коллегий адвокатов (адвокатских бюро).

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, так же, 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. Число 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. 7 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. 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 партнерского 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 ведение 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, отчислений 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 до-

веренностей, 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 не вправе будут ссылаться на ограничения прав партнера и совершенная им сделка будет признана общей для всех. Соответственно, 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. 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 предъявить требование к самому адвокатскому бюро и лишь затем — к его партнерам, которые будут отвечать солидарно. Вопросы субсидиарной 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. 7 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 коллегию 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 момента преобразования адвокатского бюро в коллегию 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 осущест-

влять свою деятельность, по представлению органа исполнительной власти данного субъекта Федерации.

Решение о создании юридической консультации принимает совет адвокатской палаты как ее коллегиальный исполнительный орган. Принятию указанного решения в обязательном порядке предшествует направление 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 порядке в случае, если на территории одного судебного района общее число 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**. Однако, в отличие от указанных адвокатских образований, она создается в форме **учреждения**.

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, Федеральным 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. 7 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 документа-

ми. 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. Местонахождение юридической консультации определяется местом ее государственной регистрации. Наименование и местонахождение 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, местонахождение, 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. Соглас-

но 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. 61—64) и Законом о некоммерческих организациях (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 некоммерческих 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. 120, 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 закрепленным за учреждением имуществом 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. В этом случае, однако, 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 имущество действительно является излишним, неиспользуемым либо используется не по назначению.

В соответствии с п. 2 ст. 120 ГК РФ 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. 7 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 обя-

занности 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 КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность (ст. 2.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях).

По КоАП РФ к административной ответственности привлекаются 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 КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Кодекс об административных правонарушениях — 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 содержат общие положения, 5—21 — перечень административных положений, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность.

В главах 22 и 23 перечисляются лица, управомоченные разбирать дела об административных правонарушениях и выносить решения. В главах 24—30 сосредоточены вопросы процессуального права, а в 31, 32 — порядок исполнения решений по административным правонарушениям.

Впервые Кодексом предусмотрены две формы вины — умышленная и неосторожная. В статье 2.2 говорится, что 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.

Статья 22.1 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 учреждениями, структурными подразделениями и территориальными органами, а также иными государственными органами, уполномоченными на то, исходя из задач и функций, возложенных на них федеральными законами либо нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации.

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.

В Кодексе приведен исчерпывающий список органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях. Всего их 61, и возглавляют этот список судьи.

Статья 23.1 Кодекса подробно описывает, какие дела рассматриваются судьями непосредственно, а какие им могут передать, если орган или должностное лицо передает дело.

Арбитражные суды рассматривают правонарушения юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

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.

В каких случаях производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению?

Это происходит, если:

- 1) отсутствует событие административного правонарушения;
- 2) отсутствует состав административного правонарушения, в том числе недостижение физическим лицом на момент совершения противоправных действий (бездействия) возраста, предусмотренного КоАП РФ для привлечения к административной ответственности, или невменяемость физического лица, совершившего противоправные действия (бездействие);
- 3) действия лица совершены в состоянии крайней необходимости;
- 4) издан акт амнистии, если такой акт устраняет применение административного наказания;
- 5) отменен закон, установивший административную ответственность;
- 6) истекли сроки давности привлечения к административной ответственности;
- 7) по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, имеется постановление о назначении административного наказания либо постановление о прекращении производства по делу об административном правонарушении, либо постановление о возбуждении уголовного дела;
- 8) наступила смерть физического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении.

В ходе производства об административном правонарушении лица, участвующие в производстве, могут заявить ходатайства.

Ходатайство заявляется в письменной форме и подлежит немедленному 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 КоАП РФ, 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.

В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо.

Полномочия адвоката удостоверяются ордером, выданным юридической консультацией. 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 составления протокола 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.

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, полученных с нарушением закона — так гласит ст. 25.2 КоАП. Рассмотрим это 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.

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, а 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.

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.

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 в случае необходимости фотографируются или фиксируются иным установленным способом и приобщаются к делу об административном правонарушении. О наличии вещественных доказательств делается запись в протоколе об административном правонарушении или в ином протоколе.

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.

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.

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.

3. 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.).

К сожалению, все действия по Кодексу об административных правонарушениях ведутся уполномоченными органами. А право проведения собственного расследования адвокатами в Кодексе не прописано. Скорее всего, в законодательном плане это будет исправлено.

Для рассмотрения дела об административном правонарушении существуют установленные законом сроки.

Дело об административном правонарушении рассматривается в пятнадцатидневный срок со дня получения судьей, органом, должностным лицом, правомочными 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, 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.

Закон также устанавливает порядок рассмотрения дел об административных правонарушениях, т.е. процедуру:

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 юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, 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:

а) поступления заявления о самоотводе или об отводе судьи, члена коллегиального органа, должностного лица, рассматривающих дело, если их отвод препятствует рассмотрению дела по существу;

б) отвода специалиста, эксперта или переводчика, если указанный отвод препятствует рассмотрению дела по существу;

в) 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.

Адвокату закон не предоставляет такого права, т.е. прения сторон отсутствуют. Это шаг назад по сравнению с Уголовно-процессуальным кодексом.

Какое решение может быть принято по делу об административном правонарушении и 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 об административных правонарушениях;

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.

По результатам рассмотрения дела об административном правонарушении выносится определение:

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 КоАП РФ:

- 1) вынесенное судьей — в вышестоящий суд;
- 2) вынесенное коллегиальным органом — в районный суд по месту нахождения коллегиального органа;
- 3) вынесенное должностным лицом — в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела;
- 4) вынесенное иным органом, созданным в соответствии с законом субъекта Российской Федерации, — в районный суд по месту рассмотрения дела.

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, совершенном 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 судьей, 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 подлежит направлению в вышестоящий суд в день ее получения.

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.

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.

Каковы сроки рассмотрения жалоб в вышестоящих инстанциях?

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подлежит рассмотрению в десятидневный срок со дня ее поступления со всеми материалами дела в суд, орган, должностному лицу, правомочным рассматривать жалобу.

Жалоба на постановление об административном аресте подлежит рассмотрению в течение суток с момента подачи жалобы, если лицо, привлеченное к административной ответственности, отбывает административный арест. По поданной жалобе может быть принято 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;

4) об отмене постановления и о возвращении дела на новое рассмотрение судье, в орган, должностному лицу, правомочным рассмотреть

дело, в случаях существенного нарушения процессуальных требований, если это не позволило всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело, а также в связи с необходимостью применения закона об административном правонарушении, влекущем назначение более строгого административного наказания, если потерпевшим по делу подана жалоба на мягкость примененного административного наказания;

5) об отмене постановления и о направлении дела на рассмотрение по подведомственности, если при рассмотрении жалобы установлено, что постановление было вынесено неправомочными судьей, органом, должностным лицом.

Не вступившее в законную силу постановление по делу об административном правонарушении и (или) последующие решения вышестоящих инстанций по жалобам на это постановление могут быть обжалованы в соответствии со ст. 30.10 только прокурором, т.е. адвокат жалобу может направить прокурору, а тот, если сочтет доводы убедительными, опротестовать решение. Это вообще сужает право на защиту со стороны привлеченного к административной ответственности, ставя его в зависимость от государственного чиновника, каковым является прокурор. Так что это вопрос дальнейшего совершенствования законодательства.

ГЛАВА 9

Участие адвоката в Конституционном Суде

§1. Конституционное судопроизводство

Конституционный Суд является судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющим судебную власть посредством конституционного судопроизводства.

Конституционное судопроизводство — это установленные Конституцией РФ, федеральным конституционным законом и Регламентом Конституционного Суда порядок и процедура рассмотрения и решения дел и вопросов, принадлежащих к компетенции Конституционного Суда. Конституционное судопроизводство основывается на прочных демократических принципах и имеет некоторые особенности.

Законом определены принципы конституционного судопроизводства: независимость судей, коллегиальность, гласность, устность разбирательства, непрерывность судебного заседания, состязательность и равноправие сторон, язык конституционного судопроизводства.

Конституционный Суд правомочен принимать решения в пленарных заседаниях при наличии не менее двух третей от общего числа судей, а в заседании палаты — при наличии не менее трех четвертей ее состава.

Конституционное правосудие для России — относительно новый институт защиты прав и свобод граждан. Первый закон о Конституционном Суде Российской Федерации был принят Съездом народных депутатов 12 июля 1991 г., в соответствии с которым 29 октября 1991 г. внеочередным (Пятым) Съездом народных депутатов был избран первый состав Конституционного Суда. Работая на основе закона, Конституционный Суд накопил опыт разрешения спорных вопросов и совершенствования собственных процедурных вопросов. Указом Президента РФ от 7 октября 1993 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» деятельность Конституционного Суда РФ была приостановлена, и 24 июля 1994 г. был принят новый Федеральный конституционный закон за № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Федерации» (далее — Закон о Конституционном Суде), устранивший выявленные недостатки прежнего закона, особенно в вопросах процедуры. Ныне данный Конституционный закон действует в редакциях федеральных конституционных законов от 8 февраля 2001 г. № 1-ФКЗ, от 15 декабря 2001 г. № 4-ФКЗ, от 7 июня 2004 г. № 3-ФКЗ, от 5 апреля 2005 г. № 2-ФКЗ.

В частности, в нем полнее представлены принципы конституционного судопроизводства: независимость, коллегиальность, гласность, язык судопроизводства, устность разбирательства, непрерывность судебного разбирательства, состязательность и равноправие сторон.

Конституционный Суд РФ обладает широкими полномочиями, реализация которых призвана обеспечивать в стране режим конституционной законности, от уровня которой зависит действенность защиты граждан, государства и общества в целом.

Важность задач, стоящих перед Конституционным Судом, подчеркивается тем, что в качестве представителя сторон допускаются лица, имеющие ученую степень по юридическим специальностям. Исключение делается только для адвокатов. Закон считает их достаточно подготовленными для столь важной миссии. Учитывая высокую сложность конституционного судебного контроля как с содержательной, так и с процессуальной точек зрения, признание за адвокатами высокопрофессиональных качеств имеет большое значение для усиления роли адвокатуры в защите прав и свобод граждан.

Конституционное судопроизводство имеет ряд особенностей.

Во-первых, Конституционный Суд занимается установкой фактических обстоятельств дела только в той мере, в какой они могут повлиять на оценку конституционности оспариваемого закона или отдельных его положений. Поэтому задача адвоката сводится в этом вопросе к приведению убедительной правовой и научной аргументации своей позиции, к попыткам помочь суду найти оптимальное научно обоснованное решение.

В Конституционном Суде очень ограничены возможности выбора тактики отстаивания интересов клиента. Публичность, яркость выступления не оказывают здесь такого влияния, как в обычных судах. Необходимо уметь моделировать ситуацию и находить решение, строго обоснованное законом.

Во-вторых, конституционный процесс, в отличие от других видов процессов, достаточно скоротечен — всего одна инстанция. Решения Конституционного Суда окончательны и не подлежат обжалованию и опротестованию. И поэтому адвокат лишен возможности оставить на

будущее какие-то доводы или впоследствии их чем-то дополнить. Их необходимо изложить Суду сразу — иначе можно не изложить совсем.

В-третьих, у Конституционного Суда нет прописанной процедуры исполнения его решений, т.е. отсутствует механизм принуждения государственных органов и их должностных лиц к выполнению данных решений, если они добровольно ему не подчиняются. Нередки случаи повторных обращений в Конституционный Суд по одному и тому же вопросу, так как первое решение никем не было выполнено. Зачастую положительное решение Конституционного Суда означает новое разбирательство, в основном судебное, того дела, по которому был применен нормативный акт, признанный неконституционным.

В-четвертых, защита конституционных прав и свобод в конституционном процессе реализуется не только через отстаивание прав конкретного человека, но и в форме защиты прав и свобод всех лиц, по отношению к которым может быть применен оспариваемый правовой акт, т.е. всегда защищаются публичные интересы.

Например, Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в одной из своих статей гласил, что заведующий кафедрой может исполнять эти обязанности до 65 лет. Два человека обратились в Конституционный Суд, и этот пункт Закона был отменен, а действие этого решения распространилось на десятки тысяч людей во всей стране.

Напомним, что Конституционный Суд рассматривает следующие категории дел:

- 1) дела о соответствии Конституции РФ нормативных актов всех ветвей государственной власти (законы, указы президента, постановления правительства и др.);
- 2) дела по спорам о компетенции между Федерацией и субъектами, между ветвями федеральной власти и т.п.;
- 3) дела о соответствии конституций и уставов субъектов Федерации Конституции РФ;
- 4) договоры между федеральным Центром и субъектами о разграничении полномочий и др.;
- 5) дела о конституционности законов по жалобам о нарушении конституционных прав и свобод граждан;
- 6) не вступившие в силу международные договоры РФ и договоры субъектов Федерации;
- 7) заключение о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения в отношении Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления;

8) дела о толковании Конституции.

В рассмотрении всех этих дел может участвовать адвокат, так как поле его деятельности в Конституционном Суде достаточно широко.

§2. Подготовка слушания дела в Конституционном Суде РФ и задачи адвоката на этом этапе

Одним из важных этапов работы адвоката в Конституционном Суде составляет стадия подготовки дела к слушанию. На этой стадии необходимо выбрать вариант позиции по делу, подобрать доводы в ее обоснование, определить круг возможных свидетелей, специалистов, экспертов, подлежащих вызову в Суд, определить перечень документов, которые необходимо будет найти и представить суду.

Начать эту стадию необходимо с рассмотрения вопроса, имеет ли право на обращение в Конституционный Суд лицо, чьи интересы адвокат представляет.

В соответствии с Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — Закон о Конституционном Суде) (ч. 1 ст. 96) все физические лица имеют право на обращение в Конституционный Суд, если их конституционные права затронуты. Но лица, не достигшие 16 лет, а также недееспособные, самостоятельно обратиться в Конституционный Суд не могут. Суд их жалобу не примет к производству. От их имени в Конституционный Суд должны обращаться их законные представители.

Практика Конституционного Суда не ограничивает права иностранных граждан и лиц без гражданства на обращение в Конституционный Суд, если их конституционные права нарушены каким-либо правовым актом.

Далее необходимо убедиться, что отсутствуют обстоятельства, препятствующие рассмотрению дела в Конституционном Суде.

Во-первых, вопрос может быть не подведомствен Конституционному Суду (п. 1 ч. 2 ст. 40 Закона о Конституционном Суде). Если это очевидно, то уже секретариат уведомит заявителя об отказе принятия дела к рассмотрению. Если обстоятельства не очевидны, но присутствуют, то решение по этому вопросу принимает сам Суд.

Но необходимо учитывать, что не принятые Конституционным Судом материалы направляются им по подведомственности.

Во-вторых, необходимо проверить, не рассматривался ли ранее аналогичный вопрос Конституционным Судом. Если рассматривался

и состоялось итоговое решение, то Конституционный Суд откажет в принятии жалобы, а если в производстве уже находится аналогичное дело, то он может их объединить в одно.

Отказ в принятии дела Конституционным Судом не исключает повторного обращения в суд по этому же вопросу, но только в случае существенного изменения обстоятельств.

Убедившись в отсутствии обстоятельств, препятствующих рассмотрению жалобы в Конституционном Суде, адвокат должен убедиться, что жалоба допустима и есть законные основания к направлению ее в Конституционный Суд РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 36 Закона о Конституционном Суде основанием для рассмотрения дела в порядке конституционного правосудия является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции закон или иной нормативный правовой акт, договор между органами государственной власти Федерации и ее субъектов, и другие вопросы, рассмотрение которых входят в концепцию Конституционного Суда РФ.

Однако эта норма касается Суда в общем. Заявитель и его адвокат должны помнить, что в соответствии со ст. 37 Закона о Конституционном Суде необходимо указывать в обращении конкретные основания обращения и свою позицию по этому вопросу.

Жалоба должна устанавливать факт, что оспариваемый правовой акт затрагивает конституционные права и свободы граждан.

Если по ходатайству адвоката с запросом в Конституционный Суд обращается другой суд, то в этом запросе должно прозвучать прямое заявление о том, должен или не должен применяться этот нормативный правовой акт и конституционен ли он.

§3. Сроки подачи обращения в Конституционный Суд РФ

Возможность обращения в Конституционный Суд ограничена определенными сроками. Заявитель вправе оспаривать конституционность правовых актов только со дня их официального опубликования.

Заявление о даче заключения по запросу Совета Федерации о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президенту РФ в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления — в течение месяца со дня принятия Государственной Думой решения о выдвижении обвинения (ст. 109 Закона о Конституционном Суде).

По спорам о компетенции Конституционный Суд принимает ходатайства по истечении одного месяца после письменного уведомления заявителем органа или должностного лица о нарушении им компетенции заявителя (ст. 93 Закона о Конституционном Суде).

Если нормативный акт или другой документ принят до 1993 г., т.е. до вступления в силу Конституции РФ, они могут быть обжалованы только по содержанию норм (ст. 86 Закона о Конституционном Суде).

Указанные сроки носят пресекательный характер, и адвокат может строить свою позицию на факте их нарушения.

Вопрос об оплате государственной пошлины регулируется Федеральным законом о Конституционном Суде и лишь в вопросе о льготах применяется положение Закона РФ от 9 декабря 1991 г. № 2005-1 «О государственной пошлине» (в ред. от 31 декабря 1995 г. с посл. изм. и доп.).

При направлении обращения в Конституционный Суд должна быть оплачена государственная пошлина в размере, установленном в ст. 39 Закона о Конституционном Суде. Нарушение требования об уплате госпошлины является основанием для возвращения обращения заявителю.

От уплаты госпошлины освобождаются лица, перечисленные в ст. 5 Закона о госпошлине. Кроме того, не оплачиваются пошлиной запросы судов, запросы о толковании Конституции, ходатайства Президента РФ по спорам о компетенции, если он не является их стороной, а также запросы о даче заключения в порядке п. 7 ст. 125 Конституции (ч. 3 ст. 39 Закона о Конституционном Суде).

Конституционный Суд вправе своим решением освободить гражданина, с учетом его материального положения, от уплаты госпошлины или уменьшить ее размер. Подача соответствующего мотивированного заявления допускается на любой стадии процесса. По результатам его рассмотрения выносится определение (§68 Регламента Конституционного Суда Российской Федерации).

Госпошлина, уплаченная при обращении в суд в размере, установленном законом, действовавшим в тот период времени, не может быть пересмотрена в сторону увеличения ни при каких обстоятельствах.

Судебные расходы, связанные с рассмотрением дел в Конституционном Суде, стороны несут за свой счет. В статье 100 Закона о Конституционном Суде говорится о том, что по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод, если закон или отдельная его статья признаны неконституционными, судебные расходы подлежат возмещению в установленном порядке.

Правда, такой порядок до настоящего времени не установлен. Судебной практики также нет. Можно обратиться в суд общей юрисдикции с иском к проигравшей стороне, так как согласно сложившейся практике расходы оплачивает проигравшая сторона.

§4. Требования к тексту обращения в Конституционный Суд

Что касается текста обращения в Конституционный Суд, то основные требования к нему закреплены в ст. 37 Закона о Конституционном Суде.

Оно должно быть составлено в письменной форме, подписано самим заявителем либо уполномоченным лицом. Обращение непременно должно быть адресовано непосредственно Конституционному Суду, так как если оно будет направлено Председателю или судье, то они будут рассматривать его как письмо во внесудебном порядке. Органом конституционного контроля является только сам Суд в полном составе.

В обращении указываются полные данные заявителя. Отдельно указываются данные представителя со ссылкой на все документы (например, ордер юридической консультации для адвоката или диплом ученой степени для представителя не адвоката).

Обращение должно включать полное официальное наименование и адрес государственного органа, издавшего акт, на который подана жалоба, и нормы Конституции РФ и Закона о Конституционном Суде, дающие право на обращение в суд.

В описательной части указывается точное и полное название, номер, дата принятия и опубликования, источник опубликования и иные сведения об акте, подлежащем проверке, либо о положениях Конституции, о толковании которых просит заявитель.

В мотивировочной части излагается позиция заявителя и дается ее правовое обоснование, в котором адвокату необходимо, помимо ссылок на букву и дух Конституции РФ, привести соответствующие научные доктрины, включая зарубежные, международную практику и практику других государств в области регулирования подобных споров.

Резолютивная часть должна содержать четкое требование заявителя к Конституционному Суду. Эту часть документа рекомендуется формулировать аналогично тому, как составляются резолютивные части итоговых решений самого Суда о признании неконституционными законов, иных нормативных актов или соответствующих договоров.

Завершается обращение перечнем прилагаемых к нему документов, который должен состоять из:

- а) документа, подлежащего проверке;
- б) документа, подтверждающего полномочия представителя (только в подлиннике);
- в) документа, подтверждающего факт применения оспариваемого правового акта;
- г) документа, подтверждающего позицию обратившихся;
- д) квитанции об уплате госпошлины;
- е) списка свидетелей и экспертов, которых необходимо, по мнению заявителя, заслушать в судебном заседании;
- ж) в случаях, не терпящих отлагательства, заявитель может ходатайствовать перед Конституционным Судом до принятия решения, чтобы Суд обратился к соответствующим органам или должностным лицам с предложением о приостановке действия оспариваемого акта, что разрешено Суду ст. 42 Закона о Конституционном Суде.

Если обращение не соответствует требованиям ст. 37 или к нему не были приложены документы, прямо перечисленные в ст. 38, Суд не вправе отказать в принятии его к рассмотрению, так как в ст. 43 приведен исчерпывающий, т.е. не подлежащий расширительному толкованию, перечень оснований отказа.

Но если обращение имеет определенные недостатки, Суд имеет право его не принять. Поэтому заявитель просто должен устранить имеющиеся недочеты в обращении и вновь направить материалы в Конституционный Суд, а чтобы этих недочетов не было, адвокат должен подключиться к составлению документов на первоначальном этапе.

Адвокат и его доверитель вправе также не согласиться с решением секретариата Суда о несоответствии обращения требованиям закона и настаивать на рассмотрении дела по существу. В этом случае должно быть подано в Суд соответствующее заявление, в котором необходимо обосновать свое несогласие с позицией секретариата.

Данное заявление и обращение в Суд проверяются судьей или несколькими судьями, и результаты проверки докладываются на пленарном заседании состава суда не позднее месяца со дня поступления заявления.

Если решение секретариата будет признано необоснованным, Суд выносит решение о принятии обращения к рассмотрению. Если Суд сочтет, что секретариат прав, то выносится соответствующее решение, которое уже окончательно и пересмотру не подлежит.

Заседания Конституционного Суда могут быть открытыми или закрытыми. Если рассматриваются сведения, которые могут повредить клиенту в результате огласки, адвокат может ходатайствовать о закрытых судебных заседаниях.

То же имеет место, если вопрос касается государственной или военной тайны.

Если в ходе заседаний Конституционного Суда заявителю или адвокату потребуются дополнительные свидетели или документы, то он вправе обратиться с ходатайством об их вызове или истребовании документов. Ходатайство должно быть достаточно мотивированным, тогда Суд его, как правило, удовлетворяет, так как задача конституционного Суда — установить истину по оспариваемому вопросу.

§5. Судебное разбирательство в Конституционном Суде РФ

Судебное разбирательство в Конституционном Суде происходит, как правило, на основе состязательности (за исключением дел о толковании Конституции).

В некоторых юридических источниках появилось мнение, что процесс в Конституционном Суде отличается от других процессов тем, что стороны связаны как бы общей целью в виде отстаивания конституционных положений, но с разных позиций. Считаю это мнение принципиально неверным, так как конституционный процесс не менее напряжен и внутренне наполнен конфликтами, чем любой другой. Поэтому к процессу адвокат должен готовиться тщательно, так как решение, которое он получает, распространяется не только на его клиента, но и на большое количество других людей.

Также в процессе необходимо учитывать все: квалификацию судей, квалификацию других участников процесса, мировую практику и т.д.

В судебном заседании необходимо строго соблюдать Регламент Конституционного Суда. Это относится как к обращению к судьям («Ваша честь», «Уважаемый Суд», «Уважаемый судья», «Уважаемый Председательствующий»), так и к ведению дела.

В Конституционном Суде нельзя ссылаться на документы и обстоятельства, неисследованные Конституционным Судом в судебном заседании, нельзя делать политических заявлений, нельзя допускать оскорбительных высказываний в отношении госорганов и их должностных лиц, общественных объединений и отдельных граждан.

Необходимо уяснить, что Регламент Конституционного Суда запрещает судьям прерывать чьи-либо показания репликами или комментариями.

Если представителей в процессе несколько, то адвокат, как более опытный, должен взять на себя функции координации действий. Необходимо заранее определить роли участников, чтобы они могли четко изложить факты и предъявить документы в необходимой последовательности.

Адвокат должен контролировать полноту освещения проблемы. Особой деликатности требует заявление об отводе судьи. Эту часть задачи лучше всего взять на себя адвокату. Необходимо помнить, что в Конституционном Суде нельзя выразить недоверие всему составу суда. Другого Конституционного Суда в России нет. Можно выразить недоверие только какому-нибудь судье на основаниях, строго перечисленных в законе. В отличие от других судов в Конституционном Суде может быть еще основание — участие судьи в принятии оспариваемого акта.

Отвод судьи в конституционном процессе возможен на любой стадии.

В конституционном процессе имеет место выступление сторон, заявление ходатайств, заключительное выступление адвоката. Отличие состоит в том, что после того как состоялось итоговое решение по делу или вынесено определение об отказе в принятии вопроса к рассмотрению, адвокат может обратиться с ходатайством об официальном разъяснении акта суда, если не ясна его суть в целом или отдельные положения.

Как и в любом другом процессе, закон предоставляет право участникам процесса ознакомиться с протоколом и стенограммой заседания суда и приносить на нее свои замечания.

Завершающим и ответственным этапом конституционного судопроизводства является принятие решения Конституционным Судом.

Решения, принимаемые Конституционным Судом, именуются **постановлением, заключением, определением.**

Постановления принимаются по вопросам о разрешении дела о соответствии Конституции Российской Федерации федеральных законов, нормативных актов Президента, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства; конституций республик; уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации; решения о толковании Конституции и по ряду других основополагающих вопросов компетенции Конституционного Суда.

Заключение — это итоговое решение Конституционного Суда по существу запроса о соблюдении установленного порядка выдвижения обвинения Президента Российской Федерации в государственной измене или совершении иного тяжкого преступления.

Определениями являются все иные решения Конституционного Суда, принимаемые в ходе конституционного судопроизводства.

Решение Конституционного Суда считается принятым, если за него проголосовало большинство участвовавших в голосовании судей, если иное не предусмотрено федеральным конституционным законом. Решения Конституционного Суда провозглашаются в полном объеме немедленно после его подписания.

Постановления и заключения Конституционного Суда не позднее чем в двухнедельный срок со дня их подписания направляются: судьями Конституционного Суда сторонам, Президенту Российской Федерации, Государственной Думе, Правительству, Уполномоченному по правам человека, Верховному Суду, Высшему Арбитражному Суду, Генеральному прокурору, министру юстиции.

Решение Конституционного Суда является окончательным, не подлежит обжалованию и вступает в силу немедленно после его провозглашения. Акты или отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; признанные не соответствующими Конституции Российской Федерации не вступившие в силу международные договоры Российской Федерации не подлежат введению в действие и применению (ч. 6 ст. 125 Конституции РФ).

ГЛАВА 10

Участие адвоката в судебном-контрольном производстве в стадии предварительного расследования: организация защиты, юридическое представительство. Понятие, виды, формы и режимы, цели и пределы судебного контроля на досудебных этапах уголовного процесса

§1. Сущность, цели и задачи оперативного судебного контроля в современном уголовном процессе

Российское уголовное судопроизводство по делам публичного и частно-публичного обвинения традиционно разделено на два больших обособленных друг от друга этапа: предварительное расследование и судебное разбирательство. Поскольку итоговые выводы суда в значительной степени зависят от результатов предварительного следствия, то уголовно-процессуальный закон вменяет суду проверить законность и обоснованность решений и действий (бездействия) дознавателей (начальников подразделений дознания), следователей (руководителей следственных органов) и прокуроров (далее, если не оговорено иное, органов предварительного расследования и прокуроров) в ходе следствия судебного.

Поскольку некоторые решения и действия органов предварительного расследования по целому ряду причин такого отложенного судебного контроля могут избежать либо обычный (ординарный) судебный контроль в силу именно его отложенности может оказаться запоздалым, а потому и неэффективным средством защиты и восстановления нарушенных конституционных и процессуальных прав участников процесса, то УПК предусматривает возможность их не-

медленной проверки в рамках оперативного (экстраординарного) судебного контроля.

Аналогичны причины и учреждения в уголовно-процессуальном законе института оперативного судебного контроля в стадии судебного разбирательства.

В соответствии с действующим УПК такой судебный контроль может быть двух видов: 1) превентивным и 2) последующим неотложным, т.е. в последнем случае по времени максимально приближенным к подлежащему проверке решению и действию (бездействию) органов предварительного расследования.

Превентивный судебный контроль за решениями и действиями органов предварительного расследования осуществляется в тех случаях, когда по делу возникает необходимость ограничения основных конституционных прав личности (ст. 22, 23 и 25 Конституции, ст. 107—110, 114—118, 165, ч. 3 ст. 178, ч. 3 ст. 217, 448 УПК РФ).

В данном случае оперативное судебно-контрольное производство возбуждается исключительно по инициативе органов предварительного расследования, которые обращаются в суд с ходатайством, в котором обосновывают необходимость проведения того или иного процессуального или следственного действия. Ходатайство об их проведении судом может быть или отклонено, или удовлетворено.

Решения, принимаемые судом в случае удовлетворения ходатайства, могут быть разных видов: 1) постановления, разрешающие органам предварительного расследования осуществить в будущем определенные процессуальные действия, вынести в отношении судьи постановление о привлечении в качестве обвиняемого (ч. 6 ст. 448 УПК РФ); 2) постановления, которыми суд сам ограничивает конституционные права участников процесса, например: заключает под стражу обвиняемых (ст. 108 УПК РФ), на время отстраняет последних от должности (ст. 114 УПК РФ); 3) постановление, которым суд разрешает проведение следственных действий, например: проведение обысков, выемок и т.п. (ст. 165 УПК РФ).

Последующий неотложный судебный контроль осуществляется в тех случаях, когда решение органов предварительного расследования состоялось, процессуальные и следственные действия (бездействия) ими уже осуществлены (ст. 125 и ч. 5 ст. 165 УПК РФ). В данном случае оперативное судебно-контрольное производство возбуждается по инициативе фактически неограниченно широкого круга лиц.

Сказанное означает, что параллельно расследуемому органом предварительного расследования уголовному делу (наряду с ним) по иници-

циативе уполномоченных на то лиц соответствующими федеральными судами могут вестись оперативные судебно-контрольные производства, число которых зависит от конкретных обстоятельств по делу и может достигать нескольких десятков.

Природа института оперативного судебного контроля предполагает, что судебно-контрольные производства, возбужденные в стадии предварительного расследования, обязательно будут завершены до передачи уголовного дела в суд, где в стадии судебного разбирательства в рамках обычного отложенного судебного контроля решения и действия органов предварительного расследования получают надлежащую оценку.

Основной формой судебного контроля за решениями и действиями органов предварительного расследования является обычный отложенный судебный контроль, поскольку в данном случае возможности сторон и суда в исследовании спорных процессуальных проблем гораздо шире, ибо только на данном этапе уголовного судопроизводства в полном объеме разрешается основной вопрос уголовного процесса — вопрос о доказанности.

Таким образом, оперативный судебный контроль в стадии предварительного расследования по отношению к основному — обычному отложенному судебному контролю носит частный, вспомогательный, правообеспечительный, сервисный характер. Следовательно, он ни в коей мере не в состоянии заменить обычный отложенный судебный контроль. Фактически оперативный (экстраординарный) судебный контроль является не более чем дополнительной гарантией соблюдения прав и законных интересов участников процесса. Более того, оперативный судебный контроль преследует совершенно иные, чем обычный отложенный судебный контроль, процессуальные цели.

Особой разновидностью оперативного судебного контроля являются судебно-контрольные действия вышестоящих судов, осуществляемые ими в апелляционном, кассационном и надзорном порядке, когда оценке подвергается не все уголовное дело, как это бывает после постановления судами первой инстанции итоговых документов (приговора, постановления о прекращении уголовного дела), а промежуточные процессуальные решения, в число которых входят, например: судебные постановления, принимаемые в рамках оперативного превентивного судебного контроля (ст. 107—109, 114—118, ст. 165, ч. 3 ст. 178, ч. 3 ст. 217, 448 УПК РФ), а равно судебные решения, принимаемые на этапах назначения судебного заседания (ч. 7 ст. 236 УПК РФ) в судебном заседании (ч. 1 ст. 258, ч. 2 ст. 266, ст. 255 УПК РФ).

Сказанное означает, что в случаях принесения жалоб на отказ в изменении подсудности (п. 1 ч. 1 ст. 236 УПК РФ), заключения обвиняемого (подсудимого) под стражу (п. 6 ч. 2 ст. 231 УПК РФ), приостановления производства по уголовному делу (ст. 238 УПК РФ) на этапе подготовки уголовного дела к судебному заседанию, а равно в случаях наложения на участника процесса денежного взыскания (ч. 1 ст. 258 УПК РФ), осуществления судом действий в отношении обвинителя и защитника, не подчинившихся распоряжениям председательствующего (ч. ст. 258 УПК РФ), отказа в удовлетворении отвода (ч. 2 ст. 266 УПК РФ), избрания или продления судом срока содержания подсудимого под стражей (ст. 255 УПК РФ) параллельно с рассматриваемым судом первой инстанции уголовным делом (наряду с ним) по инициативе специально на то уполномоченных лиц могут быть возбуждены и проведены вышестоящими судами оперативно-судебно-контрольные производства. Их число зависит от конкретных обстоятельств по делу.

Данная разновидность института оперативного судебного контроля предполагает, что судебно-контрольные производства, возбуждаемые в стадии рассмотрения дела судом первой инстанции, обязательно полностью будут завершены до постановления по нему итогового документа: приговора, постановления о прекращении.

Основной формой контроля за решениями и действиями суда первой инстанции является обычный отложенный судебный контроль апелляционной, кассационной и надзорной инстанций, поскольку в данном случае возможности сторон и суда в исследовании спорных процессуальных проблем гораздо шире, ибо в данном случае в полном объеме разрешается основной вопрос уголовного процесса — вопрос о доказанности.

Оперативный судебный контроль в стадии судебного разбирательства по отношению к основному — обычному отложенному судебному контролю в кассационной и надзорных инстанциях носит второстепенный, вспомогательный, правообеспечительный, сервисный характер, следовательно, он ни в коей мере не может, да и не должен подменять обычный отложенный судебный контроль кассационной и надзорной инстанций, фактически данная форма судебного контроля является дополнительной, вспомогательной, ее учреждение преследует совершенно иные, чем у обычного отложенного судебного контроля (весьма ограниченные) процессуальные цели.

Судебный контроль — институт, в первую очередь, административного судопроизводства. О том, что данный вид процесса имеет право на свое самостоятельное существование, прямо указано в Конститу-

ции РФ (ч. 2 ст. 118). Тем не менее учреждение системы административных судов, принятие Административно-процессуального кодекса РФ отложено на неопределенный срок. Исторически сложилось, что регламент судебного контроля отдельно прописан в УПК, ГПК, АПК и КоАП. К сожалению, содержащиеся в них правила по своим юридико-техническим параметрам уступают не только общепризнанным мировым стандартам, но и лучшим образцам дореволюционного законодательства.

Судебному контролю, осуществляемому в режиме постфактум, в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. была посвящена целая глава. Она состояла из двух отделений: «Порядок принесения жалоб» и «Порядок рассмотрения жалоб», включающих в себя добрый десяток статей. Разработанные тогда процедуры пережили революцию и были включены в УПК РСФСР 1922 и 1923 гг. в виде специальной главы XVIII «Обжалование действий следователя».

Сейчас судебный контроль в уголовном процессе напрямую регламентируется лишь ст. 125 УПК РФ. Одна статья вместо целой главы — вот основная причина несовершенства и фрагментарности законодательных формулировок. Отсутствие ясной и четкой доктрины судебного контроля — причина их противоречивости.

Сказанное предполагает, что сущность судебного контроля правоприменитель должен постичь самостоятельно, а отсутствующие в ст. 125 УПК РФ элементы регламента судебно-контрольной деятельности ему придется искать в иных положениях процессуального законодательства, применяя их по аналогии.

Причина длительной консервации проблемы — хроническое непонимание сущности и значения судебного контроля, как научным сообществом, так и законодателем. Не удалось пока выработать позитивного отношения к судебному контролю и у практиков.

Ключевую роль в воссоздании института судебного контроля сыграл Конституционный Суд РФ. Задолго до принятия УПК РФ Высший судебно-контрольный орган в целом ряде своих постановлений и определений совершенно обоснованно указал на то, что положения ст. 46 Конституции РФ — закон прямого действия, следовательно, отсутствие соответствующих регламентаций в уголовно-процессуальном законе не является основанием для ограничения доступа граждан к правосудию. С этого момента в уголовном судопроизводстве началось стихийное развитие судебно-контрольной деятельности.

Мощнейший импульс развитию судебного контроля придают решения Европейского Суда по правам человека, который ориентиру-

ет российского правоприменителя на непосредственное применение базовых принципов и норм международного права. Опережающее в целом развитие международного права по сравнению с национальным предопределено длительной и стабильной эволюцией последнего. В ее основе своевременное заимствование лучших достижений из национальных правовых систем, которые спустя годы после соответствующей апробации постепенно инкорпорируются в законы большинства государств.

Адвокат — неперенный участник всех судебно-контрольных действий. Ниже излагается алгоритм большинства из них. Роль адвоката (защитника, представителя) умышленно специально не прописывается, поскольку правильное выполнение им функций предопределено его взаимодействием с другими участниками процесса.

§2. Заключение под стражу: алгоритм процессуальных действий

2.1. Основания к возбуждению ходатайства о необходимости избрания в отношении подозреваемого и обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу

Дознаватель (ст. 41 УПК РФ), начальник подразделения дознания, его заместитель (ст. 40-1), следователь (ст. 38 УПК РФ), следователь-криминалист (п. 40-1 ст. 5 УПК РФ), руководитель следственного органа, его заместитель, в пределах своих полномочий вправе ходатайствовать перед судом об избрании обвиняемому (здесь и далее, если иное специально не оговорено, и подозреваемому) меры пресечения в виде заключения под стражу при наличии достаточных оснований полагать, что он: 1) скроется от дознания, предварительного следствия и суда; 2) может продолжать заниматься преступной деятельностью; 3) может угрожать свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по делу (ст. 97 УПК РФ).

В отношении подозреваемого мера пресечения может быть избрана при наличии оснований, предусмотренных ст. 97 УПК, и с учетом обстоятельств, указанных в ст. 99 УПК. При решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения и определения ее вида при наличии оснований учитываются также тяжесть преступления, све-

дения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства (ст. 99 УПК РФ).

При всем многообразии попыток осмыслить сущность процессуального действия — заключение под стражу и производного от него процессуального действия — продление срока содержания под стражей, пока ни одна из них не стала по-настоящему общепризнанной доктриной, следовательно, вектор развития данного института до настоящего времени до конца не выработан.

Это тревожное обстоятельство не остается без внимания как законодателя, так и практиков. Поэтому неудивительно, что нормы уголовного процесса, регламентирующие заключение под стражу, сроки содержания под стражей непрерывно модернизируются, а практики активно ищут новые подходы в их применении. В этом еще весьма далеком от завершения процессе эпохальное существенное значение имеют: 1) Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 октября 2009 г. № 22 «О практике применении судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» (далее — Постановление); 2) Указанием Первого заместителя Генерального прокурора РФ — Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 22 июля 2009 г. № 8/206 «Об организации процессуального контроля при продлении сроков предварительного следствия и содержания обвиняемых под стражей» (далее — Указание).

Эти документы буквально насыщены правоприменительными новеллами, наличие которых, безусловно, будет способствовать прогрессу в сфере оперативного судебного контроля за законностью и обоснованностью заключения подозреваемых, обвиняемых под стражу.

При массовом применении положений ст. 108 и 109 УПК РФ ключевое значение имеет правильное определение целей и задач уголовной политики, четкое определение объекта, предмета и пределов судебного контроля. Несмотря на кажущуюся очевидность, спорными остаются вопросы, связанные с обоснованностью заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу, алгоритмом судебно-контрольного производства, участием в нем защитника, потерпевшего и других лиц.

Об уровне прогресса, достигнутого авторами вышеуказанных документов, свидетельствуют следующие обстоятельства. Ключевое значение имеет тот факт, что текст Постановления начинается с обращения внимания судей на общепризнанные принципы и нормы международного права, Конституцию РФ (п. 1). Следует отметить, что общепризнанные принципы и нормы международного права, Конститу-

ция РФ на территории нашего государства давно уже являются непосредственно действующими правовыми актами. Одновременно приходится констатировать, что налаживание механизма их применения низовыми следственными инстанциями пущено на самотек. Максимум на что пока способны руководители правоохранительных структур, это постфактум ознакомить своих подчиненных с нарушениями, допущенными их предшественниками.

Вторым важным обстоятельством является утверждение о том, что «заключение под стражу в качестве меры пресечения может быть избрано лишь при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения». Общеизвестно, что в уголовном процессе существует презумпция недопустимости необоснованного ограничения прав личности, поэтому судья, рассматривающий ходатайство о заключении обвиняемого под стражу, должен помнить на него возложена функция обеспечения баланса интересов следствия и личности. Лишь убедившись, что применение иных мер пресечения бесполезно, судья заключает обвиняемого под стражу (п. 2 Постановления).

Третьим важным обстоятельством является указание на исключительный характер применения такой меры пресечения, как заключение под стражу (п. 4).

Особое внимание уделено авторами Постановления вопросам заключения под стражу несовершеннолетних (п. 6—8) и женщин, имеющих несовершеннолетних детей (п. 5).

В силу прямого действия конституционного принципа презумпции невиновности (ч. 1 ст. 49 Конституции) в уголовном процессе (ст. 14 УПК РФ) избрание меры пресечения по мотивам одной лишь тяжести содеянного недопустимо. К сожалению, во многих судебных документах по-прежнему часто встречается выражение: «с учетом тяжести содеянного обвиняемым оснований для отказа в удовлетворении ходатайства о заключении обвиняемого под стражу не усматривается». Если в постановлении судьи об аресте вышперечисленные в законе основания для избрания меры пресечения не раскрыты, в нем содержится лишь намек на предполагаемую тяжесть содеянного, то это — прямое свидетельство отсутствия достаточных оснований к заключению подозреваемого, обвиняемого под стражу. Иное толкование содержания правоприменительного акта противоречит принципу презумпции невиновности.

В силу ч. 1 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. В силу этого при оспаривании подозреваемым, обвиня-

емым законности судья обязан начать свою профессиональную деятельность по материалу о заключении под стражу с предположения о том, что лицо, подвергшееся ее лишению, должно быть освобождено.

2.2. Наличие доказательств причастности лица к совершению преступления — базовое основание для заключения под стражу

В пункте 2 Постановления содержится важнейшая из рекомендаций: требование о необходимости обнаружения доказательств того, что лицо, о заключении которого под стражу ходатайствуют следователь и руководитель следственного органа, действительно могло совершить преступление. Данная рекомендация всегда вызывала множество споров, как у теоретиков, так и у практиков, поскольку российская уголовно-процессуальная доктрина все еще исходит из того, что судья, вникающий в суть обвинения, предпринимает вопрос о виновности.

В связи с этим как в тексте закона (ч. 1 ст. 108 УПК РФ), так и в Постановлении (п. 2) судье вместо анализа доказательств предлагается указать на конкретные, фактические **обстоятельства**, на основании которых судья принял решение. При этом уточняется, что такими **обстоятельствами** не могут являться **данные, не проверенные в ходе судебного заседания**, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований ст. 89 УПК.

Согласно Постановлению судье предлагается «в каждом конкретном случае проверять обоснованность подозрения в причастности лица к совершенному преступлению. При этом следует иметь в виду, что обоснованное подозрение предполагает наличие **достаточных данных** о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление, в том числе указанных в ст. 91 УПК».

Что же проверяет судья? Очевидно, что он проверяет доказательства по уголовному делу, которыми являются любые **сведения**, на основе которых следователь, прокурор и суд в порядке, определенном УПК, устанавливают обстоятельства, подлежащие доказыванию, а равно имеющие значение для дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ). В части 2 этой же статьи дан исчерпывающий перечень таких доказательств. Согласно п. 10 Постановления именно такие доказательства сторона обвинения представляет в суд.

Иными словами, судья устанавливает наличие доказательств того, что лицо, о заключении под стражу которого ходатайствует следователь, причастно, как минимум, к одному из преступлений. Разрешая такое ходатайство, судья осуществляет процесс доказывания, т.е. про-

веряет и оценивает доказательства, представленные сторонами, а равно оценивает доказательства, добытые им самим в ходе судебного разбирательства (ст. 85 УПК РФ).

Автор Указания при решении затронутой проблемы предельно лаконичен и точен. Подчиненным ему сотрудникам он вменяет в обязанность: «Тщательно проверять наличие доказательств, подтверждающих обоснованность избрания меры пресечения в отношении обвиняемых в виде заключения под стражу (п. 4). В постановлении о возбуждении ходатайства о заключении обвиняемого под стражу, продлении срока содержания обвиняемого под стражей приводятся доказательства виновности обвиняемого, если по делу несколько обвиняемых, привести доказательства виновности каждого (п. 12). К постановлению прилагается подробная справка с изложением доказательств (п. 12).

Итак, получается, что следователь представляет **доказательства**, а судья анализирует всего лишь **данные**, а на самом деле это **сведения — информация** о том, что преступление действительно имело место, к нему причастен обвиняемый, т.е. **доказательства** (ст. 74 УПК РФ).

Очевидно, что во всех перечисленных случаях речь идет об одном и том же: об одном из этапов **доказанности вины**, том уровне доказанности, которого, по мнению суда, достаточно для того, чтобы заключить обвиняемого под стражу.

Возникает вопрос, а не предрешается ли при этом вопрос о виновности конкретного лица в целом? Безусловно, что в определенной степени, по крайней мере на психологическом уровне, конечно же, предрешается, так как заключение под стражу из чисто процедурных соображений недопустимо. Однако вспомним, что судебные решения, принимаемые в рамках оперативного судебного контроля, преюдициального значения для суда, рассматривающего дела по существу, не имеют (ст. 90 УПК РФ). Следовательно, оснований опасаться предрешения вопроса о доказанности вины конкретного обвиняемого в том смысле, о котором говорится в ч. 1 ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК, не имеется. Что касается психологической составляющей заключения обвиняемого под стражу как формы признания вины, то о ней человечеству давно известно. Выход из тупика давно найден: вопрос о заключении под стражу рассматривают одни судьи одной судебной подсистемы, а дела по существу рассматривают судьи другой процессуальной подсистемы. Данный принцип, пусть и в урезанном варианте, был знаком последней редакции предыдущего УПК, тогда как авторы УПК РФ, из соображений экономии, от него недальновидно отказались. Поскольку в стране взят последо-

вательный курс на приведение российского законодательства в соответствие с международными стандартами, со временем будет разрешен и этот вопрос, имеющий не только процессуальный, но и судостроительный характер.

Термины «при наличии достаточных оснований полагать», «скроется от предварительного расследования», «может заниматься преступной деятельностью», «может угрожать свидетелю» — категории оценочные. Поскольку в соответствии с ч. 4 ст. 7 УПК РФ решения судов должны быть мотивированными, то их содержание в обязательном порядке подлежит раскрытию в процессуальных документах.

В качестве оснований для избрания меры пресечения в законе установлены категории вероятностного характера: «достаточно полагать», что обвиняемый «может» продолжать заниматься преступной деятельностью (п. 2 ч. 1 ст. 97 УПК РФ), «может» угрожать участникам уголовного судопроизводства или иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу (п. 3 ч. 1 ст. 97 УПК РФ).

Мера пресечения подлежит применению уже только при наличии самой возможности предусмотренных ч. 1 ст. 97 УПК последствий. Из содержания п. 3 ч. 1 ст. 97 УПК следует, что избрание меры пресечения всегда следует считать своевременным, законным и обоснованным, если таковая предотвратила саму возможность угрозы потерпевшему, а не пресекает уже высказанные, тем более осуществленные угрозы. Более того, ст. 97 УПК предписывает органам предварительного расследования, прокурору и судье предвидеть возможные последствия несвоевременного применения мер пресечения к лицу, обвиняемому в совершении преступления, особенно склонному к продолжению преступной деятельности. О том, что лицо может продолжить свою преступную деятельность, свидетельствует, например, наличие у него антиобщественных установок, количество ранее совершенных противоправных деяний. Вывод о том, что подозреваемый (обвиняемый) скроется от следствия и суда, будет угрожать свидетелям и потерпевшим, трудно сделать, проанализировав характер его преступных проявлений, последующее поведение.

Анализ постановлений о заключении подозреваемых, обвиняемых под стражу (2002—2010 гг.) свидетельствует, что судебная практика применения положений ст. 108 УПК РФ в основном сформировалась, однако встречаются и вопиющие нарушения уголовно-процессуального закона.

2.3. Основания к рассмотрению ходатайства об избрании в отношении подозреваемого и обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу судьей

В силу ч. 3 ст. 108 УПК РФ поводом к рассмотрению в суде вопроса о возможности заключения под стражу подозреваемого, обвиняемого является соответствующее ходатайство: 1) следователя (п. 4 ч. 1 ст. 39 УПК РФ), поданное с согласия руководителя следственного органа (заместителя руководителя следственного органа), самого руководителя следственного органа, заместителя последнего, если дело находится в их производстве либо они — руководители следственной группы (п. 1 ч. 1 ст. 39 УПК РФ); 2) дознавателя (ч. 1 ст. 224 УПК РФ), начальника подразделения дознания, его заместителя, если дело находится в их производстве (ч. 2 ст. 40.1 УПК РФ), поданное с согласия прокурора (п. 5 ч. 2 ст. 37 УПК РФ).

Письменное согласие прокурора района (вышестоящего прокурора, его заместителей, равнозначных им прокуроров) на ходатайстве дознавателя, начальника подразделения дознания, его заместителя о заключении обвиняемого под стражу обязательно, как и письменное согласие руководителя следственного органа (вышестоящего руководителя следственного органа, его заместителей) на аналогичном ходатайстве следователя. Отсутствие такого согласия на ходатайстве — основание к отказу в принятии ходатайства судом к производству, оставлении его без рассмотрения, прекращении производства по ходатайству.

Персональная компетенция руководителей следственных органов (начальников следственных управлений, отделов, групп, частей), их заместителей определяется ведомственными приказами.

По смыслу ст. 39 УПК РФ руководитель следственного органа по делам, находящимся в его производстве (по делам, по которым он является руководителем следственной группы), наделен правом непосредственного обращения в суд с ходатайством о заключении обвиняемого под стражу. Получение в данном случае согласия на обращение с таким ходатайством вышестоящего руководителя следственного органа не требуется.

Прокурор правом принесения в суд ходатайства о заключении обвиняемого под стражу не обладает, ему принадлежит только прерогатива дачи дознавателю, руководителю органа дознания (его заместителю) обязательных для них указаний об обращении в суд с ходатайством о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу.

Прокурор также не наделен правом дачи следователю, следователю-криминалисту, руководителю следственного органа (его заместите-

лю) указания о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу. Он может лишь требовать от них устранения нарушений уголовно-процессуального закона (п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК РФ).

Руководитель следственного органа (его заместитель) вправе давать подчиненным ему следователям, следователям-криминалистам указания о необходимости избрания в отношении обвиняемых меры пресечения в виде заключения под стражу (п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ). Аналогичное право принадлежит начальнику подразделения дознания, его заместителю (п. 2 ч. 3 ст. 40.1 УПК РФ) в отношении подчиненных ему дознавателей.

Согласно приказам Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. (п. 13 № 5 «Об организации процессуального контроля», п. 13, 14 № 6 «О мерах по организации предварительного следствия») руководитель следственного органа обязан следить за тем, чтобы: 1) не нарушался порядка задержания подозреваемых в совершении преступлений, чтобы не было случаев их задержания на основании протоколов об административных правонарушениях, данные, содержащиеся в протоколе задержания, соответствовали обстоятельствам происшедшего; 2) процессуальное оформление задержания следователем осуществлялось не позднее трех часов после фактического доставления подозреваемого к следователю.

Решая вопрос о возможности заключения обвиняемого (подозреваемого) под стражу руководитель следственного органа должен: 1) тщательно изучать материалы уголовного дела и проверять обоснованность ходатайства следователя перед судом об избрании в отношении обвиняемого (подозреваемого) меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога; 2) при необходимости лично допросить обвиняемого (подозреваемого) без принятия уголовного дела к своему производству при рассмотрении вопроса о даче согласия следователю на возбуждение перед судом указанного ходатайства (п. 4 ч. 1 ст. 39 УПК РФ); 3) потребовать от следователей составления мотивированного постановления; 4) обратить особое внимание на тяжесть преступлений, совершенных обвиняемым (подозреваемым), его личность, возраст, состояние здоровья, семейное положение и род занятий, другие важные обстоятельства; 5) рекомендовать по делам экономической направленности чаще использовать в качестве меры пресечения залог, сумма которого должна соизмеряться с размером причиненного вреда и степенью общественной опасности содеянного.

Руководитель следственного органа обязан учитывать, что перечень обстоятельств, предусмотренный ст. 108 УПК РФ, в соответ-

ствии с которыми обвиняемый (подозреваемый) может быть заключен под стражу, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит.

Руководитель следственного органа также должен помнить, что важнейшее значения при решении вопроса о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу является единство мнений всех участников со стороны обвинения в этой связи для выработки единой правовой позиции и реализации прокурором полномочий, предусмотренных п. 8 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, копии ходатайств следователей перед судом с необходимыми материалами направлять прокурору следует заблаговременно.

В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость заключения обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения (ч. 3 ст. 108 УПК РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 108 УПК РФ заключение под стражу в качестве меры пресечения по общему правилу применяется только в отношении достигшего совершеннолетия подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет. Из этого общего правила существуют три исключения.

Во-первых, мера пресечения в виде заключения под стражу может быть избрана также в отношении обвиняемого по делу о совершении преступления, за которое предусмотрено наказание на срок до двух лет, если: 1) он не имеет постоянного места жительства в Российской Федерации; 2) его личность не установлена; 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения; 4) он скрылся от органов предварительного расследования или от суда (ч. 1 ст. 108 УПК РФ).

Во-вторых, в силу ч. 2 ст. 108 УПК РФ в отношении несовершеннолетних заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется, если они обвиняются в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления (ст. 15 УК РФ). Впрочем, мера пресечения в виде заключения под стражу может быть избрана также и в отношении несовершеннолетних, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести (ст. 15 УК РФ), но только в исключительных случаях (ч. 2 ст. 108 УПК РФ). Об исключительности ситуации может свидетельствовать нежелание несовершеннолетнего подчиниться законным требованиям сотрудников правоохранительных органов, утрата за ним контроля со стороны родителей, опекунов, попечителей, продолжение несовершеннолетним противоправного поведения в любых формах.

Заключение под стражу несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых в совершении преступлений небольшой тяжести (ст. 15 УК РФ), действующим законодательством не предусмотрено.

Например, несовершеннолетний совершил несколько неквалифицированных краж (ч. 1 ст. 158 УК РФ), следовательно, юридических оснований к его аресту нет.

С несовершеннолетними обвиняемыми, в отношении которых избраны меры пресечения, не связанные с заключением под стражу, проводится индивидуальная профилактическая работа в соответствии с Федеральным законом «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

В-третьих, в законе закреплены особые правила принятия судебного решения о заключении под стражу некоторых категорий лиц в связи с характером выполняемых ими функций (гл. 52 УПК РФ). В связи с этим до решения вопроса об избрании меры пресечения следует проверить, соблюден ли в полном объеме порядок возбуждения уголовного дела, имеется ли соответствующее согласие на заключение лиц вышеозначенной категории под стражу (ст. 450 УПК РФ).

На основании п. 36.2 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению под стражу (в какой бы то ни было форме), утвержденного резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г., «арест или задержание лица на период проведения предварительного следствия осуществляется исключительно в целях осуществления правосудия».

В силу ч. 1 ст. 146 УПК РФ дознаватель, начальник подразделения дознания (его заместитель), орган дознания, следователь, следователь-криминалист, руководитель следственного органа (его заместитель) возбудить дело могут лишь в пределах своей компетенции, с учетом требований ст. 151 УПК РФ о подследственности, ст. 152 УПК РФ о месте производства предварительного расследования.

Условия заключения обвиняемого под стражу делятся на формально-правовые и материально-правовые.

2.4. Формально-правовые условия заключения под стражу

Во-первых, заключение под стражу обвиняемого в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК РФ, возможно только в рамках осуществления дознавателем, следователем предварительного расследования по конкретному уголовному делу, возбужденному в строгом соответствии со ст. 146 УПК РФ и расследуемому в соответствии с установленными законом сроками (ст. 162, 223 УПК РФ).

Во-вторых, лицо, о необходимости ареста которого принесено ходатайство, должно иметь статус либо подозреваемого (ст. 46 УПК РФ), либо обвиняемого (ст. 47 УПК РФ).

Лицо, совершившее запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости, или лицо, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение, и не заключавшееся до окончания проведения судебно-психиатрической экспертизы под стражу, под стражу не заключается, а помещается в психиатрический стационар в порядке, установленном ст. 203 УПК РФ.

В-третьих, заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется только в отношении обвиняемого в совершении преступления, за которое уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет (применяя данное правило, следует помнить об изложенных выше исключениях).

2.5. Материально-правовые основания для заключения под стражу

Ими является совокупность доказательств, которые: во-первых, уличают обвиняемого в совершении преступления; во-вторых, указывают на необходимость временной изоляции лица от общества в интересах судопроизводства. Анализ положений ст. 108 УПК РФ показывает, что избрание меры пресечения в виде заключения под стражу законодатель напрямую связывает как с процессуальным статусом конкретного лица (подозреваемый, обвиняемый), так и с необходимостью наличия у суда достоверных данных, подтверждающих факт обоснованности его подозрения или обвинения в совершении предусмотренного законом уголовного деяния определенной тяжести. Это правило, апробированное временем. Чтобы не допустить ошибки, судья должен быть уверен, что вина доставленного к нему лица органами предварительного расследования доказана хотя бы по одному эпизоду, необходимые для этого доказательства в уголовном деле имеются и органы предварительного расследования их не утратят.

Принятие решения о заключении обвиняемого под стражу только на основании вменения лицу статьи обвинения недопустимо. Прежде чем принять решение о заключении обвиняемого под стражу, следует проверить правильность и обоснованность квалификации содеянного доставленным к судье лицом. Анализ судебной практики показывает, что квалификация содеянного подозреваемым, обвиняемым органами предварительного расследования зачастую завышается: одно

и то же деяние необоснованно сразу квалифицируется по различным статьям уголовного закона.

В соответствии с законом заключение под стражу в качестве меры пресечения может быть избрано лишь при невозможности применения иной, более мягкой меры пресечения. Для решения вопроса о содержании под стражей лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое уголовный закон предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, суду надлежит в каждом конкретном случае устанавливать, имеются ли иные обстоятельства, кроме указанных в ч. 1 ст. 108 УПК РФ, свидетельствующие о необходимости изоляции лица от общества. К таким обстоятельствам могут быть отнесены данные о том, что подозреваемый, обвиняемый может скрыться от органов предварительного расследования или суда, фальсифицировать доказательства, оказать давление на потерпевшего, свидетелей и т.п.

Анализ практики Европейского Суда по правам человека позволяет сделать однозначный вывод: «обоснованность» подозрений — существенный элемент защиты от произвольного лишения свободы. Существование понятия «обоснованное подозрение» заранее предполагает наличие фактов и сведений, способных убедить объективного наблюдателя в том, что лицо могло совершить правонарушение.

Порочной является практика, когда органы предварительного расследования в постановлениях об избрании меры пресечения ограничиваются безмотивной констатацией обстоятельств, указанных в ст. 97 УПК РФ, или же их перечислением. В то же время следует признать отсутствие в отечественном юридическом обороте необходимого для этого понятийного аппарата.

Судьи в своих решениях обычно уклоняются от анализа доказательств, подтверждающих обоснованность заключения лица под стражу, предполагая, что это связано с вопросом о доказанности его вины, что составляет прерогативу судебной инстанции, рассматривающий уголовное дело по существу. Данной проблемы не знают те правоприменители, которые признают существование уровней доказанности вины, достаточных: для подозрения, обвинения, заключения под стражу и осуждения.

В силу ч. 2 ст. 77 УПК РФ признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть принято за основание к заключению под стражу только при подтверждении данного обстоятельства другими доказательствами. Самооговор — явление в уголовном процессе сравнительно распространенное. Судья, рассматривающий ходатай-

ство органов предварительного расследования о заключении обвиняемого под стражу, данное обстоятельство обязан учитывать и при необходимости требовать от следователя (дознателя) подтверждения обоснованности выдвинутых в отношении конкретного лица подозрений.

Согласно ч. 1 ст. 108 УПК РФ постановление о заключении под стражу не может быть основано на информации, непроверенной в ходе судебного заседания, в частности на результатах оперативно-розыскной деятельности, представленных в нарушение требований ст. 89 УПК. Следовательно, результаты оперативно-розыскной деятельности, отвечающие требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК, как сами по себе, так и в совокупности с другими доказательствами, могут быть положены в основу судебного решения о заключении под стражу.

В соответствии с ч. 2 ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» результаты оперативно-розыскной деятельности используются в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. В силу ч. 3 ст. 11 этого же Закона предоставление результатов оперативно-розыскной деятельности осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами.

Если при решении вопроса о заключении под стражу стороны в подтверждение своей позиции сошлутся на результаты оперативно-розыскной деятельности, судья в первую очередь проверяет их на предмет допустимости. Выяснив механизм их получения, убедившись в достоверности содержащейся в них информации, судья оценивает их как доказательства на основе личного убеждения.

2.6. Перечень документов, прилагаемых органами предварительного расследования к ходатайству об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу

К ходатайству о необходимости избрания в отношении подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу прилагаются копии: 1) постановления о возбуждении уголовного дела (при необходимости — постановления о принятии его к производству, постановления о производстве предварительного следствия следственной группой); 2) протокола задержания подозреваемого; 3) протокола допроса подозреваемого.

Если следователем, дознавателем ставится вопрос об аресте обвиняемого, то к ходатайству наряду с перечисленными документами прилагаются копии: 1) постановления о привлечении в качестве обвиняемого; 2) протокола допроса обвиняемого.

Если обвиняемый ранее задерживался по этому же делу в порядке ст. 91—92 УПК РФ, заключался под стражу, а затем был освобожден, то к ходатайству о необходимости заключения его под стражу прилагаются документы, содержащие информацию о времени содержания обвиняемого под стражей.

Помимо вышеперечисленных документов лицо, ходатайствующее об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, по своему усмотрению прилагает копии материалов дела, выполняющие функцию материально-правового основания для заключения под стражу. В их число могут входить: 1) заявление потерпевшего, иные документы, послужившие поводом к возбуждению уголовного дела (например, явка с повинной); 2) протоколы допросов потерпевших, свидетелей, опознания, очных ставок, заключения экспертиз и другие документы, перечисленные в ст. 74 УПК РФ.

Если до начала судебного разбирательства от стороны защиты поступили возражения по существу ходатайства следователя о заключении обвиняемого под стражу, то по смыслу уголовно-процессуального закона (ст. 15 УПК РФ) сторона обвинения в целях повышения эффективности состязательного процесса обязана представить в судебное заседание доказательства, опровергающие все доводы процессуальных оппонентов.

Материалы, представляемые органами предварительного расследования в качестве материально-правового обоснования ареста, в обязательном порядке подлежат проверке судьей по правилам, предусмотренным ст. 75 УПК РФ.

Кроме того, к материалам о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу прилагаются в подлиннике и в копии документы, удостоверяющие личность подозреваемого, обвиняемого (паспорт, военный билет, водительские права и т.п.). В случае крайней необходимости в качестве документа, удостоверяющего личность, к материалам может быть приобщена паспортная форма № 1.

Проблема установления личности доставленного в судебное заседание подозреваемого, обвиняемого является весьма актуальной. Имеют место случаи, когда одно лицо выдает себя за другое. Отсутствие у подозреваемых, обвиняемых документов, удостоверяющих их личность,

явление обыденное. Более того, органы предварительного расследования далеко не всегда в состоянии установить точные данные об их личности. Встречаются ситуации, когда вместо одного лица конвойная служба доставляет другое.

Установление точных данных о личности лица, в отношении которого в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу, — залог законности принятого судом решения. Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что само по себе отсутствие документов не является основанием для отказа в удовлетворении ходатайства о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу (п. 11). Принимая решение о заключении под стражу, суд в первую очередь должен убедиться в том, что доставленное в судебное заседание лицо действительно причастно к тому деянию, за совершение которого оно привлечено к уголовной ответственности (п. 2).

Если выяснится, что анкетные данные лица, в отношении которого избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, в постановлении указаны не верно, суд, рассмотревший ходатайство о заключении его под стражу, на основании заявления сторон, а равно по собственной инициативе вправе вынести постановление об уточнении анкетных данных.

К ходатайству об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (ч. 3 ст. 108 УПК РФ) следует прилагать копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т.п.). В тех случаях, когда в уголовном деле защитник не участвует и об этом не сделана запись в протоколе допроса в качестве подозреваемого или обвиняемого, к материалам дела прилагается письменное заявление подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника.

Поскольку законность и обоснованность судебных решений о заключении обвиняемых под стражу в значительной степени зависят от качества работы сторон, в первую очередь дознавателей, следователей и прокуроров, Генеральный прокурор РФ в приказе от 6 сентября 2007 г. № 136 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» (да-

лее — Приказ № 136) ориентировал подчиненных ему сотрудников на строгое и неукоснительное соблюдение действующего российского законодательства, стандартов, содержащихся в решениях Европейского Суда по правам человека.

Прокурорам предписывается совершение следующих действий:

своевременно принимать меры к пресечению необоснованного и незаконного применения к обвиняемым мер процессуального принуждения. В случаях несоблюдения установленного ч. 3 ст. 93 УПК РФ срока сообщения прокурору о произведенном задержании принимать соответствующие меры прокурорского реагирования;

проверять законность задержания подозреваемых по уголовным делам, принимать меры к выявлению, устранению нарушений порядка задержания, несоответствия данных, содержащихся в протоколе задержания, обстоятельствам происшедшего. Незамедлительно проверять жалобы на незаконность задержания и нарушения прав задержанных. Учитывать, что согласно ч. 4 ст. 96 УПК РФ сохранение в тайне факта задержания (за исключением задержания несовершеннолетнего) может осуществляться только с согласия прокурора;

пресекать случаи задержания лиц, подозреваемых в совершении преступлений, на основании протоколов об административных правонарушениях;

руководствуясь ч. 2 ст. 10 УПК РФ, своим постановлением немедленно освобождать всякого незаконно задержанного или лишеного свободы, а также незаконно помещенного в медицинский или психиатрический стационар либо содержащегося в них свыше срока, предусмотренного УПК РФ (п. 1.4);

обеспечивать обязательное участие прокурора в судебном заседании при рассмотрении судом ходатайств следователя об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, залога, а также о продлении срока содержания под стражей и других ходатайств о даче согласия на производство следственных действий, которые допускаются на основании судебного решения;

тщательно готовиться к судебному заседанию. С целью своевременной выработки обоснованной позиции по заявленному ходатайству предлагать руководителю следственного органа одновременно с направлением ходатайства в суд направлять в прокуратуру копию согласованного с ним ходатайства следователя, а также копии материалов, подтверждающих его обоснованность. Обращать внимание на

соответствие постановлений следователя требованиям о законности, обоснованности и мотивированности;

в каждом случае прокурору, участвующему в судебном заседании, составлять письменное заключение об обоснованности заявленного ходатайства для приобщения к рассмотренным судом материалам и надзорному производству. Вывод об отсутствии оснований для поддержания ходатайства согласовывать с руководителем прокуратуры;

излагая в суде свое мнение при рассмотрении вопросов об избрании меры пресечения и о продлении сроков содержания под стражей, исходить из положения ст. 97, 100, 106—109 УПК РФ, а также позиции Европейского Суда по правам человека о разумных сроках содержания под стражей, учитывая при этом тяжесть совершенного преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, место жительства, род занятий и другие обстоятельства (п. 1.5).

Аналогичные требования содержатся в приказе Генерального прокурора РФ от 6 сентября 2007 г. № 137 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания» (далее — Приказ № 137). Прокуроры ориентированы на совершение следующих действий:

обеспечивать надлежащий прокурорский надзор за неукоснительным соблюдением органами дознания требований уголовно-процессуального законодательства при применении процессуальных мер принуждения и пресечения, связанных с ограничением конституционных прав, в том числе на свободу и личную неприкосновенность. Во всех случаях выявления нарушений добиваться восстановления законности и решать вопрос об ответственности виновных лиц;

требовать от органов дознания, дознавателей направления прокурору в течение 12 часов письменного сообщения о задержании подозреваемого в порядке ч. 3 ст. 93 УПК РФ и копии соответствующего протокола;

в каждом случае проверять законность задержания подозреваемых в совершении преступления, в том числе наличие оснований, указанных в ст. 91 УПК РФ, имея в виду, что их перечень является исчерпывающим, а также соблюдение порядка задержания, установленного ст. 92 УПК РФ, и срока составления протокола задержания не позднее трех часов с момента фактического доставления подозреваемого в орган дознания;

при получении заявления задержанного о применении незаконных методов дознания проводить проверку всех доводов с принятием соответствующих мер прокурорского реагирования (п. 12);

давать согласие дознавателям на возбуждение перед судом ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в соответствии со ст. 224 УПК РФ лишь при наличии оснований и обстоятельств, предусмотренных ст. 97, 99, 100, ч. 1—3 ст. 108 УПК РФ;

с особой тщательностью рассматривать вопросы о необходимости применения меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетних, лиц пожилого возраста и других лиц, к которым может быть применена иная мера пресечения, исходя из обстоятельств дела и данных о личности;

учитывать, что мера пресечения в виде заключения под стражу для лиц, совершивших преступления небольшой тяжести, может быть применена лишь в исключительных случаях при наличии обстоятельств, указанных в ч. 1 ст. 108 УПК РФ, перечень которых является исчерпывающим, а к несовершеннолетним не применяется (п. 14).

2.7. Место рассмотрения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу

По общему правилу, место совершения преступления предопределяет место проведения предварительного расследования (ч. 1 ст. 152 УПК РФ) и, соответственно, место рассмотрения ходатайства об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу.

По многоэпизодным делам сложилась практика рассмотрения ходатайств о заключении обвиняемого под стражу по местонахождению органа предварительного расследования. По месту проведения предварительного расследования также рассматриваются ходатайства о заключении обвиняемого под стражу, если дело в отношении него передано прокурором из одного следственного подразделения в другое (из СО при РОВД в СУ при УВД города, области).

Например, следователи ГСУ СК при прокуратуре РФ с ходатайствами о заключении обвиняемых под стражу обращаются преимущественно по местонахождению ГСУ СК при прокуратуре РФ в Басманный районный суд г. Москвы.

В данном случае судье следует выяснить, чем обусловлено изменение территориальной и родовой подследственности, проверить, соблюдены ли при этом требования п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, имеется ли по этому поводу соответствующее постановление прокурора.

Исключением из данного правила являются случаи, когда по обстоятельствам дела обвиняемый задержан далеко от места проведения предварительного расследования, предстоит его длительное эта-

пирование к месту проведения предварительного расследования, например из Петропавловска-Камчатского в Москву. Действующий закон не запрещает следователю обратиться в суд с ходатайством об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения по месту его фактического задержания.

Согласно п. 13 Постановления в случае задержания в порядке ст. 91 и 92 УПК РФ лица, объявленного в розыск, суд по месту его задержания вправе рассмотреть ходатайство о применении в отношении такого лица меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом суд должен располагать копиями постановлений о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и материалов, подтверждающих его обоснованность, надлежаше удостоверенных руководителем следственного органа по месту задержания подозреваемого или обвиняемого. Суду следует обеспечить участие в судебном заседании представителя следственного органа, которым были заверены поступившие документы.

Практика постепенно формирует институт представительства органов предварительного расследования в суде при рассмотрении ходатайств о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, о продлении срока содержания обвиняемого под стражей. При этом обычаем делового оборота является предъявление суду представителем органа предварительного расследования доверенности, заверенной руководителем органа предварительного расследования.

Рассмотрение ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу без участия обвиняемого УПК РФ не предусмотрено. В общей норме — п. 16 ч. 4 ст. 47 УПК РФ прямо указано, что обвиняемый вправе участвовать в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении него меры пресечения, а специальная норма — ч. 4 ст. 108 УПК РФ прямо исключает возможность рассмотрения вопроса о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу без его участия. Действующий закон не препятствует проведению в необходимых случаях выездного заседания.

2.8. Подготовка к рассмотрению ходатайства о заключении под стражу подозреваемого, обвиняемого

Судья, рассматривающий ходатайство об аресте, в первую очередь обязан лично убедиться, что в производстве органов предварительного расследования действительно имеется уголовное дело в отношении лица, подлежащего заключению под стражу; постановление о возбуждении данного уголовного дела вынесено уполномоченным

на то лицом, оформлено надлежащим образом (ст. 146 УПК РФ); все графы в бланке постановления о возбуждении уголовного дела, принятии его к своему производству заполнены, необходимые подписи в нем имеются, сомнений в их достоверности нет; возбужденное уголовное дело надлежащим образом зарегистрировано, ему присвоен соответствующий номер.

Судья должен помнить, что копия постановления о возбуждении уголовного дела незамедлительно направляется прокурору. Если из текста копии постановления невозможно сделать однозначный вывод о законности и обоснованности возбуждения уголовного дела, прокурор незамедлительно требует от органа, возбудившего уголовное дело, материалы, подтверждающие законность и обоснованность принятого решения.

Признав постановление о возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, в срок не позднее 24 часов с момента получения материалов, послуживших основанием для возбуждения уголовного дела, прокурор отменяет постановление о возбуждении уголовного дела, о чем выносит мотивированное постановление (ч. 4 ст. 146 УПК РФ, абз. 4, 5 п. 1.3 Приказа № 136). Согласно данному Приказу постановление о возбуждении уголовного дела в вышеуказанные сроки отменяется вне зависимости от того, производились ли по делу следственные действия (п. 6).

Понятие «незамедлительно» является оценочным. Сказанное означает, что после возбуждения уголовного дела, в том числе в сроки, измеряемые днями, может появиться постановление прокурора об отмене постановления о возбуждении уголовного дела. Наличие такого постановления вплоть до его отмены вышестоящим прокурором в силу п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК РФ исключает возможность любого производства по делу, в том числе и рассмотрение ходатайства о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу.

Если уголовное дело, по материалам которого производится арест, выделено в отдельное производство из другого дела, то следует проверить, не были ли при этом нарушены нормы уголовно-процессуального закона, произведено ли выделение дела уполномоченными на то лицами, зарегистрировано ли выделенное дело надлежащим образом. После этого следует проверить, чтобы сроки предварительного следствия либо дознания (ст. 162, 223 УПК РФ) к моменту рассмотрения ходатайства не истекли. Необходимо проверить наличие срока предварительного расследования по делу, если оно ранее было приостановлено по основаниям, предусмотренным ст. 208 УПК РФ. Процессуальные

действия, осуществленные за рамками срока предварительного расследования, по смыслу ч. 2 ст. 1 УПК РФ юридической силы не имеют.

Если уголовное дело возбуждено одним лицом, а ходатайство о заключении под стражу подозреваемого, обвиняемого принесено другим лицом, то необходимо проверить, принято ли оно последним к своему производству. Если производство предварительного расследования осуществляется следственной группой, то судье следует проверить обоснованность ее создания (п. 1 ч. 1 ст. 39 УПК РФ), факт участия лица, принесшего ходатайство об избрании меры пресечения, в данной следственной группе, наличие у него соответствующих процессуальных полномочий, для чего необходимо проанализировать постановление о производстве предварительного следствия следственной группой.

После этого следует выяснить, не имеется ли поводов к прекращению дела по основаниям, перечисленным в ст. 24 УПК РФ. В необходимых случаях проверить, соблюдены ли органами предварительного расследования требования ст. 448 УПК РФ в отношении лиц, наделенных иммунитетом. Далее по документам осуществляется проверка процессуального статуса доставленного лица, для чего анализируются имеющиеся в деле протокол задержания, протокол допроса подозреваемого (ст. 92 УПК РФ), постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого (ст. 171 УПК РФ), протокол допроса обвиняемого (ст. 174 УПК РФ). Следует убедиться, что все графы в бланках процессуальных документов заполнены, необходимые подписи участников процесса в них имеются, сомнений в их достоверности нет.

Суд не вправе отказать обвиняемому, его защитнику, законным представителям в удовлетворении ходатайства об ознакомлении со всеми материалами, приобщенными к ходатайству лица, осуществляющего предварительное расследование, о заключении под стражу. Ознакомление производится в разумные сроки, в пределах установленного законом срока для рассмотрения судом соответствующего ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

2.9. Сроки рассмотрения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу

Постановление о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу подлежит рассмотрению в течение восьми часов с момента поступления материалов в суд. В каждом районном суде ведется специальная книга учета поступления материалов о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в

виде заключения под стражу, в которой указываются не только дата поступления материала, но и время.

Рассмотрение ходатайства об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу производится судьей районного суда единолично с участием обвиняемого, прокурора и защитника. По личной инициативе в судебном заседании вправе принять участие законные представители несовершеннолетнего обвиняемого, следователь (руководитель следственного органа, его заместитель) или дознаватель (начальник органа дознания, его заместитель). Если они своевременно изъявили такое желание, то судья не вправе отказать им в этом.

По смыслу ч. 2 ст. 91 УПК РФ, срок задержания подозреваемого исчисляется не со времени его задержания, указанного в протоколе задержания, а с момента фактического задержания подозреваемого. Если процесс по ходатайству о заключении подозреваемого под стражу не начнется до истечения 48 часов с момента его задержания, подозреваемый автоматически должен быть освобожден администрацией изолятора временного содержания или уполномоченным на то прокурором.

Постановление о возбуждении ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу в отношении подозреваемого или обвиняемого подлежит рассмотрению судьей в течение восьми часов с момента поступления материалов в суд с обязательным участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, а также защитника, если он участвует в уголовном деле.

В силу ч. 4 ст. 108 УПК РФ подозреваемый, задержанный в порядке ст. 91 и 92 УПК РФ, в обязательном порядке доставляется в судебное заседание под конвоем. Более того, направление в суд ходатайства в отношении лица о заключении его под стражу является основанием к его задержанию в порядке ст. 91—92 УПК РФ.

Если лицо, в отношении которого принесено ходатайство о заключении его под стражу, доставлено в суд под конвоем, а протокол задержания к материалу не приобщен, то судье следует потребовать его от органа предварительного расследования. Наличие данного документа позволит проверить не только законность и обоснованность принятого органом предварительного расследования действия, но и точно определить время, с которого следует исчислять срок содержания обвиняемого под стражей.

Порочной следует признать практику, когда обвиняемый доставляется в суд не на основании уголовно-процессуальных документов, а, например, по материалам дела об административном правонаруше-

нии либо из центра временной изоляции, порядок содержания в котором регламентирован нормами не процессуального, а административного права.

При недоставлении подозреваемого или обвиняемого в указанное время в судебное заседание для участия в рассмотрении ходатайства суд принимает решение в соответствии с п. 2 ч. 7 ст. 108 УПК РФ, если истек 48-часовой срок содержания лица под стражей. Отказ в удовлетворении ходатайства при недоставлении подозреваемого или обвиняемого (когда, например, он скрылся или заболел) не препятствует повторному обращению с ходатайством после создания условий для обеспечения явки подозреваемого, обвиняемого.

Рассмотрение вопроса о заключении под стражу без участия обвиняемого влечет отмену судебного решения.

Принятие судебного решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого допускается только в случае его объявления в международный розыск (ч. 5 ст. 108 УПК РФ). При необходимости в судебном разбирательстве об избрании меры пресечения могут принимать участие переводчик (ст. 59 УПК РФ), специалист (ст. 68 УПК РФ).

По смыслу ч. 3 ст. 122 Конституции РФ, ст. 15 УПК РФ, положений ст. 46, 47 УПК РФ участие защитника при рассмотрении судом ходатайства о заключении под стражу является обязательным. Если защитник не участвует в деле либо его своевременная явка в процесс по каким-либо причинам невозможна, в суд должна быть обеспечена явка дежурного адвоката (ч. 3 ст. 51 УПК РФ).

В тех случаях, когда при решении вопроса об избрании подозреваемому или обвиняемому в качестве меры пресечения заключения под стражу явка в судебное заседание приглашенного им защитника невозможна (например, в связи с занятостью в другом процессе), а от защитника, назначенного в порядке ч. 4 ст. 50 УПК РФ, подозреваемый или обвиняемый отказался, судья, разъяснив последствия такого отказа, может рассмотреть ходатайство об избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу без участия защитника, за исключением случаев, указанных в п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ. Если же участие защитника в судебном заседании в соответствии с требованиями ст. 51 УПК РФ является обязательным, а приглашенный подозреваемым или обвиняемым защитник, будучи надлежащим образом извещенным о месте и времени судебного заседания о рассмотрении ходатайства в порядке ст. 108 УПК РФ, в суд не явился, дознаватель, следователь или прокурор в силу ч. 4 ст. 50 УПК РФ принимает

меры к назначению защитника. В этом случае суд выносит постановление о продлении срока задержания в соответствии с п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ. После назначения защитника к указанному в постановлении сроку суд с участием сторон рассматривает ходатайство по существу.

Участие прокурора в судебном заседании при рассмотрении ходатайства о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу обязательно, поскольку предусмотрено как закрепленным в УПК РФ принципом состязательности (ст. 15), так и соответствующими ведомственными актами прокуратуры (п. 1.5 Приказа № 136, абз. 2 п. 16 Приказа № 137).

Действующий закон не исключает наличие различных точек зрения по вопросу заключения обвиняемого (подозреваемого) под стражу у органов предварительного следствия и прокуратуры. Представляется, что в таких случаях в судебном разбирательстве наряду с прокурором должны принять участие: лицо, инициировавшее вопрос о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу (следователь, следователь-криминалист), а также руководитель следственного органа, его заместитель. Непосредственное участие указанных лиц в процессе позволит судье точнее уяснить правовую позицию стороны обвинения.

2.10. Порядок разрешения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу

В соответствии с законом рассмотрение ходатайства об избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу проводится в открытом судебном заседании, за исключением случаев, указанных в ч. 2 ст. 241 УПК РФ. Закрытое судебное разбирательство допускается на основании определения или постановления суда в случаях, когда: 1) разбирательство может привести к разглашению государственной или иной охраняемой федеральным законом тайны; 2) рассматриваются материалы в отношении лиц, не достигших 16 лет; 3) рассмотрение материалов связано с делами о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях и может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство; 4) этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц. В определении или постановлении суда о проведении закрытого разбирательства должны быть указаны конкретные факти-

ческие обстоятельства, на основании которых суд принял данное решение (ч. 2.1 ст. 241 УПК РФ).

Лица, присутствующие в открытом судебном заседании, вправе вести аудиозапись и письменную запись (ч. 5 ст. 241 УПК РФ). В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, тщательно, путем личного изучения необходимых документов устанавливает личность подозреваемого, обвиняемого, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. По смыслу ст. 51 Конституции РФ, п. 2 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, судья должен выяснить, знает ли доставленный к нему обвиняемый, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при последующем отказе его от этих показаний.

Затем по правилам ст. 62—72 УПК РФ судьей разрешаются ходатайства об отводе судьи, иных участников процесса. Если таковые поступили, то по данному поводу судьей в совещательной комнате выносится отдельное постановление.

Далее прокурор, лицо, возбудившее ходатайство, обосновывают его, затем заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. В силу принципа состязательности сторона обвинения, обосновывая необходимость заключения обвиняемого под стражу, обязана дать ответ на все доводы стороны защиты, если последняя возражает против применения этой меры пресечения.

По ходу проведения судебного заседания секретарем судебного заседания ведется протокол, в котором полно и объективно должен быть отражен ход рассмотрения ходатайства, включая вопросы, которые задавались участниками процесса друг другу. При рассмотрении ходатайства о заключении под стражу судье необходимо внимательно выслушать, а секретарю судебного заседания — подробно записать в протокол пояснения обвиняемого по существу обвинения, в том числе его доводы, почему он не согласен с позицией стороны обвинения.

Выслушав всех участников процесса с учетом их права на реплику, судья удаляется в совещательную комнату, где выносит одно из следующих постановлений: 1) об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу; 2) об отказе в удовлетворении ходатайства; 3) о продлении срока задержания.

Вынесенное в совещательной комнате постановление подлежит оглашению в судебном заседании. Судья не вправе игнорировать доводы обвиняемого, его защитника и законного представителя, а также иные обстоятельства, опровергающие или ставящие под сомнение обоснованность и законность задержания обвиняемого.

Обвиняемый, его защитник и законный представитель могут предоставить непосредственно в суд соответствующие данные, необходимые, по их мнению, для правильного и объективного разрешения ходатайства.

В итоговом документе судья обязан проанализировать все доводы сторон, мотивируя, почему одни из них им были приняты во внимание, а другие — отвергнуты. Часть 1 ст. 108 УПК РФ прямо предписывает, что при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Постановление о заключении обвиняемого под стражу в любом случае должно содержать суждение судьи о том, почему заключаемому под стражу лицу не может быть избрана менее строгая мера пресечения.

Правильно поступают те судьи, которые в своих постановлениях указывают, например, такие сведения: «Обвиняемый признает факт инкриминируемого ему деяния и заявляет, что жалоб на действия сотрудников милиции, следователя не имеет, занимаемая обвиняемым позиция совпадает с позицией защитника, законного представителя».

При вынесении постановления о заключении под стражу в отношении несовершеннолетнего судья обязан указать, почему лицо, не достигшее 18-летнего возраста к моменту совершения преступления, не может быть отдано под присмотр родителей, попечителей.

Рассматривая ходатайство об избрании обвиняемому в качестве меры пресечения заключение под стражу, судья не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности лица в инкриминируемом ему преступлении.

Если судья своим постановлением отказал в заключении под стражу лица, задержанного в порядке ст. 91 и 92 УПК РФ, то оно подлежит немедленному освобождению из зала суда вне зависимости от истечения 48 часов с момента задержания. Данное правило также следует неукоснительно применять, если отпали основания к продлению срока задержания свыше 48 часов.

В силу ч. 7.1 ст. 108 УПК РФ при отказе в удовлетворении ходатайства об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу судья по собственной инициативе вправе при наличии оснований, предусмотренных ст. 97 УК РФ, и с учетом обстоятельств, указанных в ст. 99 УПК РФ, избрать в отношении подозреваемого или обвиняемого меру пресечения в виде залога или домашнего ареста.

Следует учитывать, что залог — двусторонняя сделка, согласно которой обвиняемый (подозреваемый), его поручители согласны внести конкретную сумму залога, а суд согласен зачислить ее на соответствующий депозитный счет. Залог применяется после внесения всей суммы залога.

При установлении в процессе рассмотрения ходатайства о заключении под стражу фактов ограничения свободы и личной неприкосновенности граждан на срок свыше 40 часов до момента передачи материалов в суд, а тем более на срок свыше 48 часов, а также в случае задержания подозреваемых (обвиняемых) на основании дел об административных правонарушениях судьи должны применять положение ч. 4 ст. 29 УПК РФ о направлении частного постановления.

В случае, если у заключенного под стражу обвиняемого остаются без присмотра и помощи несовершеннолетние дети, иные иждивенцы, нуждающиеся в постоянном уходе, судье следует проверить, приняты ли органом предварительного расследования, прокурором меры по помещению указанных лиц в соответствующие учреждения, обеспечена ли сохранность имущества, жилища задержанного, его иждивенцев (ст. 160 УПК РФ).

2.11. Продление срока задержания судьей

По ходатайству любой из сторон судья вправе продлить срок задержания до момента представления доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, но на срок не свыше 72 часов. В силу п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ продление срока задержания допускается лишь при условии признания его законным и обоснованным. Следовательно, судья, прежде чем вынести постановление о продлении срока задержания лица, обязан убедиться, что для этого имеются основания, перечисленные в ст. 91 УПК РФ.

В вынесенном по данному поводу постановлении судья указывает дату и время, до которых он продлевает срок задержания, а также в обязательном порядке указывает место дальнейшего содержания задержанного в соответствии с действующим законодательством (п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ). Решение судьи о продлении срока задержания должно быть мотивированным как в части обоснованности задержания, так и в части необходимости продления срока задержания. Срок задержания продлевается на любой период по усмотрению суда, но не свыше 72 часов. При этом следует проверить, не был ли нарушен установленный Конституцией и уголовно-процессуальным законом

48-часовой срок задержания. Нарушение данного срока влечет соответствующее сокращение и 72-часового срока.

Если при рассмотрении ходатайства о заключении под стражу в качестве меры пресечения в отношении подозреваемого, обвиняемого одной из сторон будет заявлено ходатайство об отложении судебного заседания для предоставления ею дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, судья при наличии оснований, указанных в п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ, выносит постановление о продлении срока задержания, но не более чем на 72 часа, и указывает дату и время, до которых продлевается срок задержания. При непоступлении в установленный срок дополнительных доказательств судья проводит повторное заседание с участием сторон и на основе ранее поступивших материалов выносит соответствующее решение об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу либо об отказе в удовлетворении ходатайства.

2.12. Оформление производства по рассмотрению ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу

Материалы рассмотрения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, состоящие из постановления о возбуждении ходатайства, приобщенных к ним копий процессуальных документов, копий личных документов, документов, собранных судьей в процессе подготовки к судебному заседанию (заключение прокурора, письма, справки, квитанции, адвокатские ордера, ходатайства и др.), протокола судебного заседания, приобщенных к нему документов в ходе судебного заседания, постановления судьи о результатах рассмотрения ходатайства, составляют отдельное самостоятельное производство и хранятся в суде.

2.13. Проверка постановлений судьи об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в кассационном порядке

Законность, обоснованность и справедливость постановления судьи, принятого по результатам рассмотрения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или об отказе в этом, могут быть обжалованы в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение трех суток со дня его вынесения (ч. 10 ст. 108 УПК РФ). Право принесения жалобы на постановление, принятое судьей по ре-

зультатам рассмотрения ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении обвиняемого, помимо его самого, принадлежит защитнику, законному представителю несовершеннолетнего обвиняемого.

Постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или об отказе в этом может быть также обжаловано в вышестоящий суд путем принесения кассационного представления прокурором.

Генеральный прокурор РФ в приказе № 136 указывает, что при наличии предусмотренных законом оснований в каждом случае прокуроры обязаны принимать меры к своевременному обжалованию в кассационном порядке решений суда, принятых по ходатайствам следователя об избрании меры пресечения, продлении срока содержания под стражей, а также о производстве следственных действий, которые допускаются на основании судебного решения (п. 1.5).

Суд кассационной инстанции принимает решение по жалобе или представлению прокурора не позднее чем через трое суток со дня их поступления с материалом из суда, рассматривавшего ходатайство о заключении под стражу.

Повторное обращение в суд с ходатайством о заключении под стражу одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в избрании этой меры пресечения возможно лишь при возникновении новых обстоятельств, обосновывающих необходимость заключения лица под стражу (ч. 9 ст. 108 УПК РФ). В данном случае речь идет о появлении в распоряжении органов предварительного расследования новых доказательств о причастности подозреваемого, обвиняемого к совершению инкриминируемых им преступлений, фактов, подтверждающих необходимость их заключения под стражу по формальным основаниям. К таковым следует относить: нарушение избранной в отношении них иной меры пресечения, негативное воздействие на участников процесса, совершение нового преступления.

В законе также закреплены особые правила принятия судебного решения о заключении под стражу некоторых категорий лиц в связи с характером выполняемых ими функций (гл. 52 УПК РФ). В связи с этим до решения вопроса об избрании меры пресечения следует проверить, соблюден ли порядок возбуждения уголовного дела, имеется ли соответствующее согласие на заключение лиц вышеозначенной категории под стражу.

В силу ч. 11 ст. 108 УПК РФ решение суда кассационной инстанции об отмене постановления судьи об избрании в качестве меры пресечения

заключения под стражу подлежит немедленному исполнению. В то же время суд кассационной инстанции, отменяя постановление о заключении обвиняемого под стражу по формальным основаниям, вправе сохранить в отношении обвиняемого меру пресечения в виде заключения под стражу на период движения уголовного дела в суд первой инстанции. Продолжительность такого срока в законе не определена; по общему правилу, он должен быть установлен лишь в разумных пределах.

2.14. Пересмотр постановлений о заключении под стражу в порядке надзора

В силу ч. 11 ст. 108 УПК РФ решение суда кассационной инстанции, принятое по результатам рассмотрения постановления судьи о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, может быть обжаловано в порядке надзора по правилам, установленным гл. 48 УПК РФ. Права принесения надзорной жалобы в данном случае принадлежат подозреваемому, обвиняемому, а также их защитникам и законным представителям.

Решение суда кассационной инстанции, принятое по результатам рассмотрения постановления судьи о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, может быть обжаловано также и путем принесения надзорного представления соответствующими прокурорами. Суд надзорной инстанции принимает решение по надзорной жалобе или надзорному представлению прокурора в порядке, предусмотренном гл. 48 УПК РФ.

2.15. Права потерпевшего и его представителя на этапе рассмотрения судом ходатайства о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу

Заключение подозреваемого, обвиняемого под стражу в значительной степени направлено на защиту прав, законных интересов потерпевшего в уголовном процессе. Как представитель стороны обвинения, потерпевший, исходя из содержания п. 5 ч. 2 ст. 42 и ч. 1 ст. 119 УПК РФ, вправе ходатайствовать перед органом предварительного расследования об избрании в отношении лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, целесообразной, с его точки зрения, меры пресечения. Принятое по его ходатайству решение может быть им же обжаловано в порядке, установленном гл. 16 УПК РФ.

Потерпевший, кроме того, может, не заявляя ходатайства, например, в ходе его допроса высказать мнение о необходимости применения к виновным лицам той или иной меры пресечения. В соответствии со

ст. 99 УПК РФ такая позиция потерпевшего, наряду с тяжестью предъявленного обвинения, данными о личности обвиняемого или другими данными о нем, подлежит учету и решению компетентным субъектом процесса при избрании меры пресечения, определении ее вида.

Уголовно-процессуальный закон прямо не закрепляет за потерпевшим, его представителями, законными представителями право на участие в рассмотрении судом ходатайства органов предварительного расследования о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу.

В то же время Конституция РФ, гарантируя каждому судебную защиту его прав и свобод, в качестве одного из ее существенных элементов устанавливает право на обжалование в суд решений и действий (бездействия) органов государственной власти и их должностных лиц (ст. 46), а также определяет, что государство обеспечивает потерпевшему доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба (ст. 52). Данные конституционные положения согласуются с Декларацией основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью (принята Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 г.), закрепившей право лиц, которым в результате преступного деяния причинен вред, на доступ к механизмам правосудия и скорейшую компенсацию причиненного вреда (п. 4) и обязанность государств — членов ООН содействовать тому, чтобы судебные и административные процедуры в большей степени отвечали интересам защиты жертв преступлений путем обеспечения им возможности изложения своей позиции и рассмотрения их мнений и пожеланий на соответствующих этапах судебного разбирательства в тех случаях, когда затрагиваются их личные интересы, без ущерба для обвиняемых и согласно соответствующей национальной системе уголовного правосудия (подп. «в» п. 6).

Содержащиеся в УПК РФ регламентации не могут рассматриваться как исключаяющие возможность участия потерпевшего в судебном заседании при рассмотрении соответствующего представления органов предварительного расследования о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу. Лишение потерпевшего такого права ничем не оправдано, не является справедливым и выходит за пределы конституционно допустимых ограничений прав, свобод, оно необоснованно ущемляет закрепленные Конституцией РФ права потерпевшего на доступ к правосудию и судебную защиту, умаляет достоинство личности и нарушает конституционный принцип осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон.

Согласно ч. 4 ст. 354 УПК РФ право обжалования судебного решения принадлежит потерпевшему и его представителю. Кроме того, в

п. 18 ст. 42 УПК РФ потерпевшему предоставлено право приносить жалобы на решения суда, а в ч. 1 ст. 127 УПК РФ — право приносить жалобы на судебные решения, принимаемые в ходе досудебного производства по делу, в порядке, установленном гл. 43—45 УПК РФ. Таким образом, несмотря на то, что право потерпевшего на обжалование соответствующих решений в ст. 108 УПК РФ прямо не указано, он этим правом обладает, исходя из смысла п. 18 ч. 2 ст. 42, ч. 11 ст. 108, ч. 1 ст. 127 и ч. 4 ст. 354 УПК РФ в их взаимосвязи.

Согласно абз. 3 п. 15 Постановления потерпевший вправе обжаловать судебное решение о мере пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого. При этом возможность обжалования не зависит от того, принимал ли потерпевший непосредственное участие в судебном заседании.

2.16. Помещение лица, не содержащегося под стражей, в психиатрический стационар

Данная процедура производится судом в порядке, установленном ст. 203 УПК РФ. Процедура данного процессуального действия идентична порядку избрания меры пресечения в виде заключения под стражу. При установлении факта психического заболевания у лица, которому в качестве меры пресечения применено содержание под стражей, суд по ходатайству следователя, следователя-криминалиста с согласия руководителя следственного органа, а также дознавателя с согласия прокурора в порядке, установленном ст. 108 УПК РФ, принимает решение о переводе его в психиатрический стационар (ч. 1 ст. 435 УПК РФ).

В законе закреплены особые правила принятия и исполнения судебного решения о заключении под стражу некоторых категорий лиц в связи с характером выполняемых ими функций (гл. 52 УПК РФ). В связи с этим до решения вопроса об избрании меры пресечения суду следует проверить, соблюден ли порядок возбуждения уголовного дела. После возбуждения уголовного дела либо привлечения лица в качестве обвиняемого в порядке, установленном ст. 448 УПК РФ, следственные и иные процессуальные действия в отношении такого лица производятся в общем порядке с изъятиями, установленными ст. 449, 450 УПК РФ.

2.17. Задержание и арест в условиях чрезвычайного положения

В соответствии с п. «ж» ст. 12 Федерального конституционного закона от 30 мая 2001 г. № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» (далее — ФКЗ) на территории, на которой вводится чрезвычайное поло-

жение, указом Президента РФ о введении чрезвычайного положения может быть предусмотрено продление срока содержания под стражей лиц, задержанных в соответствии с УПК РФ по подозрению в совершении актов терроризма и других особо тяжких преступлений, на весь период действия чрезвычайного положения, но не более чем на три месяца.

Условие введения такой меры — констатация в Указе Президента РФ факта наличия попытки насильственного изменения конституционного строя Российской Федерации, захвата или присвоения власти; вооруженного мятежа, массовых беспорядков, террористических актов; блокирования или захвата особо важных объектов или отдельных местностей; подготовки и деятельности незаконных вооруженных формирований; межнациональных, межконфессиональных и региональных конфликтов, сопровождающихся насильственными действиями, создающих непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан, нормальной деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления (п. «а» ст. 3 ФКЗ).

Лицо, задержанное по подозрению в соответствии с требованиями УПК РФ, — подозреваемый, обладающий правами, предусмотренными ст. 91—96 УПК РФ. При составлении протокола задержания в условиях действия Указа Президента РФ «О чрезвычайном положении», продлении срока задержания следует мотивировать необходимость применения Указа в отношении каждого конкретного лица.

В пункте «ж» ст. 12 ФКЗ речь идет об увеличении срока задержания подозреваемого с 48 часов до трех календарных месяцев. По истечении этого срока подозреваемый подлежит освобождению, если: 1) ему не было предъявлено обвинение (ч. 2 ст. 100 УПК РФ); 2) в отношении него не была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу (ст. 108 УПК РФ); 3) суд не продлил ему срок задержания в порядке, установленном п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ.

В период задержания, осуществленного в соответствии с п. «ж» ст. 12 ФКЗ, подозреваемый вправе обжаловать законность и обоснованность задержания в порядке ст. 125 УПК РФ.

Правосудие на территории, на которой введено чрезвычайное положение, осуществляется только судом. На указанной территории действуют все суды, учрежденные в соответствии с гл. 7 Конституции РФ. Учреждение каких-либо форм или видов чрезвычайных судов, а равно применение любых форм и видов ускоренного или чрезвычайного судопроизводства не допускается. В случае невозможности осуществления правосудия судами, действующими на территории, на которой

введено чрезвычайное положение, по решению Верховного Суда РФ в соответствии с их компетенцией может быть изменена территориальная подсудность дел, рассматриваемых в судах (ст. 35 ФКЗ).

Сказанное означает, что территориальность разрешения вопросов о заключении под стражу подозреваемых, обвиняемых на территориях, на которых введено чрезвычайное положение, может быть изменена по решению Верховного Суда РФ.

По решению Верховного Суда РФ может быть изменена и территориальность рассмотрения судами жалоб на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования, осуществивших задержание в соответствии с п. «ж» ст. 12 ФКЗ.

§3. Продление срока содержания под стражей: алгоритм процессуальных действий

3.1. Общие положения

Российскому уголовному процессу известны три совершенно разных по своей природе разновидности сроков содержания лиц под стражей.

Их наличие обусловлено: 1) невозможностью завершить предварительное расследование в течение двух месяцев с момента заключения обвиняемого под стражу (ст. 109 УПК РФ); 2) невозможностью завершить рассмотрение уголовного дела в суде о тяжком либо особо тяжком преступлении в течение шести месяцев (ст. 255 УПК РФ); 3) необходимостью передать уголовное дело из одной инстанции в другую (см. Постановление от 22 марта 2005 г. № 4-П).

Срок содержания под стражей по своим особым правилам продлевается: 1) в стадии предварительного расследования до момента ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела; 2) в стадии предварительного расследования в период ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела; 3) на этапе движения уголовного дела с обвинительным заключением от прокурора в суд; 4) в суде первой инстанции с момента поступления дела и до начала предварительного слушания; 5) на этапе предварительного слушания; 6) в период рассмотрения дела судом первой инстанции по существу; 7) с момента постановления приговора и до вступления его в законную силу; 8) после отмены обвинительного приговора до момента принятия дела к производству судом первой инстанции либо с момента от-

мены кассационного определения до начала нового разбирательства в суде кассационной инстанции.

Анализ поступающих в высшие судебные инстанции жалоб свидетельствует, что вопрос о продлении срока содержания их под стражей весьма часто решается лицами, ответственными за движение дела (дознателями, следователями, прокурорами и судьями), несвоевременно. Известны случаи, когда подсудимые месяцами содержались под стражей вообще без судебного решения, а жалобы стороны защиты, поданные по правилам уголовного судопроизводства, оставались высшими судами без рассмотрения, в первую очередь потому, что не было предусмотренного УПК РФ предмета обжалования — судебного решения. Алгоритм процессуальных действий субъектов, вовлекаемых в процедуру продления срока содержания под стражей, в законодательстве урегулирован фрагментарно. В тех случаях, когда уголовно-процессуальный закон отстает в своем развитии от мировых тенденций, применению подлежат общепризнанные нормы и правила.

3.2. Правила продления срока содержания обвиняемого под стражей в стадии предварительного расследования

По общему правилу, срок содержания обвиняемого под стражей в стадии предварительного расследования преступлений не может превышать двух месяцев (ч. 1 ст. 109 УПК РФ). Продление этого срока осуществляется исключительно судьями федеральных судов: до 12 месяцев — судьями районных, городских и равных им судов, свыше 12 месяцев — судьями судов субъектов Федерации и равных им судов.

В законе предусмотрены следующие поводы и основания для инициации производств о продлении срока содержания обвиняемого под стражей: во-первых, ввиду невозможности закончить предварительное следствие (дознание) в срок до двух месяцев; во-вторых, при отсутствии оснований для отмены или изменения меры пресечения, только в необходимых случаях (в том числе связанных с производством судебной экспертизы) следователь с согласия руководителя следственного органа низшего звена, дознаватель с согласия прокурора района (равного ему прокурора) в порядке, установленном ч. 3 ст. 108 УПК РФ, вправе возбудить перед судьей районного (соответствующего ему) суда ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под стражей до шести месяцев (ч. 2 ст. 109 УПК РФ).

Закон содержит оценочные понятия — «в необходимых случаях». В законе предложен вариант толкования этого термина — «в том числе и случаях производства судебной экспертизы». Это обусловлено:

во-первых, тем, что в компетенции органов дознания находится целый ряд преступлений по делам, о которых проведение экспертизы обязательно. Практика свидетельствует, что в силу целого ряда причин проведение экспертных исследований традиционно затягивается на долгие месяцы. Во-вторых, современное дознание по перечню предъявляемых к нему требований приравнено к предварительному следствию, что также не способствует его оперативному проведению.

Лицо, обвиняемое в совершении преступления средней тяжести, в стадии предварительного расследования свыше шести месяцев содержаться под стражей не может.

Дальнейшее продление срока содержания обвиняемого под стражей до 12 месяцев может быть осуществлено также судьей районного (соответствующего ему) суда по ходатайству: 1) следователя, внесенному, во-первых, с согласия руководителя соответствующего следственного органа по субъекту РФ, приравненного к нему руководителя специализированного СУ СК при прокуратуре РФ, в том числе военного СУ СК при прокуратуре РФ, либо следственного прокурора субъекта РФ (соответствующего ему прокурора); во-вторых, в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений; в-третьих, только в случаях особой сложности уголовного дела и, в-четвертых, при отсутствии оснований для изменения, отмены меры пресечения (ч. 2 ст. 109 УПК РФ); 2) дознавателя, внесенному, во-первых, с согласия прокурора субъекта РФ или приравненного к нему военного прокурора (ч. 2 ст. 109 УПК РФ); во-вторых, в исключительных случаях, связанных с исполнением запроса о правовой помощи, направленного в порядке, предусмотренном ст. 453 УПК РФ (ч. 5 ст. 223 УПК РФ).

Сказанное означает, что дознание по любому делу может продолжаться неограниченно долго, обвиняемые при этом вне зависимости от тяжести преступления могут содержаться под стражей до 12 месяцев. Основание для этого — исполнение запроса о правовой помощи, направленного в порядке ст. 453 УПК РФ.

Содержание обвиняемого под стражей свыше 12 месяцев при проведении дознания законом не предусмотрено. По ходатайству следователя срок содержания обвиняемого под стражей свыше 12 месяцев может быть продлен: 1) только с согласия высшего руководителя следственного органа (Председателя СК при прокуратуре РФ либо руководителя следственного органа соответствующего органа исполнительной власти, например, председателя СК МВД России, начальников ГСУ ФСБ и ФСКН); 2) судьей суда, указанного в ч. 3 ст. 31 УПК

РФ; 3) лишь в исключительных случаях; 4) в отношении лиц, обвиняемых в совершении особо тяжких преступлений; 5) только до 18 месяцев (ч. 3 ст. 109 УПК РФ).

Дальнейшее продление срока содержания обвиняемого под стражей не допускается. После 18 месяцев обвиняемый, содержащийся под стражей, подлежит немедленному освобождению, за исключением случаев, указанных п. 1 ч. 8 ст. 109 УПК РФ (ч. 4 ст. 109 УПК РФ). В соответствии с ч. 11 ст. 109 УПК РФ по истечении предельного срока содержания под стражей в случаях, предусмотренных п. 4 ч. 10 ст. 109 УПК РФ, и при необходимости производства предварительного расследования суд вправе продлить срок содержания лица под стражей в порядке, установленном ст. 109 УПК РФ, но не более чем на шесть месяцев. Таким образом, предельный срок содержания под стражей обвиняемого, экстрадированного из другого государства в порядке ст. 460 УПК РФ, может составлять 24 месяца или два года.

Вопрос о продлении срока содержания под стражей лица, подлежащего выдаче, должен быть решен компетентным учреждением юстиции запрашивающей стороны.

Если решения о задержании подозреваемого (обвиняемого), заключении его под стражу дознаватель, следователь вынуждены принимать спонтанно, то продление срока содержания обвиняемого под стражей — процедура планируемая, как правило, задолго. Порой сразу после заключения обвиняемого под стражу становится ясно, что завершить предварительное следствие в отведенные законом два месяца нереально. Как правило, это обусловлено необходимостью проведения по делу комплекса экспертных исследований, его сложностью и громоздкостью.

О том, что предварительное расследование затянется, следователь сразу же ставит в известность руководителя следственного органа. Задача последнего — избежать неоправданной волокиты по делу, ускорить ход предварительного следствия. Для этого в его арсенале имеется множество средств и методов.

Об «особой сложности дела», «исключительности следственной ситуации» могут свидетельствовать необходимость проведения по делу комплекса неординарных экспертиз, тяжелая болезнь одного из обвиняемых, когда выделение материалов дела в отношении иных участников процесса приведет к утрате возможности объективно рассмотреть и разрешить дело в суде.

В то же время к делам особой сложности не могут быть отнесены громоздкие уголовные дела, по которым либо проходят большие груп-

пы обвиняемых, либо имеется много потерпевших и свидетелей, так как в подобных случаях необходимый темп расследования легко обеспечивается путем создания следственных групп.

Генеральный прокурор РФ в приказе № 137 предлагает следующее. Принимать решение о даче согласия дознавателю на возбуждение ходатайства перед судом о продлении срока содержания под стражей только при условии особой сложности уголовного дела и наличии оснований для сохранения этой меры пресечения. Учитывать, что продление срока содержания лица под стражей по уголовному делу до шести месяцев в соответствии с ч. 4 ст. 224 УПК РФ осуществляется с согласия прокурора района, города или приравненного к нему прокурора; от шести до 12 месяцев в соответствии с ч. 2 ст. 109 УПК РФ — с согласия прокурора субъекта РФ или приравненного к нему прокурора только в исключительных случаях, предусмотренных ч. 5 ст. 233 УПК РФ, связанных с исполнением запроса о правовой помощи.

Требовать от дознавателей представления ходатайств о продлении срока содержания лица под стражей прокурорам субъектов РФ или приравненным к ним прокурорам не менее чем за 15 дней до истечения срока содержания под стражей.

В случае принятия решения об отказе в даче согласия дознавателю на возбуждение перед судом ходатайства о продлении срока содержания под стражей выносить мотивированное постановление, которое подлежит приобщению к материалам уголовного дела (п. 15).

3.3. Повод к рассмотрению в суде вопроса о возможности продления срока содержания под стражей обвиняемого

Ходатайство следователя либо дознавателя, поданные в суд соответственно с согласия руководителя следственного органа либо прокурора (ч. 3 ст. 109, ч. 3 ст. 108 УПК РФ) — повод к началу производства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей. Письменное согласие руководителя следственного органа либо прокурора района, а в необходимых случаях — и вышестоящих руководителей следственных органов либо прокуроров строго обязательно.

В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых сохраняется необходимость дальнейшего содержания обвиняемого под стражей, а также указывается, по каким причинам невозможно ограничиться иной мерой пресечения (ч. 3 ст. 108 УПК РФ).

3.4. Порядок возбуждения ходатайства о необходимости продления срока содержания обвиняемого под стражей

При необходимости продления срока содержания под стражей следователь с согласия руководителя следственного органа, дознаватель с согласия прокурора возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых сохраняется необходимость в содержании обвиняемого под стражей и невозможность избрания в отношении него иной меры пресечения (ч. 3 ст. 108 УПК РФ).

В постановлении о возбуждении ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей должно быть четко указано, какой объем следственных действий следует провести по делу и сколько процессуального времени для этого потребуется.

3.5. Место рассмотрения ходатайства о продлении срока содержания под стражей

Ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под стражей в силу абз. 1 ч. 8 ст. 109 УПК РФ может быть рассмотрено как по месту проведения предварительного расследования, так и по месту содержания обвиняемого под стражей. Появление новеллы, допускающей рассмотрение ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей по месту его содержания, по существу означает введение альтернативной подсудности судебно-контрольного производства по выбору органа, выступающего с таким ходатайством. Мотивы содержания обвиняемого под стражей не по месту проведения предварительного расследования могут быть разными, и предметом судебного контроля при выполнении требований ст. 109 УПК РФ они не являются. Рассмотрение ходатайства о продлении срока содержания под стражей по местонахождению обвинения не влечет каких-либо изъятий из общего правила.

По сложившейся традиции место проведения предварительного расследования предопределяет не только место рассмотрения ходатайства о заключении обвиняемого под стражу, но и место рассмотрения ходатайства о продлении срока содержания его под стражей.

3.6. Порядок и сроки принесения ходатайства

Порядок подачи ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей идентичен порядку подачи ходатайства о заключении под стражу (ч. 3 ст. 108 УПК РФ). В соответствии с ч. 8 ст. 109 УПК РФ ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под

стражей должно быть представлено в суд не позднее чем за семь суток до его истечения. Срок содержания под стражей обвиняемого в период предварительного расследования исчисляется с момента фактического заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу и до направления прокурором уголовного дела в суд (ч. 9 ст. 109 УПК РФ). Согласно ч. 10 данной статьи в него засчитывается время: 1) на которое лицо было задержано в качестве подозреваемого; 2) домашнего ареста; 3) принудительного нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре по решению суда; 4) в течение которого лицо содержалось под стражей на территории иностранного государства по запросу об оказании правовой помощи или о выдаче его Российской Федерации в соответствии со ст. 460 УПК; 5) в течение которого обвиняемый был лишен свободы, в том числе незаконно (к ним могут относиться периоды содержания граждан в органах милиции без документального оформления, незаконного административного ареста).

В случае повторного заключения под стражу подозреваемого или обвиняемого по тому же уголовному делу, а также по соединенному с ним или выделенному из него срок содержания под стражей исчисляется с учетом предыдущего периода нахождения подозреваемого (обвиняемого) под стражей (ч. 12 ст. 109 УПК РФ).

Уголовно-процессуальный закон предписывает органам предварительного расследования организовать ход следствия таким образом, чтобы материалы дела были предъявлены обвиняемому и его защитнику не позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, установленного ч. 2 и 3 ст. 109 УПК РФ, т.е. по истечении 11, 17 и 23 месяцев (здесь и далее, где речь идет о 23 месяцах, имеется в виду продление срока содержания под стражей, в отношении лиц, доставленных из других государств в порядке экстрадиции) с момента заключения обвиняемого под стражу.

Если обвиняемому и его защитнику для ознакомления с материалами уголовного дела 30 суток оказалось недостаточно, то следователь с согласия руководителя следственного органа по субъекту РФ (приравненного к нему руководителя иного следственного органа) не позднее, чем за семь суток до истечения соответственно 12-, 18- и 24-месячных сроков содержания обвиняемого под стражей, вправе возбудить перед судами, перечисленными в ч. 3 ст. 31 УПК РФ, ходатайство о продлении предельных сроков содержания обвиняемых под стражей. В законе прямо указано, что ходатайство в данном случае должно быть подано не позднее чем за семь суток до истечения предельного срока содержания под стражей (12, 18 и 24 месяца).

Если по уголовному делу в качестве обвиняемых привлечено несколько человек, содержащихся под стражей, и хотя бы одному из них для ознакомления с материалами уголовного дела 30 суток оказалось недостаточно, то следователь вправе возбудить ходатайство о продлении срока содержания под стражей сверх предельного (т.е. свыше 12, 18 и 24 месяцев) также в отношении обвиняемых, уже ознакомившихся с материалами дела, если необходимость в заключении их под стражу не отпала.

Данное правило следует применять и в случаях, когда обвиняемый, не успевший ознакомиться с материалами дела, содержался под стражей гораздо меньше времени, чем это предусмотрено ч. 2 и 3 ст. 109 УПК РФ (т.е. 12, 18 и 24 месяца).

К лицам, предельные сроки содержания под стражей которых истекли, положения ч. 7 ст. 109 УПК РФ применяются только при соблюдении следователем правила о предъявлении материалов дела для ознакомления за 30 суток до истечения предельного (12-, 18- и 24-месячного) срока. Несоблюдение срока, указанного в ч. 7 ст. 109 УПК РФ, с неизбежностью влечет отказ в удовлетворении ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей.

Первый заместитель Генерального прокурора РФ — Председатель СК при прокуратуре РФ от подчиненных ему руководителей следственных органов требует: «Тщательно изучать материалы уголовного дела и проверять обоснованность ходатайств следователя перед судом об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога, а также о продлении срока содержания под стражей. Требовать от следователей составления мотивированных постановлений. Обращать особое внимание на тяжесть совершенных преступлений, личность, возраст, состояние здоровья, семейное положение и род занятий обвиняемого (подозреваемого) и другие обстоятельства. Учитывать, что перечень обстоятельств, предусмотренный ст. 108 УПК РФ, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Для выработки единой правовой позиции и реализации прокурором полномочий, предусмотренных п. 8 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, копии ходатайств следователей перед судом с необходимыми материалами направлять прокурору заблаговременно. Давать согласие на возбуждение перед судом ходатайства о продлении срока содержания под стражей свыше 6 месяцев только по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях и только при условии особой сложности уголовного дела. Для получения согласия Председателя СКП РФ на внесение ходатайства о продлении

срока содержания под стражей свыше 12 месяцев готовить и не позднее чем за 30 суток до истечения годичного срока представлять в центральный аппарат СК соответствующие материалы с заключением об обоснованности и законности продления этого срока. Также не позднее чем за 30 суток представлять постановление для продления Председателем СКП РФ или его заместителем срока следствия свыше 12 месяцев. Иметь в виду, что срок содержания обвиняемого под стражей свыше 12 месяцев продлевается в исключительных случаях, поэтому вопросы о дальнейшем содержании его под стражей и продлении срока следствия предварительно рассматривать на коллегии СУ СК по субъекту РФ либо приравненного к нему специализированного, в том числе военного, следственного управления. При направлении Председателю СКП РФ представления о даче согласия на возбуждение соответствующего ходатайства в сопроводительных документах указывать, изучалось ли уголовное дело, выполнены ли следственные действия, для производства которых ранее испрашивалось продление процессуальных сроков. Если нет, то по какой причине и какие нарушения, недостатки в организации расследования выявлены, какие меры для их устранения приняты» (п. 13, 14 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 5).

При решении вопроса о продлении срока содержания обвиняемого под стражей наряду с положениями УПК РФ обязаны следовать также руководствоваться Указанием Первого заместителя Генерального прокурора РФ — Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 22 июля 2009 г. № 8/206 «Об организации процессуального контроля при продлении сроков предварительного следствия и содержания обвиняемых под стражей».

Указания, содержащиеся в данном документе, отличаются исключительной точностью и определенностью. В частности, внимание следователей и руководителей следственных органов обращается на то, что продление срока содержания обвиняемого под стражей, особенно на сроки свыше шести и двенадцати месяцев, возможно только в случаях, прямо предусмотренных уголовно-процессуальным законом (п. 3) и, главное, при наличии **доказательств, подтверждающих обоснованность избрания меры пресечения** (п. 4).

О серьезности подхода к анализируемой проблеме в Следственном комитете при прокуратуре РФ свидетельствуют следующие указания. Ходатайство следователя о продлении процессуальных сроков свыше 12 месяцев рассматривается на коллегии следственного комитета субъекта Российской Федерации (приравненного к нему следствен-

ного управления) с предварительным изучением материалов уголовного дела (п. 10).

Протокол заседания коллегии направляется одновременно с сопроводительным письмом (п. 10). В сопроводительном письме, в частности, следует сообщить:

обсуждалась ли организация следствия по уголовному делу, имеются ли основания для продления процессуальных сроков;

выполнены ли следственные действия, для проведения которых ранее уже испрашивалось продление сроков (п. 11).

Представления, направляемые в Следственный комитет при прокуратуре РФ, подписываются руководителем следственного органа субъекта Российской Федерации либо лицом, исполняющим его обязанности (п. 11).

Постановление о возбуждении ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей должно содержать следующие реквизиты:

испрашиваемый общий срок в месяцах и, если необходимо, в сутках, дату окончания срока;

наименование процессуального документа (постановление о возбуждении ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей);

должностное положение лица, возбуждающего ходатайство;

описательную часть, в которой указывается дата возбуждения уголовного дела, даты возбуждения каждого из уголовных дел, если они соединены в одном производстве, краткое описание события преступления (время, место, способ и другие обстоятельства), сущность обвинения, основные доказательства виновности обвиняемого (если по делу несколько обвиняемых, следует привести доказательства виновности каждого), характеризующие личность сведения, данные о мерах пресечения, даты избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, сроки содержания обвиняемого под стражей с учетом предыдущих ходатайств, позиция обвиняемого по отношению к предъявленному обвинению;

даты задержания подозреваемого, домашнего ареста, принудительного нахождения в медицинском (психиатрическом) стационаре, сроки предыдущего продления содержания под стражей, истечения сроков содержания под стражей;

процессуальные действия, которые выполнены с момента предыдущего продления процессуального срока, причины невыполнения запланированного объема работ;

следственные действия, которые предполагается провести в ходе дальнейшего расследования;

обоснование невозможности закончить предварительное следствие либо ознакомление обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела в установленный срок и отсутствие оснований для изменения или отмены меры пресечения;

резольютивную часть, в которой излагается существо ходатайства (перед кем возбуждается, на сколько месяцев, суток, длительность общего срока, дата окончания срока);

данные, подтверждающие исключительные обстоятельства, в силу которых возникла необходимость продления процессуальных сроков свыше 12 месяцев (п. 12).

К постановлению приобщается: 1) справка о движении уголовного дела, в которой приводятся даты производства основных следственных действий, назначения и проведения экспертиз, ознакомления с материалами уголовного дела, его направления прокурору в суд, при возвращении на дополнительное расследование — даты поступления надзирающему прокурору, следователю, принятия дела к производству, движения дела в связи с обжалованием, сроки, установленные для обжалования решения о возвращении уголовного дела на дополнительное расследование; 2) справка с изложением доказательств виновности обвиняемых, в отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу (п. 12).

Процессуальные сроки в период предварительного следствия предписывается исчислять в соответствии со ст. 128 УПК РФ в месяцах и сутках, руководствуясь при этом правилами ч. 2 ст. 128 УПК РФ: 1) срок, исчисляемый сутками, истекает в 24 часа последних суток; 2) срок, исчисляемый месяцами, истекает в соответствующее число последнего месяца, а если этот месяц не имеет соответствующего числа, то срок оканчивается в последние сутки этого месяца (например, если лицо задержано 31 марта, то месячный срок его содержания под стражей истечет 30 апреля, если лицо задержано 31 января, то месячный срок истечет 28 (29) февраля). При последующем продлении срока содержания обвиняемого под стражей необходимо учитывать то число, которым началось его течение (п. 13).

При продлении процессуальных сроков исчислять не только продолжительность, но и конкретные даты их истечения (например, до 12 месяцев, т.е. до 15 февраля 2009 г.). Не допускать случаев исчисления сроков в виде 30 суток, например, до 11 месяцев 30 суток (п. 14).

При ошибочном исчислении срока содержания под стражей исходить из фактически истекших процессуальных сроков (п. 15).

Срок содержания под стражей в период предварительного следствия в соответствии с ч. 9 ст. 109 УПК РФ исчислять с момента задержания подозреваемого либо заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу до направления прокурором уголовного дела в суд (п. 16).

Срок содержания под стражей следует выравнивать по сроку предварительного следствия, который должен быть выбран до полного месяца (п. 16).

Продление сроков содержания под стражей, т.е. свыше 6, 12 и 18 месяцев возможно только для ознакомления с материалами уголовного дела, осуществляемого в порядке ч. 7 ст. 109 УПК РФ, по ходатайству следователя, поддержанному руководителем следственного органа по субъекту Российской Федерации, при соблюдении условий, предусмотренных ч. 2, 3 и 5 ст. 109 УПК РФ (п. 17).

Руководителям следственных органов обеспечить выполнение следователями требований Постановления Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадии уголовного судопроизводства, следующей за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» (далее — Постановление от 22 марта 2005 г. № 4-П). Согласно данному документу срок предварительного следствия и срок содержания обвиняемого под стражей при направлении уголовного дела прокурору для утверждения обвинительного заключения не должен быть менее 24 суток, а по делам областной (краевой, республиканской подсудности) — не менее 34 суток для последующего направления вышестоящему прокурору в порядке п. 3 ч. 1 ст. 221 УПК РФ (п. 18).

В случае возвращения уголовного дела в порядке ст. 237 УПК РФ следователю, руководителю следственного органа в первую очередь следует выяснить срок содержания под стражей, установленный судом. При рассмотрении вопроса о дальнейшем продлении процессуальных сроков исчислять срок содержания обвиняемого под стражей с момента поступления уголовного дела прокурору, а следствия — с момента принятия дела к производству следователем.

При этом следует учитывать, что неистекший срок, установленный судом при возвращении уголовного дела прокурору, распространяется и на последующие стадии уголовного судопроизводства, т.е. и

на стадию предварительного расследования в форме дополнительного следствия (п. 19).

При необходимости следователь возбуждает перед судом ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под стражей (п. 20).

Согласно ч. 5 ст. 221 УПК РФ обжалование решения прокурора о возвращении уголовного дела для дополнительного расследования приостанавливает его исполнение. Поскольку такое обжалование не приостанавливает течение срока содержания обвиняемого под стражей, то он подлежит продлению на общих основаниях.

Согласно указанию Первого заместителя Генерального прокурора — Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ в случае обжалования решения прокурора о возвращении уголовного дела для дополнительного расследования, следователь, ходатайствующий перед судом о продлении срока содержания обвиняемого под стражей, уголовное дело к своему производству не принимает (п. 21.1).

В случае отказа судом в принятии к рассмотрению ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей в виду неприятия следователем дела к производству, действия суда подлежат обжалованию как не соответствующие УПК РФ (п. 21.2).

Если по утраченному уголовному делу истек предельный срок содержания обвиняемого под стражей, последний подлежит немедленному освобождению (п. 28).

Во исполнение вышеприведенного Указания руководителями следственных органов в регионах изданы их собственные Указания, которые с учетом местной специфики призваны конкретизировать указания Первого заместителя Генерального прокурора — Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ.

2 сентября 2009 г. руководителем Следственного управления по г. Москве издано Указание № 56/206 «Об организации процессуального контроля при продлении сроков предварительного следствия и содержания обвиняемых под стражей». Автор данного Указания, в частности, обращает внимание подчиненных ему сотрудников следственного комитета на необходимость своевременного выявления причин затягивания сроков предварительного расследования (п. 2.2) и устанавливает сроки, до истечения которых ходатайства о продлении процессуальных сроков должны поступать руководителям соответствующих следственных органов (п. 2.3).

Ходатайства о продлении сроков содержания обвиняемого под стражей, составленные в соответствии с требованиями ст. 109 УПК РФ, следует представлять: 1) за десять суток до истечения срока содержания

под стражей при его продлении от двух до шести месяцев — руководителям следственных отделов; 2) за пятнадцать суток до истечения срока содержания под стражей при его продлении от шести до двенадцати, а также в случаях, предусмотренных ч. 7 ст. 109 УПК РФ, — в отделе процессуального контроля Следственного управления Следственного комитета при прокуратуре РФ по г. Москве; 3) за сорок суток до истечения срока содержания под стражей при продлении с согласия Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ — в отделе процессуального контроля Следственного управления Следственного комитета при прокуратуре РФ по г. Москве (п. 2.4).

При необходимости продления процессуальных сроков в Следственном комитете при прокуратуре РФ не позднее, чем за сорок пять суток до истечения срока содержания обвиняемого под стражей письменно информировать соответствующий отдел процессуального контроля с одновременным устным сообщением его руководителю о планируемом обращении с ходатайством (п. 2.5).

При подготовке проекта решения коллегии и сопроводительного письма в Следственный комитет при прокуратуре РФ следить не только за соблюдением следователем уголовно-процессуального законодательства и мотивированностью решения, но и за правильностью его оформления, грамотностью формулировок, недопущением фактических, орфографических и стилистических ошибок (п. 3.2).

Вышеприведенное правило на практике соблюдается не всегда, порой суды продлевают срок содержания обвиняемых под стражей и в тех случаях, когда следователем был нарушен установленный анализируемой нормой 30-суточный срок. Авторы подобных судебных решений не рассматривают указанный в ч. 7 ст. 107 УПК РФ срок как пресекательный, его пропуск следователем ими расценивается как малозначительная следственная ошибка.

Данная позиция имеет под собой определенные основания. Во-первых, если дело действительно объемно, то изначально ясно, что 30 суток, отведенных на ознакомление с его материалами, недостаточно. Например, по некоторым делам о терроризме суды, выполняя требования ч. 7 ст. 109 УПК РФ, сразу продлевают сроки содержания обвиняемых под стражей на шесть и более месяцев. Очевидно, что в этом случае пропуск следователем 30-суточного срока на несколько дней принципиального значения не имеет. Задача суда — правильно установить причину пропуска срока, последствия этого факта, не допустить волокиты, нарушения прав человека и гражданина.

Во-вторых, уголовно-процессуальный закон не содержит запрета на проведение следственных действий по истечении соответственных 12-, 18- и 24-месячного сроков, главное, чтобы они укладывались в сроки, установленные для проведения предварительного следствия и дознания.

3.7. Подготовка к рассмотрению ходатайства

На данном этапе действия судьи аналогичны его действиям при разрешении вопроса о заключении обвиняемого под стражу. Особое внимание уделяется проверке заявлений стороны защиты о том, что сроки содержания обвиняемого под стражей органами предварительного расследования исчислены неверно.

Если прокурор, надзирающий за органами предварительного следствия, при изучении судебно-контрольного производства выявит нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие продлению срока содержания обвиняемого под стражей, то он должен немедленно направить руководителю следственного органа требование об устранении допущенных нарушений.

Если указанные нарушения выявлены защитником, он информирует об этом: 1) в рамках предварительного следствия — руководителя следственного органа и надзирающего за ним прокурора; 2) в рамках дознания — начальника подразделения дознания и прокурора, давшего согласие на продление срока содержания обвиняемого под стражей.

Поскольку продление срока содержания обвиняемого под стражей осуществляется в рамках открытого состязательного судопроизводства, руководитель следственного органа (в рамках дознания — прокурор) к моменту начала судебного заседания обязаны в письменной форме опровергнуть высказанные в их адрес замечания, обосновав в каждом конкретном случае причины, по которым они не могут быть приняты во внимание.

Отсутствие условий, указанных в ч. 3 ст. 109 УПК РФ, — основание для отказа в сохранении меры пресечения в виде содержания под стражей на срок свыше 12 месяцев.

3.8. Сроки рассмотрения ходатайства

Поступившее в суд ходатайство о продлении срока содержания под стражей подлежит немедленному рассмотрению. В силу ч. 8 ст. 109 УПК РФ оно должно быть рассмотрено не позднее, чем через пять суток со дня поступления в суд, до истечения ранее установленного в отношении обвиняемого срока содержания под стражей.

В случае подачи дознавателем, следователем ходатайства по правилам ч. 7 ст. 109 УПК РФ оно должно быть также рассмотрено не позднее, чем через пять суток с момента поступления его в суд (ч. 8 данной статьи), либо до истечения ранее установленного в отношении обвиняемого срока содержания под стражей.

В то же время закон не исключает возможности продления срока содержания под стражей также в случае, если к моменту рассмотрения этого вопроса в суде ранее установленный срок истек, однако обвиняемый из-под стражи освобожден не был. Ошибка, допущенная органами предварительного расследования или судом и обусловленная несвоевременностью вынесения судебного решения о продлении срока содержания под стражей, полностью исправляется последующим судебным решением.

Если к моменту рассмотрения ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей предыдущий срок истек и обвиняемый был освобожден из-под стражи, то суду предстоит разрешить вопрос не о продлении срока содержания под стражей, а о заключении обвиняемого под стражу. Данный вопрос решается с учетом правил не только ст. 108, но и ст. 109 УПК РФ. При этом фактически речь идет не о повторном избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, а, по существу, о ее продлении.

3.9. Участники рассмотрения ходатайства

Рассмотрение ходатайства о продлении сроков содержания обвиняемых под стражей до 12 месяцев производится единолично судьей районного суда, а свыше 12 месяцев — единолично судьей верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, а также соответствующими судьями военных судов.

Судья, рассматривающий материалы о продлении срока содержания лица под стражей, вправе впоследствии участвовать в рассмотрении уголовного дела в отношении этого лица в суде первой инстанции.

В судебное заседание в обязательном порядке вызываются обвиняемый, прокурор и защитник. Кроме того, по личной инициативе в судебном заседании вправе принять участие законные представители несовершеннолетнего обвиняемого, а также дознаватель, начальник подразделения дознания, следователь, руководитель следственного органа, потерпевший. Если последние своевременно изъяснили такое желание, то судья, рассматривающий материал, не вправе им в этом отказать.

Рассмотрение судом ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей в его отсутствие не допускается, кроме случаев его нахождения на стационарной судебно-психиатрической экспертизе и иных обстоятельств, исключающих возможность доставления в суд.

Представляется, что обвиняемый обязательно должен быть доставлен в судебное заседание. По смыслу ч. 3 ст. 51 УПК РФ, не допускается также и рассмотрение ходатайства о продлении срока содержания под стражей без участия защитника; если у обвиняемого по каким либо причинам нет защитника, то таковой в обязательном порядке назначается ему судом.

К иным обстоятельствам могут быть отнесены, в частности, болезнь обвиняемого, стихийное бедствие, плохие метеоусловия, карантин в месте содержания под стражей. При подтверждении указанных обстоятельств соответствующими документами суду надлежит рассмотреть такое ходатайство в порядке, предусмотренном ч. 4 ст. 108 УПК РФ. При этом участие защитника в судебном заседании является обязательным.

Если процесс по ходатайству о продлении срока содержания под стражей не начался до момента истечения указанного срока, обвиняемый автоматически освобождается администрацией следственного изолятора или уполномоченным на то прокурором. Генеральный прокурор РФ ориентирует прокуроров, руководствуясь ч. 2 ст. 10 УПК РФ, своим постановлением немедленно освобождать всякого содержащегося под стражей свыше срока, предусмотренного УПК РФ (п. 14 Приказа № 136).

3.10. Документы, прилагаемые к ходатайству

К ходатайству дознавателя, следователя о необходимости продления в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, как и при применении ст. 108 УПК РФ, прилагаются копии документов, подтверждающих формально правовые и материально-правовые основания заключения под стражу.

Если к моменту рассмотрения судом ходатайства о продлении срока содержания под стражей от обвиняемого, его защитника и законного представителя поступили возражения по существу ходатайства, то по смыслу уголовно-процессуального закона сторона обвинения в целях повышения эффективности состязательного процесса рассмотрения ее ходатайства обязана представить в судебное заседание доказательства, опровергающие все доводы стороны защиты.

К материалу о продлении срока содержания обвиняемого под стражей также прилагаются ответы руководителя следственного ор-

гана на требования прокурора об устранении нарушений уголовно-процессуального закона.

При решении вопроса о применении положений ч. 8 ст. 109 УПК РФ дополнительно к перечисленным документам в суд направляются копии: 1) протокола об окончании предварительного следствия (ч. 1 ст. 215 УПК РФ); 2) протокола ознакомления с материалами уголовного дела (ст. 218 УПК РФ) по состоянию на момент направления ходатайства; 3) заявления и ходатайства обвиняемого, не успевшего ознакомиться с материалами дела, и его защитника, поданных в период ознакомления с делом.

3.11. Процедура разрешения ходатайства

Рассмотрение ходатайства о продлении обвиняемому срока содержания под стражей проводится в открытом судебном заседании, за исключением случаев, указанных в ч. 2 ст. 241 УПК РФ. Алгоритм разбирательства совпадает с порядком процесса по рассмотрению ходатайства о заключении обвиняемого под стражу. В соответствии с ч. 8 ст. 109 УПК РФ судья принимает одно из следующих решений: 1) о продлении срока содержания обвиняемого под стражей, в том числе до момента окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела и направления уголовного дела в суд (за исключением случаев, предусмотренных ч. 6 ст. 109 УПК РФ); 2) об отказе в удовлетворении ходатайства следователя и освобождении обвиняемого из-под стражи.

Порочной следует считать практику, когда суды, отказывая органам предварительного расследования в продлении срока содержания обвиняемого под стражей, уклоняются от решения вопроса об освобождении его из-под стражи.

Обосновывая необходимость дальнейшего содержания обвиняемого под стражей, судья не вправе ссылаться на постановление о заключении данного лица под стражу как на базовый документ. Поскольку за истекшее с момента ареста обвиняемого время ситуация с доказанностью вины по делу может кардинально измениться, судья обязан вновь проверить наличие как материально-правовых оснований, так и формальных условий, необходимых для заключения лица под стражу.

3.12. Основания к отказу в удовлетворении ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей

Ими могут служить: 1) отсутствие материально-правовых оснований (т.е. совокупности доказательств) для дальнейшего содержа-

ния лица под стражей; 2) отсутствие необходимых формальных условий для содержания обвиняемого под стражей; 3) систематическая и ничем не мотивированная волокита, допущенная следователями при расследовании конкретного уголовного дела.

Принимая решение об отказе в удовлетворении ходатайства о продлении сроков содержания под стражей ввиду допущенной по делу волокиты, судье следует помнить, что нераспорядительность отдельных работников органов предварительного расследования не является препятствием для достижения целей уголовного судопроизводства. В таких случаях по фактам выявленных нарушений целесообразно вынесение частных постановлений в адрес соответствующих руководителей следственных подразделений и прокуроров.

Срок содержания под стражей продлевается только для проведения конкретных следственных и процессуальных действий, о чем должно быть указано в постановлении суда. Если срок содержания обвиняемого под стражей продлевается не в первый раз, то суду надлежит тщательно проверить, по каким причинам не были выполнены следственные действия, о необходимости проведения которых следователем сообщалось в предыдущих ходатайствах.

Порочной следует считать судебную практику, когда в постановлении о продлении срока содержания обвиняемого под стражей вместо конкретной даты приводится формулировка «до окончания ознакомления с материалами уголовного дела». В таком случае судебный контроль утрачивает конкретность, что неизбежно влечет нарушение конституционных и процессуальных прав участников процесса.

Европейский Суд по правам человека не принимает во внимание задержки, обусловленные нехваткой персонала или технических средств. Субъекты, ответственные за движение дела, в любом случае обязаны продемонстрировать, что производство по делу находилось под наблюдением на протяжении всего срока разбирательства, а для ускорения процесса были приложены всевозможные усилия. Неоднократно разъяснялось, что возможность вынесения сурового приговора сама по себе недостаточна для обоснования продления срока содержания под стражей. В то же время известно, что перспектива назначения длительного срока наказания является основным побудителем для того, чтобы скрыться от справедливого возмездия.

Чем дольше длится следствие, тем более требователен должен быть суд при производстве в надзоре. Так, по делу «ИА против Франции» Европейский Суд по правам человека не счел убедительными доводы о том, что лицо может скрыться спустя пять лет после начала предва-

рительного расследования. О маловероятности бегства обвиняемого могут свидетельствовать его семейное положение, особенности характера и морального состояния, его статус и обязанности перед обществом, размеры собственности, которую он будет вынужден оставить, размеры предоставленного залога.

В то же время обвиняемый может воспользоваться освобождением из-под стражи, чтобы помешать расследованию дела путем оказания давления на свидетелей с тем, чтобы они отказались от дачи показаний. Он может предупредить других лиц, находящихся под следствием, войти в тайный сговор с сообщниками и договориться о совместной позиции в отношении уголовного расследования, уничтожить документы и другие вещественные доказательства, сорвать следствие каким-либо иным образом.

Если судья отказал в продлении срока содержания под стражей, обвиняемый подлежит немедленному освобождению из зала суда вне зависимости от того, истек к этому моменту срок, указанный в предыдущем судебном решении, или нет.

Отношение некоторых судебных инстанций к решению вопроса об избрании меры пресечения в виде содержания под стражей, о продлении срока содержания под стражей иначе как формальным назвать трудно.

Согласно теории уголовного процесса оптимальным является регламент, согласно которому сервисные функции, к числу которых относятся вопросы содержания обвиняемых под стражей, поручены специальным судам. Отсутствие таковых, равно как и возложение на высшие суды обязанности контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемых под стражей, в географических условиях России неизбежно ведет к игнорированию права обвиняемых (подсудимых) на участие в судах кассационной и надзорной инстанций. Например, как обеспечить участие обвиняемого (подсудимого) в суде кассационной инстанции в ВС РФ в Москве, если вопрос о продлении в отношении них срока содержания под стражей разрешен на Чукотке? Ответа на данный вопрос нет и быть не может, ибо авторы закона обязаны учитывать географические особенности государства. Из-за разницы во времени в таких случаях немного пользы и от технических средств. Более того, жалоба с Чукотки, как правило, идет в ВС РФ в течение времени, сопоставимого со сроками, на которые было продлено содержание под стражей.

Срок содержания под стражей в отношении обвиняемого, ознакомившегося с материалами уголовного дела, на период ознакомления с

материалами уголовного дела других обвиняемых может быть продлен лишь при условии, что они тоже содержатся под стражей.

Если кассационная инстанция, отменившая постановление о продлении срока содержания обвиняемого под стражей, приходит к выводам о необходимости: 1) направления материала в отношении него на новое судебное разбирательство; 2) сохранения в отношении обвиняемого прежней меры пресечения, — то она выносит мотивированное решение о продлении срока содержания обвиняемого под стражей до момента рассмотрения материала в отношении него судом первой инстанции.

Появление такой практики позволило исключить факты содержания обвиняемых после отмены постановлений о продлении срока содержания под стражей без судебного решения. В то же время проблема требует законодательного скорейшего урегулирования, поскольку суд второй инстанции, сохраняя в отношении обвиняемого прежнюю меру пресечения, фактически продлевает ее на устанавливаемый им срок, выполняя тем самым функцию суда первой инстанции.

Постановления о продлении срока содержания обвиняемых под стражей могут быть пересмотрены в кассационном и надзорном порядке.

§4. Содержание обвиняемых под стражей на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования

Судебная практика свидетельствует, что движение уголовных дел по инстанциям продолжается многие месяцы, а то и годы. Отсутствие в законе регламентации порядка исчисления срока содержания обвиняемых, подсудимых под стражей в вышеозначенных ситуациях нацело лишает последних возможности влиять на затягивающих рассмотрение дела чиновников, добиваться, в том числе в судебном порядке, соблюдения правоприменителями конституционных и процессуальных прав человека.

Данный вопрос разрешен в Постановлении Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследо-

вания и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан». Суть данного решения — лицо не должно находиться под стражей без судебного решения. Суды выносят решения о продлении срока содержания обвиняемого под стражей на период движения уголовного дела от прокурора в суд. Несмотря на полное отсутствие специальных норм, судебная практика по данному вопросу практически единообразна. Если по уголовному делу срок содержания обвиняемого под стражей заканчивается менее чем через 14 дней после завершения предварительного расследования, то следователь, дознаватель еще до утверждения обвинительного заключения ходатайствуют перед соответствующими судебными инстанциями о продлении данного срока на период от 15 до 30 суток. Также заявления рассматриваются судами по правилам ст. 109 УПК РФ, со всеми вытекающими из этого процессуальными последствиями. Сложилась также практика установления судами сроков содержания подсудимых под стражей, если в кассационной или надзорной инстанциях обвинительный приговор был отменен, уголовное дело направлено на новое судебное разбирательство. Не должно существовать сроков, в течение которых обвиняемые, подсудимые содержались бы под стражей без судебного решения, поскольку в силу ч. 2 ст. 22 Конституции содержание под стражей допускается только по судебному решению. Аналогичная норма закреплена и в п. 2 ч. 2 ст. 29 УПК РФ. При обнаружении пробелов в УПК РФ судья обязан применить уголовно-процессуальный закон по аналогии.

§5. Продление срока содержания под стражей в судебных стадиях

Предложенный авторами УПК РФ механизм судебного контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемых (подсудимых) под стражей весьма далек от совершенства. Согласно ч. 1 ст. 255 УПК РФ суд в период судебного разбирательства наделен правом избирания, изменения или отмены меры пресечения в отношении обвиняемого (подсудимого). Эта специальная норма, во-первых, закрепляет за судом исключительное право в период судебного разбирательства, в том числе и по собственной инициативе, избирать, изменять или отменять меру пресечения в отношении обвиняемого (подсудимого).

Во-вторых, установлено общее правило, согласно которому временные границы срока содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей, начинающего свое течение со дня поступления уголовного

дела в суд и завершающегося вынесением приговора, не могут превышать шести месяцев (ч. 2 ст. 255 УПК РФ).

В-третьих, в ней упоминается о возможности исключения из общего правила. Суд, в производстве которого находится уголовное дело, по истечении шести месяцев со дня поступления уголовного дела в суд вправе (но не обязан) продлить срок содержания подсудимого под стражей (ч. 3 ст. 255 УПК РФ).

Ниже оговорены условия осуществления соответствующей процедуры, согласно которым продление срока содержания подсудимого под стражей на срок свыше шести месяцев допускается: 1) судом, в производстве которого находится уголовное дело; 2) только по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях (ч. 3 ст. 255 УПК РФ); 3) срок продлевается, хотя формально и до бесконечности, но, тем не менее, каждый раз не более чем три месяца (ч. 3 ст. 255 УПК РФ); 4) решение суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей может быть обжаловано в кассационном порядке (ч. 4 ст. 255 УПК РФ); 5) обжалование судебного решения, принятого в порядке ст. 255 УПК РФ, не приостанавливает производство по уголовному делу (ч. 4 ст. 255 УПК РФ).

В-четвертых, и это же очень важно, шестимесячный срок, указанный в ч. 2 ст. 255 УПК РФ, относится к пресекательным, ибо его нарушение влечет автоматическое освобождение обвиняемого (подсудимого), путем использования целого ряда механизмов, не входящих в юрисдикцию суда. К их числу относятся прокурорский надзор, ведомственный контроль Министерства юстиции РФ, МВД России и др. Лицо, в отношении которого суд пропустил указанный в ч. 2 ст. 255 УПК РФ срок, подлежит немедленному освобождению:

1) администрацией следственного изолятора или иного аналогичного учреждения (ст. 49, 50 Федерального закона «О содержании под стражей»; п. 11 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ, утв. приказом Министерства юстиции РФ от 14 октября 2005 г. № 189; п. 23 Правил внутреннего распорядка изоляторов временного содержания подозреваемых и обвиняемых органов внутренних дел, утв. приказом МВД России от 22 ноября 2005 г. № 950);

2) прокурором, осуществляющим надзор за деятельностью администрации следственного изолятора или иного аналогичного учреждения (ч. 2 ст. 10 УПК РФ, Закон РФ от 17 ноября 1995 г. «О прокуратуре Российской Федерации»; ст. 51 Федерального закона «О содержании под стражей»).

В-пятых, к категории пресекательных относятся также и сроки, устанавливаемые судом при продлении срока содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей в порядке ч. 3 ст. 255 УПК РФ, их истечение так же автоматически запускает вышеописанные механизмы восстановления прав и законных интересов личности, помещенной под стражу.

В-шестых, в ч. 2 ст. 255 УПК РФ законодатель установил временные границы содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей только в суде первой инстанции. Указанный в ч. 2 ст. 255 УПК РФ срок начинается в день поступления уголовного дела в суд и завершается вынесением приговора, этим он отделен от срока содержания обвиняемого под стражей, в стадиях, предшествующих поступлению уголовного дела в суд, и от срока содержания осужденного под стражей после вынесения приговора.

В отношении осужденных действуют уже совершенно иные правила исчисления процессуальных сроков. В уголовно-процессуальном законе конкретных указаний на этот счет пока нет, следовательно, применению подлежат общие принципы уголовного процесса (ст. 10 УПК РФ), а равно общепризнанные принципы, нормы и правила, указывающие, в первую очередь, на разумность продолжительности содержания осужденных под стражей до вступления приговора в законную силу.

Сохранив в судебных стадиях традиционные для российского уголовного процесса объект и предмет оперативного судебного контроля, законодатель в ст. 255 УПК РФ существенно модернизировал механизм его осуществления. Суду, в производстве которого находится уголовное дело, вменено в обязанность: освободить обвиняемого (подсудимого) из-под стражи, если судебное разбирательство затягивается на срок свыше 6 месяцев. Если суд рассматривает уголовное дело, возбужденное по факту совершения подсудимым тяжкого или особо тяжкого преступления, судебное разбирательство затянулось более чем на полгода, избранная ранее мера пресечения сохраняется, то режим оперативного судебного контроля ужесточается, законность и обоснованность содержания обвиняемого под стражей проверяется уже каждые три месяца.

Сказанное позволяет сделать вывод об осмысленном выделении законодателем из общего объекта судебного контроля его новой специфической разновидности. Естественно, что права и свободы человека и гражданина, ограниченные при производстве по конкретному уголовному делу на этапе судебного разбирательства, образуют специальный предмет судебно-контрольной деятельности.

Анализируемая норма имеет громадное идеологическое значение, знаменующее изменение отношения общества и государства к лицу, совершившему преступление. Впервые в отечественной истории конституционное право человека и гражданина на свободу и личную неприкосновенность расценено законодателем выше, чем необходимость достижения целей уголовного судопроизводства, в первую очередь неотвратимости осуждения лица за совершение преступления небольшой и средней тяжести.

Не секрет, правоохранительная система порой склонна к маскировке срока реального уголовного наказания в досудебных и судебных процедурах. Уголовное дело сначала годами расследуется, затем также годами рассматривается судом, после чего либо производство по нему прекращается по амнистии, другим нереабилитирующим основаниям, либо в отношении лица, много лет содержавшегося под стражей, выносится приговор за совершение малозначительного преступления. Цель такой маскировки: наказать лицо, в отношении которого нет доказательств, продемонстрировать ему свои силы и возможности, добиться от арестованного нужных показаний в отношении третьих лиц и др.

Нельзя сказать, что произволу положен конец, однако процедура проверки оснований к продлению срока содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей с введением ст. 255 УПК РФ стала гораздо прозрачней, так как перешла из «тиши кабинетов» в залы публичного процесса. Суд, выносящий постановление о продлении срока содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей, каждый раз обязан убеждать стороны, а вместе с ними и все общество, что ограничена свобода опасного для него лица.

Особо следует подчеркнуть, что решение суда первой инстанции о сохранении меры пресечения далеко не окончательное, так как оно по инициативе сторон в любой момент может быть отменено вышестоящим судом, что является дополнительной гарантией неприкосновенности личности.

Безусловно, механизм восстановления нарушенных конституционных прав личности, предусмотренный ст. 255 УПК РФ, далек от совершенства, отягощен исключениями. Тем не менее его учреждение — решительный шаг к прогрессу. Лица, совершившие преступления небольшой и средней тяжести, вправе рассчитывать на осуществление правосудия без неоправданной (на срок свыше 6 месяцев) задержки.

Об актуальности затронутой тематики свидетельствуют постановления Пленума Верховного Суда РФ, посвященные срокам рассмотрения уголовных дел, за скупыми строками которых угадываются да-

леко не единичные случаи игнорирования судьями основных прав и свобод человека и гражданина. Одна из причин произвола — господствующий в обществе, в том числе и российском судебском корпусе, обвинительный уклон. По-прежнему считается, что правоохранительные органы «просто так никого не арестовывают», поэтому с освобождением обвиняемых (подсудимых) из-под стражи, особенно по формальным основаниям, судьям спешить не следует. Да и, как свидетельствует практика, дисциплинарное наказание за волокиту несравненно мягче, чем за освобождение из-под стражи лица, в виновность которого общество уже успело уверовать.

Вводя систему оперативного судебного контроля за законностью и обоснованностью заключения подозреваемых, обвиняемых под стражу (ст. 108 УПК РФ), продления сроков содержания обвиняемых под стражей (ст. 109, 255 УПК РФ), законодатель видимо не учел всей сложности возникших перед ним задач. Мало было изменить общую идеологию уголовного процесса, проблему следовало разрешить комплексно: на доктринальном, материально-техническом и юридика-техническом уровнях.

Доктрина очевидна, так как она прописана в Конституции РФ: после 48 часов задержания — ни секунды под стражей без судебного решения (ч. 2 ст. 22). Простота этой концепции кажущаяся, на практике она бесследно исчезает, поскольку на протяжении движения уголовного дела оно имеет массу хозяев: следователя, прокурора, суды различных инстанций, причем каждый из перечисленных органов имеет свои специфические цели и задачи.

Ситуация отягощается существованием промежутков между стадиями, по привычке выведенных авторами УПК РФ за рамки уголовного процесса. Результат — календарное время реального пребывания обвиняемого (подсудимого) под стражей, исчисляемое по правилам Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых, обвиняемых в совершении преступлений» (далее — Федеральный закон «О содержании под стражей»), всегда больше процессуального времени, предусмотренного УПК РФ.

Забыл законодатель о необходимости урегулирования в специальных нормах процедур продления сроков содержания обвиняемых (подсудимых под стражей) в случаях возвращения уголовных дел прокурору (ст. 237 УПК РФ), отмены обвинительных приговоров вышестоящими судами.

Отставание процессуального времени от календарного — серьезный недостаток доктрины российского уголовного процесса. О его

существовании прямо говорится в Постановлении от 22 марта 2005 г. № 4-П. С момента принятия этого эпохального решения минуло более двух лет, однако ни ученые, ни законодатель не сделали практически ничего для того, чтобы разрешить простейшую проблему, синхронизировать течение времени процессуального с ходом его естественного собрата — времени календарного.

Российские судьи, выполняя задачи, поставленные перед ними Конституцией РФ (ч. 2 ст. 22), были вынуждены пойти на особые методы толкования положений УПК РФ, позволившие им вывести сущность нормы за пределы ее формы, сведя ущерб, порожденный правотворческими ошибками, к минимуму.

Оптимальный вариант решения затронутой проблемы — учреждение регламента, согласно которому сервисные функции, к числу которых относятся вопросы содержания обвиняемых под стражей, поручаются специальным судам. Отсутствие таковых в российской судебной системе, равно как и возложение на высшие суды обязанности контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемых под стражей, в географических условиях России неизбежно ведут к игнорированию права обвиняемых (подсудимых) на участие в судах кассационной и надзорной инстанций. Проблема в принципе разрешима путем усовершенствования систем видео-конференц связи, однако насколько необходимо возлагать судебный контроль, осуществляемый по правилам ст. 255 УПК РФ, непременно на высшую судебную инстанцию, не ясно, так как научное обоснование этого российского феномена отсутствует. Скорее всего, наделение Верховного Суда РФ контрольной функцией в механизме, установленном ст. 255 УПК РФ, не более чем дань традиции, согласно которой центр в ответе за все. Следование этой традиции ведет к перегрузке центральных аппаратов второстепенными функциями, в результате чего качество управляющего воздействия на ситуацию в целом снижается.

Юрико-технический анализ положений ст. 255 УПК РФ показывает, что данная норма по своей структуре, во-первых, является бланкетной, так как приведенные в ней понятия могут быть уяснены лишь посредством изучения других законов: 1) ст. 15 УК РФ «Категория преступлений»; 2) подзаконных нормативных актов, регламентирующих порядок регистрации уголовных дел, поступающих в суды. В их перечень, в частности, входят: а) Инструкция по судебному делопроизводству в районном суде, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2004 г. № 36 (далее — Инструкция № 36); б) Инструкция по судебному делопроиз-

водству в верховных судах, краевых и областных судах, судах городов федерального значения, судах автономной области и автономных округов, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 8 декабря 2004 г. № 161 (далее — Инструкция № 161); в Инструкция по делопроизводству в Верховном Суде РФ, утв. приказом Председателя Верховного Суда РФ от 22 июня 2005 г. № 8 (далее — Инструкция № 36); 3) законов и подзаконных нормативных актов, регламентирующих порядок содержания обвиняемых (подсудимых) под стражей. К их числу, в частности, относятся: а) Федеральный закон «О содержании под стражей»; б) Правила внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ, утв. приказом Минюста России от 14 октября 2005 г. № 189 (далее — Правила Минюста России для СИЗО); в) Правила внутреннего распорядка изоляторов временного содержания подозреваемых и обвиняемых органов внутренних дел, утв. приказом МВД России от 22 ноября 2005 г. № 950 (далее — Правила МВД России для ИВС).

Во-вторых, ст. 255 УПК РФ является отсылочной, поскольку ее диспозиция не содержит даже примерного регламента процедуры принятия решения относительно меры пресечения, о правилах которой можно судить только на основе анализа всех положений, регулирующих уголовное судопроизводство.

В-третьих, положения ст. 255 УПК РФ насыщены новыми понятиями и оценочными категориями.

Краткость содержащихся в ст. 255 УПК РФ формулировок, их правовая неопределенность повлекли возникновение у правоприменителей значительного числа сложностей. Не случайно ст. 255 УПК РФ уже шесть раз была предметом контроля, осуществляемого Конституционным Судом РФ.

Регламентируя общий порядок разрешения судом вопроса о мере пресечения в период судебного разбирательства, анализируемая норма в первую очередь отсылает правоприменителя к таким понятиям, как «день поступления уголовного дела в суд», «судебное разбирательство» и «суд» (ч. 1 ст. 255 УПК РФ).

В части 2 ст. 255 УПК РФ законодателем вводится новое, квалифицированное понятие — «суд, в производстве которого находится уголовное дело».

Юрико-технический анализ нормы будет неполным, если с учетом ее бланкетного характера упустить исследование понятий, введенных на подзаконном уровне. В их длинном перечне особое значение

имеют термины «суд, за которым числится уголовное дело», «суд, за которым числится обвиняемый (подсудимый)» (см., например: п. 5.2 Инструкции № 36, п. 6.20 Инструкции № 161), «полные установочные данные лица, в отношении которого применяется мера пресечения», «документы, являющиеся основанием для приема в СИЗО», «выписка из документов, являющихся основанием для приема в СИЗО» (см. п. 6, 8, 9 Правил Минюста России для СИЗО; п. 6, 8, 9 Правил МВД России для ИВС).

Данные понятия сразу и четко определяют судебную инстанцию, несущую ответственность за законность и обоснованность содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей. Эти акты конкретизируют требования, предъявляемые к процессуальным документам в части их оформления (подписи, штампы, гербовые печати). Без указания всех вышеперечисленных реквизитов, без использования содержащихся в подзаконных актах терминов совершенно немыслима современная деловая переписка.

Поскольку судебное решение должно обладать и таким качеством, как его исполнимость, то судьи, а вместе с ними и другие участники процесса должны знать следующие организационные особенности, вытекающие из:

1) Федерального закона «О содержании под стражей», согласно которому: а) осужденные, отбывающие наказание в исправительных учреждениях, задержанные по подозрению в совершении другого преступления, могут содержаться в этих учреждениях, но изолированно от осужденных, отбывающих наказание (ч. 1 ст. 10); б) обвиняемые (подсудимые), в отношении которых в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу, могут содержаться в тюрьмах или на территориях учреждений, исполняющих наказания, в специально оборудованных для этих целей помещениях, функционирующих в режиме СИЗО (ч. 2 ст. 10); в) обвиняемые (подсудимые), в отношении которых в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу, в случае назначения экспертизы по основаниям, предусмотренным УПК РФ, а также в случае оказания им медицинской помощи помещаются в медицинские учреждения (ч. 3 ст. 10); г) обвиняемые (подсудимые) военнослужащие содержатся на гауптвахтах в случаях и порядке, которые предусмотрены УПК РФ и иными нормативными правовыми актами, регламентирующими организацию и порядок несения гарнизонной и караульной службы в Вооруженных Силах РФ (ст. 11); д) обвиняемые (подсудимые), содержащиеся в СИЗО, могут переводиться в ИВС, когда это необходимо для выполнения судебного рассмотрения

дел за пределами населенных пунктов, где находятся СИЗО, из которых ежедневная доставка их невозможна, на время судебного процесса, но не более чем на 10 суток в течение месяца; основанием для такого перевода служит решение суда (ст. 13);

2) Правил Минюста России для СИЗО, согласно которым: а) основанием для приема в СИЗО обвиняемого (подсудимого) являются судебное решение об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, вынесенное в порядке, установленном УПК РФ (ч. 1 п. 6); б) в отношении лиц, к которым применялось задержание, к судебному решению об избрании меры пресечения должен быть представлен протокол задержания подозреваемого в совершении преступления (ч. 2 п. 6); в) помимо этих документов для приема в СИЗО женщины с ребенком в возрасте до 3 лет необходимо свидетельство о его рождении или другие документы, подтверждающие принадлежность ребенка матери, а при отсутствии таких документов — письменное указание суда, в производстве которого находится уголовное дело, о помещении женщины с ребенком в СИЗО (п. 7); г) документы, являющиеся основанием для приема в СИЗО, должны быть заверены подписями соответствующих должностных лиц и скреплены гербовыми печатями (п. 8); д) в тех случаях, когда в СИЗО представляется выписка из постановления суда об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, в ней должны быть указаны полные установочные данные лица, в отношении которого применяется эта мера пресечения, выписка заверяется подписью должностного лица, скрепляется гербовой печатью; е) лица, доставленные в СИЗО плановым конвоем, в отношении которых истекли сроки содержания под стражей, освобождаются по постановлению начальника СИЗО; ж) лица, нуждающиеся по заключению врача или фельдшера СИЗО в срочном стационарном лечении, при отсутствии возможности такого лечения в СИЗО либо истечении срока содержания под стражей, в случае доставки их из ИВС конвойными подразделениями органов внутренних дел в учреждение не принимаются.

Именно в Федеральном законе «О содержании под стражей», а не в УПК РФ содержится регламент освобождения, обвиняемого (подсудимого) из-под стражи, в случае, если суд нарушил правила ст. 255 УПК РФ. Начальник СИЗО обязан не позднее, чем за 24 часа до истечения срока содержания под стражей обвиняемого (подсудимого) уведомить об этом суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора.

Если по истечении установленного законом срока заключения под стражу в качестве меры пресечения соответствующее решение об освобождении подозреваемого или обвиняемого либо о продлении срока содержания его под стражей в качестве меры пресечения не поступило, начальник СИЗО немедленно освобождает его своим постановлением (ст. 50).

Понятия «суд, в производстве которого находится уголовное дело» (ст. 255 УПК РФ) и понятия «суд, за которым числится уголовное дело» и «суд, за которым числится обвиняемый (подсудимый)», совпадают не всегда.

Установив временные границы содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей только в суде первой инстанции, незаметно для себя самого законодатель пополнил категориально-понятийный аппарат уголовного процесса понятиями «срок содержания обвиняемого под стражей, в стадиях, предшествующих поступлению уголовного дела в суд» и «срок, содержания осужденного под стражей после вынесения приговора». Заключение в них смысл угадывается на основе анализа всего УПК РФ и судебной практики.

В Законе «О содержании под стражей», ведомственных нормативных актах, регламентирующих содержание под стражей, перечисленные понятия не раскрываются, поскольку согласно данным актам сроки содержания под стражей исчисляются в едином порядке — календарном.

Несмотря на то что регламент уголовного судопроизводства един для всех звеньев судебной системы, так как предопределен одним и тем же УПК РФ, инструкций по делопроизводству в судах несколько, единообразием они не отличаются, хотя и разработаны одним ведомством — системой судов общей юрисдикции.

Анализ инструкций по делопроизводству в судах позволяет выявить общие правила, в той или иной степени характерные для каждой из них в отдельности.

Первое общее правило: прием и первичная обработка входящей корреспонденции осуществляется отделом делопроизводства суда (п. 2.1 Инструкции № 36, п. 3.1 Инструкции № 161), называемым в Верховном Суде РФ экспедицией (п. 3.3.1 Инструкции № 8).

Второе общее правило: до регистрации служебные документы и судебные дела передавать для доклада и исполнения запрещается (п. 3.3.1 Инструкции № 8).

Третье общее правило: поступившие в суд дела регистрируются в журнале учета входящей корреспонденции (п. 2.4. Инструкции № 36), форма которого определена в приложениях к инструкциям.

Четвертое общее правило: независимо от способа доставки на всех входящих в суд документах проставляется регистрационный штамп, в котором указывается дата поступления документа (дела), входящий номер и условное обозначение (индекс) того подразделения суда, в которое документ должен быть передан.

Штамп ставится на входящих регистрируемых документах на лицевой стороне первого листа документа или обложки дела в правом нижнем углу.

Пятое общее правило: на уголовных делах, кроме того, на лицевой стороне обложки проставляется регистрационный штамп для дел, в котором указывается номер дела, дата его поступления (п. 3.3. Инструкции № 161).

Шестое общее правило: по уголовным делам, поступившим от органов предварительного расследования с обвинительным заключением (актом) используется та обложка, в которой находилось дело (при условии ее надлежащего качества и сохранности). На обложке делаются необходимые отметки (наименование суда, порядковый номер дела, дата начала производства в данном суде и т.д.).

Седьмое общее правило: дата поступления дела, указываемая на обложке, учетно-статистической карточке или регистрационном журнале должна отражать фактическое время поступления дела в суд (п. 3.19 Инструкции № 36).

На обложках дел, по которым обвиняемые находятся под стражей, работником отдела дела производства должен быть поставлен штамп «под стражей» или сделана об этом отчетливая надпись (п. 3.16 Инструкции № 36).

Согласно п. 3.14 Инструкции № 36 и п. 6.4 Инструкции № 161 номер уголовного дела включает соответствующий индекс (для уголовных дел — 1), порядковый номер дела по учетно-статистической карточке и год поступления дела (например: 1-3/2005 г.; 1-12/2005 г. и т.д.).

Восьмое общее правило: после регистрации уголовное дело передается председателю суда, его заместителю, лицам, исполняющим их обязанности, которые в соответствии со ст. 6.2 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» наделены правом передачи уголовных дел для рассмотрения по существу конкретным судьям, судебным составам.

Таким образом, ведомственные инструкции гарантируют следующие составляющие законности содержания обвиняемого под стражей:

все поступающие уголовные дела подлежат регистрации в день поступления, передача их кому-либо без регистрации категорически запрещена;

день поступления уголовного дела фиксируется в четырех документах (журнале регистрации, на сопроводительном письме, обложке уголовного дела, учетно-статистической карточке), что практически полностью исключает возможность утраты информации о начале срок содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей;

о том, что обвиняемый (подсудимый) содержится под стражей, постоянно «сигнализирует» дополнительный штамп на обложке дела — «под стражей»;

оперативный судебный контроль за законностью и обоснованностью содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей осуществляет судья, в производстве которого находится уголовное дело;

ведомственный контроль за его действиями осуществляется председателем суда, его заместителем;

аппарат суда призван следить за движением дела и должен напоминать судье, в производстве которого находится уголовное дело, председателю суда, его заместителю о приближении истечения срока содержания подсудимого под стражей;

надзор за соблюдением срока, указанного в ст. 255 УПК РФ, осуществляет прокурор, выполняющий функцию государственного обвинения, прокурор, осуществляющий надзор за местами предварительного заключения;

администрация следственных изоляторов обязана предупредить суд о том, что в отношении числящегося за ним заключенного под стражу лица истекает срок содержания под стражей, оговоренный в ст. 255 УПК РФ.

Перечисленные виды контроля и надзора призваны:

исключить утрату информации о дне начала производства в суде, дате истечения установленного в законе срока содержания подсудимого под стражей в период судебного разбирательства;

своевременно запустить механизмы освобождения подсудимого из-под стражи либо продления срока содержания его под стражей.

Уголовные дела, возвращенные на новое рассмотрение после отмены судебных постановлений, регистрируются работниками отдела обеспечения судопроизводства суда на учетно-статистических карточках так же, как впервые поступившие дела, по дате на штампе о поступлении дела в суд и получают новый порядковый номер (п. 6.5 Инструкции № 36).

Очевидно и то, что отмена обвинительного приговора полностью аннулирует правовые последствия, указанные в ч. 2 ст. 255 УПК РФ (окончание срока) и течение регламентируемого ею срока немедленно возобновляется. Иными словами, срок, указанный в ст. 255 УПК РФ, после отмены обвинительного приговора заново, с «ноля» течь не начинает. Весь срок, следующий за постановлением обвинительного приговора до момента его отмены судом апелляционной, кассационной, надзорной инстанции, при производстве по делу по новым, вновь открывшимся обстоятельствам, — составной элемент срока, указанного в ч. 2 ст. 255 УПК РФ, и равен 6 месяцам. С момента отмены обвинительного приговора продолжается истечение срока, начавшееся в день первого поступления уголовного дела в суд.

Выведение сроков содержания осужденного под стражей из-под судебного контроля на период движения уголовного дела с кассационной жалобой осужденного в вышестоящий суд — неконституционно само по себе. В законе отсутствует механизм судебного контроля за этими, далеко не малыми, сроками, в анализируемом примере равными 9 месяцам 4 дням, т.е. превышающими срок рассмотрения дела в суде первой инстанции практически на порядок.

Как указывалось выше, отмена обвинительного приговора аннулирует все порожденные им правовые последствия, автоматически возвращает процесс в момент, непосредственно предшествующий постановлению приговора. Отмена обвинительного приговора — факт признания судебной ошибки, ее наличие не может вести к ограничению конституционных прав личности.

Дела, возвращенные прокурором после устранения недостатков (ст. 237 УПК РФ) регистрируются как вновь поступившие только после истечения 5-дневного срока для устранения недостатков (п. 6.5 Инструкции № 36).

Как видим, если срок, указанный в ст. 237 УПК РФ, не истек, то уголовное дело повторной регистрации не подлежит.

Особую озабоченность вызывает то обстоятельство, что о начале течения процессуально значимого срока определенное время (как показывает судебная практика, порой весьма длительное) не знают:

судья, которому в будущем предстоит рассматривать дело и соблюдать установленный ст. 255 УПК РФ срок;

обвиняемый, в отношении которого дело поступило в суд, соответственно, ни его защитник, ни законный представитель.

Уголовно-процессуальный закон, предписывающий обязательное получение обвиняемым копий протокола задержания (ч. 4 ст. 46

УПК РФ), постановления о заключении под его стражу (ч. 8 ст. 108 УПК РФ), постановлений о продлении срока содержания под стражей, наконец, обвинительного заключения, содержащего подробную справку о движении уголовного дела (ч. 2 ст. 222 УПК РФ), оставляет совершенно без внимания вопрос о необходимости сообщения заинтересованным лицам факта поступления уголовного дела в суд, о начале течения нового и такого важного в первую очередь для обвиняемого шестимесячного срока содержания под стражей в период судебного разбирательства.

Пока же сторона защиты о том, что уголовное дело поступило в суд, узнает следующим образом. Обвиняемому, его защитнику, законному представителю прокурором направляется копия сопроводительного письма, из содержания которого можно судить, что в определенный день уголовное дело в отношении конкретного лица было направлено в суд (ч. 1 ст. 222 УПК РФ). С этого момента начинается течение ничем не регламентируемого срока, отданного законодателем на усмотрение почтового ведомства.

К сказанному следует добавить, что как только уголовное дело «вверяется» почте, прерывается не только течение процессуальных сроков, прерываются и контакты обвиняемого с адвокатом. Администрация мест содержания обвиняемых (подсудимых) под стражей разрешит свидание этих лиц с адвокатом только в том случае, если они представят разрешение на это от органа, за которым числится уголовное дело. Данное требование противоречит закону, Конституционным Судом РФ оно отнесено к неконституционным, Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 2 октября 2002 г. отменено, однако в реальной жизни, тем не менее, по-прежнему действует.

Сроки движения уголовных дел, направленных по почте, по причине отсутствия соответствующих правил могут быть весьма значительными, бывает, что они растягиваются на многие месяцы. Это время как бы выпадает из ткани управляемого уголовного процесса. В науке его порой расценивают как «непроцессуальное». Такую позицию трудно назвать правильной, поскольку в течение этого времени обвиняемые содержатся под стражей, оно засчитывается в срок наказания осужденным.

Следует признать, что авторы УПК РФ и не пытались урегулировать обозначенную проблему. Налицо пробел в законе, заполняемый в жизни пестрой смесью ведомственных нормативных актов и судебного усмотрения.

Определенная ясность в урегулирование вопроса, касающегося сроков содержания обвиняемого под стражей, пока уголовное дело в отношении него двигалось от инстанции к инстанции, была внесена Постановлением от 22 марта 2005 г. № 4-П.

С момента опубликования данного документа сторона обвинения была вынуждена озаботиться установлением срока содержания обвиняемого под стражей на период движения его уголовного дела от прокурора в суд. Отсутствие такого срока, в том числе точной даты его окончания, — сигнал начальнику следственного изолятора и прокурору, осуществляющему надзор за его деятельностью, к освобождению обвиняемого из-под стражи (ч. 2 ст. 10 УПК РФ).

Сложилась практика определения срока содержания обвиняемого под стражей на этапах, следующих за окончанием предварительного расследования, продления этих сроков. О значимости данного явления свидетельствует тот факт, что по правилам, определенным в постановлении Конституционного Суда РФ, в год по России осуществляется до 90 тыс. производств.

Таким образом, и обвиняемый, его защитник, законный представитель, и руководство следственного изолятора теперь знают конечную дату истечения срока содержания под стражей. Если движение дела от прокурора в суд замедлится, у стороны обвинения появляется возможность своевременно вмешаться в ситуацию, ускорить процесс пересылки документов, при необходимости войти в суд с очередным ходатайством о продлении срока содержания под стражей.

Все это свидетельствует, во-первых, об управляемости процесса, во-вторых, о наличии за ним прокурорского надзора, двух видов ведомственного и многоступенчатого судебного контроля, в-третьих, участия в процессе контроля заинтересованных лиц: обвиняемого, его защитника и законного представителя.

В то же время за датой поступления уголовного дела в суд, началом течения шестимесячного срока содержания подсудимого под стражей предусмотрен лишь внутриведомственный контроль, осуществляемый председателем суда, его заместителями, а также отделами делопроизводства в судах.

Внутренний ведомственный контроль осуществляется не в соответствии с требованиями УПК РФ, а на основании законов о судостроительстве и многочисленных подзаконных актов, следовательно, решения и действия (бездействие) должностных лиц по правилам уголовного судопроизводства на данном этапе процесса проверены и обжалованы быть не могут.

На практике о дне поступления уголовного дела в суд, соответственно, о дате начала течения процессуального срока, предусмотренного ст. 255 УПК РФ, сторона защиты, другие заинтересованные лица узнают путем установления личных контактов с сотрудниками аппарата суда.

Представляется, что уголовно-процессуальный закон должен быть дополнен нормой, обязывающей соответствующего судью в день поступления уголовного дела в суд выносить постановление о принятии его к производству суда. Копия данного постановления, свидетельствующая одновременно о дате начала течения шестимесячного срока, указанного в ст. 255 УПК РФ, должна незамедлительно направляться: 1) обвиняемому, его защитнику, законному представителю; 2) руководителю следственного изолятора, в котором обвиняемый содержится под стражей; 3) прокурору, осуществляющему надзор за законностью содержания обвиняемых в следственном изоляторе; 4) прокурору, в обязанности которого входит организация поддержания государственного обвинения.

Наличие такого документа позволит: 1) сразу и точно определить день поступления уголовного дела в суд, уведомить заинтересованных лиц о дате начала течения шестимесячного процессуального срока, установить конкретную дату его окончания; 2) своевременно решать вопросы о возбуждении ходатайства о продлении данного срока, если это предусмотрено ст. 255 УПК РФ; 3) своевременно освободить обвиняемого (подсудимого) из-под стражи, если срок его содержания своевременно продлен не был либо основания к его продлению отпали.

По смыслу ч. 1 ст. 255 УПК РФ, суд вправе решать вопрос о мере пресечения со дня поступления уголовного дела в суд. Более того, уголовно-процессуальный закон предписывает разрешать его в судебном разбирательстве.

Согласно п. 51 ст. 5 УПК РФ судебное разбирательство — судебное заседание судов первой, второй и надзорной инстанций. Что в данном случае следует понимать под термином «судебное заседание»?

Совершенно очевидно, что судебное заседание — это классический состязательный процесс в суде, в котором участвуют суд (как минимум один судья) и стороны. Возникает вопрос, только ли такой процесс имел в виду законодатель, конструируя ст. 255 УПК РФ?

Анализ глав 33 и 34 УПК РФ, судебной практики свидетельствует, что о мере пресечения в отношении обвиняемого судья обязан озаботиться буквально в день принятия уголовного дела к своему производству. Согласно п. 3 ст. 228 УПК РФ он должен выяснить в отношении

каждого из обвиняемых, подлежит ли отмене или изменению избранная ранее в отношении них мера пресечения.

Поручение рассмотрения уголовного дела судье — функция процессуального руководства. Аналогичные функции в отечественном уголовном процессе выполняют: руководитель следственного органа, начальник подразделения дознания, прокурор, право на эти функции закреплено за ними уголовно-процессуальным законом.

Если законодатель считает целесообразным сохранение за председателем суда функции процессуального руководства, в виде немотивированного поручения рассмотрения уголовных дел конкретным судьей, то она должна получить соответствующий регламент в УПК РФ.

Если сохранение за председателем суда таких дискреционных полномочий — антидемократично, то опять-таки в УПК РФ следует предусмотреть транспарентную процедуру распределения уголовных дел между судьями.

Председатель суда, узнав о том, что в суд поступило уголовное дело, располагает временем на разрешение вопроса, поручить это дело кому-то из судей, либо рассмотреть его самому.

Также за рамками процессуального закона находится и механизм уведомления судьи о том, что конкретное дело ему передано для рассмотрения. Отсутствие конкретных законодательных регламентаций приводит к тому, что судья через секретариат получает дело с резолюцией председателя, обязывающей его приступить к рассмотрению дела, иногда спустя значительный промежуток времени со дня поступления его в суд. Бывает, что дела на рассмотрение по существу отписываются судьям, находящимся «на больничном», пребывающим в очередном отпуске.

Неслучайно первое дело, проигранное Россией в Европейском суде по правам человека, наряду с прочим содержало и эпизоды откровенной волокиты по уголовному делу в отношении Калашникова (Постановление Европейского Суда по правам человека от 15 июля 2002 г. Европейский Суд по правам человека. Первые решения по жалобам из России: Сборник документов. — М., 2004. — С. 88—115). Были выявлены факты, свидетельствующие о том, что судебное разбирательство неоднократно откладывалось на неопределенный срок, только в виду того, что судья, которому поручалось рассмотрение уголовного дела, отсутствовал на работе.

Как видим, с одной стороны, законодатель предписывает суду проверить законность и обоснованность содержания обвиняемого под стражей со дня поступления уголовного дела в суд (п. 3 ст. 228 УПК РФ),

с другой — не устанавливает точной даты такой проверки, ограничиваясь лишь общим указанием на то, что она должна быть осуществлена не позднее 14 суток со дня поступления уголовного дела в суд (ч. 3 ст. 227 УПК РФ).

В то же время сложившаяся практика такова: данный срок является не пресекательным, а рекомендательным. Его несоблюдение, в отличие от срока, указанного в ст. 255 УПК РФ, автоматического освобождения обвиняемого из-под стражи не влечет, так как срок содержания под стражей в отношении последнего по инициативе органов предварительного расследования может быть установлен с хорошим запасом по правилам, содержащимся в Постановлении от 22 марта 2005 г. № 4-П.

Проверка законности и обоснованности содержания обвиняемого под стражей по вновь поступившему уголовному делу легко может быть отложена до даты истечения срока содержания обвиняемого под стражей, установленного на период движения уголовного дела от прокурора в суд. Иногда это несколько месяцев.

В силу ч. 1 ст. 227 УПК РФ судья по поступившему уголовному делу единолично и без участия сторон принимает одно из следующих решений: 1) о направлении уголовного дела по подсудности; 2) о назначении предварительного слушания; 3) о назначении судебного заседания.

Выполнив предписание, установленное ч. 1 ст. 227 УПК РФ, судья выносит постановление (ч. 2 ст. 227 УПК РФ), копию которого направляет обвиняемому, потерпевшему и прокурору (ч. 4 ст. 227 УПК РФ). Следует обратить внимание, что суд не «вручает» копию постановления, что прямо предусмотрено только для обвинительного заключения, вручаемого прокурором, а лишь «направляет» ее. Таким образом, обращает на себя внимание такой парадокс, что сам факт невручения обвиняемому копий документа, за исключением обвинительного заключения, никаких последствий по делу не имеет.

Согласно ч. 2 ст. 227 УПК РФ решение судьи оформляется постановлением, в котором указываются дата и место его вынесения, наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление, основание принятого решения.

Как видим, даже получив постановление, вынесенное в порядке ст. 227 УПК РФ, участники процесса ничего не узнают о дате поступления уголовного дела в суд, т.е. времени начала течения шестимесячного срока, предусмотренного ст. 255 УПК РФ.

Таким образом, судья единолично и без участия сторон, направляя уголовное дело по подсудности (п. 1 ч. 1 ст. 227 УПК РФ), наделен правом разрешения вопроса о сохранении любой меры пресече-

ния, об отмене любой меры пресечения, изменении любой меры пресечения на менее строгую (п. 3 ст. 228 УПК РФ).

Из постановления судьи, вынесенного в соответствии с вышеуказанными нормами, участники процесса узнают: 1) уголовное дело не подсудно суду, в котором работает судья, вынесший постановление; 2) мера пресечения в отношении обвиняемого на неопределенный период времени оставлена без изменения; 3) дело направлено в другой суд, куда прибудет через неопределенное в уголовно-процессуальном законе время; 4) заинтересованные участники процесса вправе ожидать, что в течение 14 дней со дня поступления уголовного дела в другой суд будет принято новое решение в порядке ст. 227 УПК РФ, о чем некоторые из них узнают из соответствующего постановления, направленного им по правилам ч. 4 ст. 227 УПК РФ.

Наделив судью правом единолично и без участия сторон решить вопрос о направлении уголовного дела по подсудности, сохранении в отношении обвиняемых меры пресечения в виде содержания под стражей, законодатель несколько ограничивает его права при назначении судебного заседания без проведения предварительного слушания.

Если судьей принято решение о направлении уголовного дела по подсудности, дело с сопроводительным письмом направляется адресату, одновременно извещается прокурор, направивший дело. По делу, направляемому по подсудности, по которому обвиняемый находится под стражей, сопроводительное письмо (в копии) адресуется также администрации места предварительного заключения с указанием о том, что вопрос о дальнейшем содержании обвиняемого должен решаться судом, которому направлено уголовное дело. К письму прилагаются две копии постановления о направлении дела: для приобщения личного дела и для вручения обвиняемому (п. 5.4 Инструкции № 36).

Если уголовное дело ушло в другой регион, то до момента, пока оно вновь будет изучено судьей, могут пройти недели, месяцы. Все это время обвиняемый будет «числиться» за судом, судьи которого и не догадываются о том, что к ним скоро поступит дело, по которому от срока, установленного ст. 255 УПК РФ не осталось и дня. Практике известны случаи, когда обвиняемые освобождались еще до суда, только потому, что истекли сроки содержания их под стражей, установленные ст. 255 УПК РФ.

Очевидно, что суд, в производстве которого уголовное дело не находится, за которым оно только числится, лишен возможности осуществления оперативного контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемого под стражей путем выполнения процедур, предусмотренных ст. 255 УПК РФ.

При отсутствии оснований для принятия решений, предусмотренных п. 1 (направление уголовного дела по подсудности) и 2 (назначение предварительного слушания) ч. 1 ст. 227 УПК РФ, судья выносит постановление о назначении судебного заседания без проведения предварительного слушания (ч. 1 ст. 231 УПК РФ).

В постановлении помимо вопросов, предусмотренных ч. 2 ст. 227 УПК РФ, наряду с прочим разрешается вопрос о мере пресечения, однако за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу (п. 6 ч. 2 ст. 231 УПК РФ). Отказав тем самым судье в праве на заочный арест, законодатель подтвердил за ним право на заочное установление шестимесячного срока содержания лица под стражей по правилам ст. 255 УПК РФ.

Подчеркнем, что постановление, вынесенное с учетом требований ст. 231 УПК РФ, хотя и подлежит направлению обвиняемому, потерпевшему и прокурору, тем не менее не будет содержать данных о начале течения шестимесячного срока, установленного ст. 255 УПК РФ.

Совершенно очевидно, что все проанализированные выше требования уголовно-процессуального закона явно противоречат ст. 15 УПК РФ, согласно которой судопроизводство в России осуществляется на основе состязательности сторон. Таким образом, вопрос о мере пресечения, в первую очередь о таком ее виде, как заключение под стражу, должен разрешаться только в судебном заседании. УПК РФ предусматривает только одну форму такого разбирательства — предварительное слушание. Следует отметить, что таковое проводится практически по всем делам, по которым возникает спор о мере пресечения при назначении судебного заседания.

Сказанное означает, что УПК РФ должен быть дополнен обязательным предписанием: если по делу в отношении хотя бы одного из обвиняемых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, то решение вопросов, предусмотренных п. 1 и 3 ч. 1 ст. 227 УПК РФ должно осуществляться исключительно по итогам предварительного слушания.

Очевидно, что такое предварительное слушание должно производиться с обязательным участием обвиняемого, его защитника и прокурора.

Регламент предварительного слушания оставляет решение вопроса о явке в судебное заседание на усмотрение сторон, главное, чтобы они были своевременного уведомлены о месте и времени судебного заседания (ч. 4 ст. 234 УПК РФ).

Генеральный прокурор РФ, правильно понимая суть состязательного процесса, в приказе от 20 ноября 2007 г. № 185 «Об участии про-

куроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства» обязал подчиненных ему прокуроров принимать участие во всех без исключения предварительных слушаниях (п. 1.7).

В вводных частях постановлений о назначении предварительного слушания, назначении судебного заседания следует указывать дату поступления уголовного дела в суд. Наличие такой информации позволит участникам процесса, другим заинтересованным лицам правильно определить дату истечения шестимесячного срока, установленного ст. 255 УПК РФ.

Пока же уголовно-процессуальный закон не требует от судьи полноценного процесса, ибо вынесенные им за его рамками постановления не противоречат положения гл. 33 УПК РФ. Более того, процессуальные нарушения, допущенные в стадии подготовки дела к судебному заседанию, не влекут автоматического освобождения обвиняемого (подсудимого), поскольку они не связаны с обоснованностью содержания его под стражей.

Следует также отметить, что основной массе дел нужды в предварительном слушании нет, отсутствует и необходимость проверки законности и обоснованности избранной меры пресечения. Следовательно, нет нужды и в загромождении работы суда, рассматривающего дело по существу, процедурами оперативного судебного контроля. Выход видится: 1) в отказе от сложившейся системы сроков; 2) в учреждении единого срока содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей; 3) в создании единой сервисной судебной службы, ведающей сроками содержания обвиняемых (подсудимых) под стражей.

Возлагая на суд функцию оперативного судебного контроля за законностью и обоснованностью содержания под стражей обвиняемого (подсудимого) в судебных стадиях, законодатель определяет суд в качестве единственного субъекта данного вида государственной деятельности.

Основной функцией суда в судебных стадиях уголовного судопроизводства является осуществление правосудия (функция разрешения дела). Очевидно, что функция контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей по отношению к основной носит второстепенный, правообеспечительный, правосстановительный, иными словами, сервисный характер.

Специальных судов, осуществляющих контроль за законностью и обоснованностью заключения обвиняемых (подсудимых) под стражу, содержанием их под стражей, продлением сроков содержания под стражей, в России нет. Авторы УПК РФ наделили один субъект — суд,

рассматривающий уголовное дело, целым спектром различных функциями, в том числе такими двумя процессуально значимыми функциями: правосудия и контроля за законностью и обоснованностью избрания, сохранения, продления и отмены меры пресечения в отношении обвиняемого (подсудимого).

Осуществление одним и тем же органом, в том числе судом, сразу двух функций неизбежно ведет к тому, что менее значимая из них (контроль) неизбежно приносится им в жертву основной, в анализируемом случае — правосудию.

Основным критерием оценки качества работы судьи в России является стабильность постановленных им приговоров. Ошибки, допущенные судьей при осуществлении судебно-контрольных действий, на оценку качества осуществленного им правосудия практически не влияют. Анализ судебной практики показывает, что судьи, трепетно относящиеся к своим обязанностям при рассмотрении уголовного дела по существу, постановлении приговора, легко идут на процессуальное упрощенчество, если речь заходит об исполнении ими обязанностей по осуществлению судебного контроля.

Называя суд в качестве единственного субъекта судебного контроля, законодатель конкретизирует этот собирательный образ лишь однажды, в ситуации, когда возникает необходимость продления срока содержания подсудимого под стражей (ч. 2 ст. 255 УПК РФ). В дополнение к терминам, раскрытым в Общей части УПК РФ (п. 48 ч. 5, гл. 5), в первую очередь в дополнение к понятию «суд, рассматривающий уголовное дело по существу» (п. 48 ч. 5 УПК РФ), в ч. 2 ст. 255 УПК РФ вводится совершенно новое и, несомненно, более широкое понятие — «суд, в производстве которого находится уголовное дело».

Введение нового понятия указывает на то, что деятельность суда первой инстанции, в производстве которого находится уголовное дело, рассмотрением его по существу не ограничивается, суд осуществляет по нему и другие процессуально значимые действия. В их перечень входят: получение уголовного дела от прокурора, его регистрация, поручение конкретному судье, передача от одного судьи к другому, возвращение уголовного дела прокурору, направление его по подсудности, принятие по делу мер обеспечительно-го характера и др.

Совершенно очевидно, что обязанность своевременно освободить незаконно содержащегося под стражей обвиняемого (подсудимого) не только лежит на судьях (судье) конкретного судебного состава, приступивших к рассмотрению дела по существу, а является обя-

занностью любого судьи, которому по делу поручено проведение любого судебного действия.

Первым в этом ряду стоит председатель суда, в который поступило уголовное дело. Сравнительно широко распространена практика, согласно которой именно председатели судов, их заместители лично выполняют действия, предусмотренные ст. 227 УПК РФ: разрешают вопрос о мере пресечения, назначают судебное заседание, вызывают участников процесса, после чего передают уголовное дело для рассмотрения по существу другому судье сразу со стадии судебного заседания.

Судья, приняв уголовное дело к производству, в первую очередь обязан убедиться, что предусмотренный ст. 255 УПК РФ шестимесячный срок содержания обвиняемого (подсудимого) под стражей свое течение начал в строгом соответствии с принятыми нормами и к этому моменту и к моменту принятия им уголовного дела к производству не истек.

Особое внимание уделяется случаям, связанным: 1) с пересылкой уголовных дел по почте; 2) с передачей уголовных дел из одного региона в другой по подсудности; 3) с обжалованием постановлений о возвращении уголовного дела прокурору; 4) с передачей уголовного дела от одного судьи к другому; 5) с отменой предыдущих судебных постановлений.

Разрешая вопрос о мере пресечения, суд, в производстве которого находится уголовное дело, организует состязательный процесс, который начинается объявлением вопроса, подлежащего разрешению. После этого участникам разъясняются их права и обязанности. Если рассмотрение вопроса о мере пресечения находится за рамками основного производства, разъясняется и право участников на отвод. Естественно, что в данном случае стороны вправе ходатайствовать об объявлении перерыва для ознакомления с соответствующими документами, выработки процессуальной позиции. Суд не вправе отказать участникам процесса в удовлетворении данных ходатайств. Чтобы не ставить себя в условия дефицита времени, председательствующий уведомляет стороны заблаговременно.

После разрешения ходатайств и заявлений суд предлагает сторонам высказаться по поводу разрешаемого вопроса.

Выслушав мнение сторон, суд удаляется в совещательную комнату, в которой выносит одно из следующих постановлений: 1) об отмене меры пресечения в виде заключения обвиняемого (подсудимого) под стражу; 2) об изменении меры пресечения в виде заключения обвиняемого (подсудимого) под стражу на иную меру пресечения; 3) о продлении меры срока содержания в отношении обвиняемого (подсудимого) под стражей на срок до 3 месяцев, с указанием в постановлении конкретной даты истечения данного срока.

После этого сторонам разъясняется: 1) право на принесение кассационных жалоб и представлений; 2) тот факт, что принесение кассационных жалоб и представлений не приостанавливает действия постановления суда, вынесенного в порядке ст. 255 УПК РФ.

Согласно общему правилу стороны имеют право на немедленное ознакомление с протоколом судебного заседания, подачи на него замечаний (ст. 259, 260 УПК РФ). Отказ в ознакомлении с протоколом судебного заседания, отложение ознакомления с протоколом судебного заседания на момент окончания производства недопустимы, поскольку это ведет к ограничению права на обжалование промежуточного судебного решения.

В случае подачи кассационного представления, кассационных жалоб параллельно основному делу формируется отдельный материал, составными элементами которого являются: постановление, вынесенное по правилам ст. 255 УПК РФ, протокол судебного заседания либо его соответствующий фрагмент, кассационное представление, кассационные жалобы, дополнения к ним, возражения на кассационное представление, кассационные жалобы.

Если в судебном заседании будет вынесено постановление о прекращении уголовного преследования по эпизодам совершения подсудимым тяжких и особо тяжких преступлений, но будет поддерживаться обвинение в совершении преступлений средней и небольшой тяжести, то последний подлежит немедленному освобождению, если он к этому моменту находится под стражей свыше срока, установленного ч. 2 ст. 255 УПК РФ, т.е. 6 месяцев со дня поступления уголовного дела в суд.

По общему правилу, судебное разбирательство уголовного дела проводится с обязательным участием подсудимого (ч. 1 ст. 247 УПК РФ). При неявке подсудимого рассмотрение уголовного дела должно быть отложено (ч. 2 ст. 247 УПК РФ).

Уклонение обвиняемого (подсудимого) от явки в суд — прямое свидетельство ошибки, допущенной органами предварительного расследования или судом при выборе в отношении него меры пресечения. Исправление данной ошибки закон возлагает на суд, в производстве которого находится уголовное дело, которому УПК РФ предлагает несколько алгоритмов поведения.

Если копия обвинительного заключения обвиняемому не вручалась, то уголовное дело в отношении него по результатам предварительного слушания возвращается прокурору (п. 2 ч. 1 ст. 237 УПК РФ). Одновременно в отношении обвиняемого разрешается вопрос о мере пресечения (ч. 3 ст. 237 УПК РФ).

Если копия обвинительного заключения обвиняемому (подсудимому) была вручена, то закон предписывает подвергнуть его принудительному приводу, изменить в отношении него меру пресечения (ч. 2 ст. 238 УПК РФ).

Естественно, что в обеих анализируемых ситуациях вопрос о заключении обвиняемого (подсудимого) под стражу решается в его отсутствие. По смыслу уголовно-процессуального закона интересы обвиняемого (подсудимого) в этом случае представляет защитник; если таковой в деле не участвует, то он назначается судом (ч. 6 ст. 247 УПК РФ).

И в первом, и во втором случаях суд, изменив меру пресечения в отношении обвиняемого (подсудимого) на заключение под стражу, объявляет его в розыск, осуществление которого поручается прокурору.

Если от суда скрывается обвиняемый (подсудимый), которому обвинительное заключение было вручено, то суд оказывается перед выбором осуществления следующих действий: 1) рассмотрение уголовного дела отложить на разумный срок (ч. 2 ст. 247 УПК РФ); 2) производство по нему приостановить (п. 1 ч. 1 ст. 238 УПК РФ); 3) возвратить уголовное дело прокурору, если обвиняемый (подсудимый) совершил побег (ч. 2 ст. 238 УПК РФ); 4) рассмотреть уголовное дело о тяжком, особо тяжком преступлении в отсутствие привлеченного к уголовной ответственности лица (ч. 5 ст. 247 УПК РФ); 5) в иных ситуациях возвратить уголовное дело прокурору, что уголовно-процессуальным законом пока прямо не предусмотрено, однако практикуется судами.

По вопросам, разрешаемым судом во время судебного заседания, в том числе и предусмотренным ст. 255 УПК РФ, суд выносит определения или постановления, которые подлежат оглашению в судебном заседании (ч. 1 ст. 256 УПК РФ).

Определение или постановление об избрании, изменении или отмене меры пресечения в отношении обвиняемого (подсудимого) выносятся в совещательной комнате и излагаются в виде отдельного процессуального документа, подписываемого судьей или судьями (ч. 2 ст. 256 УПК РФ).

Определение (постановление), вынесенное в порядке ст. 255 УПК РФ, по традиции состоит из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной частей.

Содержание под стражей осуществляется в соответствии с принципами законности, справедливости, презумпции невиновности, равенства всех граждан перед законом, гуманизма, уважения человеческого достоинства, в соответствии с Конституцией РФ, принципами и нормами международного права, а также международными догово-

рами Российской Федерации и не должно сопровождаться пытками, иными действиями, имеющими целью причинение физических или нравственных страданий обвиняемым и подсудимым (ст. 4 Федерального закона «О содержании под стражей»).

Многоступенчатость механизма судебного контроля за законностью и обоснованностью содержания обвиняемых (подсудимых) под стражей позволяет вышестоящим судебным инстанциям своевременно корректировать практику применения ст. 255 УПК РФ судами первой инстанции.

Согласно ч. 11 ст. 108 УПК РФ решение суда кассационной инстанции об отмене постановления об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу подлежит немедленному исполнению.

Наделив вышестоящие суды правом отмены решений, вынесенных в порядке ст. 255 УПК РФ, законодатель воздержался от указаний относительно судьбы подсудимых.

§6. Временное отстранение подозреваемого, обвиняемого от должности: алгоритм судебно-контрольного действия

6.1. Общие положения

В соответствии с ч. 1 ст. 37 Конституции РФ каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Очевидно, что ограничение этих прав допускается только на основании судебного решения. Данные положения нашли свое развитие в отраслевом законодательстве, поэтому правила ограничения права на труд в стадии предварительного расследования по уголовным делам получили детальную регламентацию в ст. 114 УПК РФ. Практика применения норм Конституции, уголовно-процессуального права и других законов позволила выработать те критерии обоснованности, законности и справедливости, которые позволяют гарантировать как достижение целей уголовного преследования, так и соблюдение прав, свобод и законных интересов граждан.

6.2. Основания к рассмотрению ходатайства о временном отстранении от должности

Поводом к рассмотрению в суде вопроса о возможности временного отстранения от должности, ограничивающего конститу-

ционные права, свободы человека и гражданина, является соответствующее ходатайство следователя, следователя-криминалиста, поданное в суд с согласия руководителя следственного органа, его заместителя (п. 3 ч. 1 ст. 38, п. 4 ч. 1 ст. 39, ч. 1 ст. 165 УПК РФ), или дознавателя, начальника подразделения дознания, его заместителя, поданное в суд с согласия прокурора (п. 5 ч. 2 ст. 37, п. 1 ч. 3 ст. 41 УПК РФ).

В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость отстранения подозреваемого, обвиняемого от должности (ч. 1 ст. 114 УПК РФ). Основания для временного отстранения от должности делятся на формально-правовые и материально-правовые.

Формально-правовые основания: временное отстранение от должности возможно только в рамках осуществления следователем и дознавателем предварительного расследования по конкретному уголовному делу, возбужденному в соответствии со ст. 146 УПК РФ и расследуемому в установленные законом сроки (ст. 162, 223 УПК РФ).

Материально-правовые основания для временного отстранения от должности — это совокупность доказательств, которые, во-первых, свидетельствуют о том, что конкретное лицо действительно совершило инкриминируемое ему преступление; во-вторых, по делу имеются сведения, указывающие на необходимость временного отстранения его от должности.

6.3. Порядок возбуждения ходатайства о временном отстранении от должности

При необходимости временного отстранения подозреваемого, обвиняемого от должности следователь и дознаватель возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость существенного ограничения конституционных прав гражданина на труд.

Ходатайство о временном отстранении подозреваемого, обвиняемого от должности рассматривается федеральным районным судом по месту производства предварительного расследования. Исключением из общего правила является временное отстранение от должности обвиняемого, являющегося высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (Президента, губернатора, мэра).

Если решение вопроса о временном отстранении от должности сопряжено с необходимостью обсуждения вопросов, содержащих госу-

дарственную тайну, то по правилам, содержащимся в п. 3 ч. 3 ст. 31 УПК РФ, ходатайство рассматривается судом субъекта РФ.

6.4. Подготовка к рассмотрению ходатайства о временном отстранении от должности

Судья, рассматривающий ходатайство о временном отстранении от должности, обязан лично убедиться, что в производстве органов предварительного расследования имеется уголовное дело, по которому необходимо такое отстранение.

Постановление о возбуждении ходатайства о временном отстранении от должности подлежит рассмотрению в течение 48 часов с момента поступления материалов в суд (ч. 2 ст. 165 УПК РФ).

6.5. Лица, участвующие в рассмотрении ходатайства о временном отстранении от должности

Закон не содержит указаний относительно процедуры рассмотрения ходатайства о временном отстранении от должности; очевидно только то, что оно разрешается судьей районного суда единолично. В то же время, в силу того, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности (ч. 2 ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК РФ), рассмотрение ходатайства **о временном отстранении подозреваемого, обвиняемого от должности** может быть разрешено в рамках судебного заседания. В таком судебном заседании обязаны принять участие: со стороны обвинения — лицо, возбудившее ходатайство, и прокурор, со стороны защиты — лицо, о временном отстранении от должности которого ходатайствует орган предварительного расследования, и его защитник.

Такой подход к определению пределов судебного контроля с участием заинтересованного лица за действиями органов уголовного преследования согласуется с прецедентной практикой Европейского Суда по правам человека, п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

6.6. Порядок разрешения ходатайства о временном отстранении от должности

По общему правилу, такое ходатайство подлежит рассмотрению в открытом судебном заседании. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению. Затем прокурор либо лицо, возбудившее ходатайство, обосновывает его. По ходу проведения судебного заседания секретарем судебного заседания ведется про-

токол, в котором полно и объективно должен быть отражен ход рассмотрения ходатайства, включая вопросы, которые задавались судом участникам процесса. Выслушав участников процесса, судья удаляется в совещательную комнату, где выносит постановление, которое подлежит оглашению в судебном заседании.

К ходатайству в обязательном порядке прилагаются копии:

1) постановления о возбуждении уголовного дела (при необходимости — постановления о принятии его к производству, постановления о производстве предварительного следствия следственной группой);

2) документы, подтверждающие статус подозреваемого, обвиняемого, которыми могут быть: постановление о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица, протокол задержания подозреваемого, постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого;

3) процессуальных документов, обосновывающих необходимость временного отстранения подозреваемого, обвиняемого от должности. В их число могут входить любые документы, содержащие необходимые для суда сведения.

Материалы, представляемые органами предварительного расследования в качестве материально-правового обоснования к удовлетворению ходатайства, в обязательном порядке подлежат проверке судьей по правилам, предусмотренным ст. 75 УПК.

6.7. Результаты рассмотрения ходатайства о временном отстранении от должности

Рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о временном отстранении от должности или об отказе в этом (ч. 2 ст. 114 УПК РФ). Постановление должно полностью отвечать требованиям, предъявляемым к подобного рода документам. Следует помнить, что временно отстраненный от должности имеет право на ежемесячное пособие, выплачиваемое в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 131 УПК. Постановление о временном отстранении подозреваемого, обвиняемого от должности составляется в пяти экземплярах, из которых первый подшивается в судебно-контрольное производство, второй — в уголовное дело, третий направляется прокурору, осуществляющему надзор за производством предварительного расследования, четвертый — по месту работы подозреваемого, обвиняемого (ч. 3 ст. 114 УПК РФ), пятый вручается лицу, в отношении которого оно вынесено.

§7. Алгоритм получение разрешения на производство следственных действий

7.1. Общие положения

В соответствии со ст. 23 Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну; на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этих прав допускается только на основании судебного решения. В силу ст. 25 Конституции РФ жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения.

Вышеуказанные конституционные положения нашли свое развитие в отраслевом законодательстве, поэтому правила осуществления судебного контроля в стадии предварительного расследования по уголовным делам получили детальную регламентацию в ряде статей УПК.

Практика применения норм Конституции, уголовно-процессуального права и других законов давно выработала те критерии обоснованности, законности и справедливости, которые позволяют гарантировать как достижение целей уголовного преследования, так и соблюдение прав, свобод и законных интересов граждан.

Первый заместитель Генерального прокурора РФ, Председатель СК при прокуратуре РФ от подчиненных ему следователей требуют: «Принимать необходимые меры к установлению, розыску и аресту имущества подозреваемого, обвиняемого или лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия, для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска и конфискации имущества. При даче согласия на возбуждение перед судом ходатайства об аресте имущества, находящегося у других лиц, проверять наличие данных, свидетельствующих о том, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовано или предназначено для использования в качестве орудия преступления либо финансирования терроризма, организованных групп, незаконных вооруженных формирований, преступных сообществ (преступных организаций) (п. 19 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 6).

7.2. Основания к рассмотрению ходатайства на производство следственного действия

Поводом к рассмотрению в суде вопроса о возможности производства следственного действия, ограничивающего конституционные права, свободы человека и гражданина, является соответствующее ходатайство следователя, следователя-криминалиста, поданное в суд с согласия руководителя следственного органа, его заместителя (п. 3 ч. 1 ст. 38, п. 4 ч. 1 ст. 39, ч. 1 ст. 165 УПК РФ), или дознавателя, начальника подразделения дознания, его заместителя, поданное в суд с согласия прокурора (п. 5 ч. 2 ст. 37, п. 1 ч. 3 ст. 41 УПК РФ).

В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость производства того или иного следственного действия, существенно ограничивающего конституционные права и свободы граждан (см. основания проведения конкретных следственных действий в ст. 176, 182—185 УПК РФ). Основания и условия проведения следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, делятся на формально-правовые и материально-правовые.

Формально-правовые основания: осмотр жилища, обыск, выемка, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, контроль и запись переговоров возможны только в рамках осуществления следователем и дознавателем предварительного расследования по конкретному уголовному делу, возбужденному в соответствии со ст. 146 УПК РФ и расследуемому в установленные законом сроки (ст. 162, 223 УПК РФ).

Материально-правовые основания на проведение следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, — это совокупность доказательств, которые, во-первых, свидетельствуют о том, что проведение предполагаемого действия по делу даст определенный результат; во-вторых, по делу имеются сведения, указывающие на необходимость существенного ограничения конституционных прав граждан в интересах судопроизводства.

7.3. Порядок возбуждения ходатайства на проведение следственного действия

При необходимости проведения следственного действия, ограничивающего конституционные права граждан, следователь и дознаватель возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость существенного ограничения конституционных прав граждан.

Ходатайство о получении разрешения на проведение следственного действия рассматривается либо по месту производства предварительного расследования либо по месту производства следственного действия (ч. 2 ст. 165 УПК РФ). Определение места рассмотрения ходатайства — прерогатива лица, его испрашивающего. По общему правилу, место производства предварительного расследования предопределяет и место рассмотрения ходатайства о проведении следственного действия, ограничивающего конституционные права граждан. Исключением из данного правила являются случаи, когда по обстоятельствам дела данные следственные действия проводятся далеко от места проведения предварительного расследования. В таких случаях действующий закон предписывает следователю, дознавателю обратиться в суд с ходатайством о разрешении проведения следственного действия по месту его проведения.

Если выдача судом разрешения на производство следственного действия сопряжена с необходимостью обсуждения вопросов, содержащих государственную тайну, то по правилам, содержащимся в п. 3 ч. 3 ст. 31 УПК РФ, ходатайство рассматривается судом субъекта РФ.

Первый заместитель Генерального прокурора РФ, Председатель СК при прокуратуре РФ от подчиненных ему руководителей следственных органов требует: «При даче согласия на возбуждение перед судом ходатайства о даче согласия на производство выемки документов, содержащих государственную и иную охраняемую законом тайну, а также о наложении ареста на имущество подозреваемого, обвиняемого или лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия, требовать от следователя подготовки и представления материалов, обосновывающих необходимость принятия соответствующего процессуального решения (п. 16 приказа Председателя СКП РФ от 7 сентября 2007 г. № 5).

7.4. Подготовка к рассмотрению ходатайства о проведении следственного действия

Судья, рассматривающий ходатайство о выдаче разрешения на проведение следственного действия, обязан лично убедиться, что в производстве органов предварительного расследования имеется уголовное дело, по которому необходимо проведение следственного действия, ограничивающего конституционные права граждан.

Судья осуществляет проверку необходимости проведения следственного действия, для чего при необходимости анализирует имеющиеся в деле документы.

Постановление о возбуждении ходатайства о получении разрешения на проведение следственных действий подлежит рассмотрению в течение 24 часов с момента поступления материалов в суд (ч. 2 ст. 165 УПК РФ).

7.5. Лица, участвующие в рассмотрении ходатайства о проведении процессуального, следственного действия

Рассмотрение ходатайства о получении разрешения на проведение следственного действия производится судьей районного суда единолично. В судебном заседании обязаны принять участие прокурор и лицо, возбудившее ходатайство (следователь, следователь-криминалист); дознаватель, (ч. 3 ст. 165 УПК РФ). Руководители органов предварительного расследования вправе участвовать в судебном заседании наряду с их подчиненными, возбудившими ходатайство о получении разрешения на проведение следственного или процессуального действия.

Первый заместитель Генерального прокурора РФ, Председатель СК при прокуратуре РФ от подчиненных ему руководителей следственных органов требует: «Обеспечивать обязательное участие следователей в судебных заседаниях по рассмотрению ходатайств о производстве процессуальных и иных следственных действий и их качественную подготовку к поддержанию этих ходатайств (п. 17 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 5)»; «Требовать от следователей тщательной подготовки к судебным заседаниям по рассмотрению ходатайств о производстве следственных и иных процессуальных действий, требующих судебного решения. Следователям заблаговременно формировать пакет необходимых документов, подтверждающих обоснованность ходатайства. Исключить формальный подход к участию в таких судебных заседаниях, аргументированно излагать суду свою позицию и при необходимости обоснованно опровергать доводы защиты (п. 17 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 6)».

Хотя в УПК РФ отсутствует регламент участия заинтересованных лиц в судебном заседании, проводимом в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК РФ, о месте и времени рассмотрения уведомления следователя судом они не извещаются, их неявка не препятствует рассмотрению уведомления по существу, закон не предусматривает какого-либо ограничения и права довести до суда свою позицию относительно законности проведенного следственного, процессуального

действия. Для обеспечения данного права, предполагающего возможность участвовать в судебном заседании, заявлять отводы и ходатайства, знакомиться с позициями других участников судебного заседания, давать объяснения по рассматриваемым судом вопросам, следователь — в силу требований ч. 1 ст. 11 УПК РФ — обязан при проведении обыска, иного следственного, процессуального действия разъяснить заинтересованным лицам их права, в том числе и право: заявить ходатайство об участии в судебном заседании по проверке законности проведенного обыска, иного следственного, процессуального действия, обеспечить возможность их осуществления и указать суд, в котором будет проводиться судебное заседание.

Такой подход к определению пределов судебного контроля с участием заинтересованного лица за действиями органов уголовного преследования согласуется с прецедентной практикой Европейского Суда по правам человека, п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебный контроль за решениями, действиями (бездействием) органов исполнительной власти осуществляется без участия заинтересованных лиц до тех пор, пока они на законных основаниях остаются тайными. Как только решения, действия (бездействие) органов исполнительной власти для заинтересованных лиц становятся явными, с этого момента судебный контроль осуществляется с их участием (п. 55, 57 и 75 постановления от 6 сентября 1978 г. по делу «Класс и др. против ФРГ»).

Если судебное заседание по уведомлению следователя о проведении обыска, другого следственного, процессуального действия проведено без участия заинтересованных лиц, следователь принимает меры к их своевременному информированию о вынесенном судом решении, знакомит с его текстом.

Суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства лица, в отношении которого, например, проводился обыск, а равно иного заинтересованного лица, их защитников и представителей об участии в судебном заседании по проверке законности проведенного обыска, иного процессуального, следственного действия. Суд обязан направить им копию судебного решения для обеспечения права на дальнейшее обжалование (Определение КС РФ от 16 декабря 2008 г. № 1076-О-П).

7.6. Порядок разрешения ходатайства о получении разрешения на производство следственного действия

Ходатайство о получении разрешения на производство следственных действий подлежит рассмотрению в закрытом судебном заседа-

нии. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению. Затем прокурор либо лицо, возбудившее ходатайство, обосновывает его. По ходу проведения судебного заседания секретарем судебного заседания ведется протокол, в котором полно и объективно должен быть отражен ход рассмотрения ходатайства, включая вопросы, которые задавались судом участникам процесса. Выслушав участников процесса, судья удаляется в совещательную комнату, где выносит постановление, которое подлежит оглашению в судебном заседании.

К ходатайству о необходимости проведения следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, в обязательном порядке прилагаются копии:

- 1) постановления о возбуждении уголовного дела (при необходимости — постановления о принятии его к производству, постановления о производстве предварительного следствия следственной группой);
- 2) процессуальных документов, обосновывающих необходимость их проведения. В их число могут входить: протоколы допросов потерпевших, свидетелей, опознаний, очных ставок, заключения экспертиз и другие документы, перечисленные в ст. 74 УПК РФ.

Материалы, представляемые органами предварительного расследования в качестве материально-правового обоснования к удовлетворению ходатайства на производство следственного действия, в обязательном порядке подлежат проверке судьей по правилам, предусмотренным ст. 75 УПК РФ.

7.7. Результаты рассмотрения ходатайства о проведении следственного действия

Рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о разрешении производства следственного действия или об отказе в его производстве с указанием мотивов отказа (ст. 165 УПК РФ). Постановление должно полностью отвечать требованиям, предъявляемым подобного рода документам.

Количество жалоб на постановления судей, выносимых в порядке ст. 165 УПК РФ, минимально. В то же время практика проведения обысков в банках, учреждениях, занимающихся аудиторской деятельностью, помещениях, занимаемых адвокатами, еще далека от стабильности.

Согласно регламентирующей основания и порядок производства обыска ст. 182 УПК РФ обыск производится на основании постановления следователя (ч. 2), а обыск в жилище — на основании судебного решения (ч. 3); до начала обыска следователь предъявляет поста-

новление о его производстве или судебное решение, разрешающее его производство (ч. 4).

Постановления, выносимые в рамках осуществления судебного контроля за проведением следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, могут быть обжалованы в вышестоящий суд в течение 10 дней с момента их вынесения или с того момента, когда заинтересованным лицам стало известно об их вынесении.

7.8. Рассмотрение уведомлений о проведении следственных действий, существенно ограничивающих конституционные права граждан, без судебного решения

В соответствии с ч. 5 ст. 165 УПК РФ в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, личного обыска, а также выемки заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, наложение ареста на имущество, указанное в ч. 1 ст. 104.1 УК, не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя или дознавателя без получения судебного решения. В этом случае следователь (дознаватель) в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия уведомляет судью и прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве.

Получив указанное уведомление, судья в срок, предусмотренный ч. 2 ст. 165 УПК РФ (24 часа), проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми в соответствии со ст. 75 УПК РФ.

При рассмотрении уведомления о проведении следственного действия без разрешения суда, когда такое разрешение обязательно, в судебном заседании по желанию сторон помимо прокурора, следователя и дознавателя могут принять участие лица, конституционные права и процессуальные интересы которых данным следственным действием были нарушены, а также их защитники и представители. В их число могут входить: подозреваемый, обвиняемый, иные лица.

Постановление судьи о производстве следственного действия, а равно постановление судьи об отказе в производстве следственного действия может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном и надзорном порядке по общим правилам.

Лица, обжалующие в кассационном порядке постановление судьи в вышестоящий суд, зачастую не ограничивают процессуальное действие судьи по вынесению постановления от следственного действия органов предварительного расследования, осуществленного ими на основе данного постановления и обжалуемого в суд районного звена в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ.

Первый заместитель Генерального прокурора РФ, Председатель СК при прокуратуре РФ от подчиненных ему руководителей следственных органов требует: «Обеспечивать незамедлительное получение информации от следователя о производстве без судебного решения осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, обыска и выемки в жилище, личного обыска, а также наложения ареста на имущество, указанное в ч. 1 ст. 104.1 УК РФ, для правовой оценки законности и обоснованности следственных действий» (п. 12 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 5).

«Не допускать производство следственных действий, требующих вынесения судебного решения, без его получения, кроме случаев, не терпящих отлагательства, когда:

а) необходимо реализовать меры по предотвращению, пресечению преступления, закреплению его следов;

б) фактические основания для производства указанных следственных действий появились в ходе осмотра, обыска и выемки в другом месте;

в) промедление с их производством позволит подозреваемому скрыться;

г) неотложность их проведения обусловлена обстановкой только что совершенного преступления;

д) возникла реальная угроза уничтожения или сокрытия искомых объектов;

е) необходимо преследовать подозреваемого;

ж) имеются достаточные основания полагать, что лицо, находящееся в помещении или ином месте, в котором производятся какие-либо следственные действия, скрывает при себе предметы или документы, могущие иметь значение для уголовного дела» (п. 9 приказа Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ от 7 сентября 2007 г. № 6).

§8. Обжалование в суд решений и действий (бездействия) органов предварительного расследования и прокуроров

8.1. Общие положения

Судебный контроль — форма состязательного судопроизводства. Правовые коллизии, подлежащие разрешению в рамках судебного контроля за решениями, действиями (бездействием) органов предварительного расследования и прокуроров, имеют сложную природу. В целях оптимизации данного вида судебной деятельности Пленум Верховного Суда РФ дал подробные разъяснения по вопросам судебной практики. Поскольку судебный контроль законодательно разделен на несколько видов судопроизводства, два из которых — компетенция судов общей юрисдикции, то и постановлений 10 февраля 2009 г. принято два:

№ 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ» (далее — Пост. № 1);

№ 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» (далее — Пост. № 2).

Пост. № 2 в определенной мере дополняет Пост. № 1, лишь сравнительное изучение их обоих позволит правоприменителям правильно уяснить сущность судебного контроля, определить предмет его ведения в каждом конкретном случае, выбрать в сложной правовой ситуации нужный тип процесса. Многолетний опыт осуществления судебного контроля позволил авторам обоих вышеуказанных документов выявить и разрешить многие из стоящих перед ними задач.

Не случайно законодатель в ч. 1 ст. 125 УПК РФ упоминает о возможности причинения ущерба конституционным правам и свободам участников судопроизводства, появлению у них затруднений в доступе к правосудию (абз. 2, 3 Пост. № 1). В Пост. № 2 подчеркивается: и граждане, и организации вправе обратиться в суд с заявлением об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти и должностных лиц, в результате которых нарушены их права и свободы, на них незаконно возложена какая-либо обязанность, они незаконно привлечены к ответственности (п. 1).

Эти выводы в очередной раз подчеркивают, что судебный контроль — межотраслевой механизм выявления и исправления правовых нарушений, что рано или поздно мы неизбежно придем к унификации при-

меняемого в данном виде судопроизводства инструментария, а затем и к созданию системы административных судов.

Желающий приобрести навыки осуществления судебно-контрольных действий должен ясно себе представлять сущность и назначение нарушаемого органами предварительного расследования и прокурорами права, легко распознавать его отрасль, иметь четкие представления о возможностях судебного контроля в конкретной отрасли права.

Один из путей уяснения содержания права — это его соотнесение с понятием «отрицание права». Именно отрицание права участника уголовного процесса органом предварительного расследования, прокурором, а равно предполагаемое отрицание такого права является основанием для инициации последним судебно-контрольного производства.

Поэтому судья в первую очередь обязан установить сущность и отрасль того права, которое нарушается его отрицанием. Оно может быть: конституционным, гражданским, трудовым, процессуальным либо иным другим. Следующей задачей судьи является устранение неправомерной ситуации посредством восстановления прав участника уголовного судопроизводства, если он придет к выводу, что таковые нарушены.

Как видим, предмет судебного разбирательства, осуществляемого по правилам ст. 125 УПК РФ, весьма традиционен — это спор о праве. В связи с этим трудно переоценить общетеоретическую значимость вывода Пленума Верховного Суда РФ о том, что судебный контроль — форма правосудия, осуществляемого в открытом судебном заседании по правилам состязательного судопроизводства (абз. 1 п. 1 Пост. № 1). Его назначение — устранение нарушений, ущемляющих права и свободы участников процесса (абз. 2 п. 1 Пост. № 1).

Как известно, аналогичные задачи — защита нарушенных или оспариваемых прав и свобод и законных интересов граждан и организаций — стоят перед судами и в гражданском процессе (ст. 2 ГПК РФ), что в очередной раз подтверждает общее правило, определяющее сущность судебного контроля.

Правосудие — самостоятельный вид государственной деятельности, базовая функция судебных систем. Как признали авторы Пост. № 1, формы правосудия могут быть разными, судебный контроль — одна из них. Отличие судебного контроля от прочих видов судебной деятельности, в частности, от разрешения уголовного дела по существу посредством постановления приговора, его функциональной принадлежности не меняет.

От прочих видов государственной деятельности правосудие отличается наличием уникальных по своему содержанию судебно-властных правоотношений. Для таких отношений характерны: наличие правовой базы, публичность, предсказуемость, экономичность и высокий уровень исполнимости.

Отличие судебного контроля от прочих видов правосудия обусловлено его предметом, целями, задачами и методами осуществления. По отношению к собственно правосудию судебный контроль в стадии предварительного расследования выполняет правообеспечительную и правовосстановительную функции. Самостоятельный характер судебного контроля в уголовном процессе постепенно получает самое широкое признание. Судебный контроль — это одна из форм управления уголовным судопроизводством.

Согласно ст. 125 УПК РФ предмет обжалования — «решения», «действия» и «бездействие» органов предварительного расследования и прокуроров. Что следует понимать под терминами «решения», «действия» и «бездействие», в УПК не говорится. Авторы Пост. № 1 разъясняют суть этих понятий путем перечисления конкретных решений и действий (бездействия) органов предварительного расследования и прокуроров (п. 2, 3). В определенной мере о содержании понятий «решения» и «действия» можно судить на основе анализа положений ст. 5 УПК РФ. В данной норме говорится:

«постановление — любое решение» (п. 25);

«процессуальное действие — следственное действие, предусмотренное УПК» (п. 33).

Более основательно к трактовке базовых понятий судебного контроля подошли авторы Пост. № 2. С учетом выработанных ими правовых позиций применительно к уголовному процессу можно сделать следующие выводы.

Решения — акты органов предварительного расследования и прокуроров, содержащие властное волеизъявление и порождающие правовые последствия для конкретных граждан и организаций (постановления, представления, требования, согласия, заключения и т.п.). Они могут быть оформлены как в письменной, так и в устной форме (например, устный отказ в принятии ходатайства). Письменные решения могут быть составлены как в установленной законом форме, так и в произвольной форме (резолуция, письмо, отношение). Обжалованию подлежат как исполненные, исполняемые, подлежащие исполнению решения, так и неисполненные, не подлежащие исполнению решения.

Действия — властное волеизъявление названных органов и лиц, которое не облечено в форму решения (например, задержание, осмотр объекта, обыск, выемка и т.п.). Действие всегда имеет материальное наполнение, его осуществление может сопровождаться оформлением процессуальных документов, может быть осуществлено и без таковых.

Бездействие — неисполнение органом предварительного расследования, прокурором обязанностей, возложенных на них нормативными правовыми и иными актами, которые определяют полномочия этих лиц (должностные инструкции, положения, регламенты, приказы). В частности, бездействие — нерассмотрение обращения заявителя уполномоченным лицом.

За принятие незаконных решений, совершение незаконных действий, незаконное бездействие должностные лица могут быть привлечены к различным видам юридической ответственности.

Если судебный контроль, осуществляемый по правилам ст. 125 УПК РФ, — форма правосудия, то и осуществляться он должен по всем правилам состязательного судопроизводства, как об этом говорится в Пост. № 1. Однако алгоритм судебного действия, сложившийся в уголовном судопроизводстве, существенно уступает правилам, свойственным другим видам судебного разбирательства.

Например, в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства (абз. 2 п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД). Разрешая жалобу на такие действия, осуществляемые в рамках общей превенции правонарушений, в рамках производства по делу об административном правонарушении суд в порядке гл. 25 ГПК РФ возбуждает и рассматривает полноценное гражданское дело. Это означает, что орган судебной власти в данном случае вправе пользоваться всем доступным ему инструментарием, известным гражданскому процессу: он может допрашивать свидетелей, проводить экспертизы и т.п. Следовательно, суд вправе искать, проверять и устанавливать информацию доказательственного характера, наличие которой в судебных актах имеет для всех преюдициальное значение.

Если будет признано, что эти документы, предметы и материалы изъяты в стадии возбуждения уголовного дела, в рамках его расследования, то контрольные возможности органа судебной власти резко ограничиваются. По жалобе в данном случае дело не возбуждается, по ней всего лишь заводится материал, осуществляя производство по ко-

тому суд уже не вправе пользоваться находящимся в его распоряжении процессуальным инструментарием.

Очевидно, что отсутствие у судов полноценного процессуального инструментария резко снижает эффективность оперативного судебного контроля, осуществляемого в рамках уголовного судопроизводства.

Отнесение судебного контроля к разновидности состязательно-судопроизводства автоматически предполагает уяснение понятия «стороны», т.е. того, кто в рамках судебно-контрольного производства истец, ответчик, третье лицо на стороне истца, третье лицо на стороне ответчика, третье лицо, пока не заявившее самостоятельных требований. Вышеперечисленные термины мало знакомы теории современного российского уголовного процесса, поскольку он практически не знает частного начала. Вместе с тем инициация судебно-контрольного производства — всегда частная инициатива. Следовательно, инициатор процесса — истец, и не важно в какой форме этот процесс осуществляется; главное, мы помним, что спор между человеком и государством в сфере управления — ведение административного судопроизводства. В классическом административном судопроизводстве правовые явления принято называть своими именами: инициатор процесса — истец, орган власти, чьи действия он оспаривает — ответчик.

Деление участников процесса на стороны, предложенное в УПК РФ, в судебно-контрольном производстве, осуществляемом по правилам того же УПК РФ, совершенно не приемлемо. Спор может возникнуть не только между стороной обвинения и стороной защиты (обвиняемый — следователь, прокурор), но и между участниками стороны обвинения (потерпевший — следователь, прокурор), между участниками процесса, не имеющими ни определенного в законе наименования (лицо, у которого произвели обыск), ни отношения к сторонам обвинения и защиты.

Очевидно, ответчик всегда представитель, либо представители стороны обвинения: орган предварительного расследования, прокурор, содействующие им органы исполнительной власти и т.п. Перечень органов, осуществляющих предварительное расследование, постоянно изменяется и дополняется, что влечет регулярное внесение изменений и дополнений в ст. 125 УПК РФ. Пленум Верховного Суда РФ также предпринял попытку уточнить перечень лиц, решения, действия (бездействие) которых могут быть обжалованы. При этом следует помнить следующее:

в ч. 2 ст. 46 Конституции РФ прямо указано, что обжаловано может быть любое решение, действие (бездействие) любого органа, любого должностного лица;

с учетом сложности уголовно-процессуальной деятельности перечень таковых и значителен, и нестабилен;

при выявлении ответчика учитывается не только наименование органа государственной власти, должность конкретного лица, но и характер осуществляемых им процессуальных действий. Например, предметом судебного разбирательства, осуществляемого по правилам ст. 125 УПК РФ, могут быть решения, действия (бездействие) сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия в стадии возбуждения уголовного дела. Капитан дальнего плавания, начальник зимовки, выполнившие функции, возложенные на них ст. 146 УПК РФ, согласно ст. 125 УПК РФ такие же ответчики, как и лица, носящие специальные звания;

нарушение права участника процесса как раз и предполагает выход органов государственной власти, должностных лиц за рамки, установленные для них законом.

Следовательно, название органа, наименование должностного лица, нарушившего право участника процесса — вторично. Главное при определении подведомственности спора — установить, что они осуществляли функции органов предварительного расследования или прокуроров уголовном процессе.

Истец — лицо, обжалующее решение, действия (бездействие) органа предварительного расследования или прокурора. В уголовно-процессуальном законе его нарекли «заявителем», данный термин используется как в Пост. № 1, так и в ГПК РФ (абз 2 ч. 2 ст. 254), Пост. № 2 (граждане и организации вправе обратиться в суд с заявлением об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти и должностных лиц). В последнем случае термин «заявление» — усеченный вариант термина «исковое заявление».

Очевидно, что понятия «делать заявления» и «жаловаться» имеют совершенно разное содержание. Различаются данные понятия и в уголовном процессе, например: заявление гражданина о преступлении, заявление подсудимого о признании вины, его же заявление о плохом самочувствии и т.п.

По смыслу ст. 125 УПК РФ, лицо делает не заявление, а именно жалуется, обращает внимание на факт ущемления его прав. Аналогичным образом лицо обжалует приговор, любое иное судебное решение.

Авторы Пост. № 1 попытались перечислить как всех потенциальных истцов, так и все возможные ситуации, в которых у тех может возникнуть право на обжалование решений, действий (бездействия) органов предварительного расследования, прокуроров. Никакой нужды

в этом не было, поскольку согласно Конституции РФ (ч. 2 ст. 46) такое право принадлежит каждому, чьи права нарушены, а равно каждому, кто предполагает, что его права нарушены. Ограничение права на обжалование конкретным перечнем субъектов и правовых ситуаций неконституционно.

По общему правилу обжалованию подлежит все то, что: препятствует нормальному движению уголовного дела; не будет предметом традиционных форм судебного контроля; делает этот контроль в последующем неэффективным. Фактически это признают и сами авторы Пост. № 1 (п. 2, абз. 1 п. 3). Трудно не согласиться с утверждением, содержащимся в абз. 3 п. 5 Пост. № 1, о том, что недопустимы ограничения права на судебное обжалование решений и действий (бездействия), затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том основании, что они не признаны в установленном законом порядке участниками уголовного судопроизводства, поскольку обеспечение гарантируемых Конституцией РФ прав и свобод человека и гражданина должно вытекать из фактического положения этого лица как нуждающегося в обеспечении соответствующего права.

Правом на обжалование решений и действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование, обладают и не названные в законе лица в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их права и законные интересы. Ими могут быть, например, поручитель (ст. 103 УПК РФ), лицо, которому несовершеннолетний отдан под присмотр (ч. 1 ст. 105 УПК РФ), залогодатель (ст. 106 УПК РФ), заявитель, которому отказано в возбуждении уголовного дела (ч. 5 ст. 148 УПК РФ), лицо, чье имущество изъято или повреждено в ходе обыска или выемки. Заявителем может быть как физическое лицо, так и представитель юридического лица (абз. 2 п. 5 Пост. № 1).

Детализация перечня решений, действий (бездействия), не являющихся предметом судебно-контрольной юрисдикции, осуществляемой в рамках ст. 125 УПК РФ, не отменяет и правила о возможном наличии исключений.

Например, согласно абз. 2 п. 3 Пост. № 1 начальник СИЗО выведен за рамки ответчиков, привлекаемых к участию в производстве по правилам, предусмотренным ст. 125 УПК РФ, поскольку его действия якобы не связаны с уголовным преследованием.

Вместе с тем начальник СИЗО, наряду со следователем, руководителем следственного органа и прокурором, несет ответственность

за своевременность освобождения обвиняемого из-под стражи, если срок содержания под стражей последнего истек (ст. 50 Федерального закона «О содержании под стражей»).

Очевидно, что удержание лица под стражей, в том числе незаконное — форма уголовного преследования, следовательно, обвиняемый в анализируемом случае вправе по своему выбору обжаловать бездействие всех перечисленных должностных лиц в порядке ст. 125 УПК РФ, как одновременно, так и по одиночке.

Более того, ст. 126 УПК РФ прямо наделяет администрацию места содержания под стражей (следовательно, и начальника СИЗО) статусом участника уголовного судопроизводства, которому вменена в обязанность функция посредника в переписке лица, содержащегося под стражей, с определенным в законе кругом корреспондентов. Ненадлежащее исполнение этой функции руководством ИВС и СИЗО — беспорное нарушение правил уголовного судопроизводства (ст. 21 этого же Федерального закона).

Безусловно, отнесение администрации места содержания под стражей к числу ответчиков в производстве, осуществляемом по правилам ст. 125 УПК РФ, приемлемо только в стадии предварительного расследования и только в связи с ее действиями, связанными с осуществлением предварительного расследования. После направления уголовного дела в суд споры между заинтересованными лицами и руководством ИВС и СИЗО разрешаются в порядке, предусмотренном гл. 25 ГПК РФ.

Сказанное выше не означает, что не существует перечня решений, действия (видов бездействия), которые не подлежат обжалованию в порядке ст. 125 УПК РФ. Как правильно, указано в Пост. № 1, решения, действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров, не препятствующие движению дела, не ущемляющие конституционных прав участников процесса и не ограничивающие их доступа к правосудию, обжалованию в порядке ст. 125 УПК РФ не подлежат (абз. 2 п. 3).

Существует и механизм защиты от злоупотребления правом на обжалование. Суть его работы заключается в своевременном удалении из процесса неприемлемых жалоб. К сожалению, правоприменители этим механизмом опасаются пользоваться. Напрасно — «засоренность» потока жалоб неприемлемыми документами высока.

Пленум Верховного Суда РФ, не употребляя термина «третье лицо», фактически создал данный институт в судебном-контрольном производстве. Согласно абз. 2 п. 10 Пост. № 1 о поданной жалобе подлежат извещению лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются об-

жалуемым действием (бездействием) или решением. К ним относятся, например, потерпевший в случае обжалования обвиняемым постановления о возбуждении уголовного дела; подозреваемый (обвиняемый) в случае обжалования потерпевшим постановления о прекращении уголовного дела; подозреваемый, обвиняемый в случае подачи жалобы в их интересах защитником либо законным представителем. Стоит ли упоминать, что приведено очередное свидетельство того, что процесс един.

Формирование института сторон не будет завершено без учреждения института представительства, поскольку стороны далеко не всегда в состоянии самостоятельно реализовать свое право на судебную защиту в порядке ст. 125 УПК РФ. Право представлять интересы в Пост. № 1 истолковано в самом широком смысле. В абзаце 1 п. 5 отмечается, что жалобу на процессуальные решения и действия (бездействие) органа предварительного расследования и прокурора вправе подать как любой участник уголовного судопроизводства, так и действующий в его интересах защитник, законный представитель или представитель. Представителем заявителя может быть лицо, не принимавшее участия в досудебном производстве, в связи с которым подана жалоба, но уполномоченный заявителем на подачу жалобы и (или) участие в ее рассмотрении судом.

Очевидно, что в судебно-контрольном производстве в полной мере действует институт представительства, хорошо известный как материальному, так и процессуальному праву. Лучший вариант представителя в процессе — адвокат; представляя интересы лица, в отношении которого решается либо решался вопрос о возбуждении уголовного дела, подозреваемого, обвиняемого, он выполняет функции защитника (ст. 49 УПК РФ), в остальных ситуациях адвокат является представителем.

Условия допуска адвоката в процесс неплохо проработаны в законе, юридическим основанием для его участия в разбирательстве являются ордер и договор на оказание юридических услуг.

В соответствии с ч. 2 ст. 48 Конституции РФ любой участник судебно-контрольного производства вправе поставить вопрос о назначении ему адвоката в качестве как защитника, так и представителя. В данном случае допуск адвоката в процесс оформляется специальным судебным решением.

Допуск адвоката в процесс в качестве защитника автоматически снимает с суда обязанность проверки перечня его полномочий, поскольку они четко определены в законе. В остальных случаях суду сле-

дует не только удостовериться в личности защитника, но и уточнить круг его полномочий.

Ни Конституция РФ, ни уголовно-процессуальный закон не исключают возможности выполнения функций защитника и представителя иными лицами, однако существует право, согласно которому интересы лица, в отношении которого возбуждается уголовное дело, подозреваемого и обвиняемого такие лица представляют только наряду с адвокатом (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

Интересы юридических лиц, например гражданских истцов и ответчиков, в процессах, осуществляемых по правилам ст. 125 УПК РФ, обычно представляют штатные юристы предприятий, учреждений и организаций. Данные лица допускаются в процесс на основе доверенности, заверенной в установленном законом порядке. В данном случае суд, приступая к судебному разбирательству, обязан уточнить перечень полномочий, переданных защитнику, например наличие у него права отзыва жалобы, заключение мирового соглашения. Напомним, возможность его заключения — еще один обязательный признак состязательного процесса.

Вопрос об оформлении полномочий представителя интересов ответчика — органов предварительного расследования и прокурора в УПК не урегулирован, нет на этот счет разъяснений и в Пост. № 1. Согласно абз. 1 п. 10 Пост. № 1 судья обязан обеспечить своевременное извещение о месте, дате и времени судебного заседания руководителя следственного органа, следователя, осуществляющего расследование по делу, по которому принесена жалоба.

Представляется, что лица, явившиеся в судебное заседание, в подтверждение своего статуса обязаны представить надлежащим образом заверенную доверенность.

До сих пор остается открытым вопрос, вправе ли ответчик — орган государственной власти, если таковым является орган предварительного расследования, обжаловать судебное решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы.

Ответа на данный вопрос нет ни в законодательстве, ни в Пост. № 1. Несмотря на это, практики порой отвечают на него положительно.

Поскольку решения, действия (бездействие) прокурора — предмет обжалования, то участие последнего в судебно-контрольном производстве в качестве ответчика неизбежно. По смыслу уголовно-процессуального закона, прокурор вправе участвовать в судебно-контрольном производстве и в том случае, когда ответчиком является орган предварительного расследования.

Если Пленум Верховного Суда РФ, ссылаясь на п. 8 ст. 37 УПК РФ, в абз. 1 п. 10 Пост. № 1 признал обязательным извещение прокурора о любом судебно-контрольном производстве, то Генеральный прокурор РФ в своих приказах (см.: Приказы № 136 (п. 1.15) и № 137 (п. 21)) обязывает подчиненных ему прокуроров принимать активное участие во всех производствах, осуществляемых по правилам ст. 125 УПК РФ. При удовлетворении судом требований участников уголовного судопроизводства прокурорам вменяется в обязанность всеми доступными им средствами добиваться безусловного исполнения решений суда (пункт 8 приказа Генерального прокурора РФ от 30 января 2008 г. № 15 «О порядке рассмотрения жалоб на действия (бездействие) и решения органа дознания, дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора»).

Ясно, что в рамках судебно-контрольного производства прокурор выполняет не только функции обвинения и надзора, но и другие функции, так как прокурор — субъект не только процессуальных, но и административных отношений, разграничить которые в рамках судебного контроля крайне трудно. Представляется, что прокурор, явившийся в судебное заседание, должен представить надлежащим образом заверенную доверенность.

8.2. Стадии рассмотрения жалоб на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров

В основу алгоритмизации производства, предложенной в Пост. № 1, положено межотраслевое учение о стадиях. Деление на стадии осуществлено по правилам процессуальной аналогии. Это позволяет, во-первых, точно определить последовательность действий каждого из участников судопроизводства, во-вторых, не допустить переноса явных ошибок из одной стадии в другую.

Хотя российское законодательство не содержит запрета на процессуальную аналогию, российские правоприменители вне регламента процесс совершенно не мыслят. Например, ст. 125 УПК РФ не предусматривает возможности возврата жалобы заявителю в виду ее явного несоответствия ни закону, ни здравому смыслу. Данное обстоятельство буквально обескураживает судей, поскольку применить в спорной ситуации по аналогии положения ч. 3 ст. 375 УПК РФ они не отваживаются.

В определенной мере устранить проблемы в законе удалось путем принятия Пост. № 1. Более того, уравнив оперативный судебный

контроль с классическим состязательным процессом, Пленум Верховного Суда РФ, активно применяя правила процессуальной аналогии, по существу создал совершенно новую самостоятельную подотрасль уголовного судопроизводства, разделил ее на стадии.

Анализ Пост. 1 позволяет выделить следующие стадии рассмотрения жалоб: 1) возбуждения судебно-контрольного производства; 2) подготовки к судебному заседанию; 3) судебного заседания; 4) исполнения судебного решения; 5) пересмотра судебных постановлений, не вступивших в законную силу; 6) пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу.

Возбуждение судебно-контрольного производства — частное дело участника уголовного процесса, наделенного правом принесения жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ. Данная стадия включает в себя этапы: 1) инициации судебно-контрольного производства путем выбора метода защиты нарушенного права; 2) составления жалобы, сбор материалов, подтверждающих доводы заявителя; 3) направление жалобы в суд, ее регистрации аппаратом суда; 4) рассмотрение судьей вопроса о приемлемости, допустимости жалобы.

Завершается анализируемая стадия решением судьи о принятии жалобы к своему производству, что равноценно возбуждению оперативного судебно-контрольного производства.

На данном этапе действует принцип свободы обжалования. Участник уголовного судопроизводства, узнав, а равно всего лишь предположив, что его права, законные интересы нарушены решениями, действиями (бездействием) органа предварительного расследования и прокурора, выбирает способ их защиты и (или) восстановления.

Судебный способ защиты прав затратен. Очень часто ход предварительного расследования по объективным причинам обгоняет движение жалобы, поданной в порядке ст. 125 УПК РФ. Поскольку с момента поступления дела в суд самостоятельное оперативное судебно-контрольное производство прекращается, разрешение конфликта переносится в стадию основного судебного разбирательства.

В то же время, проигрывая в скорости, судебно-контрольный способ разрешения жалоб, бесспорно, выигрывает в части независимости контрольно-надзорного органа, гласности и фундаментальности проверки. Впрочем, последним качеством обольщаться тоже не стоит, ибо фундаментальность проверки напрямую зависит от уровня подготовки ее инициатора к процессу, так как суд жестко связан рамками жалобы и не вправе как процессуальные руководители следовате-

ля, дознавателя и прокурор осуществлять ревизию предварительного расследования в целом.

Сказанное означает, что, решая вопрос об инициации оперативного судебно-контрольного производства, участник уголовного процесса должен хорошо представлять результаты, которые будут получены им по окончании производства. Если решения, действия (бездействие) следователя не препятствуют движению уголовного дела, не связаны с явным ограничением конституционных и процессуальных прав участника уголовного судопроизводства, то в удовлетворении жалобы, скорее всего, будет отказано.

Участники процесса — профессиональные юристы: следователи, руководители следственных органов, дознаватели, начальники подразделений дознания, начальники органов дознания, прокуроры, адвокаты-защитники, адвокаты-представители обязаны сделать все возможное, чтобы не допустить перерастания мелких конфликтных ситуаций в громоздкие судебные разбирательства. Генеральный прокурор РФ, его Первый заместитель — Председатель СК при прокуратуре РФ, начальник СК при МВД России и др. высшие руководители следственных органов в своих ведомственных приказах ориентируют подчиненных им сотрудников на превенцию ситуаций, результатом которых может быть подача жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ.

Характер жалоб, подаваемых адвокатами-защитниками, адвокатами-представителями, дает основание констатировать, что данные юристы-профессионалы весьма часто злоупотребляют правом на принесение жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ.

Согласно ч. 2 ст. 125 УПК РФ жалоба подается: 1) через должностное лицо, орган, действия которых обжалуются; 2) через вышестоящие либо контрольно-надзорные органы; 3) непосредственно в суд.

Более детально действия судебной инстанции в части принятия, регистрации и дальнейшего движения жалобы регламентируются ведомственным судебным актом — Инструкцией по судебному делопроизводству в районном суде, утвержденной приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2004 г. № 36. Поскольку этот регламент адресован сотрудникам аппарата суда, то очевидно, что речь идет не более чем об автоматической регистрации поступающих жалоб и заведении судебно-контрольных производств, именуемых материалами, обязанность рассмотрение которых возлагается на конкретного судью председателем районного суда или его заместителем.

Прежде чем приступить к осуществлению мероприятий, предшествующих рассмотрению жалобы, судья удостоверяется в ее приемлемости (допустимости), а равно в соблюдении лицом, ее подавшим, правил о подсудности.

Анализируя поступившую жалобу и приобщенные к ней документы, судья в первую очередь проверяет: соответствуют ли документы, предъявляемым к ним законом требованиям — читаемы ли тексты, заверены ли их копии надлежащими лицами и т.п.

Пленум Верховного Суда РФ рекомендует судьям выяснить, подсудна ли жалоба конкретному суду, подана ли она надлежащим лицом, имеется ли предмет обжалования, указанный в ст. 125 УПК, содержит ли жалоба необходимые сведения для ее рассмотрения (абз. 1 п. 7 Пост. № 1).

В тех случаях, когда жалоба не содержит необходимых сведений, что препятствует ее рассмотрению (например, отсутствуют сведения о том, какие действия или решения обжалованы, жалоба не подписана заявителем, полномочия защитника или представителя заявителя не подтверждаются соответствующими документами), жалоба возвращается заявителю для устранения недостатков.

Пленум Верховного Суда РФ обязывает суд по данному поводу вынести постановление, в котором должны быть указаны причины принятия такого решения. Постановление должно содержать разъяснение на право после устранения препятствий к рассмотрению жалобы в суде вновь обратиться в порядке ст. 125 УПК РФ за судебной защитой (абз. 2 п. 7 Пост. № 1).

В части необходимости вынесения постановления в случае возвращения жалобы для надлежащего оформления рекомендация весьма спорная. Многие истцы, вместо того чтобы выполнить функции, возложенные на них законом в состязательном процессе, увлекаются обжалование постановления о признании их жалобы неприемлемой (недопустимой).

За судьями следует признать право на необжалуемое решение о неприемлемости жалобы. В принципе, такой институт существует в апелляции и кассации. В случае несоответствия жалобы требованиям, указанным в законе, что препятствует их рассмотрению, судья возвращает жалобу, устанавливает срок для устранения недостатков. В случае если требования судьи не выполнены, жалоба считается не поданной, производство по ней прекращается, о чем выносится постановление (ч. 2 ст. 363, ч. 3 ст. 375 УПК РФ). В данном случае обжалуется только этот документ. Препятствий для учреждения такого порядка в судебно-контрольном судопроизводстве нет.

Естественно, что срок рассмотрения жалобы — 5 суток — исчисляется с момента повторной регистрации жалобы (абз. 2 п. 7 Пост. № 1).

Приняв жалобу к производству, судья приступает к подготовке к судебному заседанию. К этому моменту он твердо уверен в том, что жалоба подана надлежащим лицом, ему подсудна, предмет обжалования конкретен, содержание документа соответствует ст. 125 УПК РФ.

Закон возлагает на судью обязанность организовать состязательный процесс таким образом, чтобы инициатор жалобы имел реальную возможность доказать факт нарушения его прав решениями, действиям (бездействием) органов предварительного расследования и прокуроров.

Для этого в процесс должны быть:

приглашены все необходимые для участия в нем субъекты (истец, инициатор процесса (заявитель), ответчик — представитель компетентного органа, защитник, законный представитель заявителя, представитель истца, третьи лица, прокурор);

истребованы все необходимые материалы, включая, при необходимости, уголовное дело или отказной материал.

Весьма ценное указание содержится в абз. 2 п. 12 Пост. № 1, поскольку оно предполагает активную роль судьи в процессе. При подготовке к рассмотрению жалобы судья истребует по ходатайству лиц, участвующих в судебном заседании, а равно по собственной инициативе материалы, послужившие основанием для решения или действия должностного лица, а также иные данные, необходимые для проверки доводов жалобы. Копии истребованных материалов хранятся в производстве по жалобе.

Сказанное означает, что судья, разрешающий жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, должен не только хорошо разбираться в правовой материи, но и обладать глубокими познаниями в сфере отношений, складывающихся между участниками уголовного процесса на досудебных этапах движения уголовного дела.

Жалоба на одни и те же решения, действия (бездействие), например, следователя, одновременно может быть подана РСО, прокурору и в суд. Пленум Верховного Суда РФ вменяет судьям в обязанность выяснить: не воспользовался ли истец своим правом на обжалование в полном объеме, не удовлетворена ли его жалоба, сохранился ли предмет обжалования.

Если будет установлено, что жалоба с теми же доводами уже удовлетворена РСО, прокурором, предмет обжалования отсутствует, Пленум Верховного Суда РФ рекомендует судьям вынести постановление

об отказе в принятии жалобы к рассмотрению, копия которого направляется заявителю (абз. 2 п. 8 Пост. № 1).

Суждение весьма спорное, поскольку лицо, подавшее в суд приемлемую жалобу, вправе настаивать на ее рассмотрении именно судом. Думается, что прекращение производства по жалобе возможно лишь с согласия истца. Для этого судья должен выяснить у него мнение по существу спора о праве после его разрешения органами исполнительной власти.

Не случайно в Пост. № 1 ниже содержится оговорка. При несогласии заявителя с решением прокурора или руководителя следственного органа, а также при частичном удовлетворении содержащихся в жалобе требований жалоба все же подлежит рассмотрению (абз. 3 п. 8).

Очевидно, что если жалоба отозвана истцом на этапе подготовки к судебному заседанию, то судья выносит постановление о прекращении производства.

В судебной практике распространены случаи, когда судья, в производстве которого находится жалоба, истребуя по телефону необходимые для ее рассмотрения документы, в устной форме разъясняет следователю, руководителю следственного органа, прокурору суть допущенного ими нарушения, чего бывает достаточно для его оперативного устранения.

Поскольку до начала судебного заседания процесс носит письменный характер, то все заявления стороны и суд делают в письменной форме путем подачи соответствующих документов.

По общему правилу жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ могут быть поданы исключительно в период предварительного расследования. Исключение из общего правила составляют те решения, действия (бездействие), которые не будут являться предметом судебного контроля в ходе разбирательства по делу, поскольку таковое осуществляется строго в рамках утвержденного прокурором обвинения.

В связи с этим Пленум Верховного Суда РФ рекомендует судьям выяснить, не завершено ли предварительное расследование по уголовному делу (абз. 1 п. 9 Пост. № 1).

Если будет установлено, что уголовное дело, по которому поступила жалоба, направлено в суд для рассмотрения по существу, тем более по делу постановлен приговор, вынесено иное окончательное решение, судья принимает к производству и рассматривает лишь жалобы на решения и действия (бездействие) должностных лиц, затрагивающие права и законные интересы заявителей, не являющихся участниками судебного разбирательства по данному уголовному делу. Подле-

жат рассмотрению жалобы, где ставится вопрос о признании незаконными и необоснованными решений и действий (бездействия), которые в соответствии с УПК РФ не могут быть предметом проверки их законности и обоснованности на стадии судебного разбирательства при рассмотрении уголовного дела судом, в том числе в апелляционном или кассационном порядке (ст. 354 УПК РФ).

В остальных случаях судья, в зависимости от того, на какой стадии находится производство по жалобе, выносит постановление об отказе в принятии жалобы к рассмотрению или о прекращении производства по жалобе в связи с тем, что уголовное дело направлено в суд для рассмотрения по существу. Одновременно с этим истцу разъясняется, что вопросы, поставленные в жалобе, он вправе поставить перед судом в ходе судебного разбирательства по уголовному делу, а также при рассмотрении дела судом апелляционной или кассационной инстанций. Если судебное решение вступило в законную силу, судья выносит постановление об отказе в принятии жалобы к рассмотрению и разъясняет заявителю его право обратиться в суд в порядке ст. 402 УПК РФ (абз. 2, 3 Пост. № 1).

Организация состязательного процесса предполагает своевременное:

вручение копий жалобы ответчику (ответчика), третьим лицам и прокурору;

ознакомление данных участников процесса с материалами судебно-контрольного производства, разрешение их заявлений, ходатайств (п. 12 Пост. № 1);

извещение участников процесса о месте и времени предстоящего судебного разбирательства (п. 10 Пост. № 1);

решение вопроса об этапировании в суд участников процесса, содержащихся под стражей (п. 11 Пост. № 1), или об организации видеоконференцсвязи; о вызове в процесс специалиста, переводчика.

В случае подачи жалобы несовершеннолетним участником процесса судья решает вопрос о необходимости вызова в процесс его законных представителей и педагога.

Проведение судебно-контрольного разбирательства без участника процесса — основание для безусловной отмены судебного решения.

Разрешая вопросы, возникающие в процессе подготовки к судебному заседанию, судья делает запросы, при необходимости выносит постановления.

Еще раз убедившись, что в производстве находится приемлемая жалоба, все подготовительные действия выполнены, судья назнача-

ет судебное заседание, оформляя свое решение постановлением применительно к требованиям ч. 2 ст. 227 УПК РФ (абз. 1 п. 7 Пост. № 1). В постановлении указываются: 1) дата и место вынесения постановления; 2) наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление; 3) основания принятого решения.

Копия постановления судьи направляется истцу, ответчику (ответчикам), третьим лицам и прокурору.

Ни законодатель в ст. 125 УПК РФ, ни авторы Пост. № 1 ни словом не обмолвились об обязанности органа предварительного расследования, прокурора, чьи действия обжалуются, каким-либо образом отреагировать на жалобу.

Вместе с тем согласно ст. 499 УУС, ст. 221 УПК РСФСР 1922 г., ст. 217 УПК РСФСР 1923 г. следователь был обязан направить жалобу в контрольный орган со своими письменными объяснениями, на что ему отводилось в первом случае трое суток, а в двух последующих — 24 часа.

Судебное заседание ведется в порядке, обычном для состязательного процесса, оно состоит из подготовительной части, исследования оспариваемой истцом правовой ситуации и прений сторон. Регламент судебного заседания соответствует правилам, установленным в ст. 257 УПК РФ. При нарушении порядке в судебном заседании судья использует арсенал средств, указанных в ст. 258 УПК РФ. По всем вопросам, разрешаемым в ходе судебного заседания, судья выносит постановления в порядке, предусмотренном ст. 256 УПК РФ.

В подготовительной части судебного заседания судья делает объявление о сути предстоящего разбирательства, называет участников процесса, после чего проверяет их явку в судебное заседание. При необходимости, заслушав мнение сторон, третьих лиц и прокурора, решает вопрос о возможности рассмотрения жалобы в отсутствие сторон, прочих вызванных в суд лиц.

Если они были надлежащим образом извещены, их неявка в суд по закону рассмотрению жалобы не препятствует (абз. 3 п. 10 Пост. № 1).

В то же время, если истец настаивает на рассмотрении жалобы в его отсутствие, не в состоянии прибыть в суд по уважительным причинам, Пленум Верховного Суда РФ рекомендует вынести постановление об отложении разбирательства по жалобе, извещает участникам процессе о дате и времени разбирательства (абз. 3 п. 10).

Суд, рассматривающий жалобу в порядке ст. 125 УПК РФ, при наличии к тому оснований вправе потребовать от ответчика обязательного участия его представителя в судебном заседании (абз. 4 п. 10

Пост. № 1). Поскольку Постановления Пленума РФ носят обязательный характер, вышеприведенное положение означает, что представитель ответчика не вправе уклониться от явки в судебное заседание. С учетом того, что в судебном заседании процесс приобретает устный характер, личное присутствие сторон приобретает решающее значение.

В случае уклонения представителей ответчика от явки в судебное заседание вопрос об их явке решается через руководителей соответствующих органов.

В силу ч. 4 ст. 125 УПК РФ судья разъясняет явившимся лицам их права и обязанности, в частности, сторонам, третьим лицам их право принимать участие в судебном заседании: заявлять отводы, ходатайства, представлять документы, знакомиться с позицией других лиц, давать по этому поводу объяснения. Истец имеет право обосновать свою жалобу по завершении выступлений ответчика и прокурор, он, как и другие участники процесса, может выступить с репликой, о чем в Пост. № 1 сказано дважды (п. 11 и 14).

Если в судебном заседании будет установлено, что спор о праве исчерпан в досудебном порядке, судья с согласия истца оставляет его жалобу без рассмотрения и прекращает производство.

Вне зависимости от мнения сторон производство подлежит прекращению, если уголовное дело направлено в суд для рассмотрения по существу и предмет спора будет в числе предметов судебного разбирательства. В данном случае истцу разъясняется его право заявить спор о праве в суде первой инстанции (п. 9 Пост. № 1).

Пленум Верховного Суда РФ не рассмотрел вопрос о возможности прекращения производства посредством заключения мирового соглашения.

Завершив подготовительную часть судебного заседания, судья переходит к исследованию предмета спора. Если в процессе участвует истец, его защитник или представитель, судья предлагает им разъяснить суть выдвигаемых требований. После чего заслушиваются иные явившиеся в процесс лица, исследуются имеющиеся в материале документы. После завершения исследования доказательств судья выясняет позиции сторон, предлагает им выступить с репликой.

После этого судья удаляется в совещательную комнату, где по результатам рассмотрения жалобы судья выносит одно из следующих постановлений: 1) о признании действия (бездействия) или решения соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение; 2) об оставлении жалобы без удовлетворения (ч. 5 ст. 125 УПК РФ).

По выходу из совещательной комнаты судья оглашает вынесенное им постановление. Участникам процессам разъясняются порядок его исполнения и обжалования, копии постановления направляются всем заинтересованным лицам, среди них истец, ответчик, прокурор.

При необходимости копии постановления вправе истребовать и иные лица, если их интересы были затронуты в результате рассмотрения жалобы.

Постановление, принимаемое по результатам рассмотрения жалобы, является классическим документом, подводящим итог состязательному процессу. Сказанное означает, что оно состоит из вводной части, описательно-мотивировочной и резолютивной частей.

Во вводной части постановления указываются дата и место вынесения постановления, фамилия и инициалы судьи, его постановившего.

Описательно мотивировочная часть содержит следующие элементы: краткое изложение жалобы:

изложение позиции ее автора в судебном заседании;

изложение позиции противной стороны;

изложение позиции третьих лиц;

изложение позиции прокурора, если он не является ответчиком;

анализ и оценку позиций сторон, исследованных материалов;

анализ оспариваемых норм материального и процессуального права; основанный на законе вывод суда, разрешающего спор.

В резолютивной части постановления указывается; удовлетворена жалоба полностью или частично, либо тот факт, что в ее удовлетворении полностью или частично отказано.

В случае удовлетворения жалобы точно указывается, какие решения, действия (бездействие) какого конкретно органа, должностного лица признаны незаконными, какие именно нарушения и кому следует устранить.

Вместе с тем судья не вправе предопределять действия должностного лица, осуществляющего расследование, прокурорский надзор, лично отменять их постановления либо обязывать уполномоченных на то лиц отменить решения, признанные судом незаконными (п. 21 Пост. № 1).

Завершается резолютивная часть постановления разъяснением права на его обжалование в кассационном порядке в вышестоящий суд.

Пленум Верховного Суда РФ считает, что суд, разрешая жалобу, не вправе:

предрешать вопросы, которые в последствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу (п. 17 Пост. № 1);

давать правовую оценку действиям подозреваемого, обвиняемого; делать выводы относительно доказанности или недоказанности вины;

оценивать имеющиеся по делу доказательства относительно их полноты, относимости, допустимости и достоверности (п. 15, 16, 17 Пост. № 1).

При рассмотрении жалобы могут быть выявлены нарушения прав и свобод граждан и юридических лиц, не являющиеся предметом обжалования. В данном случае Пленум Верховного Суда РФ предписывает судам в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ занять активную позицию и путем вынесения частного постановления обратить внимание должностных лиц на обнаруженные им нарушения закона и на необходимость их устранения (п. 21 Пост. № 1).

Постановление, вынесенное по результатам рассмотрения жалобы, вступает в законную силу спустя 10 суток после его провозглашения. Согласно ст. 127 УПК РФ не вступившее в законную силу постановление может быть обжаловано в порядке, установленном гл. 43 и 45 УПК РФ, а вступившее в законную силу — в надзорном порядке, установленном гл. 48 УПК РФ.

Лицо, содержащееся под стражей или отбывающее наказание в виде лишения свободы, вправе непосредственно участвовать в судебном заседании при рассмотрении кассационной жалобы или представления прокурора на решение в порядке ст. 125 УПК РФ либо может изложить свою позицию путем использования систем видеоконференцсвязи. Вопрос о форме его участия в судебном заседании решается судом. При этом суду кассационной инстанции надлежит принимать меры для предоставления заявителю возможности довести до суда свою позицию, например путем подачи дополнительной кассационной жалобы, письменных объяснений, допуска к участию в деле адвоката или иных представителей (абз. 2 п. 23 Пост. № 1).

Производство по жалобам в кассационном и надзорном порядке проблем у практиков, как правило, не вызывает. На основании п. 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, провозгласивших право каждого на компетентный, независимый и беспристрастный суд, а также по смыслу ч. 1 ст. 63 УПК РФ судья не может участвовать в повторном рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ в случае отмены первоначально состоявшегося решения по жалобе, вынесенного с его участием (п. 22 Пост. № 1).

Вступившее в законную силу судебное решение, вынесенное по правилам ст. 125 УПК РФ, подлежит немедленному и безусловному исполнению компетентными на то органами. Если состоявшееся судебное решение не исполняется следственными органами, прокурором, то истец вправе обратиться с жалобой на их бездействие. Данная жалоба подлежит рассмотрению в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ.

В этом случае Пленум Верховного Суда предписывает судам наряду с рассмотрением жалобы в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ выносить частное определение (постановление), в котором обращать внимание должностных лиц на допущенные нарушения закона, потребовать от них принятия соответствующих мер (п. 20 Пост. № 1).

Согласно ч. 1 ст. 125 УПК РФ в суд могут быть обжалованы не только те действия (бездействие) и решения, которые могут причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, но и такие, которые могут затруднить доступ граждан к правосудию.

Одной из актуальных проблем, препятствующих нормальному процессу рассмотрения жалоб, достижению целей уголовного судопроизводства, является злоупотребление заявителем права на судебную защиту. Анализ судебной практики позволяет сделать вывод о том, что возникновение каждого третьего производства не вызывалось объективной необходимостью.

Основным назначением субъективного права на подачу жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ является формальная правозглашенность и государственная гарантированность возможности человека удовлетворить свою потребность (интерес) установленным в законе способом или способом, не противоречащим закону. При этом каждой значимой витальной и социальной потребности индивида должно корреспондироваться соответствующее субъективное право. Если индивид удовлетворяет потребность (интерес) посредством осуществления ненадлежащего субъективного права, то данное право осуществляется в противоречии с его назначением.

Злоупотребление субъективным правом представляет собой такой способ осуществления субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого причиняется вред личности, обществу, государству, в анализируемых ниже случаях — судопроизводству. Основными (универсальными) признаками злоупотребления субъективным правом являются: осуществление субъективного права в противоречии с его назначением и вредоносность осуществления права. Другие признаки, такие как осуществление субъективного права

с единственной целью причинить вред другому лицу; безнравственное, недобросовестное, неразумное осуществление права, относятся к факультативным.

Недопустимость злоупотребления субъективным правом — общеправовой принцип. Он выражается в запрете вредоносного осуществления любого субъективного права в противоречии с его назначением, а также в запрете недобросовестного, неразумного или безнравственного осуществления субъективного права.

Злоупотребления субъективными правами можно классифицировать как правомерные (легальные) и противоправные. Основанием данного деления является юридический критерий оценки вреда (причиненного зла). Психологической детерминантой злоупотребления субъективным правом является деформация индивидуального правосознания управомоченного лица в форме правового эгоцентризма. Данная деформация характеризуется прагматичным знанием индивидом своих прав (интеллектуальный элемент правосознания) и наличием желания к их исключительно утилитарному осуществлению (волевой элемент правосознания). Правовой эгоцентризм обуславливает сформированность у субъекта специфичной правовой установки, которая выражается в его готовности удовлетворить свою конкретную потребность посредством осуществления любого права любым способом.

В отечественной юридической науке до сих пор не сформулировано общепризнанное определение понятия «злоупотребление субъективным правом». Отсутствует и единообразие в понимании сущности анализируемого феномена. Палитра научных мнений о природе злоупотребления правом настолько разнообразна, что включает в себя противоречащие друг другу теории. Встречаются как концепции, полностью отрицающие наличие у управомоченного лица возможности злоупотребить своим правом, осуществить право во вред другим лицам, так и доктрины, в соответствии с которыми злоупотребление правом является исключительно «обычным правонарушением».

Российским правоприменителям еще только предстоит научиться отграничивать злоупотребление субъективным правом от сходных правовых явлений; выявить специфические признаки злоупотребления субъективным правом как правового поведения; осуществить психолого-правовой анализ этого феномена, обратив особое внимание на деформацию индивидуального правосознания управомоченного субъекта, злоупотребляющего своим правом; внести предложения по совершенствованию действующего законодательства, направленные на предупреждение злоупотреблений отдельными правами и свободами.

Анализ надзорных жалоб, поступающих в Верховный Суд РФ, на судебные постановления, вынесенные по правилам ст. 125 УПК РФ, свидетельствует, что ситуация в сфере разрешения жалоб в лучшую сторону не изменилась. Это обстоятельство является ярким свидетельством того, что за истекшие годы не удалось: ни усовершенствовать механизм рассмотрения жалоб, ни изменить менталитет заявителя; как следствие этого, не меняется и процедура движения жалобы от инстанции к инстанции.

8.3. Лица, наделенные правом принесения в суд жалоб на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров

В силу ч. 2 ст. 125 УПК РФ жалоба может быть подана в суд заявителем, его защитником, законным представителем непосредственно либо через дознавателя, следователя или прокурора. Современный российский законодатель не только не ограничивает перечня решений, действий (бездействия) органов предварительного расследования и прокуроров, которые могут быть обжалованы в судебном порядке, но и предоставляет право подачи такой жалобы фактически неограниченному кругу лиц.

Таким образом, право на обжалование в суд отказа в принятии заявления о преступлении, постановления об отказе в возбуждении уголовного дела имеют: 1) заявитель о преступлении (лицо, как физическое, так и юридическое), а равно лицо, явившееся с повинной; 2) лица, чьи конституционные, а равно и процессуальные права были нарушены в связи с отказом в принятии заявления о совершенном преступлении, а равно с вынесением постановления об отказе в возбуждении уголовного дела. К последним в первую очередь следует отнести тех, в отношении кого в возбуждении уголовного дела отказано по нереабилитирующим основаниям, а также тех, в отношении кого в резолютивной части документа конкретный процессуальный вывод хотя и не сделан, но их имена и фамилии упомянуты в описательно-мотивировочной части постановления, что зачастую имеет преюдициальное значение для иных отраслей права. Естественно, что жалобы в таком случае могут быть принесены их законными представителями, а в последнем случае — и защитниками.

Например, постановлением начальника районного ОВД отказано в возбуждении уголовного дела за отсутствием события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ). Вместе с тем из описательно-мотивировочной части постановления усматривается, что мотивом

отказа в возбуждении уголовного дела является не отсутствие вины конкретного лица вообще, а лишь неустановление последствий, предусмотренных ст. 264 УК РФ. Как видим, данный вывод имеет преюдициальное значение при решении вопросов о привлечении лица к административной ответственности в соответствии с КоАП РФ, предъявлении к нему иска о возмещении вреда в порядке гражданского судопроизводства.

Право принесения жалоб на постановление о возбуждении уголовного дела принадлежит лицу, в отношении которого возбуждено уголовное дело, его защитнику.

В остальных случаях правом на обжалование в суд решений и действий органов предварительного расследования (прокуроров) наделены: 1) потерпевший; 2) законный представитель потерпевшего; 3) гражданский истец; 4) законный представитель гражданского истца; 5) лицо (как физическое, так и юридическое), по заявлению которого уголовное дело было возбуждено; 6) лицо, задерживавшееся по делу в порядке ст. 91—92 УПК РФ; 7) лицо, допрашивавшееся по делу в качестве подозреваемого; 8) лицо, привлекавшееся по делу в качестве обвиняемого; 9) защитники и законные представители лиц, привлекавшихся по делу в качестве обвиняемого, задерживавшихся в порядке ст. 91—92 УПК РФ, а равно допрашивавшихся по делу в качестве подозреваемого; 10) гражданский ответчик; 11) законный представитель гражданского ответчика; 12) лицо, чье имущество изъято в ходе предварительного расследования при проведении обысков, выемок, а равно и иным образом; 13) лицо, на чье имущество в процессе предварительного расследования наложен арест; 14) иные лица, конституционным правам и свободам которых решениями и действиями (бездействием) соответствующих участников процесса причинен ущерб либо затруднен доступ к правосудию.

Отсутствие в законе четко очерченного перечня лиц, имеющих право на принесение жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, непонимание сути анализируемого института практиками неизбежно ведут к судебным ошибкам.

При поступлении жалобы от ненадлежащего лица судья с указанием причин возвращает ее своим письмом ненадлежащему заявителю. Если факт отсутствия у заявителя соответствующего статуса обнаруживается на более поздних этапах движения жалобы, в судах первой, кассационной, надзорной инстанции, то ведущиеся по ней судебно-контрольные производства прекращаются.

8.4. Порядок и сроки обжалования в суд решений и действий (бездействия) органов предварительного расследования, место рассмотрения жалоб

Жалобы на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования подведомственны районным (городским) судам, независимо от подследственности и будущей подсудности расследуемых дел, вида и уровня органа, производящего предварительное следствие (дознание). В случае выполнения отдельных процессуальных (следственных) действий в иной местности жалоба рассматривается по местонахождению органа, выполнившего конкретное процессуальное (следственное) действие, с обязательным привлечением лица, производящего дознание, предварительное следствие, осуществляющего за ними прокурорский надзор.

Жалобы на решения и действия органов предварительного расследования (прокуроров) подаются непосредственно в суд. Уголовно-процессуальный закон не исключает, что жалобы с требованием проверки в судебном порядке законности и обоснованности конкретных постановлений по уголовному делу, а равно действий органов предварительного расследования, прокуроров могут быть поданы защитником, законным представителем заявителя через дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, прокурора, вышестоящего прокурора. В данном случае вышеперечисленные участники процесса обязаны переправить жалобу в суд вместе с материалами, подтверждающими законность и обоснованность вынесенных по делу решений, проведенных процессуальных (следственных) действий. Администрация места содержания под стражей немедленно направляет в суд адресованные ему жалобы подозреваемого, обвиняемого, содержащегося под стражей (ст. 126 УПК РФ). Согласно ст. 21 Федерального закона «О содержании под стражей» под понятием «немедленно» понимается «не позднее трех дней с момента их подачи».

Если в ходе осуществления самостоятельной судебной проверки по жалобе будет установлено, что предварительное расследование завершено, уголовное дело с обвинительным заключением направлено в суд, то собранный материал судебно-контрольной инстанцией по ходатайству заявителя может быть направлен в соответствующий суд для его проверки в рамках судебного разбирательства. В случае отмены обжалуемого постановления компетентным лицом (в отношении последнего — вышестоящим компетентным лицом) либо передачи уголовного дела в суд для рассмотрения по существу еще до рассмотре-

ния жалобы в судебном заседании судебно-контрольное производство прекращается только с согласия заявителя.

Принятие органом предварительного расследования решения о прекращении или приостановлении предварительного следствия не является препятствием для рассмотрения по существу судом жалоб на решения, действия (бездействие) дознавателя, следователя и прокурора.

Хотя уголовно-процессуальный закон не предусматривает определенных требований, предъявляемых к структуре жалобы на решения, действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров, данный документ должен содержать:

- 1) наименование суда, в который подается жалоба;
- 2) данные о лице, подавшем жалобу, с указанием его процессуального положения, места жительства или местонахождения (если жалоба подается адвокатом, то вне зависимости от его участия в деле к ней прилагается ордер; если жалоба подается законным представителем заявителя, не являющимся адвокатом, то к ней прилагается доверенность);
- 3) указание на постановление, иное решение, действие (бездействие), которое обжалуется, и наименование органа предварительного расследования, прокурора, его вынесшего либо осуществившего (не осуществившего);
- 4) доводы лица, подавшего жалобу, с указанием оснований, предусмотренных соответствующими положениями процессуального закона;
- 5) перечень прилагаемых к жалобе материалов, в число которых могут входить копии процессуальных документов, справки, заключения специалистов и т.п.

Жалоба подписывается подавшим ее лицом.

Если жалоба не соответствует перечисленным требованиям и это препятствует ее рассмотрению, то судья сопроводительным письмом возвращает ее заявителю.

Жалобы на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров, не входящие в предмет судебного контроля в стадии предварительного расследования, судья возвращает с сопроводительным письмом заявителю.

Срок подачи жалоб на решения, действия (бездействие) дознавателя, следователя и прокурора, которые не были предметом проверки в рамках судебного разбирательства, в действующем уголовно-процессуальном законодательстве практически не ограничен.

8.5. Подготовка к рассмотрению жалобы на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования в судебном заседании

Работа судьи по жалобе на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования (прокуроров) начинается с момента поступления ее в суд. В связи с этим в суде заводится отдельное производство, к которому приобщаются: жалоба; поданные сторонами материалы; данные о подготовке заседания; протокол судебного заседания; постановление судьи о результатах рассмотрения жалобы; иные документы, не являющиеся материалами ревизуемого уголовного дела (отказного материала). Порядок приема, регистрации, учета жалоб и материалов, поступающих в районные суды в порядке судебно-контрольного производства, регламентирован Инструкцией № 36.

Порядок приема, регистрации, учета жалоб и материалов, поступающих в суды субъектов РФ в порядке судебно-контрольного производства, регламентирован Инструкцией № 161.

В порядке подготовки к слушанию судья немедленно истребует через прокурора копии необходимых процессуальных документов, приостановленное либо прекращенное уголовное дело, отказной материал, а равно иные документы (например, справки о результатах розыска скрывшегося обвиняемого); направляет копии жалобы заинтересованным лицам, назначает место и время проведения судебного заседания, определяет круг его участников.

Жалоба должна быть начата рассмотрением и по возможности разрешена по существу в течение пяти дней с момента ее поступления в суд (ч. 3 ст. 125 УПК РФ).

В соответствии с ч. 3 ст. 125 УПК РФ в судебное заседание вызываются: 1) лицо, подавшее жалобу; 2) его защитник, законный представитель или представитель; 3) иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением; 4) дознаватель (руководитель органа дознания); следователь (руководитель следственного подразделения) и прокурор, непосредственные решения и действия (бездействие) которых обжалуются; 5) прокурор, осуществляющий надзор за проведением предварительного расследования (вышестоящий прокурор).

Неявка указанных лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не настаивающих на ее рассмотрении с их участием, не является препятствием для рассмотрения жалобы судом (ч. 3 ст. 125 УПК РФ). Когда участники судебно-контрольного производ-

ства настаивают на рассмотрении жалобы с их участием, то ее рассмотрение откладывается. Если при рассмотрении жалобы судом установлено, что участники судебно-контрольного производства злоупотребляют своими правами, то жалоба рассматривается в их отсутствии.

Если жалоба на решения, действия (бездействие) органов предварительного расследования, прокурора подана лицом, содержащимся под стражей (подозреваемым, обвиняемым), то судья принимает меры к их своевременной доставке в судебное заседание под конвоем, поскольку никто не может быть ограничен в праве принять личное участие в судебном заседании, заявить отводы и ходатайства, знакомиться с позициями выступавших участников судебного заседания и дополнительными материалами, если таковые предоставлены, давать объяснения. Доставка в судебное заседание содержащегося под стражей заявителя (подозреваемого, обвиняемого) не является для суда обязательной только в том случае, если сам заявитель на этом настаивает. Поскольку данные правила детальной регламентации в уголовно-процессуальном праве пока не получили, то представляется, что участие содержащегося под стражей лица в судебном разбирательстве может быть обеспечено посредством видеоконференц-связи.

Неуведомление заявителя о месте и времени рассмотрения жалобы — основание к отмене постановления.

В силу ч. 3 ст. 125 УПК РФ судья проверяет законность и обоснованность действий (бездействия) и решений дознавателя, следователя, прокурора с участием заявителя и его защитника, законного представителя или представителя, иных лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением, а также с участием прокурора.

Судья, приняв жалобу к своему рассмотрению, обязан обеспечить своевременное уведомление заявителя, его защитника, законного представителя в случае их участия в деле, иных заинтересованных в разрешении жалобы лиц, а также прокурора о месте и времени рассмотрения жалобы.

Одновременно перечисленным лицам сообщается о возможности рассмотрения жалобы в их отсутствие, если они не станут настаивать на своем участии в судебном заседании.

Часть 4 ст. 231 УПК РФ устанавливает обязанность суда первой инстанции известить стороны о месте, дате и времени судебного заседания не менее чем за пять суток до его начала. Указанная норма подлежит применению и при рассмотрении материала в порядке ст. 125 УПК РФ, так как регулирует общий порядок подготовки к судебному заседанию.

Из смысла и содержания указанной нормы следует, что участники судебного разбирательства должны быть извещены, т.е. располагать информацией о дате рассмотрения за пять дней до судебного разбирательства, поскольку слово «извещать» означает довести до чего-либо сведения.

До начала рассмотрения жалобы в судебном заседании все участники процесса имеют право знакомиться как с материалами производства по жалобе, так и с материалами прекращенного уголовного дела (отказного материала), делать заявления и ходатайства относительно порядка рассмотрения жалобы, подавать дополнительные жалобы.

Как указывалось выше, закон не препятствует рассмотрению жалобы на решения и действия органов предварительного расследования в открытом судебном заседании. Вместе с тем, исходя из интересов следствия либо по основаниям, предусмотренным ст. 241 УПК РФ, как по инициативе судьи, так и по ходатайству участвующих в деле лиц рассмотрение жалобы может быть проведено судьей в закрытом судебном заседании.

При наличии к тому оснований судья предупреждает участников процесса о недопустимости разглашения данных предварительного расследования без предварительного разрешения следователя и прокурора, о чем у них отбирается подписка об уголовной ответственности.

8.6. Порядок рассмотрения жалобы на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокуроров в судебном заседании

Судебное разбирательство по жалобе на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования, прокуроров ведется строго по правилам состязательного производства. В силу ч. 3 ст. 125 УПК их рассмотрение осуществляется в открытом судебном заседании, за исключением случаев, предусмотренных ст. 241 УПК РФ.

В начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению; представляется явившимся в судебное заседание лицам, разъясняет их права и обязанности.

Перечень и содержание разъясняемых участникам процесса прав зависят от их процессуального статуса. Разъясняя права участникам процесса, судья обязан в первую очередь исходить из положений ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК РФ, в силу которых судопроизводство в Российской Федерации осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. В необходимых случаях участникам

процесса разъясняются также положения ст. 48 Конституции РФ, ст. 17 и 45 УПК РФ, регламентирующие право участников процесса на квалифицированную, в том числе и бесплатную юридическую помощь.

В любом случае, разъясняя права участникам процесса, председательствующий обязан лично убедиться, что заявитель, иные участники процесса, не являющиеся профессиональными юристами, понимают, что жалоба рассматривается в рамках состязательного судопроизводства, в котором они имеют права принимать активное участие, например: заявлять отводы, ходатайства, представлять документы, доказательства, знакомиться с позицией противоположной стороны, давать по этому поводу объяснения, обжаловать решения суда первой инстанции в кассационном порядке.

Затем заявитель, если он участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. В случае неявки заявителя в судебное заседание содержание его жалобы излагается судьей либо по его поручению представителем соответствующей стороны в процессе.

Поскольку предметы прокурорского надзора, контроля, осуществляемого руководителями следственных органов и судебного контроля в стадии предварительного расследования зачастую совпадают, последним из явившихся участников процесса заслушиваются руководитель следственного органа (вышестоящий руководитель следственного органа), прокурор (вышестоящий прокурор), поскольку указанные участники судебного разбирательства наделены правом оперативного устранения любых процессуальных нарушений, допущенных дознавателем, следователем либо нижестоящим прокурором.

В целях уточнения позиций сторон судья предоставляет участникам процесса право задавать друг другу вопросы. При необходимости вопросы могут быть заданы и судом.

После этого сторонам предоставляется возможность выступить с репликой.

Напоминаем, что действующий закон не препятствует рассмотрению жалобы на решения и действия (бездействие) органов предварительного расследования и прокурора только по жалобе и приложенным к ней материалам. Поскольку ревизионный порядок анализа материалов дела при осуществлении производства по жалобам в законе не предусмотрен, то проверка по ним ведется в условиях строгого соблюдения принципов состязательности и диспозитивности, следовательно, пределы судебной проверки во всех случаях ограничены рамками поданной жалобы.

По результатам проверки судья выносит одно из следующих постановлений: 1) о признании действия (бездействия) или решения соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение; 2) об оставлении жалобы без удовлетворения.

При рассмотрении всех видов жалоб ведется протокол судебного заседания по правилам, предусмотренным ст. 259 УПК РФ.

Рассматривая жалобу в порядке ст. 125 УПК РФ, судья проводит судебное следствие в объеме, необходимом для вынесения законного и обоснованного постановления.

8.7. Пределы судебного вмешательства в деятельность органов предварительного расследования и прокуратуры в рамках оперативного судебного контроля

Суд, удовлетворяя жалобу на действие (бездействие) или решение соответствующего должностного лица и предписывая устранить допущенные им нарушения, ни в коем случае не вправе возложить на себя выполнение функций последнего. Устранение выявленных в результате судебного-контрольного действия нарушений осуществляется органами государственной власти, наделенными соответствующими процессуальными правами.

8.8. Рассмотрение жалоб на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, отказ в принятии заявления о преступлении, на постановление о возбуждении уголовного дела

В случаях отсутствия оснований для возбуждения уголовного дела прокурор, следователь или дознаватель выносит постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Отказ в возбуждении уголовного дела по основанию, предусмотренному п. 2. ч. 1 ст. 24 УПК РФ, допускается лишь в отношении конкретного лица (ч. 1 ст. 148 УПК РФ). Об отказе в возбуждении уголовного дела выносится постановление, о чем письменно уведомляются лицо, предприятие, учреждение или общественная организация, от которых поступило заявление или сообщение, им разъясняется право на обжалование этого постановления.

Таким образом, решение об отказе в возбуждении уголовного дела принимается в случае установления обстоятельств, с наличием которых закон связывает прекращение уголовно-процессуальной деятельности, если она уже осуществлялась, например: принято заявление о преступлении (ст. 141 УПК РФ), принята явка с повинной (ст. 142 УПК РФ),

произведен осмотр места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК РФ). Отсутствие оснований к возбуждению уголовного дела равнозначно, как правило, отсутствию либо события преступления, либо состава преступления. Перечень этих обстоятельств приведен в ст. 24 УПК РФ.

Для того чтобы стать основанием к отказу в возбуждении уголовного дела, любое из обстоятельств, исключающих по нему производство, должно быть установлено с достоверностью. На практике применяется также и такое правило: при отказе в возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица вследствие истечения сроков давности привлечения к ответственности, вследствие акта амнистии это лицо должно ознакомиться с постановлением и удостоверить своей подписью отсутствие возражений против такого решения. Если в возбуждении уголовного дела отказывается ввиду смерти лица, подлежащего привлечению к уголовной ответственности, то согласие на вынесение постановления испрашивается следователем у его близких родственников. Соблюдение данного правила в определенной мере позволяет предупредить поступление жалоб в суды в порядке ст. 125 УПК РФ.

Требование вынесения мотивированного постановления означает, что вывод о наличии основания для отказа в возбуждении уголовного дела должен вытекать из анализа установленных обстоятельств, подтвержденных конкретными данными. Если деяние, о котором шла речь в заявлении, нашло свое подтверждение, в постановлении об отказе в возбуждении уголовного дела должны быть приведены аргументы, объясняющие, почему это деяние юридически не является преступлением.

При подаче жалоб на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела необходимо учитывать следующие обстоятельства.

В соответствии с п. 4 Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в органах внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях, утвержденной приказом МВД России от 1 декабря 2005 г. № 985 (далее — Инструкция), сообщения о происшествиях в зависимости от их содержания и формы поступления (обнаружения) подразделяются на: сообщения о преступлениях (п. 4.3 ст. 5 УПК РФ, п. 4.1 Инструкции), заявления о преступлении (п. 4.1.1 Инструкции); явки с повинной (4.1.2 Инструкции); рапорты об обнаружении преступления, составленные лицом, принявшим сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из источников, не указанных в п. 4.1.1, 4.1.2 и 4.1.3 Инструкции; сообщения и письменные заявления о событиях, угрожающих личной или общественной безопасности, в том числе о несчастных случаях, дорожно-транспортных происшествиях, аварии-

ях, катастрофах, чрезвычайных происшествиях, массовых беспорядках, массовых отравлениях людей, стихийных бедствиях, требующих проверки для обнаружения возможных признаков преступления или административного правонарушения (п. 4.2 Инструкции); иную информацию о происшествиях (п. 4.3 Инструкции).

Поступившее в орган внутренних дел сообщение о происшествии должно быть незамедлительно внесено в Книгу учета сообщений о происшествиях (КУСП) с присвоением соответствующего регистрационного номера (п. 5 Инструкции).

В помещениях административных зданий органов внутренних дел для разъяснения гражданам прав заявителей, порядка приема, регистрации и разрешения сообщений о происшествиях на стендах и иных общедоступных местах должны быть размещены: выписки из положений УПК РФ, иных нормативных правовых актов, регламентирующих порядок приема сообщений о происшествиях; служебные номера телефонов и адреса должностных лиц, которым могут быть обжалованы действия, связанные с приемом или отказом в приеме сообщений о происшествиях (п. 6 Инструкции).

Поступающие сообщения о происшествиях, вне зависимости от места и времени совершения происшествий, а также полноты содержащихся в них сведений и формы представления, круглосуточно принимаются в любом органе внутренних дел. Сообщения о происшествии могут поступать в органы внутренних дел лично от заявителя, нарочным, по почте, по телефону, телеграфу, факсимильным или иным видом связи (п. 7 Инструкции).

Сообщения о происшествиях, поступившие в подразделения делопроизводства (секретариат) органов внутренних дел по почте, с нарочным, по телеграфу, факсимильной связью или иным видом связи, регистрируются по правилам делопроизводства и направляются начальником органа внутренних дел в дежурную часть для незамедлительной регистрации. Сотрудникам секретариата запрещается принимать и учитывать сообщение о происшествии, которое доставлено в орган внутренних дел непосредственно заявителем (п. 8 Инструкции). Вне органов внутренних дел, а также в органах внутренних дел, в которых нет дежурных частей, сообщения о происшествиях обязаны принимать любые сотрудники органов внутренних дел, которые действуют в соответствии с требованиями, установленными Законом РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции». При этом сотрудник фиксирует сведения о заявителе. Полученные сотрудником сообщения о происшествиях передаются нарочным, по телефону или с помощью

иного вида связи в дежурную часть органа внутренних дел для незамедлительной регистрации (п. 9 Инструкции).

Протокол принятия устного заявления о преступлении, письменное заявление о преступлении, протокол явки с повинной, рапорт сотрудника органа внутренних дел об обнаружении признаков преступления должны быть оформлены в соответствии с ч. 1—3 ст. 141—143 УПК РФ (п. 12 Инструкции). Устное сообщение, сделанное при производстве следственного действия о ранее незарегистрированном преступлении, заносится в протокол следственного действия и одновременно оформляется рапортом сотрудника органа внутренних дел либо протоколом принятия устного заявления о преступлении в соответствии с ч. 4 ст. 141 УПК РФ.

Анонимные заявления, поступившие по почте, в которых содержатся признаки совершенного или готовящегося преступления, за исключением заявлений, содержащих данные о признаках совершенного или готовящегося террористического акта, без регистрации передаются в соответствующее подразделение органа внутренних дел для возможного использования в установленном порядке в оперативно-розыскной деятельности. Поступившие по почте анонимные сообщения о признаках совершенного или готовящегося террористического акта регистрируются в соответствии с Инструкцией (п. 13).

При поступлении сообщения о происшествии по телефону доверия сотрудник, принявший сообщение, фиксирует его в журнале учета обращений по телефону доверия, рапортом оформляет сообщение и передает в дежурную часть для незамедлительной регистрации в КУСП, докладывает начальнику органа внутренних дел о поступившем сообщении (п. 14 Инструкции). Регистрация сообщений о происшествиях осуществляется в КУСП круглосуточно в дежурных частях органов внутренних дел независимо от территории оперативного обслуживания (п. 15 Инструкции). В КУСП регистрируются: письменное заявление о преступлении, которое может быть составлено заявителем в произвольной форме, протокол принятия устного заявления о преступлении; протокол явки с повинной; заявление о безвестном исчезновении человека; рапорт сотрудника органа внутренних дел об обнаружении признаков преступления; поручение прокурора о проведении проверки по сообщению о преступлении, распространенному в средствах массовой информации; сообщение и письменные заявления о событиях, угрожающих личной или общественной безопасности, в том числе о несчастных случаях, дорожно-транспортных происшествиях, авариях, катастрофах, чрезвычайных происшествиях, массо-

вых беспорядках, массовых отравлениях людей, стихийных бедствиях или иных событиях, требующих проверки для обнаружения возможных признаков преступления или административного правонарушения; иная информация о происшествии (п. 16 Инструкции). В целях обеспечения контроля полноты регистрации информации, поступившей по телефону, в дежурных частях органов внутренних дел производится ее магнитная запись (п. 44 Инструкции).

При регистрации сообщений о происшествиях, поступивших в дежурную часть органов внутренних дел, на документах, зарегистрированных в КУСП, в обязательном порядке проставляется штамп о регистрации. В оттиск штампа оперативный дежурный (начальник дежурной части, начальник дежурной смены, помощник начальника отдела (отделения), помощник начальника дежурной части, старший оперативный дежурный, оперативный дежурный, помощник оперативного дежурного) вносит регистрационный номер записи в КУСП, дату регистрации, наименование органа внутренних дел, свои инициалы и фамилию и заверяет указанные сведения своей подписью (п. 21 Инструкции). Если сообщение поступило в орган внутренних дел при личном обращении заявителя, то одновременно с регистрацией сообщения о происшествии в КУСП в дежурной части органов внутренних дел оперативный дежурный оформляет талон-уведомление и выдает его заявителю (ч. 4 ст. 144 УПК РФ) (п. 22 Инструкции). Талоны должны быть сброшюрованы в книжки и пронумерованы. Книжки талонов регистрируются в секретариате и хранятся в дежурной части органа внутренних дел (п. 23 Инструкции). Талон состоит из двух частей: талон-корешок и талон-уведомление. Обе части талона имеют одинаковый регистрационный номер. В талоне-корешке указываются: сведения о заявителе, краткое сообщение о происшествии, регистрационный номер по КУСП, подпись сотрудника, принявшего сообщение, дата приема. В талоне-уведомлении указываются: сведения о сотруднике, принявшем сообщение о происшествии, регистрационный номер по КУСП, наименование органа внутренних дел, адрес и служебный телефон, дата приема и подпись, инициалы и фамилия дежурного (п. 24 Инструкции). Заявитель за получение талона-уведомления расписывается в талоне-корешке, проставляет дату и время получения талона-уведомления (п. 25 Инструкции). Талоны-корешки остаются в дежурной части органа внутренних дел и используются при сверках полноты регистрации сообщений о происшествиях, а также при рассмотрении жалоб граждан на действия должностных лиц органов внутренних дел (п. 26 Инструкции). Если по одному тому же проис-

шествию поступило два или более сообщений и в случае подтверждения этого, все имеющиеся материалы по решению начальника органа внутренних дел приобщаются к первому зарегистрированному сообщению, о чем в КУСП делается соответствующая запись (п. 32 Инструкции).

Оперативный дежурный органа внутренних дел после регистрации в КУСП сообщения о происшествии принимает меры реагирования в порядке, установленном законодательством и иными нормативными актами, регламентирующими деятельность органов внутренних дел (п. 27 Инструкции). По результатам рассмотрения сообщения о преступлении органом дознания, дознавателем, следователем в пределах своей компетенции принимается одно из следующих решений: о возбуждении уголовного дела; об отказе в возбуждении уголовного дела; о передаче сообщения по подследственности, в суд (по делам частного обвинения) (п. 33 Инструкции).

Передача незарегистрированного в КУСП сообщения о происшествии исполнителю для проведения проверки категорически запрещается (п. 28 Инструкции). Проверка сообщения о происшествии, содержащем признаки преступления, осуществляется в порядке, установленном УПК РФ (п. 31 Инструкции). О принятом решении по сообщению о происшествии информируется заявитель. Заявителю разъясняется его право обжаловать принятое решение и порядок обжалования в соответствии с законодательным и иными нормативными актами РФ (п. 34 Инструкции).

Материалы, по которым вынесены постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, незамедлительно регистрируются в специальном журнале, который ведется в органах внутренних дел сотрудником по регистрационно-учетной и статистической работе или лицом, исполняющим его обязанности, и в течение суток направляется прокурору для рассмотрения и утверждения в случае согласия с принятым решением. Материалу присваивается очередной порядковый номер (через дробь): номер по КУСП / номер по журналу учета отказных материалов. При этом в журнале учета отказных материалов указывается двойной номер (через дробь): номер по журналу учета отказных материалов / номер по КУСП (п. 35 Инструкции).

Сообщения о происшествиях, не содержащие признаков преступления либо административного правонарушения, приобщаются к материалам специального номенклатурного дела (п. 33 Инструкции).

По окончании КУСП журналы учета материалов, по которым вынесены постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, жур-

налы учета административного производства, накопительные дела по материалам проверок, книжки с талонами-корешками передаются из дежурной части органа внутренних дел в секретариат для их хранения в течение пяти лет. Магнитные записи поступивших в дежурную часть органа внутренних дел сообщений о происшествиях, в том числе полученные с помощью многофункционального цифрового регистратора сигналов, сохраняются в течение 30 суток, а затем уничтожаются в установленном законом порядке с согласия председателя комиссии, создаваемой для учета за регистрационной дисциплиной (п. 47 Инструкции).

В прокуратуре действует Инструкция о едином порядке приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях в органах прокуратуры Российской Федерации, утв. приказом Генерального прокурора РФ от 16 марта 2006 г. № 12.

Кроме того, с 1 января 2006 г. в Российской Федерации действует Типовое положение о едином порядке организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях, утв. приказом Генерального прокурора РФ, МВД России, МЧС России, Минюстом России, ФСБ России, Минэкономразвития России, ФСКН России от 29 декабря 2005 г. № 39/1070/1021/253/780/353/399, согласованное с СД ВС РФ. Правила, содержащиеся в данных документах, не приводятся, поскольку аналогичны вышеизложенным. Особо следует подчеркнуть, что п. 7, 15 и 21 Типового положения в части приема заявлений о преступлениях распространяются и на суды. В данном случае речь идет о заявлениях по делам частного обвинения, а также о преступлениях, совершенных участниками процесса в ходе судебного разбирательства.

На основании ст. 144 УПК РФ по заявлениям и сообщениям о совершенных или готовящихся преступлениях в течение трех суток должно быть принято одно из решений, предусмотренных ст. 145 УПК РФ: 1) о возбуждении уголовного дела; 2) об отказе в возбуждении уголовного дела; 3) о передаче заявления или сообщения по подследственности в соответствии со ст. 151 УПК РФ, а по уголовным делам частного обвинения — в суд в соответствии с ч. 2 ст. 20 УПК РФ.

Указанный срок по ходатайству следователя, дознавателя может быть продлен соответственно руководителем следственного органа, начальником органа дознания до 10 суток, а при необходимости проведения документальных проверок или ревизий руководитель следственного органа по ходатайству следователя или прокурор по ходатайству дознавателя вправе продлить этот срок до 30 суток (ч. 3 ст. 144 УПК РФ).

После принятия решения по существу заявления в КУСП делается соответствующая отметка (возбуждено уголовное дело номер такой-то; сдан отказной материал номер такой-то; заявление направлено по подведомственности в такой-то орган; материал, не имеющий признаков преступления, приобщен в специальное номенклатурное дело).

Таким образом, предметом обжалования и судебного контроля в данном случае является постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, приобщенные к нему документы (заявление о совершенном преступлении, объяснения, справки и пр.), именуемые на практике отказным материалом.

По смыслу уголовно-процессуального закона, жалоба на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела может быть подана лицом (физическим, юридическим), от которого поступило заявление об уже совершенном или готовящемся преступлении. Как правило, это потерпевший, гражданский истец либо их законные представители, руководитель предприятия, учреждения, организации, коммерческой фирмы, которой деянием причинен ущерб. В соответствии с названной Инструкцией под сообщениями о преступлении понимаются также явки с повинной (п. 4.1.2). То есть, как видим, заявление о преступлении может поступить от фактически виновного лица, который имеет право на защиту. Как указывалось выше, жалобы на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела могут поступить и от иных заинтересованных лиц.

В описательной части постановления об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела излагаются данные о заявлении (сообщении) о преступлении, результатах последственной проверки, основаниях отказа в возбуждении уголовного дела, приводятся доводы жалобы.

Традиционно особое внимание уделяется мотивировке принятого по жалобе решения, которое в ясных и четких выражениях должно содержать указания на мотивы отмены постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, а также на те обстоятельства, которые подлежат установлению при дополнительной последственной проверке, либо на причины оставления жалобы без удовлетворения.

Учитывая данные судебной практики, поводом к отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела могут быть неполнота и односторонность последственной проверки, неправильное применение уголовного и уголовно-процессуального законов.

В постановлении судьи не допускается оценка доказательств. Ссылка на их противоречивость допустима лишь при наличии неполноты последственной проверки.

Резолютивная часть постановления кроме положения о необходимости отмены постановления об отказе в возбуждении уголовного дела должна содержать указание о направлении материала для проведения дополнительной доследственной проверки соответствующему прокурору.

Если при проверке законности постановления об отказе в возбуждении уголовного дела судья выявит нарушения закона, ущемляющие права участников процесса, а равно иные нарушения уголовно-процессуального закона, то в силу ч. 4 ст. 29 УПК РФ он может довести это до сведения руководителей следственных органов, прокуроров путем вынесения частного постановления.

Суд не вправе вынести постановление о возбуждении уголовного дела либо об отказе в возбуждении уголовного дела, поскольку данная функция выходит за рамки судебно-контрольной деятельности и существенно ограничивает процессуальную самостоятельность органа предварительного расследования и прокурора.

Закон не запрещает принесение жалобы на законность и обоснованность постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, если органом предварительного расследования, прокурором после проведения дополнительной доследственной проверки на основании постановления суда вновь вынесено то же решение. На основе анализа вновь вынесенного постановления суд в числе доводов, свидетельствующих о необходимости его отмены, может сослаться на факт невыполнения органом предварительного расследования обязательных для него указаний начальника органа дознания, руководителя следственного органа, прокурора и суда.

Отказ в возбуждении уголовного дела по мотивам нецелесообразности не допускается, следовательно, основанием для отказа в возбуждении уголовного дела может быть только то основание, которое прямо предусмотрено законом.

Аналогичен вышеприведенному и порядок рассмотрения жалоб на отказ в принятии заявления о готовящемся или совершенном преступлении (п. 5 ст. 144 УПК РФ). Однако в данном случае предметом обжалования является уже не процессуальный документ, а действие (бездействие) органа, на который по закону возложена обязанность принять заявление и вынести по нему соответствующее решение.

Судебная практика показывает, что наиболее часто распространены отказы в форме возвращения заявления о преступлении лицу, его подавшему, письмом без принятия какого-либо процессуального решения. Подобные действия, как правило, мотивируются отсутствием

в заявлении необходимых сведений о преступлении. Действующее законодательство не предусматривает подобной формы реагирования на заявление о преступлении (ст. 145 УПК РФ). Что касается лиц, злоупотребляющих своими правами, то к ним следует принимать предусмотренные законом меры воздействия.

По результатам рассмотрения жалобы выносятся постановления либо об отказе в ее удовлетворении, либо о признании действий (бездействия) органа, не выполнившего требования закона о приеме и регистрации заявления о преступлении, незаконным (необоснованным); на компетентный орган, надзирающего за ним прокурора возлагается обязанность устранить допущенное нарушение, что по юридическим последствиям равнозначно императивному указанию: заявление принять, зарегистрировать, разрешить в соответствии с законом.

Особое место в ряду жалоб на решения органов предварительного расследования и прокуроров, которые могут быть поданы в стадии возбуждения уголовного дела, занимают те из них, которые поданы на постановления о возбуждении уголовного дела. Если уголовное дело возбуждается в отношении конкретного лица, то это лицо приобретает статус подозреваемого, в связи с чем может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам. Поэтому, по смыслу действующего законодательства, уже на этапе возбуждения уголовного дела суд правомочен выяснить, соблюден ли порядок вынесения данного решения, имеются ли поводы к возбуждению уголовного дела, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу.

Установление того, ограничиваются ли в связи с возбуждением уголовного дела конституционные права и свободы лица, обратившегося с жалобой, и сопряжена ли проверка законности обжалуемого постановления с рассмотрением тех вопросов, которые подлежат разрешению при постановлении приговора, осуществляется судом, исходя из фактических обстоятельств конкретного дела. Незаконные постановления прокуроров, следователей и лиц, производящих дознание, о возбуждении уголовного дела подлежат отмене, в том числе и те, которые вынесены с нарушением правил, предусмотренных ст. 448 УПК РФ.

Предметом судебно-контрольного исследования в данном случае является постановление о возбуждении уголовного дела. Право подачи жалобы принадлежит подозреваемому, его защитнику, а также иным лицам, чьи конституционные права были нарушены в связи с вынесением постановления о возбуждении уголовного дела. Как показывает судебная практика последних лет, по результатам рассмотрения жалобы выносятся постановления либо об отказе в ее удовлетворении,

либо о признании постановления о возбуждении уголовного дела незаконным (необоснованным). В последнем случае на компетентного прокурора возлагается обязанность устранить допущенное нарушение, что по юридическим последствиям равнозначно отмене постановления о возбуждении уголовного дела.

Проверяя законность и обоснованность постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, судья обязан выяснить, соблюдены ли нормы, регулирующие порядок рассмотрения сообщения о совершенном или готовящемся преступлении (ст. 20, 144, 145 и 151 УПК РФ), а также принято ли уполномоченным должностным лицом решение об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии к тому законных оснований, соблюдены ли при его вынесении требования ст. 148 УПК РФ. Признав отказ в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, судья выносит соответствующее постановление, которое направляет для исполнения РСО или начальнику прокурору для его дальнейшей передачи органу дознания, и уведомляет об этом заявителя (п. 14 Пост. № 1).

При рассмотрении жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела судье следует проверять, соблюден ли порядок его вынесения, обладало ли должностное лицо, принявшее соответствующее решение, необходимыми полномочиями, имелись ли поводы и основания к возбуждению уголовного дела, не было ли обстоятельств, исключающих производство по делу (п. 16 Пост. № 1).

8.9. Рассмотрение жалоб на постановления о прекращении уголовного дела

О прекращении дела составляется мотивированное постановление, в котором указываются: дата и место его вынесения; должность, фамилия и инициалы лица, его вынесшего; обстоятельства, послужившие поводом и основанием для возбуждения уголовного дела; пункт, часть, статья УК РФ, предусматривающие ответственность за преступление, по признакам которого было возбуждено уголовное дело; результат предварительного следствия с указанием данных о лицах, в отношении которых осуществлялось уголовное преследование; применявшиеся меры пресечения; пункт, часть, статья УПК РФ, на основании которых прекращается уголовное дело или уголовное преследование; решение об отмене меры пресечения, а также наложения ареста на имущество, корреспонденцию, временного отстранения от должности, контроля и записи переговоров; решение о судьбе вещественных доказательств, порядок обжалования данного постановления (ч. 1 ст. 213 УПК РФ).

В случаях, когда прекращение уголовного дела допускается только с согласия обвиняемого или потерпевшего, в постановлении отражается наличие такого согласия.

Кроме того, постановления о прекращении уголовного дела в указанных законом случаях утверждаются: вынесенные следователем — руководителем следственного органа (п. 9 ч. 1 ст. 39 УПК РФ), дознавателем — прокурором (п. 13 ч. 2 ст. 37 УПК РФ). По смыслу закона, руководитель следственного органа по делу, находящемуся у него в производстве, вправе лично вынести постановление о его прекращении (ч. 2 ст. 39). УПК РФ такого права прокурору не предоставляет (ст. 37 УПК РФ).

Таким образом, жалоба в порядке ст. 125 УПК РФ может быть подана только на состоявшееся процессуальное решение, которое в данном случае будет выступать в качестве объекта как обжалования, так и судебно-контрольной проверки на предмет его законности, обоснованности и справедливости.

Основаниями к прекращению уголовного дела на досудебных этапах движения дела являются предусмотренные законом обстоятельства, которые либо исключают возможность производства по делу, либо влекут освобождение от уголовной ответственности лица, в отношении которого возбуждено уголовное дело или осуществляется уголовное преследование. В последнем случае уголовное дело может быть прекращено только тогда, когда все события, в связи с которым оно возбуждалось, выяснены полно, всесторонне и объективно; имеются как фактические, так и правовые основания прекратить производство по делу, разрешив его без направления в суд.

Основания к прекращению уголовного дела (уголовного преследования) делятся: 1) на реабилитирующие (отсутствие события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ), отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ); непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступлений (п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ), если исчерпаны все возможности для собирания дополнительных доказательств); 2) нереабилитирующие, когда органы предварительного расследования, установив в деянии лица все признаки преступления, вправе освободить его от уголовной ответственности на условиях, предусмотренных уголовным и уголовно-процессуальным законами (см. п. 3—6 ч. 1 ст. 24, ст. 25—26, п. 3—8 ст. 27, ст. 28 УПК РФ).

Процессуальный порядок прекращения уголовных дел в стадии предварительного расследования существенно различается в зависимости от характера и оснований к их прекращению. Так, орган

дознания и следователь как процессуально самостоятельные лица прекращают уголовное дело своим постановлением только в случае, если речь идет о полной реабилитации подозреваемого или обвиняемого.

В то же время прекращение уголовного дела указанными субъектами уголовного процесса в порядке ст. 25, 26, 28 УПК РФ допускается следователем только с согласия руководителя следственного органа (п. 9 ч. 1 ст. 39 УПК РФ), дознавателем — с согласия прокурора (п. 13 ч. 2 ст. 37 УПК РФ). Практика применения законодательных актов об амнистии также показывает, что в постановлениях высших законодательных органов о применении амнистии, как правило, содержится указание, что уголовные дела по этому основанию (п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК РФ) прекращаются с согласия соответствующих должностных лиц.

Кроме того, уголовно-процессуальный закон запрещает прекращение дел по нереабилитирующим основаниям, если обвиняемый против этого возражает. По этому поводу в ч. 2 ст. 27 УПК РФ записано: прекращение уголовного преступления по основаниям, указанным в п. 3 и 6 ч. 1 ст. 24, ст. 25 и 28 УПК РФ, а также в п. 3 и 6 ст. 27 УПК РФ, не допускается, если обвиняемый против этого возражает. В таком случае производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке.

Характерной особенностью правоприменительной практики является то, что постановление о прекращении уголовного дела, составляемое лицом, производящим дознание, утверждается еще: 1) начальником подразделения дознания, 2) руководителем органа дознания. Перечень органов дознания дан в ст. 40 УПК РФ.

Уголовно-процессуальный закон требует, чтобы постановление о прекращении уголовного дела соответствовало материалам уголовного дела, т.е. содержало обоснование принимаемого органом предварительного расследования решения путем приведения анализа и оценки добытых в ходе расследования доказательств. Оценка доказательств производится в свете положений как материального, так и процессуального права. В заключении анализа следует вывод о необходимости прекращения уголовного дела.

Сущность (фабула) дела излагается таким образом, чтобы было понятно, что послужило поводом и основанием к возбуждению уголовного дела, какие именно обстоятельства установлены в процессе расследования, какими фактическими данными это подтверждается, по каким юридическим основаниям дело подлежит прекращению.

Постановление должно состоять из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной частей. При необходимости в про-

цессе изложения делаются ссылки на листы дела, подтверждающие конкретные обстоятельства.

В резолютивной части постановления формулируется решение о прекращении уголовного дела, приводятся его основания со ссылкой на уголовно-процессуальный закон. Постановление подписывается лицом, производящим дознание, следователем или прокурором, при необходимости утверждается либо санкционируется руководителем органа дознания, прокурором. Копия постановления о прекращении уголовного дела направляется прокурору. Одновременно следователь в письменной форме уведомляет всех заинтересованных лиц о принятом решении (ч. 4 ст. 212 УПК РФ), разъясняет им порядок обжалования. Грубое нарушение перечисленных правил может быть рассмотрено в качестве основания для отмены постановления о прекращении уголовного дела. По результатам проверки судья выносит одно из постановлений: 1) об оставлении жалобы без удовлетворения, 2) о признании постановления незаконным (необоснованным), возлагает на компетентного прокурора обязанность устранить допущенное нарушение, что по юридическим последствиям равнозначно отмене постановления о прекращении уголовного дела.

Прекращая уголовное дело, орган предварительного расследования обязан также принять решение и по целому комплексу сопутствующих вопросов: отменить меру пресечения, если она избиралась, освободить имущество из-под ареста, если таковой накладывался, и т.п. Поскольку предметом судебной проверки в рамках ст. 125 УПК РФ является исключительно лишь решение о прекращении уголовного дела, то суд не вправе в ходе осуществления данного судебно-контрольного действия рассматривать другие вопросы.

Например, если потерпевший жалуется не только на незаконное, с его точки зрения, постановление о прекращении уголовного дела, но и одновременно выражает свое несогласие с освобождением обвиняемого из-под стражи, то суд, придя к выводу, что производство по делу прекращено незаконно, удовлетворяет жалобу потерпевшего лишь частично, поскольку избрание меры пресечения в отношении обвиняемого, а равно определение его процессуального статуса является исключительной прерогативой органа предварительного расследования и прокурора.

Во вводной части постановления, принятого по результатам рассмотрения жалобы на постановление о прекращении уголовного дела, должны быть указаны: его наименование; дата и место вынесения; должность и фамилия судьи; должность и фамилия прокуро-

ра, защитника (адвоката), если они принимали участие в рассмотрении жалобы.

В описательной части своего постановления судья излагает данные об уголовном деле (основаниях его возбуждения, результатах расследования, основаниях прекращения), приводит суть доводов жалобы.

Особое внимание следует уделить мотивировке принятого по жалобе решения, которое в ясных и четких выражениях должно содержать указания на мотивы отмены постановления о прекращении уголовного дела, а также на те обстоятельства, которые подлежат установлению при дополнительном расследовании, либо на причины оставления жалобы без удовлетворения.

Мотивами отмены указанных постановлений судом могут быть неполнота и односторонность предварительного расследования, неправильное применение уголовного и уголовно-процессуального законов при прекращении уголовного дела.

В своем постановлении судье следует избегать оценки доказательств. Ссылка на их противоречивость допустима лишь в случае неполноты предварительного расследования. Постановление о прекращении уголовного дела может быть отменено ввиду невыполнения органом предварительного расследования обязательных для него указаний руководителя следственного подразделения, прокурора и суда.

Резолютивная часть постановления кроме положения об отмене постановления о прекращении уголовного дела содержит указание о направлении дела для проведения дальнейшего расследования соответствующему прокурору.

Рассматривая жалобу на постановление о прекращении уголовного дела, судья, не давая оценки имеющимся в деле доказательствам, должен выяснять, проверены ли и учтены ли дознавателем, следователем или РСО все обстоятельства, на которые указывает в жалобе заявитель, могли ли эти обстоятельства повлиять на вывод о наличии оснований для прекращения уголовного дела (п. 15 Пост. № 1).

8.10. Рассмотрение жалоб на постановления о продлении срока предварительного расследования

В соответствии с ч. 1 ст. 162 УПК РФ предварительное следствие по уголовным делам должно быть закончено не позднее чем в двухмесячный срок. Указанный в законе общий двухмесячный срок предварительного следствия может быть продлен до трех месяцев руководителем соответствующего следственного органа (ч. 4 ст. 162 УПК РФ).

По делам, расследование которых представляет особую сложность, срок предварительного следствия может быть продлен руководителем следственного органа субъекта РФ (приравненными к нему руководителями следственных органов), его заместителем до 12 месяцев. Дальнейшее продление срока предварительного следствия может быть произведено только в исключительном случае Председателем СК при прокуратуре РФ, руководителем соответствующего следственного органа исполнительной власти или его заместителем (ч. 5 ст. 162 УПК РФ).

В случае возвращения уголовного дела прокурором следователю в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 221 УПК РФ срок для исполнения указаний прокурора либо обжалования решения прокурора устанавливается руководителем следственного органа и не может превышать одного месяца со дня поступления уголовного дела следователю. При возобновлении приостановленного или прекращенного уголовного дела срок дополнительного следствия устанавливается руководителем следственного органа и не может превышать одного месяца со дня поступления уголовного дела следователю. Дальнейшее продление сроков предварительного расследования производится на общих основаниях.

Жалоба на постановление о продлении срока предварительного расследования по делу может быть подана только на уже состоявшееся процессуальное решение, которое в данном случае выступает и в качестве объекта обжалования, и в качестве предмета судебно-контрольной проверки по поводу его законности, обоснованности и целесообразности.

8.11. Особенности рассмотрения жалоб органа предварительного расследования в истребовании доказательств

При рассмотрении жалоб на отказ лица, осуществляющего предварительное расследование, в удовлетворении ходатайств об установлении посредством следственных действий обстоятельств, имеющих, по мнению заявителей, значение для уголовного дела, судья лишь проверяет, не были ли нарушены права участников уголовного судопроизводства при принятии такого решения (п. 17 Пост. № 1).

8.12. Особенности рассмотрения жалоб на постановление прокурора об отказе в возбуждении надзорного производства в виду новых или вновь открывшихся обстоятельств

В порядке ст. 125 УПК РФ обжалованию подлежит постановление прокурора об отказе в возбуждении производства ввиду новых или

вновь открывшихся обстоятельств. При этом осужденному, отбывающему наказание в виде лишения свободы и заявившему ходатайство об участии в судебном разбирательстве по жалобе, должно быть обеспечено это право, если судьей такое участие будет признано необходимым для защиты прав личности и достижения целей правосудия. Заявителю должна быть предоставлена возможность изложить в суде свою позицию по рассматриваемой жалобе путем допуска к участию в деле его адвокатов и других представителей, а также иными предусмотренными законом способами.

В тех случаях, когда лицо, отбывающее наказание по вступившему в законную силу приговору, не согласно с решением прокурора, который после проведенной проверки прекратил возбужденное им производство на основании ст. 415 УПК РФ, заинтересованное лицо в соответствии с ч. 3 ст. 416 УПК РФ вправе обжаловать решение прокурора в суд, правомочный решать вопрос о возобновлении производства по уголовному делу ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств согласно ст. 417 УПК РФ, а не в порядке ст. 125 УПК РФ (п. 18 Пост. № 1).

8.13. Особенности рассмотрения жалоб на решения, действия (бездействие) прокурора при экстрадиции

В порядке ст. 125 УПК РФ может быть обжаловано решение прокурора о применении меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу лица для обеспечения его возможной экстрадиции по запросу иностранного государства, принятое на основании судебного решения этого государства о заключении его под стражу (ч. 2 ст. 466 УПК РФ).

При этом судья не обсуждает вопросы виновности лица, принесшего жалобу, ограничиваясь проверкой соответствия решения прокурора законодательству и международным договорам Российской Федерации (п. 19 Пост. № 1).

§9. Ограничение органами предварительного расследования права участников уголовного судопроизводства на ознакомление с материалами уголовного дела

В силу п. 12 ч. 4 ст. 47 УПК РФ по окончании предварительного расследования обвиняемый имеет право знакомиться со всеми материалами уголовного дела, выписывать из него любые сведения в любом объеме. Аналогичным правом располагают его защитник (п. 7 ч. 1

ст. 53 УПК РФ), законный представитель (п. 4 ч. 2 ст. 426 УПК РФ). Иные участники уголовного судопроизводства: потерпевший (п. 12 ч. 2 ст. 42 УПК РФ), гражданский истец (п. 12 ч. 4 ст. 44 УПК РФ), гражданский ответчик (п. 9 ч. 2 ст. 54 УПК РФ), их представители (ч. 3 ст. 45 УПК РФ) наделены правом на ознакомление с теми материалами уголовного дела, которые имеют к ним отношение. Общеизвестно, что право участника процесса в необходимом объеме знать материалы уголовного дела — гарантия его эффективного участия в процессе. Активное участие сторон в уголовном судопроизводстве — залог своевременного выявления процессуальных нарушений, допущенных следователем. Изложенное позволяет сделать вывод, что ознакомление участников процесса с материалами уголовного дела по окончании предварительного расследования имеет исключительно важное значение для достижения целей уголовного судопроизводства; ограничение реализации данного права допустимо лишь только в случае, если участник уголовного процесса своим правом знать материалы дела злоупотребляет. Регламентация порядка уведомления участников уголовного судопроизводства об окончании следственных действий, хода ознакомления их с материалами уголовного дела по УПК отличается сложностью; уголовно-процессуальный закон содержит далеко не все ответы на вопросы, возникающие у практиков, между отдельными положениями ст. 215—217 УПК РФ имеются существенные противоречия.

Сложность и противоречивость регламентации порядка ознакомления участников процесса с материалами уголовного дела обусловлена тем, что ст. 215, 216 УПК РФ предусматривают различные способы уведомления об окончании следственных действий. В отношении обвиняемого УПК РФ в данном случае требует составления отдельного протокола, порядок же уведомления иных участников процесса об окончании следственных действий не урегулирован. Следователи обычно ограничиваются письмом либо телефонным звонком. Весьма распространено противоречащее нормам закона правило, согласно которому следователи заблаговременно отбирают у некоторых участников процесса заявления о том, что знакомиться с материалами уголовного дела они не желают.

В статьях 215, 216 УПК РФ называются различные основания для осуществления ознакомления участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела. В обязательном порядке ознакомиться с материалами дела предлагается лишь обвиняемому, его защитнику и — максимум — законному представителю несовершеннолетнего обвиняемого. Более того, отказ обвиняемого не освобождает

органы предварительного расследования от обязанности предоставления материалов дела для ознакомления защитнику.

Иные участники процесса знакомятся с материалами дела исключительно на основании их соответствующего ходатайства. В зависимости от статуса участников уголовного судопроизводства УПК предусматривает различные последствия злоупотребления ими правом на ознакомление с материалами уголовного дела. Если в отношении содержащегося под стражей обвиняемого, его защитника, затягивающих процесс ознакомления с материалами дела, срок данного процессуального действия определяется судом, то в отношении иных участников процесса (в том числе обвиняемого, пребывающего на свободе) закон вообще не требует никакого процессуального оформления. Несмотря на вышеперечисленные противоречия в законе, принятые по делу процессуальные решения должны обеспечить, с одной стороны, своевременное поступление дела в суд, с другой — соблюдение прав участников процесса.

Действующему закону в полной мере отвечает следующий алгоритм поведения сторон. В силу ч. 1 ст. 215 УПК РФ следователь, признав все следственные действия по уголовному делу произведенными, уведомляет об этом обвиняемого и разъясняет ему предусмотренное ст. 217 УПК РФ право на ознакомление со всеми материалами уголовного дела как лично, так и с помощью защитника, законного представителя. Об этом составляется протокол в соответствии со ст. 166 и 167 УПК РФ. Одновременно об окончании следственных действий следователь в письменной форме уведомляет также защитника, законного представителя обвиняемого, если они участвуют в уголовном деле, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей (ч. 2 ст. 215 УПК РФ). При этом предполагается, что об окончании следственных действий обвиняемый уведомляется следователем в присутствии защитника.

С учетом важности вышеозначенного процессуального действия участие защитника в момент уведомления обвиняемого об окончании следственных действий следует признать обязательным. По делам в отношении несовершеннолетних обвиняемых правила, предусмотренные ч. 1 ст. 215 УПК РФ, должны быть выполнены также с участием законного представителя. Факт необъявления обвиняемому об окончании производства следственных действий исключает наступление последствий, указанных в ч. 2 и 3 ст. 217 УПК РФ.

По смыслу уголовно-процессуального закона одновременно с уведомлением участников судопроизводства об окончании следствен-

ных действий следователь сообщает им место, время ознакомления с материалами уголовного дела. Ознакомление с материалами уголовного дела — право участников уголовного судопроизводства, по этой причине уголовно-процессуальный закон предписывает следователю лишь создать им для этого необходимые условия: предоставить помещение, оформленные надлежащим образом материалы дела, при необходимости — средства для их копирования.

Далее законодатель предусматривает четыре варианта развития дальнейших событий. **Первый** — обвиняемый, его защитник и законный представитель, иные участники процесса, имеющие право на ознакомление с материалами уголовного дела, в установленные законом сроки прибыли к следователю и приступили к ознакомлению с материалами уголовного дела. **Второй** — вышеперечисленные лица, в том числе обвиняемый, его защитник и законный представитель, для ознакомления с материалами уголовного дела в установленный следователем срок не явились. **Третий** — субъекты процесса прибыли для ознакомления, однако к ознакомлению с материалами уголовного дела не приступили. **Четвертый** — обвиняемый, его защитник и законный представитель, иные участники процесса, имеющие право на ознакомление с материалами уголовного дела, прибыли к следователю, приступили к ознакомлению с материалами уголовного дела, однако явно затягивают время ознакомления с ним.

Если обвиняемый, его законный представитель, потерпевший, гражданский истец по уважительным причинам (например, ввиду тяжелого заболевания) не могут в назначенное время явиться для ознакомления с материалами уголовного дела, то следователь откладывает ознакомление, после чего решает вопрос о повторном вызове их для ознакомления с материалами уголовного дела.

Если по уважительным причинам не прибыли для ознакомления защитник обвиняемого, представители потерпевшего, гражданского истца и ответчика, то следователь откладывает ознакомление с материалами уголовного дела на срок не более пяти суток (ч. 3 ст. 215 УПК РФ). В случае невозможности избранного обвиняемым защитника явиться для ознакомления с материалами уголовного дела следователь по истечении пяти 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 исключением случаев, когда участие защитника в уголовном

деле в соответствии со ст. 51 УПК РФ, с одной стороны, является обязательным (ч. 4 ст. 215 УПК РФ). Иными словами, если избранный обвиняемым адвокат в очерченные законом сроки не в состоянии принять участие в ознакомлении с материалами уголовного дела ввиду занятости, болезни, по иным объективным причинам либо уклоняется от ознакомления с материалами, то следователь допускает к участию в деле защитника — адвоката по назначению. Наличие данного защитника не препятствует участию в ознакомлении защитника, ранее избранного обвиняемым. В то же время другого защитника следователь вправе вызвать лишь в том случае, если избранный обвиняемым защитник не имеет реальной возможности принять участие в деле в пятидневный срок.

Отсутствие адвоката при предъявлении обвиняемому в порядке ст. 217, с одной стороны, материалов дела является существенным нарушением права на его защиту. Если не содержащийся под стражей обвиняемый без уважительных причин не явился для ознакомления, либо явился, но к ознакомлению с материалами уголовного дела не приступил, а равно если содержащийся под стражей обвиняемый доставлен для ознакомления с материалами уголовного дела, но к ознакомлению с ним не приступил, следователь в первом случае по истечении пяти суток со дня объявления об окончании следственных действий либо со дня окончания ознакомления с материалами уголовного дела иных участников уголовного судопроизводства, во втором случае — с момента появления у субъектов процесса реальной возможности знакомится с материалами уголовного дела, составляет обвинительное заключение и направляет материалы уголовного дела прокурору (ч. 5 ст. 215 УПК РФ).

Сказанное означает, что прекращение ознакомления участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела, равно как и отказ в предоставлении данных материалов для ознакомления может быть обусловлен как неявкой этих участников судопроизводства для ознакомления, так и их уклонением от ознакомления любым иным образом.

Формально уголовно-процессуальный закон не требует от следователя какого-либо процессуального оформления решения о прекращении ознакомления с материалами уголовного дела либо об отказе от ознакомления с материалами уголовного дела. В то же время, по смыслу ч. 1 ст. 217 УПК РФ, факты неявки перечисленных выше участников процесса для ознакомления с материалами уголовного дела в означенное для них место и время либо их уклонения иным образом

от ознакомления должны быть отражены следователем в протоколах ознакомления потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей с материалами уголовного дела, ознакомления обвиняемого, его защитника и законного представителя с материалами уголовного дела, соответствующих графиках ознакомления участников судопроизводства. Из протокола должно быть понятно:

когда и на какое время участник процесса был вызван, в чем выразился факт его неявки, какие обстоятельства позволили следователю сделать вывод о том, что данный участник процесса не явился для выполнения процессуального действия без уважительных причин;

в чем конкретно выразилось его уклонение от ознакомления с материалами дела иным образом.

Факт неявки (несвоевременной явки, т.е. опоздания, серии опозданий) участника процесса для ознакомления с материалами уголовного дела — явление формальное (участник процесса не явился в назначенное следователем время, опоздал). Уклонение от ознакомления с материалами уголовного дела иным образом — категория оценочная.

По ходатайству потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей следователь знакомит данных лиц с материалами уголовного дела полностью или частично. Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители знакомятся с материалами дела в той части, которая относится к гражданскому иску (ч. 1 ст. 216 УПК РФ). Их ознакомление проводится в порядке, установленном ст. 217 и 218 УПК РФ (ч. 2 ст. 216 УПК РФ). Следователь предъявляет обвиняемому, его защитнику, равно как и иным участникам уголовного судопроизводства подшитые, пронумерованные с соответствующей описью материалы уголовного дела (за исключением случаев, предусмотренных ч. 9 ст. 166 УПК РФ) после выполнения требования ст. 216 УПК РФ. Для ознакомления предъявляются также вещественные доказательства — по просьбе обвиняемого или его защитника — фотографии, материалы аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки и иные приложения к протоколам следственных действий. В случае невозможности предъявления вещественных доказательств следователь выносит об этом постановление. По ходатайству обвиняемого и его защитника следователь предоставляет им возможность знакомиться с материалами уголовного дела раздельно. Если в производстве по уголовному делу участвуют несколько обвиняемых, то последовательность предоставления им и их защитникам материалов уголовного дела устанавливается следователем. По общему правилу, с материалами уголовного дела обвиняемый и его защитник знакомятся совместно.

Основание к раздельному ознакомлению может быть обусловлено только обоюдным желанием данных участников процесса. Если такого ходатайства от них не поступало, то при раздельном ознакомлении с материалами дела оснований считать, что они приступили к ознакомлению, не имеется.

В процессе ознакомления с материалами дела, состоящего из нескольких томов, обвиняемый, его защитник, законный представитель, равно как и иные участники уголовного судопроизводства вправе повторно обращаться к любому из томов уголовного дела, а также выписывать любые сведения и в любом объеме, снимать копии с документов, в том числе с помощью технических средств. Копии документов и выписки из уголовного дела, в котором содержатся сведения, составляющие государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, хранятся при уголовном деле и предоставляются обвиняемому и его защитнику во время судебного разбирательства (ч. 2 ст. 217 УПК РФ).

Во же время положения ч. 2 ст. 217 УПК РФ не предполагают, что следователь вправе изъять у обвиняемого, в том числе для хранения до суда при уголовном деле, сделанные в процессе ознакомления с материалами уголовного дела выписки и копии документов, не затрагивающие содержащихся в деле сведений, составляющих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну.

По общему правилу, обвиняемый, его защитник, равно как и иные участники процесса не могут ограничиваться во времени, необходимым им для ознакомления с материалами уголовного дела (ч. 3 ст. 217 УПК РФ).

Если приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела содержащийся под стражей обвиняемый и его защитник явно затягивают время ознакомления с материалами дела, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке ст. 125 УПК РФ, определяется срок для ознакомления с материалами уголовного дела (ч. 3 ст. 217 УПК РФ). Таким образом, устанавливая особый режим реагирования следователя на факты уклонения от ознакомления с материалами уголовного дела содержащегося под стражей обвиняемого, его защитника, УПК практически умалчивает об элементах алгоритма его реакции на аналогичные действия, если обвиняемый пребывает на свободе. Данное противоречие — не что иное, как пробел в законе, поскольку он предписывает следователю принять процессуальное решение без вынесения мотивированного постановления.

Механизм реакции следователя на факты уклонения обвиняемого, защитника должен быть единым и соответствовать положениям

ч. 3 ст. 217 УПК РФ. Придя к выводу, что обвиняемый (независимо от того, содержится ли он под стражей) и его защитник явно затягивают процесс ознакомления с материалами уголовного дела, следователь с согласия руководителя следственного органа, (дознатель с согласия прокурора) входит в районный (или равный ему) суд по месту проведения предварительного расследования либо анализируемого процессуального действия с представлением, в котором ставит вопрос об установлении срока ознакомления с материалами уголовного дела.

В данном случае судья в рамках превентивного оперативного судебного контроля проверяет законность и обоснованность намерений следователя, направленных на ограничение права обвиняемого и его защитника на ознакомление с материалами уголовного дела. Ходатайство следователя рассматривается судом по правилам, предусмотренным ч. 4 ст. 125 УПК РФ. В судебном заседании участвуют: со стороны обвинения — прокурор, следователь, руководитель следственного органа (дознатель, начальник подразделения дознания), со стороны защиты — обвиняемый, защитник, при необходимости — законный представитель несовершеннолетнего обвиняемого, иные участники процесса.

В судебном разбирательстве на сторону обвинения возлагается бремя обоснования факта неявки обвиняемого, его защитника для ознакомления с материалами уголовного дела, а если они уже приступили к ознакомлению с материалами уголовного дела, — то фактов явного затягивания ознакомления материалами уголовного дела.

В судебном разбирательстве на сторону обвинения возлагается бремя обоснования факта умышленного уклонения обвиняемого, его защитника от ознакомления с материалами уголовного дела. Сторона защиты вправе высказать по этому поводу свою точку зрения. В любом случае в ходе судебного заседания должно быть выяснено, по каким причинам участники процесса своевременно не прибыли для ознакомления с материалами уголовного дела, почему не приступили к ознакомлению, в чем именно выразилось затягивание с ознакомлением с материалами уголовного дела, являются ли данные действия умышленными, не спровоцированы ли они поведением следователя, какими-либо объективными обстоятельствами. По итогам судебного разбирательства судья должен установить:

факт умышленной неявки участника процесса для ознакомления с материалами уголовного дела либо факт умышленного уклонения от преступления к ознакомлению с материалами уголовного дела;

факт умышленного затягивания ознакомления с материалами уголовного дела с материалами уголовного дела;

срок, необходимый стороне защиты для реализации своего права на ознакомление с материалами уголовного дела, о чем выносится соответствующее постановление.

Данное постановление может быть обжаловано заинтересованными участниками процесса в кассационном и надзорном порядке по правилам, предусмотренным УПК РФ. По ходу ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами дела следователь ведет протокол в соответствии со ст. 166 и 167 УПК РФ, оформление которого завершается после ознакомления соответствующего участника с материалами дела. В протоколе указываются даты начала и окончания ознакомления, заявленные ходатайства, иные заявления. Если по делу были проведены дополнительные следственные действия, то следователь уведомляет об этом лиц, указанных в ч. 1 ст. 216 УПК РФ и ч. 1 ст. 217 УПК РФ, и предоставляет им возможность ознакомления с дополнительными материалами дела в общем порядке (ч. 2 ст. 219 УПК РФ).

В случае если обвиняемый и его защитник без уважительных причин не ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следователь вправе самостоятельно принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела (ч. 3 ст. 217 УПК РФ). Данное постановление следователя, равно как и иные постановления, вынесенные им на этапе ознакомления участников уголовного судопроизводства с материалами уголовного дела, могут быть обжалованы заинтересованными лицами в порядке ст. 125 УПК РФ в суд по месту проведения предварительного расследования до момента направления уголовного дела в суд.

Так как УПК не требует от следователя составления процессуального документа по факту ограничения им права целого ряда участников процесса (потерпевших, гражданских истцов и ответчиков, их представителей и др.) на ознакомление с материалами уголовного дела, то в порядке ст. 125 УПК РФ могут быть обжалованы его действия по данному ограничению их права. Бремя доказывания, что таких фактов не было, законом возложено на сторону обвинения. Все оперативные судебно-контрольные производства, ведущиеся по фактам нарушений прав участников уголовного судопроизводства на ознакомление с материалами уголовного дела, подлежат прекращению с момента поступления уголовного дела в суд с обвинительным заключением.

Уголовно-процессуальный закон не предусматривает в качестве основания, препятствующего движению уголовного дела, факт нарушения органами предварительного расследования права сторон на ознакомление с его материалами (ст. 237 УПК РФ). Если при поступлении уголовного дела в суд выяснится, что кто-то из участников уголовного судопроизводства по каким-либо причинам не успел реализовать свое право на ознакомление с материалами уголовного дела, то им предоставляется возможность ознакомления с ними уже на этапе подготовки дела к судебному заседанию (ч. 7 ст. 236 УПК РФ). Под уклонением от ознакомления с материалами уголовного дела следует понимать:

неявку участника уголовного судопроизводства в указанное следователем время, регулярные его опоздания, не обусловленные объективными факторами перерывы в ознакомлении с материалами уголовного дела;

изучение участником уголовного судопроизводства за один день ограниченного количества документов, их переписывание от руки, несмотря на то что сторона обвинения предлагает их качественные копии или электронные версии, необоснованное возвращение к ранее изученным томам, изучение участником процесса гораздо меньшего количества документов, чем иными участниками процесса.

Предложенный нами алгоритм поведения практиками воспринят далеко не везде.

Примечание: В настоящей и последующей главах учебника при ссылках на Следственный комитет при Прокуратуре РФ необходимо иметь в виду, что Федеральным законом от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» Следственный комитет выведен из состава Генеральной прокуратуры РФ и с 15 января 2011 г. начал работать в качестве самостоятельного органа государственной власти, подчиненного непосредственно Президенту страны.

ГЛАВА 11

Участие адвоката в процессе по уголовным делам

§1. Участие адвоката в стадии предварительного расследования

В уголовном судопроизводстве адвокат участвует в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого, подсудимого и осужденного (ч. 1, 2 ст. 49 УПК РФ) и как представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и частного обвинителя (ст. 43, 45, 55). Таким образом, в современном российском уголовном процессе адвокат осуществляет такие публично-правовые роли, как защитник, представитель или обвинитель. Если адвокат-защитник всегда является субъектом стороны защиты в уголовном судопроизводстве, то адвокат-представитель может входить в состав и стороны защиты, и стороны обвинения. Особенность процессуального статуса представителей потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя состоит в том, что закон объединяет их в единую группу субъектов стороны обвинения в уголовном судопроизводстве (ст. 45 УПК РФ). Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя обладают такими же процессуальными правами, как и представляемые ими лица (ч. 3).

Цель участия адвоката в производстве по уголовным делам — осуществление защиты и уголовно-процессуального представительства, а также поддержание частного обвинения по поручению потерпевшего по делам частного обвинения (ч. 1, 2 ст. 20 УПК РФ) и оказание квалифицированной юридической помощи подзащитному и доверителю. Для этого адвокат обязан использовать весь арсенал предусмотренных законом средств, а также иных не противоречащих праву мер и средств.

Допуск адвоката-защитника в уголовное судопроизводство регламентируют ч. 2 ст. 48 Конституции РФ и ч. 3 ст. 49 УПК РФ. В соответствии с конституционными предписаниями каждый задержанный,

заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) соответственно с момента задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения.

Конкретизируя конституционные положения, УПК установил, что защитник в уголовном деле участвует с момента: возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица; фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, по основаниям и в порядке, предусмотренным законом (ст. 91, 92), а также применения к нему меры пресечения до предъявления обвинения, но не более чем на десять суток со времени задержания или применения меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 100); вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1; объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы; начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления; вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (ч. 3 ст. 49).

Основанием участия адвоката в уголовном судопроизводстве в качестве защитника или представителя является соглашение между ним и клиентом об оказании юридической помощи, изложенное в договоре поручения, который составляется в простой письменной форме (п. 1, 2 ст. 25 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре). Кроме того, адвокат обязан участвовать в уголовном деле в качестве защитника по назначению органов дознания, органов предварительного следствия и суда, которые обязаны обеспечить его участие по просьбе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (п. 10 ст. 25 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре, ч. 2 ст. 50 УПК РФ).

Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера (ч. 4 ст. 49 УПК РФ). Один и тот же адвокат не вправе защищать двух подозреваемых, обвиняемых или подсудимых, если интересы одного из них противоречат интересам другого. Адвокат не может отказываться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (ч. 7 ст. 49) по каким бы то ни было основаниям, мотивам, соображениям.

Момент допуска адвоката к участию в уголовном деле не тождествен времени принятия им на себя защиты. Этот момент законом не определен, но вне сомнений, что он предшествует допуску адвоката к участию в деле. Если бы адвокат не принял на себя защиту участни-

ков уголовного судопроизводства, он не был бы допущен к участию в уголовном деле.

Процессуально-правовые аспекты приглашения, назначения, замены, а также отказа от защиты урегулированы ст. 50, 52 УПК РФ. Согласно их предписаниям защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, а по их поручению также другими лицами. Подозреваемому, обвиняемому, подсудимому предоставлено право пригласить нескольких защитников (ч. 1 ст. 50 УПК РФ).

По просьбе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого участие в деле адвоката обеспечивают дознаватель, следователь и суд. Назначение ими защитника для участия в уголовном деле обязательно для него, а расходы на оплату труда адвоката компенсируются за счет средств федерального бюджета (ч. 5 ст. 50 УПК РФ). Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу явка защитника, приглашенного ими, невозможна, то дознаватель, следователь принимает меры по назначению защитника. Речь идет о замене приглашенного адвоката назначенным. Такая замена адвоката допускается как в досудебном, так и в судебном производстве, а осуществление ее закон допускает только при невозможности явки приглашенного адвоката в течение определенного в законе срока. В каждом из этих случаев на замену приглашенного адвоката требуется согласие подозреваемого, обвиняемого, подсудимого.

При отказе подозреваемого или обвиняемого от назначенного адвоката следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, когда названные участники судопроизводства являются несовершеннолетними, в силу своих физических или психических недостатков сами не могут осуществлять право на защиту, не владеют языком, на котором ведется судопроизводство, и т.д. (п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ). В случае неявки приглашенного адвоката в течение пяти суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому, подсудимому пригласить другого адвоката, а в случае его отказа — принять меры по назначению защитника.

Если участвующий в уголовном деле адвокат не может в течение пяти суток принять участие в производстве конкретного следственного действия, а подозреваемый или обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о назначении его, дознаватель, следователь вправе произвести следственное действие без участия защитника,

кроме случаев, предусмотренных законом (п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ). Однако это не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем пригласить для осуществления защиты другого адвоката либо ходатайствовать о его назначении.

В комплексе процессуальных прав подозреваемого, обвиняемого, подсудимого имеется и такое, как право отказаться от юридической помощи адвоката-защитника в любой момент производства по уголовному делу (ч. 1 ст. 52 УПК РФ). Процессуальные действия, произведенные без участия адвоката, после допуска защитника к делу повторно не проводятся. Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда. Отклонение отказа от защитника — право, а не обязанность лиц, ведущих процесс. Если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета (ч. 4 ст. 132 УПК РФ). Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу.

Кроме замены и отказа от адвоката в УПК также предусмотрены обстоятельства, исключающие участие в уголовном деле адвоката-защитника и адвоката-представителя. Выполнять эти процессуальные роли адвокат не вправе в предусмотренных ч. 1 ст. 72 случаях. Во-первых, если он ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, переводчика, специалиста или понятого. Во-вторых, если он является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего или принимающего участие в производстве по данному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с адвокатом соглашение об оказании юридической помощи. В-третьих, если адвокат оказывает либо ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

Наличие хотя бы одного из этих обстоятельств дает право каждому из названных участников уголовного судопроизводства заявить отвод адвокату. Решение об отводе защитника и представителя в ходе досудебного производства по уголовному делу принимает дознаватель или

следователь, а в судебном производстве — суд, рассматривающий уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей (ч. 1 ст. 69, ч. 2 ст. 72 УПК РФ).

Демократизм, гуманизм и справедливость современного российского уголовного процесса проявляется в том, что уголовно-процессуальный закон в интересах всемерной охраны, защиты и реализации субъективных процессуальных прав человека и гражданина, причастных к совершенному преступлению или обвиняемых в его совершении, основываясь на возрастных, личностных и иных критериях, закрепляет обязательное участие адвоката в уголовном судопроизводстве.

В частности, участие адвоката-защитника в уголовном процессе обязательно, если подозреваемый, обвиняемый, подсудимый: не отказался от адвоката в установленном законом порядке; несовершеннолетний; в силу физических или психических недостатков самостоятельно не может осуществлять свое право на защиту; не владеет языком, на котором ведется судопроизводство по уголовному делу, а также уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей; лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь; в иных случаях, предусмотренных законом (ч. 1 ст. 51 УПК РФ).

Кроме того, в силу ч. 2 ст. 48 Конституции РФ участие в уголовном деле адвоката обязательно, если о назначении его ходатайствуют подозреваемый, обвиняемый, подсудимый. Решая вопрос об обеспечении участия адвоката в уголовном деле, надо иметь в виду, что Основные положения о роли адвокатов, принятые VIII Конгрессом ООН по борьбе с преступностью и предупреждению преступности в августе 1990 г. в Нью-Йорке, закрепляют обязанность правительств гарантировать каждому право получить помощь адвоката по его выбору при аресте, задержании и помещении в тюрьму или при обвинении в совершении преступления (ст. 5).

Как участник уголовного судопроизводства адвокат-защитник обладает определенным в законе процессуальным положением (статусом). Последнее в теории уголовно-процессуального права и адвокатуры трактуют многозначно: защитник представляет интересы обвиняемого и в то же время является самостоятельным участником уголовного процесса; защитник — самостоятельный субъект уголовного судопроизводства, представляет интересы подозреваемого, обвиняемого; защитник — самостоятельный субъект уголовного процесса, не

зависит от незаконных и необоснованных притязаний подозреваемого и обвиняемого; адвокат является представителем обвиняемого, призванным оказывать ему юридическую помощь; процессуальное положение адвоката — это совокупность только закрепленных в законе его процессуальных прав и обязанностей.

Приведенные понятия процессуального положения адвоката-защитника неприемлемы прежде всего потому, что не содержат ответа на концептуальные вопросы о том, что представляет собой данный статус, почему адвокат есть самостоятельный субъект процесса или представитель подзащитного, кто и где закрепляет его положение. Неудивительно, что не только у студентов, но и у практиков возможность ответов на эти вопросы всегда вызывает затруднения, ибо и в науке по ним нет четкости и ясности. Вот почему так важны и необходимы новые подходы при ответе на эти вопросы на основе нового российского законодательства.

В соответствии с законом процессуально-правовое положение (статус) адвоката-защитника — это урегулированные нормами права взаимоотношения на уровне «государство — адвокат», которые охватывают различные слагаемые данного феномена. В частности, его структура включает права, обязанности, гарантии надлежащей реализации прав и обязанностей, процессуальную право- и дееспособность, ответственность адвоката.

Именно закон определяет самостоятельность и независимость адвоката при выполнении им процессуальной роли защитника, характер и содержание его взаимоотношений как с подзащитным, так и судом, прокурором, следователем, дознавателем. Рассматривая вопрос о процессуальном положении адвоката-защитника, непременно следует учитывать предписание о том, что адвокат является независимым советником по правовым вопросам (п. 1 ст. 2 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре). Естественно, и советником подозреваемого, обвиняемого, подсудимого.

Предоставив адвокату-защитнику статус самостоятельного и независимого советника по юридическим вопросам, уголовно-процессуальный закон наделил его широкими полномочиями на досудебном и судебном производстве. С момента допуска к участию в уголовном деле на досудебном производстве он может: иметь наедине свидания с подозреваемым и обвиняемым; присутствовать при предъявлении обвинения; участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с их участием, либо по их ходатайству или ходатайству самого защитника;

знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием его подзащитного, иными документами, представленными подозреваемым, обвиняемым; заявлять ходатайства и отводы; знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами дела, выписывать из него любые сведения, снимать копии с материалов уголовного дела; приносить жалобы на действия и бездействие дознавателя, следователя, прокурора, суда (ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Комплекс предоставленных адвокату процессуальных прав примерный, ибо он может использовать и иные не запрещенные законом средства и способы защиты подозреваемого и обвиняемого. Участвуя в производстве дознания или предварительного следствия по уголовному делу адвокат-защитник несет целый ряд процессуальных обязанностей, на него распространяются определенные запреты. Так, защитник обязан являться по вызову дознавателя, следователя для участия в производстве по делу, сохранять в тайне содержание бесед с подозреваемым, обвиняемым, использовать все законные средства и способы защиты подозреваемого, давать подписку о неразглашении материалов уголовного дела, содержащих государственную тайну, оказывать квалифицированную юридическую помощь подзащитному и др.

Кроме того, адвокату-защитнику запрещено разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, защищать интересы двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного противоречат интересам другого, отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (ч. 5—7 ст. 49, ч. 3 ст. 53 УПК РФ).

Подозреваемый, обвиняемый имеет право на свидание с защитником наедине и конфиденциально. Право на свидание с подозреваемым до начала его первого допроса предоставляется защитнику в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и ч. 4 ст. 92, а с обвиняемым — с п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ.

Эта возможность предоставляется подозреваемому, обвиняемому для согласования позиции по делу и для решения иных задач защиты, возникающих на отдельных этапах предварительного расследования, что особенно важно при подготовке к первому допросу.

Подозреваемый, задержанный по основаниям, установленным ст. 91 УПК РФ, должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания (ч. 2 ст. 46 УПК РФ). В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозре-

ваемого продолжительность свидания свыше двух часов может быть ограничена дознавателем, следователем с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника (ч. 4). Таким образом, свидание подозреваемого с защитником перед первым допросом может продолжаться не менее двух часов.

По ходатайству адвоката следователь (дознаватель) обязан создать защитнику и обвиняемому (подозреваемому) необходимые условия, чтобы остаться наедине для обсуждения возникших вопросов.

Гарантии конфиденциальности отношений адвоката с клиентом являются необходимой составляющей права на получение квалифицированной юридической помощи как одного из основных прав человека, признаваемых международно-правовыми нормами (ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 и 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Положение, согласно которому адвокат вправе беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность, без ограничения числа свиданий и их продолжительности, имеет наибольшую актуальность в уголовном судопроизводстве в тех случаях, когда лицо задержано по подозрению в совершении преступления (ст. 91—92 УПК РФ) или заключено под стражу (ст. 108 УПК РФ).

В соответствии со Сводом принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (принят Организацией Объединенных Наций 9 декабря 1988 г.), задержанное или находящееся в заключении лицо имеет право связываться и консультироваться с адвокатом. Задержанному или находящемуся в заключении лицу предоставляются необходимые время и условия для проведения консультаций со своим адвокатом. Право задержанного или находящегося в заключении лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним без промедления или цензуры в условиях полной конфиденциальности не может быть временно отменено или ограничено, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда по мнению судебного или иного органа это необходимо для поддержания безопасности и порядка. Свидания задержанного или находящегося в заключении лица с его адвокатом могут иметь место в условиях, позволяющих должностному лицу правоохранительных органов видеть их, но не слышать. Связь задержанного или находящегося в заключении лица с его адвокатом не может использоваться как свидетельство против обвиняемого или находящегося

ся в заключении лица, если она не имеет отношения к совершаемому или замышляемому преступлению (принцип 18).

Регулирование вопросов свидания защитника с обвиняемыми и подозреваемыми, в отношении которых в качестве меры пресечения применен арест, осуществляется Федеральным законом «О содержании под стражей». В части 1 ст. 18 этого Закона прямо говорится о том, что с момента задержания подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником наедине. Свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику правоохранительных органов видеть их, но не слышать. Количество и продолжительность таких свиданий ограничены быть не могут.

Если подозреваемый, обвиняемый не владеет языком уголовного судопроизводства, наряду с защитником на свиданиях присутствует переводчик. Лицо, не владеющее языком, на котором ведется судопроизводство, пользуясь помощью переводчика во время свидания с защитником, оказывающим ему необходимую юридическую помощь, осуществляет свое право на защиту. Переводчик же в этом случае обеспечивает полноценную реализацию данного права и не может быть приравнен к «иным лицам», свидания с которыми предоставляются обвиняемому с разрешения администрации (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 7 декабря 2001 г.).

На практике при предоставлении адвокату свиданий с подзащитным, содержащимся под стражей, применяется п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содержании под стражей». В свою очередь, в нем имеется ссылка на Правила внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации, в п. 149 которых предусмотрено, что свидания подозреваемого и обвиняемого с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, предоставляются по предъявлении последним документа о допуске к участию в уголовном деле, выданного лицом или органом, в производстве которых находится уголовное дело, на основании ордера адвоката. Следует, однако, иметь в виду, что норма, допускающая предоставление свиданий обвиняемому или подозреваемому с защитником лишь при наличии специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело, признана неконституционной (пункт 2 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 14-П). С учетом этого все процессуальные и следственные действия, произведенные после отказа допустить адвоката в место содержания под

стражей его подзащитного обвиняемого или подозреваемого по надлежаще оформленному ордеру, следует считать недействительными, а полученные доказательства недопустимыми.

При расследовании и рассмотрении уголовного дела в деятельности адвоката особое место занимает участие в доказывании, которое включает выявление, собирание, закрепление и представление доказательств. В силу презумпции невиновности подозреваемый, обвиняемый, подсудимый не обязаны доказывать свою невиновность, а неустранимые сомнения в виновности толкуются в их пользу (ст. 49 Конституции РФ). Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов в защиту подозреваемого, обвиняемого или подсудимого лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14 УПК РФ). Все доводы, обосновывающие их невиновность или смягчающие ответственность, выявлять, собирать, закреплять и представлять дознавателю, следователю, прокурору, суду должен адвокат.

В этом состоят особенности участия защитника в доказывании, субъектом которого он признан ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Согласно ее предписаниям адвокат вправе собирать доказательства путем: получения предметов и иных сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик, различных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления и др. Собирание доказательств адвокат осуществляет посредством совершения процессуальных действий, которые включают как следственные и судебные, так и иные действия, предусмотренные УПК РФ (п. 32 ст. 5). К иным процессуальным действиям, предусмотренным законом, относятся действия адвоката по собиранию доказательств. Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре в систему средств доказывания включает и такие, как возможность собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, собирать и представлять документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи, фиксировать, в том числе с помощью технических средств, информацию, содержащуюся в материалах дела (п. 3 ст. 6).

Осуществляемое адвокатом доказывание по уголовным делам, с одной стороны, носит односторонний характер — направлено на защиту прав и интересов подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. С другой стороны, невыполнение или ненадлежащее выполнение адвокатом обязанностей по участию в доказывании не влечет неблагоприятных последствий для подзащитного, так как это не означает доказанности виновности подозреваемого, обвиняемого, подсудимого.

Односторонний характер осуществляемого адвокатом доказывания играет решающую роль в определении обстоятельств, которые ему предстоит установить по конкретному уголовному делу. Процессуально-правовая основа для правильного решения данного вопроса закреплена в п. 2, 3, 5—7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ, согласно которым адвокат-защитник направляет свои усилия на доказывание обстоятельств, касающихся невиновности подзащитного в совершении преступления, характеристики его личности, устранения преступности и наказуемости деяния, смягчения наказания, а также могущих повлечь освобождение от уголовной ответственности и наказания.

Объем, последовательность и этап представления доказательств, собранных в интересах защиты подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, адвокат определяет, исходя из тактики защиты, которую он выработал по уголовному делу и согласовал с подзащитным, например, представить дознавателю или следователю все собранные им доказательства либо определенные из них при предъявлении обвинения и допросе обвиняемого с тем, чтобы обосновать свои требования по уголовному делу. Адвокат-защитник может избрать и иную тактику предъявления доказательств на предварительном расследовании, скажем, в ходе ознакомления с материалами оконченного расследования. Допускается демонстрация соответствующих доказательств и при производстве конкретных следственных действий для того, чтобы опровергнуть факты, неблагоприятные для подозреваемого, обвиняемого.

Один из способов осуществления адвокатом доказывания на досудебном производстве состоит в его участии в производстве следственных действий. Адвокат вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в производстве иных следственных действий, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника (п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

Присутствие при проведении следственных действий — право адвоката, а не обязанность. Поэтому если проведение следственных действий без защитника нежелательно, то адвокату при вступлении в дело рекомендуется заявить следователю ходатайство, в котором следует указать необходимость проведения всех следственных и процессуальных действий с обвиняемым (подозреваемым) исключительно с участием защитника и требования заблаговременного извещения адвоката о дате и месте их проведения.

Необходимо иметь в виду, что участие защитника в следственных действиях, проводимых с его подзащитным, зависит не только от самого адвоката, но и от следователя, от организации и проведе-

ния данного действия. Судебная коллегия Верховного Суда РФ определила, что когда защитник изъявляет желание принимать участие в следственных действиях, следователь должен заблаговременно уведомить его о времени и месте проведения данного действия. Не извещение следователем защитника о дополнительных следственных действиях с участием его подзащитного в судебной практике расценивается как нарушение права на защиту. Вместе с тем следует иметь в виду, что, по мнению Судебной коллегии Верховного Суда РФ, закон не обязывает следователя извещать адвоката обо всех следственных действиях с участием подзащитного, если об этом заранее не заявлено ходатайство.

Участие защитника в следственных действиях на досудебных стадиях процесса позволяет ему непосредственно воспринять получаемые в результате этих действий доказательства; способствует получению им дополнительной информации о доказательствах, которыми располагает следствие; позволяет адвокату контролировать соответствие действий дознавателя и следователя требованиям процессуального закона; обеспечивает процессуальную возможность адвоката эффективно отстаивать позицию защиты (задавать вопросы, направленные на выяснение обстоятельств, свидетельствующих о непричастности подзащитного к преступлению, исключающих преступность и наказуемость деяния, смягчающих ответственность).

В том случае, если по каким-либо причинам адвокат не может участвовать в том или ином следственном действии, он вправе ходатайствовать о переносе срока проведения данного действия, а также может уведомить следователя о возможности осуществления следственных действий без участия защитника.

При участии адвоката в следственных действиях он пользуется процессуальными правами, предоставляемыми законодательством, и может заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы, делать замечания на протоколы следственных действий, задавать вопросы и т.д.

При участии в проведении следственных действий защитник контролирует соответствие действий следователя (дознавателя) требованиям закона и реагирует на нарушения в пределах, которые требуют интересы защиты; соответствие протоколов следственных действий требованиям уголовно-процессуального закона, полноту, правильность отражения в них хода и результатов проведения следственного действия; консультирует подзащитного.

Часть 2 ст. 53 УПК РФ предоставляет защитнику, участвующему в производстве следственного действия (в том числе и допроса подозреваемого, обвиняемого), право в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному давать ему в присутствии следователя краткие юридические консультации. Это могут быть разъяснения прав подзащитного, если они не полностью или не вполне понятно разъяснены следователем или вопрос о них возник по ходу следственного действия. Представляется, что защитник может рекомендовать подзащитному воспользоваться своим правом не отвечать на те или иные вопросы следователя (п. 2 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 4 ст. 47 УПК РФ); потребовать участия в допросе переводчика, если выяснится, что допрашиваемый плохо владеет языком, на котором ведется допрос (п. 7 ч. 4 ст. 46 и ст. 47 УПК РФ); не давать показаний в ночное время, если отсутствуют исключительные обстоятельства, указанные в ч. 3 ст. 164 УПК и т.д.

Как участник производства следственного действия адвокат также вправе: задавать вопросы допрашиваемым; требовать применения научно-технических средств для фиксации хода и итогов следственного действия; ходатайствовать о занесении в протокол следственного действия тех или иных сведений; изложить в протоколе следственного действия свои замечания, требовать дополнения его; подписать протокол следственного действия.

В силу ст. 167 УПК РФ адвокат не вправе отказаться от подписания протокола следственного действия, но может изложить в нем свои замечания.

Если адвокат участвует в производстве следственного действия, для проведения которого установлен судебный порядок разрешения на это (ст. 165 УПК РФ), защитник до начала такого следственного действия вправе потребовать от дознавателя или следователя ознакомить его с судебным решением, снять с него ксерокопию, а при отсутствии — возражать против производства этого следственного действия, особенно тогда, когда оно производится в отношении подозреваемого или обвиняемого, которых адвокат защищает.

К производству следственных действий адвокат должен подготовиться. В частности, решить, необходимо ли участие в следственном действии законных представителей подозреваемого, обвиняемого, специалиста, переводчика с тем, чтобы заявить соответствующие ходатайства. Непременнo обдумать, сформулировать и записать вопросы, которые предстоит задать соответствующим участникам следственного действия. Это относится и к такому из них, как допрос подозреваемо-

го или обвиняемого. Кстати, повторный допрос последнего по тому же обвинению в случае отказа от дачи показаний допускается только по просьбе самого обвиняемого (ч. 4 ст. 173 УПК РФ). Адвокат должен помнить, что он выступает гарантом исполнения данного предписания и через него обвиняемый может передать такую просьбу дознавателю или следователю.

Цель участия адвоката в производстве следственных действий — выявить обстоятельства и доказательства, влияющие на решение вопроса о виновности подзащитного, квалификацию совершенного им деяния, вид и размер ответственности либо освобождения от нее. Собственно говоря, эта цель выражает общее направление доказывания, осуществляемого адвокатом по уголовному делу. Сохраняется оно и на завершающем этапе предварительного производства.

По окончании предварительного расследования адвокат вправе знакомиться со всеми материалами уголовного дела, выписывать из него любые сведения и в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов дела, в том числе с помощью технических средств, заявлять ходатайства, представлять доказательства, приносить жалобы на действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора.

Все материалы уголовного дела для ознакомления обвиняемому и его адвокату следователь предъявляет подшитыми и пронумерованными (ч. 1 ст. 217 УПК РФ). Вещественные доказательства тоже предъявляются для ознакомления обвиняемому и его защитнику, а по их просьбе следователь должен ознакомить их с фотографиями, аудио- и видеозаписями, материалами киносъемки. Ознакомление с материалами оконченного предварительного следствия обвиняемый и его защитник могут производить совместно, а по их просьбе — отдельно.

Применительно к этапу ознакомления адвоката с материалами оконченного предварительного следствия практика и теория выработали целый ряд методических рекомендаций, реализацию которых предопределяет момент вступления адвоката в дело. Если адвокат участвует в деле с момента задержания подозреваемого или привлечения лица в качестве обвиняемого, то ему нет необходимости начинать ознакомление с материалами дела с изучения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. В таком случае адвокат продолжит ознакомление со всеми материалами однотомного дела. Иная методика ознакомления с материалами дела, состоящего из нескольких томов. До начала изучения материалов оконченного досудебного производства надо решить вопрос, будут ли обви-

няемый и защитник знакомиться с ними отдельно или совместно, чтобы заявить об этом следователю. Затем предстоит решить и другие важные вопросы, касающиеся многотомного и многоэпизодного уголовного дела.

Прежде всего следует начать изучение материалов, относящихся к обвинению лица, которое защищает адвокат, тщательно и внимательно изучить постановление о привлечении в качестве обвиняемого. Это позволит определить, материалы каких томов дела и в каком объеме предстоит изучить. Если материалы дела сгруппированы по эпизодам обвинения, то защитник и обвиняемый будут знакомиться с теми томами, где содержится информация, доказательства, касающиеся данного обвинения, а по необходимости изучать материалы и других томов дела.

В процессе ознакомления с материалами уголовного дела, состоящего из многих томов, обвиняемый и его защитник вправе повторно обращаться к любому из томов дела, а также выписывать любые сведения и в любом объеме, снимать копии с документов (ч. 2 ст. 217 УПК РФ). Обвиняемый и его защитник не могут быть ограничены во времени, которое им необходимо для ознакомления с материалами уголовного дела.

По ознакомлении с материалами дела адвокат вправе заявлять следователю ходатайства, который обязан их рассмотреть и разрешить, составить протокол ознакомления адвоката и обвиняемого с материалами дела (ст. 218, 219 УПК РФ).

Заявленные при ознакомлении с материалами оконченого предварительного следствия ходатайства адвоката могут быть нацелены на то, чтобы собрать доказательства, имеющие значение для защиты обвиняемого, проверить версии, опровергающие обвинение, предъявленное подзащитному, изменить квалификацию деяний обвиняемого на более мягкую, исключить отдельные эпизоды или части из обвинения, прекратить уголовное дело и уголовное преследование (п. 1—3 ч. 1, ч. 3 ст. 24 УПК РФ).

После удовлетворения или отклонения следователем заявленных адвокатом или обвиняемым ходатайств они подписывают протокол об ознакомлении с материалами оконченого предварительного расследования по уголовному делу, а следователь приступает к составлению по нему обвинительного заключения (ст. 218—220 УПК РФ). Уголовное дело с обвинительным заключением, утвержденным прокурором, последний направляет в суд для рассмотрения по существу.

§2. Участие адвоката в стадии судебного производства

2.1. Подготовка дела к рассмотрению в суде

2.1.1. Общий алгоритм подготовки к судебному заседанию

Уголовный процесс разделен на стадии. Одной из основных задач каждой последующей стадии является контроль за качеством выполнения предыдущей. Стадия подготовки к судебному заседанию (гл. 33 УПК РФ) — это своеобразный «фильтр» между досудебным и судебным производством. Его основное предназначение — исключить поступление в суд уголовных дел, по которым органами предварительного расследования, прокурором допущены нарушения уголовного и уголовно-процессуального закона, препятствующие осуществлению правосудия. Таким образом, основной проблемой, подлежащей разрешению на данной стадии, является выявление обстоятельств, препятствующих началу рассмотрения уголовного дела в конкретном суде.

Согласно закону суд вправе приступить к рассмотрению уголовного дела по существу в судебном заседании только после выполнения всех необходимых действий по подготовке к судебному разбирательству, принятия всех характерных для данной стадии уголовного процесса решений (гл. 33, 34 УПК РФ).

По делам частного обвинения алгоритм подготовки дела к судебному разбирательству регламентирован ст. 319 УПК (гл. 41 УПК РФ).

Предварительное слушание при рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей проводится с учетом особенностей, предусмотренных ст. 325 УПК (гл. 42 УПК РФ).

Характер задач, стоящих перед судьей в стадии подготовки к судебному заседанию, предполагает доскональное знание им всех материалов уголовного дела. В частности, в этой стадии участники процесса вправе поставить вопрос о прекращении уголовного дела полностью или в части, переквалификации содеянного обвиняемыми, исключении доказательств. Очевидно, если законное и обоснованное решение судьи возможно только в том случае, что им путем тщательного изучения дела дана оценка действиям органов предварительного расследования по выполнению стоявших перед ними задач.

Выполнение судьей данной функции невозможно без наличия соответствующего научно обоснованного и апробированного на практике алгоритма последующего судебного контроля. Пошаговое следование судьей такому алгоритму — гарантия недопущения переноса в судеб-

ное заседание для рассмотрения по существу уголовных дел, материалы которых содержат препятствия к их дальнейшему рассмотрению.

Вышеприведенное правило является универсальным, поскольку оно применимо как при подготовке к судебному заседанию уголовных дел для их рассмотрения по существу, так и при подготовке к рассмотрению разного рода материалов в рамках судебного контроля.

По поступившему уголовному делу отдельно в отношении каждого из обвиняемых судья единолично должен выяснить следующие вопросы: 1) подсудно ли уголовное дело данному суду; 2) вручена ли обвиняемому копия обвинительного заключения (обвинительного акта); 3) подлежит ли отмене (изменению) избранная в отношении него мера пресечения; 4) подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы; 5) приняты ли меры по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества; 6) имеются ли основания для проведения предварительного слушания, предусмотренные ч. 2 ст. 229 УПК РФ. Данные вопросы разрешаются в той последовательности, в которой они перечислены в законе, после чего судья принимает одно из трех решений, предусмотренных ч. 1 ст. 227 УПК РФ: 1) направляет уголовное дело по подсудности; 2) назначает предварительное слушание, 3) назначает судебное заседание без проведения предварительного слушания. Данный перечень является исчерпывающим, поскольку принятие иных судебных решений судьей единолично в этой стадии законом не предусмотрено.

В силу ст. 230 УПК РФ по ходатайству потерпевшего, гражданского истца или их представителей либо прокурора судья вправе вынести постановление о принятии мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, либо возможной конфискации имущества. Исполнение постановления возлагается на судебных приставов-исполнителей.

При отсутствии оснований для принятия решений, предусмотренных п. 1, 2 ч. 1 ст. 227 УПК РФ, судья выносит постановление о назначении судебного заседания без проведения предварительного слушания. Помимо предусмотренных ч. 2 ст. 227 УПК РФ, в постановлении разрешаются следующие вопросы: 1) о месте, дате и времени судебного заседания; 2) о рассмотрении уголовного дела судьей единолично или судом коллегиально; 3) о назначении защитника в случаях, предусмотренных п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ; 4) о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами; 5) о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании в случаях, предусмотренных ст. 241 УПК РФ; 6) о мере пресечения, за исключе-

нием случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу. В постановлении также должны содержаться решения о назначении судебного заседания с указанием фамилии, имени и отчества каждого обвиняемого и квалификации вменяемого ему в вину преступления, а также о мере пресечения.

В силу ч. 4 ст. 231 УПК РФ стороны должны быть извещены о месте, дате и времени судебного заседания не менее чем за пять суток до его начала. Нарушение данного срока влечет незаконность всего последующего судебного разбирательства вне зависимости от его результатов.

Рассмотрение уголовного дела в судебном заседании должно быть начато не позднее 14 суток со дня вынесения судьей постановления о назначении судебного заседания, а по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, — не позднее 30 суток. В то же время рассмотрение уголовного дела в судебном заседании не может быть начато ранее семи суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта.

2.1.2. Алгоритм предварительного слушания

Проведение предварительного слушания по делу обязательно в тех случаях, когда судья при назначении дела к слушанию не в состоянии единолично разрешить всего комплекса возникших по делу проблем. В силу ст. 229 УПК РФ предварительное слушание проводится: 1) при наличии ходатайства стороны об исключении доказательств, заявленного: а) после ознакомления с материалами уголовного дела, б) после направления уголовного дела с обвинительным заключением (обвинительным актом) в суд в течение трех дней со дня получения обвиняемым копии данного документа; 2) при наличии оснований для возвращения уголовного дела прокурору; 3) при наличии оснований для приостановления, прекращения дела; 4) для решения вопроса о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей.

Следователь обязан разъяснять обвиняемому, его законному представителю, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, их представителям право ходатайствовать о предварительном слушании дела, основания для его назначения. Невыполнение следователем вышеперечисленных требований закона является основанием для возвращения дела прокурору.

Если ходатайство заявлено стороной уже после принятия решения о направлении дела в суд, то ходатайствовать о проведении предварительного слушания можно не позднее трех суток со дня получения обвиняемым обвинительного заключения (обвинительного акта). Срок,

в течение которого стороной может быть подано ходатайство о проведении предварительного слушания, обязателен как для стороны защиты, так и для стороны обвинения. Если судебное заседание назначено судьей единолично в порядке, предусмотренном ст. 231 УПК РФ, то стороны уже не вправе заявлять ходатайство: а) о проведении предварительного слушания (п. 2 ч. 5 ст. 231 УПК РФ); б) о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей (п. 2 ч. 5 ст. 231 УПК РФ).

Порядок проведения предварительного слушания определен с учетом задач, стоящих перед этой стадией, общих условий производства в суде первой инстанции, а также специальных правил, касающихся непосредственно данного этапа. Предварительное слушание проводится: 1) судьей единолично; 2) в закрытом судебном заседании; 3) с участием сторон, если они выразили на то свое желание; 4) с участием переводчика, специалиста, если это предусмотрено законом.

Неявка своевременно извещенных участников производства по уголовному делу в судебное заседание не препятствует проведению предварительного слушания. Уведомление о вызове в судебное заседание участников судопроизводства должно быть направлено не менее чем за трое суток до дня предварительного слушания. Суду надлежит уведомить всех участников процесса, включая тех, которые ходатайства о проведении предварительного слушания не заявляли.

В соответствии с ч. 4 ст. 235 УПК РФ бремя опровержения доводов стороны защиты о получении доказательств с нарушением уголовно-процессуального закона возложено на прокурора. В соответствии с названной нормой государственный обвинитель в стадии предварительного слушания обязан определить: 1) нет ли в материалах уголовного дела, приобщенных к нему ходатайствах обвиняемого и его защитника сведений об обстоятельствах, исключающих согласно ст. 61 УПК РФ участие судьи, прокурора, следователя, дознавателя в производстве по уголовному делу; 2) имеются ли предусмотренные ст. 229 УПК РФ основания для назначения судьей предварительного слушания; 3) имеются ли основания для принятия судьей, кроме решения о назначении судебного заседания, какого-либо иного решения из числа перечисленных в ст. 236 УПК РФ (о направлении уголовного дела по подсудности; о возвращении дела прокурору; о прекращении уголовного дела или уголовного преследования; о приостановлении производства по уголовному делу).

При наличии перечисленных оснований государственному обвинителю надлежит подготовить ходатайства: 1) об исключении дока-

зательств; 2) о допросе лиц, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятии и приобщении к делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом; 3) об истребовании дополнительных доказательств или предметов, имеющих значение для дела, в том числе о вызове в судебное заседание новых свидетелей, экспертов, специалистов; 4) об истребовании и приобщении к делу вещественных доказательств и документов; 5) об изменении обвиняемому меры пресечения; 6) о гражданском иске и мерах по его обеспечению. В необходимых случаях государственный обвинитель обязан: 1) сформулировать в письменном виде основания и мотивы полного или частичного отказа от обвинения; 2) подготовить формулировку нового обвинения.

Чтобы не возникли недоразумения при фиксации позиции государственного обвинителя в протоколе судебного заседания, целесообразно ее изложить в письменном виде для последующего приобщения к протоколу.

Изменение прокурором обвинения может привести к тому, что изменится подсудность уголовного дела. В этом случае (ч. 5 ст. 236 УПК РФ) судья отражает изменение обвинения в постановлении и направляет дело по подсудности.

Прекращение уголовного преследования по основаниям, предусмотренным п. 3 и 6 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, допускается только в тех случаях, когда против этого не возражает обвиняемый. В противном случае производство по делу должно продолжаться в обычном порядке. Государственному обвинителю перед отказом от обвинения надлежит выяснить отношение к этому обвиняемого.

Если на предварительном слушании будут выявлены другие основания прекращения уголовного дела либо уголовного преследования: 1) наличие акта об амнистии (п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК РФ); 2) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же основанию (п. 4 ч. 1 ст. 27 УПК РФ); 3) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела (п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ); 4) примирение с потерпевшим лица, обвиняемого в совершении преступления небольшой или средней тяжести, если это лицо загладило причиненный потерпевшему вред (ст. 25 УПК РФ); 5) деятельное раскаяние лица, обвиняемого в совершении преступления не-

большой или средней тяжести (ст. 28 УПК РФ), — государственный обвинитель может ходатайствовать о прекращении уголовного дела либо уголовного преследования, а если такое ходатайство заявлено потерпевшим либо стороной защиты, высказывает свое мнение по этому поводу. Прекращение уголовного преследования по основаниям, указанным в ст. 25, 28 УПК РФ, а также п. 3 и 6 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, не допускается, если обвиняемый против этого возражает (ч. 2 ст. 27 УПК РФ).

Рассмотрение ходатайств об исключении доказательств на предварительном слушании дает возможность сторонам до начала слушания дела исключить из перечня доказательств те из них, которые свойствами допустимости не обладают, и оценить доказательства, не принимая во внимание те из них, которые уже признаны судом непригодными.

В силу ч. 4 ст. 88 УПК РФ суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном ст. 234 и 235 УПК РФ. В случае заявления ходатайства об исключении доказательства копия данного документа передается всем другим участникам процесса в день представления ходатайства в суд. Обязанность вручения копий возложена на суд.

Доказательства признаются полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены: 1) гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина; 2) установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления; 3) если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом; 4) если собирание и закрепление доказательств осуществлено в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами.

Законодатель предусмотрел возможность ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела. Судья, удовлетворив ходатайство участника процесса об ознакомлении с материалами уголовного дела, выносит соответствующее постановление, в котором указывает место и время, отведенное ему на ознакомление с материалами уголовного дела. При необходимости составляется график ознакомления участников процесса с материалами уголовного дела. Процесс ознакомления с материалами уголовного дела фиксируется в протоколе, составляемом по правилам процессуальной аналогии применительно к ст. 218 УПК РФ. В данном протоколе фиксируются также заявления и ходатайства участников процесса, поданные ими как в процессе ознакомления с материалами уголовного дела, так и по его завершении. Судья, удовлетворивший ходатайство об ознакомлении с материалами уголовного дела, принимает меры к обеспечению условий для его ознакомления.

Если материалы уголовного дела предъявлены обвиняемому, содержащемуся под стражей, и его защитнику позднее, чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, то суд в обязательном порядке должен отменить меру пресечения в виде заключения под стражу.

В стадии подготовки дела к судебному заседанию судья разрешает вопросы связанные:

- с обеспечением безопасности процесса;
- с доставкой лиц, содержащихся под стражей;
- с вызовом кандидатов в присяжные заседатели, переводчиков, специалистов и иных участников процесса;
- с допуском в судебное заседание представителей средств массовой информации.

2.1.3. Особенности подготовки дела к судебному разбирательству в особом порядке

Обвиняемый вправе при наличии согласия государственного или частного обвинителя и потерпевшего заявить, во-первых, о согласии с предъявленным ему обвинением, во-вторых, ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства по уголовным делам о преступлениях, наказание за которые не превышает 10 лет лишения свободы.

Ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства обвиняемый заявляет в присутствии защитника. Если защитник не приглашен самим подсудимым, его законным представителем или по их поручению другими лицами, то участие защитника в данном случае должен обеспечить суд.

Ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства обвиняемый вправе заявить:

- 1) в момент ознакомления с материалами уголовного дела, о чем делается соответствующая запись в протоколе ознакомления с материалами уголовного дела в соответствии с ч. 2 ст. 218 УПК РФ;
- 2) на предварительном слушании, когда оно является обязательным в соответствии со ст. 229 УПК РФ.

В соответствии с п. 3, 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 декабря 2006 г. № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел» до момента назначения судебного заседания суд не вправе отказать обвиняемому в рассмотрении его ходатайства о рассмотрении уголовного дела в особом порядке.

Очевидно, что возвращение уголовного дела на новое судебное разбирательство со стадии назначения судебного задержания влечет необходимость обсуждения вопроса о возможности применения положений гл. 40 УПК РФ.

2.1.4. Подготовка дела к судебному разбирательству, по которому имеется представление прокурора об особом порядке проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве

Досудебное соглашение о сотрудничестве — соглашение между сторонами обвинения и защиты, в котором указанные стороны согласовывают условия ответственности подозреваемого или обвиняемого в зависимости от его действий после возбуждения уголовного дела или предъявления обвинения (п. 61 ст. 5 УПК РФ). Согласно ч. 5 ст. 21 УПК РФ такое соглашение с подозреваемым или обвиняемым заключает прокурор. В случае возникновения угрозы безопасности подозреваемого или обвиняемого материалы уголовного дела, идентифицирующие его личность, изымаются из возбужденного уголовного дела и приобщаются к уголовному делу в отношении подозреваемого или обвиняемого, выделенному в отдельное производство (п. 4 ч. 1 ст. 154 УПК РФ).

В представлении прокурора о проведении судебного заседания в особом порядке в виду наличия досудебного соглашения о сотрудничестве указываются:

- 1) характер и пределы содействия обвиняемого следствию в раскрытии и расследовании преступления, изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, розыске имущества, добытого в результате преступления;
- 2) значение сотрудничества с обвиняемым для раскрытия и расследования преступления, изобличения и уголовного преследования других соучастников преступления, розыска имущества, добытого в результате преступления;
- 3) преступления или уголовные дела, обнаруженные или возбужденные в результате сотрудничества с обвиняемым;
- 4) степень угрозы личной безопасности, которой подвергались обвиняемый в результате сотрудничества со стороной обвинения, его близкие родственники, родственники и близкие лица.

В представлении прокурор также удостоверяет полноту и правдивость сведений, сообщенных обвиняемым при выполнении им обя-

зательств, предусмотренных заключенным с ним досудебным соглашением о сотрудничестве.

Если в суд поступило уголовное дело с представлением, указанным в ст. 317.5 УПК РФ, судья проверяет наличие оснований для применения особого порядка судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве (ст. 317.6 УПК РФ).

Основанием для рассмотрения судом вопроса об особом порядке проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, является согласие обвиняемого, данное им в присутствии своего защитника, при наличии на то согласия государственного обвинителя или частного обвинителя и потерпевшего (п.1 ст. 314 УПК РФ). Применение особого порядка становится возможным, если суд удостоверится в соблюдении следующих двух условий:

- 1) государственный обвинитель подтвердил активное содействие обвиняемого следствию в раскрытии и расследовании преступления, изобличении и уголовном преследовании других соучастников преступления, розыске имущества, добытого в результате преступления;
- 2) досудебное соглашение о сотрудничестве было заключено добровольно и при участии защитника.

Если суд установит, что какое-либо из этих условий не было соблюдено, то он принимает решение о назначении судебного разбирательства в общем порядке. Такое же решение он обязан принять и в том случае, если придет к выводу, что содействие подозреваемого или обвиняемого следствию заключалось лишь в сообщении сведений о его собственном участии в преступной деятельности.

Если же суд придет к выводу о необходимости проведения судебного заседания в особом порядке, то в целях обеспечения безопасности всех его участников, на основании определения или постановления суда, уголовное дело может рассматриваться в закрытом судебном заседании. Оно проводится в соответствии с правилами, изложенными в ст. 316 УПК РФ, с обязательным участием подсудимого и его защитника (ч. 1 и 2 ст. 317.7 УПК РФ).

2.2. Возвращение уголовного дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом

Судья по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий

его рассмотрения судом в случаях, когда: 1) обвинительное заключение или обвинительный акт составлены с нарушением требований УПК, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта; 2) копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому, за исключением случаев, если суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном ч. 4 ст. 222 или ч. 3 ст. 226 УПК РФ; 3) есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера; 4) имеются предусмотренные ст. 153 УПК РФ основания для соединения уголовных дел; 5) при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные ч. 5 ст. 217 УПК РФ. В случаях, предусмотренных ч. 1 ст. 237 УПК РФ, судья обязывает прокурора в течение пяти суток обеспечить устранение допущенных нарушений. При возвращении уголовного дела прокурору судья решает вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого.

В настоящее время считается, что возвращение судом прокурору уголовного дела для проведения дополнительных следственных или иных процессуальных действий с целью устранения допущенных в ходе досудебного производства нарушений (если это не связано с восполнением неполноты произведенного дознания или предварительного следствия) не противоречит УПК.

Перечень оснований к возвращению судом уголовного дела прокурору, приведенный в ч. 1 ст. 237 УПК РФ, является исчерпывающим. Следовательно, возвращение уголовного дела прокурору судом только лишь для восполнения пробелов предварительного расследования, тем более в целях предъявления обвиняемому более тяжкого обвинения, по общему правилу недопустимо. В то же время, очевидно, что восполнение некоторых препятствий для рассмотрения дела в судебном заседании немыслимо без восполнения неполноты предварительного расследования.

К основаниям возврата уголовного дела прокурору Пленум Верховного Суда РФ относит в том числе «неточность» и «неконкретность обвинения» (Постановление Пленума ВС РФ: абз. 2 п. 25 от 28 декабря 2006 г. № 64; абз. 2 п. 3 от 9 декабря 2008 г. № 25). До уточнения законодательных дефиниций при разрешении вопросов, связанных с возвращением судьей уголовного дела со стадии предварительного слушания,

необходимо руководствоваться не только уголовно-процессуальными нормами, но и постановлениями Конституционного Суда РФ.

Особенности тактики защиты в судебном разбирательстве прежде всего, выражаются в работе адвоката с доказательствами: вся собранная им информация должна быть представлена суду, включена в процесс исследования, исследована в ходе судебного следствия. Таким путем адвокат-защитник опровергает обвинение в целом, отдельные его части либо эпизоды, подтверждает свою позицию на основе доказательств, представленных им суду. Они могут относиться к оценке как фактической, так и юридической стороны обвинения, предъявленного его подзащитному.

Производство по делу переходит на новый этап — в стадию судебного разбирательства, осуществляемого на основе состязательности и равноправия сторон. Это позволяет адвокату-защитнику, опираясь на исследованные в суде первой инстанции обстоятельства и материалы уголовного дела, окончательно определить по нему свою позицию, согласовать ее с подзащитным и изложить суду в защитительной речи.

Рассмотрение уголовного дела в суде первой инстанции состоит из ряда частей: подготовительной, судебного следствия, прений сторон, последнего слова подсудимого, постановления и провозглашения приговора. Эти части предопределяют особенности уголовно-процессуальной деятельности адвоката на каждом из этапов стадии судебного разбирательства.

Деятельность адвоката-защитника в стадии судебного разбирательства обладает рядом особенностей в связи с введением института предварительного слушания, особой процедуры принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением и при рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей. Предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон, но неявка своевременно извещенных участников судопроизводства не препятствует проведению слушания (ч. 4 ст. 234 УПК РФ).

По ходатайству адвоката, другой стороны или по собственной инициативе суд вправе провести предварительное слушание, если необходимо: решить вопрос об исключении доказательств; направить уголовное дело прокурору; приостановить или прекратить уголовное дело; решить вопрос о рассмотрении уголовного дела в отсутствие подсудимого, в случае, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ; решить вопрос о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей (ч. 2 ст. 229 УПК РФ).

В ходе предварительного слушания адвокат вправе заявить ходатайства об исключении доказательств, об истребовании дополнительных доказательств и предметов, которые имеют значение для уголовного дела, а также о допросе лиц в качестве свидетелей (ч. 5—8 ст. 234 УПК РФ). На предварительном слушании подлежат рассмотрению и разрешению жалобы адвоката. Результаты их рассмотрения должны быть отражены в постановлении судьи, которым завершается предварительное слушание (ч. 3 ст. 236 УПК РФ).

Важность участия адвоката в рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции подтверждается тем, что при неявке защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается. В этом случае производится замена защитника: подозреваемому, обвиняемому предлагается пригласить другого адвоката в качестве защитника, а в случае его отказа принимаются меры по его назначению.

Вновь вступивший в уголовное дело адвокат-защитник имеет право на предоставление времени для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. По общему правилу, замена защитника не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в суде. Однако новый адвокат может ходатайствовать о повторных допросах свидетелей, потерпевших, экспертов либо иных судебных действиях.

Судебное следствие является центральным этапом судебного разбирательства, в ходе которого происходит исследование и проверка имеющихся по уголовному делу доказательств. Основу процессуальной деятельности адвоката-защитника в стадии судебного разбирательства в суде первой инстанции раскрывает ст. 248 УПК РФ, в которой сказано, что защитник подсудимого участвует в исследовании доказательств, заявляет ходатайства, излагает суду свое мнение по существу обвинения и о его доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или оправдывающих его, о мере наказания, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства.

В соответствии со ст. 273 УПК РФ судебное следствие начинается с изложения предъявленного подсудимому обвинения (по делам частного обвинения это возложено на частного обвинителя, по остальным делам — на государственного обвинителя), которое состоит в частичном оглашении обвинительного заключения.

После того как обвинение изложено, председательствующий по делу судья опрашивает подсудимого по следующим вопросам:

- понятно ли предъявленное обвинение;
- признает ли подсудимый себя виновным;

желает ли подсудимый или его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению.

Необходимым элементом судебного следствия выступает установление порядка исследования доказательств. В соответствии с ч. 1 ст. 274 УПК РФ очередность исследования доказательств определяется стороной, представляющей доказательства суду, стороной обвинения. Существует несколько возможных вариантов исследования доказательств. Во-первых, можно начать их исследование с допроса подсудимого, а далее допросить потерпевшего, свидетелей, огласить материалы дела. Во-вторых, можно сначала допросить потерпевшего и свидетелей обвинения, а затем подсудимого, свидетелей защиты и произвести иные судебные действия. Выбор конкретного порядка исследования доказательств зависит от позиции стороны обвинения. После исследования доказательств, представленных стороной обвинения, исследуются доказательства, представленные стороной защиты.

Установление оптимального порядка исследования доказательств (с учетом требований ст. 274 УПК РФ) позволяет разумно организовать судебное разбирательство, провести его наиболее рационально, целеустремленно, обеспечить исследование всех доказательств, необходимых для выяснения возникающих по делу вопросов, при наименьших затратах сил и времени суда, сторон и вызываемых в судебное заседание граждан. Это особенно важно, например, при рассмотрении громоздких, многоэпизодных групповых дел, где необходимо определить очередность следственных действий, прежде всего допросов подсудимых, потерпевших, свидетелей: допрашивать их по каждому из эпизодов обвинения или последовательно исследовать доказательства в отношении каждого из подсудимых, или как-то иначе.

Адвокату целесообразно определять такой порядок исследования доказательств, который является оптимальным для убеждения суда в правильности и справедливости позиции защиты, формирования у него соответствующего этой позиции правильного внутреннего убеждения по вопросам о фактической стороне дела и виновности подсудимого.

В состязательном уголовном процессе для защиты чаще всего оптимальным является порядок исследования доказательств, при котором не признающий своей виновности подсудимый допрашивается не первым, а после непосредственного исследования в суде доказательств обвинения, так как эффективно защищаться от незаконного и необоснованного обвинения, убеждать суд в правильности позиции защиты и ошибочности обвинения можно только после исследования

доказательств обвинения. Кроме того, лучше сначала исследовать доказательства обвинения, а потом представить свои доказательства, поскольку последнее, как правило, лучше запоминается.

Адвокат вправе применить звукозапись в процессе — это находится в полном соответствии с требованием открытого судебного разбирательства (ст. 123 Конституции РФ) и является одним из его выражений, если только запись не создает шума, мешающего нормальному ходу процесса. О применении записи следует известить суд. Звукозапись помогает адвокату анализировать процесс, служит для обоснования ходатайств и замечаний на протокол. В ходе судебного разбирательства адвокат может наедине беседовать с подзащитным в перерывах между судебными заседаниями. В ходе судебного заседания они могут просить суд объявить перерыв для свидания. Отказ в свидании до окончания судебного следствия является нарушением права на защиту. В этом случае адвокат не вправе прекращать защиту, но он обязан требовать от суда вынесения мотивированного определения об отказе в свидании и фиксации этого в протоколе судебного заседания.

Следует отметить, что защитник, участвуя во всех судебных действиях, требуя оглашения документов, имеющих в уголовном деле, и приобщения к делу представленных им доказательств, не вправе использовать доказательства вопреки воле клиента.

Принцип состязательности сторон в судебном процессе предопределяет равноправие адвоката с иными участниками процесса по представлению доказательств, участию в их исследовании, заявлению ходатайств. Защитник, представляющий права гражданина в стадии производства в суде, должен использовать все законные способы, методы и средства, направленные на защиту своего подзащитного.

В прениях адвокат произносит защитительную речь, которая завершает его сложную и кропотливую работу по защите прав и законных интересов своего подзащитного. Прения предоставляют адвокату возможность подвергнуть развернутой критике версию обвинения и изложить суду все доводы в пользу подзащитного. Задача защитника в прениях заключается в том, чтобы содействовать формированию у судей убеждения, благоприятного для своего подзащитного.

Суд не вправе ограничивать продолжительность прений сторон и прерывать речь адвоката. Конституционный Суд РФ в своих постановлениях неоднократно отмечал, что одной из необходимых гарантий судебной защиты и справедливого разбирательства дела является равно предоставляемая сторонам возможность довести свою позицию относительно всех аспектов дела до сведения суда непосред-

ственно перед удалением его в совещательную комнату для вынесения решения. Только при этом условии полностью реализуется в судебном заседании право на судебную защиту, которое, согласно Конституции РФ, не может быть ограничено (постановления от 10 декабря 1998 г. и от 15 января 1999 г.).

Однако при этом 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 адвокат может выступить еще один раз с репликой. Право последней реплики принадлежит подсудимому или его защитнику.

На этом этапе процесса адвокат по окончании прений сторон, но до удаления суда в совещательную комнату вправе представить суду в письменном виде предлагаемые им формулировки решений по вопросам, разрешаемым судом при постановлении приговора. Предлагаемые адвокатом формулировки не имеют для суда обязательной силы.

Работа адвоката в суде первой инстанции не заканчивается на произнесении защитительной речи. Далее, после провозглашения приговора, адвокат должен ознакомиться с протоколом судебного заседания. Сторонам предоставляется возможность ознакомления с протоколом судебного заседания при наличии их письменного ходатайства. В окончательном виде протокол должен быть готов для ознакомления и подписан в течение трех суток после окончания судебного заседания. По общему правилу, на изучение протокола отводится пять суток с момента его подписания. Однако, исходя из складывающихся обстоятельств, этот срок вправе продлить председательствующий по просьбе участника процесса. Председательствующий вправе также ограничить изучение протокола предельным сроком, если установит, что лицо явно затягивает время ознакомления с протоколом. По желанию защитника для него и за его счет может быть изготовлена копия протокола. Если при ознакомлении с протоколом в его содержании обнаружены какие-то неточности, затрагивающие интересы подзащитного, то защитник должен принести свои замечания на протокол судебного заседания (ст. 260 УПК РФ) с просьбой исправить или дополнить его в соответствии с тем ходом судебного разбирательства, который имел, по мнению адвоката, место в действительности. Председательствующему судье, как главному субъекту непосредственного исследования материалов дела, предоставлено исключительное право удостоверить замечания на протокол либо отклонить их.

Поданные на протокол замечания должны быть рассмотрены председательствующим незамедлительно. По своему усмотрению для уточнения изложенных аргументов судья вправе вызвать лицо, подавшее замечания. Рассмотрев замечания, председательствующий выносит определение об удостоверении их правильности либо об их отклонении.

Затем адвокат анализирует приговор, и выясняет у своего доверителя, насколько тот удовлетворен им. Адвокат должен разъяснить доверителю право на обжалование вынесенного приговора, дать квалифицированный совет относительно перспектив такого обжалования по данному делу.

Обвиняемый в момент ознакомления с материалами уголовного дела, а также на предварительном слушании, когда проведение его обязательно, вправе заявить ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением (ст. 315 УПК РФ).

В таких случаях ходатайство должно быть заявлено добровольно, после консультации с адвокатом-защитником и в его присутствии. Если адвокат не приглашен для участия в деле, суд обязан обеспечить его участие в судопроизводстве.

Для постановления приговора без судебного разбирательства кроме ходатайства обвиняемого требуется согласие государственного или частного обвинителя, потерпевшего. Если кто-либо из этих субъектов стороны обвинения возражает против заявленного обвиняемым ходатайства, то производство по делу осуществляется в общем порядке (ст. 314 УПК РФ).

Постановить же приговор без проведения судебного разбирательства суд вправе, если удостоверится, что:

обвиняемый осознает характер и последствия заявленного им ходатайства;

ходатайство заявлено добровольно и после консультаций с адвокатом;

обвиняемому предъявлено обвинение в совершении преступления, за которое УК РФ предусматривает наказание, не превышающее десяти лет лишения свободы (ч. 1, 2 ст. 314 УПК РФ).

Если суд установит, что вышеуказанные условия, при которых обвиняемым было заявлено ходатайство, не соблюдены, то он принимает решение о назначении судебного разбирательства в общем порядке.

Если государственный либо частный обвинитель и (или) потерпевший возражают против заявленного обвиняемым ходатайства, то уголовное дело рассматривается в общем порядке.

На основании ст. 315 УПК РФ ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением обвиняемый заявляет в присутствии защитника. Если защитник не приглашен самим подсудимым, его законным представителем или по их поручению другими лицами, то участие защитника в данном случае должен обеспечить суд.

Заявление ходатайства о применении особого порядка судебного разбирательства будет выгодно стороне защиты при совокупном наличии следующих условий: вина обвиняемого доказана всеми собранными по уголовному делу доказательствами, которые являются достаточными, относимыми и допустимыми; квалификация содеянного обвиняемым полностью устраивает сторону защиты; реальные возможности последующей защиты от предъявленного обвинения у стороны защиты исчерпаны (нет правовых и фактических оснований для переквалификации деяния на менее тяжкую статью УК, отсутствует возможность сбора дополнительных весомых доказательств невиновности и т.п.); отсутствует возможность прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон, деятельным раскаянием, актом амнистии и по другим не реабилитирующим основаниям; существует возможность установления и доказывания смягчающих обстоятельств, связанных с личностью виновного; соблюдены все условия, предъявляемые УПК к обстоятельствам, при которых допускается рассмотрение уголовного дела в особом порядке.

При ознакомлении с материалами уголовного дела обвиняемый вправе ходатайствовать о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей. Необходимость решения этого вопроса является основанием для проведения предварительного слушания (п. 5 ч. 2 ст. 229 УПК РФ). Все это требует от адвоката оказать обвиняемому помощь советами, консультацией в осмыслении характера и содержания подлежащих заявлению ходатайств по рассматриваемому вопросу, а самому подготовиться к осуществлению защиты в суде присяжных.

Данная форма правосудия по уголовным делам, в осуществлении которого участвуют многие представители граждан (ч. 5 ст. 32, ч. 4 ст. 123 Конституции РФ), налагает особенности и на деятельность адвоката-защитника. Так, начиная с подготовительной части судебного заседания стороне защиты должны быть вручены списки кандидатов в присяжные заседатели, которые явились в судебное заседание (ч. 4 ст. 327 УПК РФ). Затем подсудимому и его защитнику председательствующий разъясняет право заявлять мотивированные и немотивированные отводы присяжному заседателю (п. 1, 2 ч. 5 ст. 327).

Когда явившиеся кандидаты в присяжные заседатели будут приглашены в зал судебного заседания, начнется формирование коллегии присяжных заседателей. Это довольно продолжительная во времени процедура, в ходе которой сторона защиты может воспользоваться правом на мотивированный отвод, а затем дважды на заявление немотивированного отвода кандидатам в присяжные заседатели (ч. 7, 10, 12—14 ст. 328 УПК РФ).

Кроме того, председательствующий представляет стороне защиты возможность задавать каждому из оставшихся кандидатов в присяжные заседатели вопросы, направленные на выяснение обстоятельств, препятствующих лицу участвовать в рассмотрении данного уголовного дела в качестве присяжного заседателя. При наличии названных обстоятельств адвокат вправе заявить отвод лицу, претендующему на участие в деле в качестве присяжного заседателя. После завершения опроса кандидатов в присяжные заседатели происходит обсуждение каждого кандидата в последовательности, определенной списком кандидатов.

После этого председательствующий оглашает результаты отбора кандидатов в присяжные заседатели, и если их осталось не менее 14, то формирование коллегии присяжных заседателей завершается, а 12 из них председательствующий предлагает занять место на скамье присяжных заседателей. Таковы особенности участия подсудимого и его адвоката в формировании коллегии присяжных заседателей, которая будет участвовать в рассмотрении уголовного дела.

Однако и после того, как коллегия присяжных заседателей сформирована, но до приведения их к присяге, адвокат вправе заявить, что в силу особенностей подлежащего рассмотрению уголовного дела образованная коллегия присяжных заседателей может оказаться неспособной вынести объективный вердикт (ч. 1 ст. 330 УПК РФ). Адвокат в таких случаях обязан раскрыть особенности уголовного дела и обосновать свое заявление. Если оно будет признано обоснованным, то председательствующий распускает коллегия присяжных заседателей. В случае отклонения заявления адвоката производство по делу продолжается с участием образованной коллегии присяжных заседателей и с соблюдением установленных законом особенностей, которые четко должен представлять адвокат-защитник с тем, чтобы умело, со знанием использовать их при осуществлении защиты.

Во-первых, судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей начинается со вступительных заявлений государственного обвинителя и адвоката-защитника, который высказывает согласованную позицию по предъявленному обвинению и мнение о порядке ис-

следования представленных им доказательств (ч. 3 ст. 335 УПК РФ). Следовательно, до начала судебного следствия адвокат должен: выработать свою позицию по обвинению, предъявленному его подзащитному, которая может основываться как на материалах всего уголовного дела, так и на доказательствах, имеющихся у адвоката; позицию по делу согласовать с подсудимым; собрать доказательства, имеющие значение для осуществления защиты и оказания квалифицированной юридической помощи подсудимому; высказать мнение о порядке исследования лишь доказательств, которые он представляет в защиту подсудимого.

В связи с этим будет тактически правильно, если адвокат в подтверждение своей позиции в отношении обвинения представит суду все имеющиеся у него доказательства. Это окажет существенное влияние на восприятие и понимание присяжными заседателями позиции адвоката по обвинению его подзащитного.

Во-вторых, на судебном следствии адвокат вправе заявить ходатайство об исключении из уголовного дела доказательств, недопустимость которых выявлена в ходе судебного разбирательства (ч. 5 ст. 335 УПК РФ). Вопрос об этом рассматривается в отсутствие присяжных заседателей, а решение об исключении доказательств принимает председательствующий в судебном заседании.

В-третьих, в ходе судебного следствия и в присутствии присяжных заседателей подлежат исследованию только те фактические обстоятельства уголовного дела, доказанность которых устанавливается присяжными в соответствии с законом: доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; доказано ли, что деяние совершил подсудимый; виновен ли подсудимый в совершении преступления; заслуживает ли подсудимый снисхождения, если его признали виновным в совершении преступления (п. 1, 2, 4 ч. 1 ст. 229, ч. 1 ст. 334, ч. 7 ст. 335 УПК РФ). С участием присяжных заседателей данные о личности подсудимого исследуют лишь в той мере, в какой они необходимы для установления признаков преступления, в совершении которого он обвиняется, а потому запрещается исследовать факты прежней судимости, признания подсудимого хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные данные, способные вызвать предубеждение у присяжных заседателей (ч. 8 ст. 335 УПК РФ).

В-четвертых, после такого своеобразного судебного следствия, основанного на состязательности сторон, суд переходит к судебным прениям. Особенность последних для адвоката, участвующего в суде с участием присяжных, состоит в том, что прения сторон проводятся

только в пределах вопросов, подлежащих разрешению присяжными заседателями. Адвокат не вправе касаться обстоятельств, рассмотренных после вынесения вердикта без участия присяжных заседателей; в обоснование своей позиции адвокат не может ссылаться на доказательства, которые в установленном законом порядке признаны недопустимыми или не исследовались в судебном заседании (ч. 2, 3 ст. 336 УПК РФ).

Учитывая результаты судебного следствия и прений сторон, адвокат вправе высказать свои замечания по содержанию и форме вопросов, подлежащих разрешению присяжными, а также внести предложения о постановке новых вопросов. Судья не вправе отказать защитнику в постановке вопросов о наличии в уголовном деле фактических обстоятельств, исключających ответственность подсудимого за содеянное или влекущих его ответственность за менее тяжкое преступление (ч. 2 ст. 338 УПК РФ).

Заслушав напутственное слово председательствующего, коллегия присяжных заседателей удаляется в совещательную комнату для вынесения вердикта. При вынесении коллегией присяжных заседателей вердикта о невиновности подсудимого председательствующий объявляет его оправданным, а находящегося под арестом немедленно освобождает из-под стражи. При вынесении оправдательного вердикта исследуются обстоятельства, связанные с квалификацией содеянного подсудимым, назначением ему наказания, разрешением гражданского иска, других вопросов, которые разрешаются при постановлении обвинительного приговора (ч. 3 ст. 347 УПК РФ). По исследовании этих обстоятельств заслушиваются прения сторон, во время которых последними выступают адвокат и его подзащитный. В своих выступлениях они вправе затрагивать любые вопросы права, подлежащие разрешению при постановлении обвинительного приговора, но им запрещено ставить под сомнение правильность вердикта, вынесенного присяжными заседателями. Более того, оправдательный или обвинительный вердикт обязателен для председательствующего в судебном разбирательстве, на основе которого он постановляет соответственно оправдательный или обвинительный приговор (п. 2, 3 ст. 350 УПК РФ).

Эти судебные решения, не вступившие в законную силу, адвокат вправе обжаловать в кассационном порядке (ч. 3, 4 ст. 354 УПК РФ). Для реализации права на кассационное обжалование приговора адвокату не требуется чье бы то ни было разрешение, поскольку данное право предоставлено ему законом как самостоятельному субъекту стороны защиты в уголовном процессе. Однако это не исключает

обязанности адвоката соблюдать методические и тактические особенности осуществления процессуального права на кассационное обжалование судебных решений по уголовному делу. Тем более что по содержанию эта деятельность — не одноактное действие. Она охватывает целый ряд этапов и действий, процессуально значимых выводов и решений, которые завершаются подготовкой и подачей кассационной жалобы: изучение приговора, протокола судебного заседания, принесение на него замечаний, собирание новых или дополнительных материалов, беседа с осужденным, обсуждение с ним вопросов предстоящего обжалования приговора, не вступившего в законную силу, и др.

Адвокат прежде всего должен внимательно ознакомиться с приговором для того, чтобы убедиться, соответствует ли он требованиям законности, обоснованности и справедливости, в наличии или отсутствии противоречий между частями акта правосудия, и особенно между его описательно-мотивировочной и резолютивной частями, мотивированности выводов суда относительно того, почему в основу приговора положены одни доказательства, а другие отвергнуты, правильно ли применен уголовный закон к действиям осужденного, соответствуют ли вид и размер назначенного наказания тяжести содеянного осужденным преступления, его общественной опасности и личности виновного.

Адвокат должен проанализировать и оценить выявленные противоречия между частями приговора или содержащиеся только в описательно-мотивировочной части, а также степень их влияния на правосудность судебного акта. Информацию для анализа и оценок адвокат получает как из приговора, так и благодаря тщательному изучению протокола судебного заседания, форма и содержание которого должны соответствовать ст. 259 УПК РФ.

Основываясь на ее предписаниях, защитник, с одной стороны, должен убедиться в том, что протокол судебного заседания составлен в соответствии с требованиями закона, с другой — удостовериться в том, что весь ход судебного разбирательства отражен в протоколе, все обстоятельства, имеющие значение для защиты подсудимого, отражены в нем, а приговор по делу основывается на доказательствах, исследованных в судебном следствии. Если обстоятельства и доказательства, имеющие значение для защиты осужденного, были выяснены в ходе судебного разбирательства, но не отражены в протоколе судебного заседания, то адвокат вправе принести на него замечания (ст. 260 УПК РФ).

§3. Участие адвоката-защитника в апелляционном, кассационном и надзорном производстве

После окончания судебного производства адвокат решает вопрос об апелляционном или кассационном обжаловании приговора в полном объеме или в определенной части, а свое решение об этом согласовывает с подзащитным. Последний может не возражать против обжалования приговора или отказаться от реализации этого процессуального права. Такая позиция осужденного не обязательна для адвоката, который и вопреки воле подзащитного вправе подать кассационную жалобу, памятуя о том, что «при рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке суд вправе смягчить осужденному наказание или применить уголовный закон о менее тяжком преступлении, но не вправе усилить наказание, а равно применить уголовный закон о более тяжком преступлении» (ч. 3 ст. 360 УПК РФ). Это положение действует при обжаловании приговоров как в полном объеме, так и в определенной части.

Осужденный может согласиться с решением адвоката обжаловать приговор в кассационном порядке или отказаться от принесения жалобы. Если адвокат не находит оснований для кассационного обжалования приговора, а осужденный требует подать жалобу, то волеизъявление подзащитного обязательно для защитника. Особенно с учетом того, что в УПК установлены форма и содержание кассационной жалобы, что усложняет реализацию права на обжалование.

Не каждый участник уголовного процесса сможет подготовить кассационную жалобу, соответствующую требованиям ст. 375. В соответствии с ее предписаниями кассационная жалоба должна содержать: наименование суда кассационной инстанции, в который подается жалоба; данные о лице, подавшем жалобу, указание на его процессуальный статус; наименование суда и приговора, который обжалуют; доводы в неправосудности обжалуемого решения, в том числе предусмотренные законом в качестве оснований отмены или изменения его; перечень материалов, прилагаемых к жалобе; подпись лица, обжаловавшего приговор. В кассационной жалобе также излагается ходатайство осужденного об участии в рассмотрении уголовного дела судом второй инстанции, если он считает это необходимым.

В УПК в отличие от действовавшего прежде уголовно-процессуального закона не предусмотрено право защитника на принесение дополнительной жалобы. Он вправе поддерживать поданную им кассационную жалобу, а в подтверждение или опровержение изло-

женных в ней доводов может представить суду второй инстанции дополнительные материалы (ч. 5 ст. 377 УПК РФ).

До начала судебного заседания адвокат может отозвать, изменить или дополнить поданную им кассационную жалобу (ч. 3, 4 ст. 354 УПК РФ). Подает он ее в суд, постановивший приговор, в течение десяти суток со дня его провозглашения (ч. 1 ст. 356).

Защиту своих интересов в кассационном производстве осужденный, его законный представитель или родственник вправе поручить адвокату-защитнику, участие которого в суде второй инстанции не обязательно. Участвуя в рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке, адвокат вправе заявлять отводы и ходатайства, поддерживать кассационную жалобу, поданную им либо осужденным, в подтверждение своих доводов представлять дополнительные доказательства. Более того, в соответствии с УПК стороны, в том числе адвокат, могут ходатайствовать о непосредственном исследовании доказательств судом кассационной инстанции (ч. 4 ст. 377) и на этой основе постановить соответствующее решение по уголовному делу, которое по провозглашении его вступает в законную силу.

Участвующий в деле в суде второй инстанции адвокат приносит апелляционную или кассационную жалобу через суд, постановивший приговор, вынесший иное обжалуемое судебное решение. В соответствии со ст. 355 УПК РФ жалоба на приговор или иное решение суда первой инстанции может быть подана сторонами в апелляционном или кассационном порядке в течение 10 суток со дня провозглашения приговора, а осужденным, содержащимся под стражей, — в тот же срок со дня вручения ему копии приговора.

В случае пропуска срока обжалования по уважительной причине адвокат вправе ходатайствовать перед судом, постановившим приговор или вынесшим иное обжалуемое решение, о восстановлении пропущенного срока.

Подача жалобы, по общему правилу, приостанавливает приведение приговора в исполнение, за исключением случаев освобождения подсудимого из-под стражи, предусмотренных ст. 311 УПК РФ.

Адвокат обязательно извещается о принесенных другой стороной, иными лицами жалобах и должен получить ее копию. Уже на этой стадии защитник имеет возможность подать на указанные жалобы возражения в письменном виде с указанием срока подачи, которые приобщаются к материалам уголовного дела.

Адвокат извещается о направлении уголовного дела с принесенными жалобой, представлением и возражениями на них в суд апелля-

ционной или кассационной инстанции и может отозвать свою жалобу (по согласованию с доверителем) до начала заседания суда апелляционной или кассационной инстанции.

Цель деятельности защитника в суде второй инстанции — доказать суду незаконность, необоснованность и (или) несправедливость приговора, а в том случае, когда его подзащитный (доверитель) удовлетворен вынесенным приговором, — несостоятельность жалобы, поданной другой стороной.

Непосредственное участие адвоката при рассмотрении дела в апелляционной и кассационной инстанции очень важно с точки зрения защиты прав граждан в уголовном процессе. Адвокат-защитник во всех случаях должен быть своевременно информирован о времени и месте рассмотрения уголовного дела судом. Несоблюдение требования об извещении адвоката считается существенным нарушением закона и влечет за собой отмену решений апелляционной и кассационной инстанции.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции участие защитника обязательно в случаях, предусмотренных ст. 51 УПК РФ (п. 4 ч. 3 ст. 364 УПК РФ), а также в случаях, когда пересмотр решений суда первой инстанции происходит по его жалобе (ч. 2 ст. 364 УПК РФ).

Действующее уголовно-процессуальное законодательство не требует обязательного участия адвоката-защитника в суде кассационной инстанции. Основанием такого участия является соглашение с подсудимым, его родственниками или знакомыми лицами, выполняющими поручение обвиняемого и действующими с его согласия. Неявка защитника, своевременно извещенного о дате, времени и месте заседания суда кассационной инстанции, не препятствует рассмотрению уголовного дела (ч. 4 ст. 376 УПК РФ).

Суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном или кассационном порядке, проверяет законность, обоснованность, справедливость приговора и иного судебного решения, причем лишь в той части, в которой оно обжаловано. Если при рассмотрении уголовного дела будут установлены обстоятельства, которые касаются интересов других лиц, осужденных или оправданных по этому же уголовному делу и в отношении которых жалоба или представление не были поданы, то уголовное дело должно быть проверено и в отношении этих лиц. При этом не может быть допущено ухудшение их положения (ч. 2 ст. 360 УПК РФ).

В апелляционной инстанции адвокат вправе в подтверждение оснований жалобы либо возражений против жалобы или представления

другой стороны представить в суд новые материалы или ходатайствовать о вызове в суд указанных ею свидетелей и экспертов.

В подтверждение или опровержение доводов, приведенных в кассационной жалобе, адвокат вправе представить в суд кассационной инстанции дополнительные материалы. Однако эти материалы не могут быть получены путем производства следственных действий. Адвокат, представляющий суду дополнительные материалы, обязан указать, каким путем они получены и в связи с чем возникла необходимость их представления. Изменение приговора или отмена его с прекращением уголовного дела на основании дополнительных материалов не допускается, за исключением случаев, когда содержащиеся в таких материалах данные или сведения не требуют дополнительной проверки и оценки судом первой инстанции (ч. 5—7 ст. 377 УПК РФ).

Участие адвоката в рассмотрении жалобы в суде второй инстанции представляет собой весьма разностороннюю деятельность, не ограничивающуюся только составлением и подачей жалобы.

Производство в суде апелляционной инстанции осуществляется в порядке рассмотрения дела в суде первой инстанции (гл. 35—39 УПК РФ), с некоторыми изъятиями. Особенностью является то, что судебное следствие начинается с краткого изложения председательствующим содержания приговора, а также существа апелляционных жалобы и (или) представления и возражений на них. При производстве по уголовному делу в суде апелляционной инстанции адвокат имеет право выступать в суде, приводя доводы в защиту поданной жалобы либо возражая на жалобу, поданную другой стороной. После доклада председательствующего суд заслушивает выступления стороны, подавшей жалобу или представление, и возражения другой стороны. После выступления сторон суд переходит к проверке доказательств. Свидетели, допрошенные в суде первой инстанции, допрашиваются в суде апелляционной инстанции, если их вызов суд признал необходимым.

Адвокат принимает участие в проверке судом доказательств, имея право ходатайствовать о вызове в суд свидетелей, допрошенных в суде первой инстанции, а также заявить ходатайство о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов, при условии, что в их удовлетворении ему было отказано судом первой инстанции.

При рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке председательствующий открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело рассматривается и по чьим кассационным жалобе или представлению. После этого председательствующий объявляет со-

став суда, стороны, присутствующие в судебном заседании, выясняет у участников судебного разбирательства, имеются ли у них отводы и ходатайства. Затем один из судей кратко излагает содержание приговора, а также кассационных жалоб и (или) представления. После этого суд заслушивает выступления стороны, подавшей жалобу или представление, в обоснование своих доводов и возражения другой стороны.

В своем выступлении по существу кассационной жалобы адвокату следует привести доводы, изложенные в ней, дополнительные, кратко характеризующие ход предварительного расследования и судебного разбирательства в суде первой инстанции, указать на наличие уголовно-процессуальных оснований для отмены обжалуемого приговора.

При рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке суд вправе по ходатайству адвоката непосредственно исследовать доказательства в соответствии с требованиями гл. 37 УПК РФ, регулирующей порядок проведения судебного следствия в суде первой инстанции.

В суде второй инстанции адвокат является полноправным участником уголовно-процессуальных отношений и наделен рядом прав, эффективная реализация которых необходима для защиты интересов доверителя: делать заявления об отводе, заявлять ходатайства, представлять дополнительные материалы и знакомиться с материалами, представленными другими участниками процесса, давать объяснения.

При рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке по жалобе осужденного или его защитника суд вправе смягчить осужденному наказание или применить уголовный закон о менее тяжком преступлении, но не вправе усилить наказание, а равно применить уголовный закон о более тяжком преступлении.

Суд кассационной инстанции вправе отменить оправдательный приговор, а также обвинительный приговор в связи с необходимостью применения закона о более тяжком преступлении или назначения более строгого наказания ввиду признания наказания, назначенного судом первой или апелляционной инстанции, несправедливым вследствие его чрезмерной мягкости в случаях, когда по этим основаниям имеется представление прокурора либо заявление частного обвинителя, потерпевшего или его представителя (ст. 385 УПК РФ). Оправдательный приговор может быть отменен судом кассационной инстанции не иначе как по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего или его представителя, а также по жалобе оправданного, не согласного с основаниям оправдания; оправдательный приговор, постановленный на основании оправдательного вердикта присяжных засе-

датель, может быть отменен по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего или его представителя лишь при наличии таких нарушений уголовно-процессуального закона, которые ограничили право прокурора, потерпевшего или его представителя на представление доказательств либо повлияли на содержание поставленных перед присяжными заседателями вопросов и ответов на них.

Действенным средством оказания квалифицированной юридической помощи осужденному, реализации его права на защиту остается возможность обжалования вступивших в законную силу приговоров, определений и постановлений суда. Закон предоставил осужденному и его защитнику право ходатайствовать о пересмотре в порядке надзора вступивших в законную силу судебных решений (ч. 1 ст. 402 УПК РФ). Их ходатайства называются надзорными жалобами, форма и содержание которых должны соответствовать требованиям, установленным законом (ст. 375, 404). Надзорные жалобы на судебные решения, вступившие в законную силу, адвокат направляет в судебные органы с соблюдением инстанционности, установленной ст. 403 УПК РФ.

Осмысливая содержание надзорной жалобы, защитник призван стремиться к тому, чтобы в ней во всей полноте выразить свое отношение к приговору, определению, постановлению с точки зрения их законности, обоснованности и справедливости. Не следует ограничиваться обоснованием пусть и очень существенного, но лишь одного нарушения уголовно-процессуального закона или неправильного применения материального права. Адвокат обязан дать анализ всех выявленных им нарушений, которые были допущены в досудебном и в судебном производстве и повлекли постановление неправосудных решений по уголовному делу.

Если адвокат-защитник не выявил нарушений или они не были допущены при расследовании и рассмотрении уголовного дела, ему целесообразно оценить обжалуемые судебные решения в плане справедливости выводов и решений относительно вида и размера назначенного наказания, вида исправительного учреждения, в котором осужденному предстоит отбывать наказание, удовлетворенного гражданского иска, оснований оправдания и т.д. В действительности многие приговоры и определения кассационных инстанций не отражают предъявляемого к ним требования справедливости, а отсутствие этих качеств в судебных решениях дает адвокату право поставить вопрос об изменении их в порядке надзора.

Признав надзорную жалобу адвоката обоснованной, судья принимает постановление о возбуждении надзорного производства и пере-

даче надзорной жалобы на рассмотрение суда надзорной инстанции вместе с уголовным делом, если оно было истребовано (п. 2 ч. 3 ст. 406 УПК РФ). Надзорная жалоба адвоката рассматривается судом надзорной инстанции в судебном заседании, в котором участвуют осужденный, оправданный, их защитники, если они заявили об этом ходатайство (ч. 2 ст. 407 УПК РФ). В судебном заседании надзорной инстанции адвокат-защитник вправе дать свои устные объяснения, обосновывая в них требования об отмене или изменении судебных решений, вступивших в законную силу.

В кассационной и надзорной жалобе, а также в выступлении в кассационной и надзорной инстанции позиция адвоката, его требования должны быть четкими и ясными: отменить или изменить соответственно приговор, определение, постановление. Альтернативные требования, если нет оснований для отмены обжалованных решений, следует изменить; недопустимы они в кассационных и надзорных жалобах, а также в выступлениях адвоката в судах кассационной и надзорной инстанций.

Надзорные жалобы рассматриваются судом надзорной инстанции в судебном заседании не позднее 15 суток, а Верховным Судом РФ — не позднее 30 суток со дня принятия предварительного решения. Адвокат извещается о дате, времени и месте заседания и вправе принять в нем участие.

Адвокат-защитник вправе также ознакомиться с поданным другими участникам процесса надзорными жалобой или представлением прокурора. Защитник, участвующий в судебном заседании, вправе после выступления прокурора по поддержанию внесенного им надзорного представления дать свои устные объяснения по существу жалобы.

Статья 405 УПК РФ гласит, что пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении, ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также пересмотр оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 405 УПК РФ. Пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора и последующих судебных решений, вынесенных в связи с его обжалованием, по основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также пересмотр оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела допускается в срок, не

превышающий одного года со дня вступления их в законную силу, если в ходе судебного разбирательства были допущены фундаментальные нарушения уголовно-процессуального закона, повлиявшие на законность приговора, определения, постановления суда. К фундаментальным нарушениям относятся нарушения уголовно-процессуального закона, которые повлекли за собой постановление приговора незаконным составом суда или вынесение вердикта незаконным составом коллегии присяжных заседателей, а равно лишение у участников уголовного судопроизводства возможности осуществления прав, гарантированных УПК, на справедливое судебное разбирательство на основе принципа состязательности и равноправия сторон либо существенно ограничили эти права, если такие лишения или ограничения повлияли на законность приговора, определения или постановления суда.

В соответствии со ст. 409 УПК РФ основания отмены или изменения приговора, определения либо постановления суда при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора совпадают с основаниями, установленными для отмены или изменения судебного решения в кассационном порядке (ст. 379 УПК РФ).

При рассмотрении уголовного дела в порядке надзора суд не связан доводами надзорных жалобы или представления и вправе проверить все производство по уголовному делу в полном объеме.

Суд надзорной инстанции при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора может смягчить назначенное осужденному наказание или применить уголовный закон о менее тяжком преступлении.

§4. Особенности участия адвоката-защитника в производстве по уголовным делам в отношении несовершеннолетних и о применении принудительных мер медицинского характера

Для производства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних законодателем установлен особый порядок уголовного судопроизводства с целью предоставления повышенного уровня гарантий для отдельных категорий лиц, которые в силу возраста особенно нуждаются в таковом. Учитывая это, большее значение в так называемом особом производстве играет участие адвоката.

Несовершеннолетнему обвиняемому (подозреваемому) защитник предоставляется в любом случае независимо от того, достиг ли он совершеннолетия к моменту осуществления предварительного следствия.

Критерием здесь является возраст обвиняемого (подозреваемого) в период совершения инкриминируемого преступления: особый порядок применяется по уголовным делам в отношении лиц, не достигших к моменту совершения преступления 18 лет.

Адвокат должен иметь в виду, что при производстве предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу о преступлении, совершенном несовершеннолетним, наряду с иными обстоятельствами, подлежащими доказыванию, устанавливаются и некоторые специфические обстоятельства:

возраст несовершеннолетнего, число, месяц и год рождения;

условия жизни и воспитания несовершеннолетнего, уровень психического развития и иные особенности его личности;

влияние на несовершеннолетнего старших по возрасту лиц.

При наличии данных, свидетельствующих об отставании в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством, адвокат должен проконтролировать, установлено ли, что несовершеннолетний мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими.

Серьезным процессуальным нарушением, на которое должен обратить внимание защитник, является рассмотрение уголовного дела в отношении несовершеннолетнего, участвовавшего в совершении преступления вместе со взрослым, без выделения в отдельное производство в порядке ст. 154 УПК РФ.

При решении вопроса об избрании меры пресечения к несовершеннолетнему подозреваемому, обвиняемому адвокат вправе в каждом случае ходатайствовать об отдаче его под присмотр в порядке, установленном ст. 105 УПК РФ.

Защитник должен иметь в виду, что вызов несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, к следователю, дознавателю или в суд производится через его законных представителей, а если несовершеннолетний содержится в специализированном учреждении для несовершеннолетних, — через администрацию этого учреждения.

Особые правила установлены для производства следственных действий в отношении несовершеннолетнего. Так, допрос несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого не может продолжаться без перерыва более двух часов, а в общей сложности — более четырех часов в день. Если при изучении протокола допроса адвокат сделает вывод, что указанное правило было нарушено, он должен поставить пе-

ред судом вопрос о признании такого доказательства недопустимым как полученного с нарушением требований закона.

Защитник в обязательном порядке участвует в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого и вправе задавать ему вопросы, а по окончании допроса знакомиться с протоколом и делать замечания о правильности и полноте сделанных в нем записей.

Кроме того, в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, не достигшего 16 лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим расстройством или отстающего в психическом развитии, участие педагога или психолога обязательно. Следователь, дознаватель обеспечивают участие педагога или психолога в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого по ходатайству защитника либо по собственной инициативе. На невыполнение этой обязанности адвокат должен обратить внимание суда, что влечет соответствующие правовые последствия.

В целях обеспечения интересов несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого о его задержании, заключении под стражу или продлении срока содержания под стражей незамедлительно извещаются его законные представители.

Законные представители несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого допускаются к участию в уголовном деле на основании постановления следователя, дознавателя с момента первого допроса несовершеннолетнего в качестве подозреваемого или обвиняемого. При допуске к участию в уголовном деле им разъясняются права, предусмотренные ч. 2 ст. 105 УПК РФ.

Законный представитель может быть отстранен от участия в уголовном деле, если имеются основания полагать, что его действия наносят ущерб интересам несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого. Об этом следователь, дознаватель выносят постановление. Адвокат должен иметь в виду, что в этом случае к участию в уголовном деле допускается другой законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого.

Ознакомление защитника и законного представителя несовершеннолетнего обвиняемого со всеми материалами дела является обязательным, причем даже в том случае, когда следователь, дознаватель вправе по окончании предварительного расследования вынести постановление о непредъявлении самому несовершеннолетнему обвиняемому для ознакомления тех материалов уголовного дела, которые могут оказать на него отрицательное воздействие.

Если в ходе предварительного расследования уголовного дела о преступлении небольшой или средней тяжести будет установлено, что исправление несовершеннолетнего обвиняемого может быть достигнуто без применения наказания, то следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия прокурора вправе вынести постановление прекращения уголовного преследования и возбуждении перед судом ходатайства о применении к несовершеннолетнему обвиняемому принудительной меры воспитательного воздействия, предусмотренной ч. 2 ст. 90 УК РФ, которое вместе с уголовным делом направляется в суд.

Суд, получив уголовное дело с обвинительным заключением или обвинительным актом, вправе прекратить его по основаниям, указанным в ч. 1 указанной статьи, и применить к несовершеннолетнему обвиняемому принудительную меру воспитательного воздействия и возложить на специализированное учреждение для несовершеннолетних контроль за исполнением требований, предусмотренных принудительной мерой воспитательного воздействия.

Адвокат должен разъяснить своему несовершеннолетнему подзащитному, что прекращение уголовного преследования по вышеуказанному основанию не допускается, если он или его законный представитель против этого возражают.

В судебном заседании адвокат обладает всеми правами, которые предоставлены ему в уголовном процессе, без каких-либо ограничений. Он вправе заявлять ходатайства и отводы; представлять доказательства; участвовать в прениях сторон; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда; участвовать в заседании судов апелляционной, кассационной и надзорной инстанций.

Адвокат может ходатайствовать об удалении несовершеннолетнего подзащитного из зала судебного заседания на время исследования обстоятельств, которые могут оказать на него отрицательное воздействие.

После возвращения несовершеннолетнего подсудимого в зал судебного заседания председательствующий сообщает ему в необходимых объеме и форме содержание судебного разбирательства, происшедшего в его отсутствие, и представляет несовершеннолетнему подсудимому возможность задать вопросы лицам, допрошенным в его отсутствие.

Адвокат вправе ходатайствовать перед судом об освобождении несовершеннолетнего подсудимого от наказания в случаях, предусмотренных ст. 92 УК РФ, либо условном осуждении, либо назначении ему наказания, не связанного с лишением свободы.

Если при рассмотрении уголовного дела о преступлении небольшой или средней тяжести будет установлено, что несовершеннолетний, совершивший это преступление, может быть исправлен без применения уголовного наказания, то суд прекращает уголовное дело в отношении такого несовершеннолетнего и применяет к нему принудительную меру воспитательного воздействия, предусмотренную ч. 2 ст. 90 УК РФ. Если при рассмотрении уголовного дела о преступлении небольшой или средней тяжести будет установлено, что несовершеннолетний, совершивший это преступление, может быть исправлен без применения уголовного наказания, то суд в соответствии с ч. 1 ст. 90 УК РФ вправе, постановив обвинительный приговор, освободить несовершеннолетнего подсудимого от наказания и применить к нему принудительную меру воспитательного воздействия, предусмотренную ч. 2 ст. 90 УК РФ.

В этих случаях в судебном заседании участвуют несовершеннолетний осужденный, его родители или законные представители, адвокат, прокурор, представители специального учебно-воспитательного учреждения закрытого типа и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав, образованной органом местного самоуправления, по местонахождению указанного учреждения.

Производство о применении принудительных мер медицинского характера осуществляется в отношении лица, совершившего запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости, и лица, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания и его исполнение, когда психическое расстройство лица связано с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда.

В производстве о применении принудительных мер медицинского характера участие защитника является обязательным с момента вынесения постановления о назначении в отношении лица судебно-психиатрической экспертизы, если защитник ранее не участвовал в данном уголовном деле (ст. 438 УПК РФ).

При участии адвоката в деле в стадии предварительного расследования ему следует внимательно относиться к требованию об обязательности производства предварительного следствия по уголовным делам в отношении лиц, совершивших запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости, или лиц, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение.

При производстве предварительного следствия в указанных случаях подлежит доказыванию следующее:

время, место, способ и другие обстоятельства совершенного деяния; совершено ли деяние, запрещенное уголовным законом, данным лицом;

характер и размер вреда, причиненного деянием;

наличие у данного лица психических расстройств в прошлом, степень и характер психического заболевания в момент совершения деяния, запрещенного уголовным законом, или во время производства по уголовному делу;

связано ли психическое расстройство лица с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда.

Учитывая специфику подлежащих установлению обстоятельств, адвокат должен активно использовать свое право на приглашение экспертов и специалистов, на проведение альтернативных независимых экспертиз.

Адвокат должен иметь в виду, что законный представитель лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, привлекается к участию в уголовном деле на основании постановления следователя либо суда. При отсутствии близкого родственника законным представителем может быть признан орган опеки и попечительства.

Адвокат вправе оспаривать наличие оснований для применения принудительной меры медицинского характера (либо, наоборот, настаивать на их наличии — в зависимости от процессуальной позиции), приводя свои доводы, подкрепленные соответствующими доказательствами.

В том случае, если лицо по своему психическому состоянию не представляет опасности либо им совершено деяние небольшой тяжести, адвокат вправе ходатайствовать о вынесении судом постановления о прекращении уголовного дела и об отказе в применении принудительных мер медицинского характера. Также адвокат может ходатайствовать об отмене меры пресечения.

Постановление суда может быть обжаловано адвокатом в кассационном порядке.

По ходатайству защитника лица, признанного невменяемым, суд прекращает, изменяет или продлевает применение к данному лицу принудительной меры медицинского характера на следующие шесть месяцев.

Вопросы о прекращении, изменении или продлении применения принудительной меры медицинского характера рассматриваются судом, вынесшим постановление о ее применении, или судом по месту применения этой меры.

О назначении уголовного дела к слушанию суд обязательно извещает, в частности, защитника. В судебном заседании исследуются ходатайство, медицинское заключение, заслушивается мнение лиц, участвующих в судебном заседании. Если медицинское заключение вызывает сомнение, то адвокат вправе ходатайствовать о назначении судебной экспертизы, об истребовании дополнительных документов.

Суд прекращает или изменяет применение принудительной меры медицинского характера в случае такого психического состояния лица, при котором отпадает необходимость в применении ранее назначенной меры либо возникает необходимость в назначении иной принудительной меры медицинского характера. Суд продлевает принудительное лечение при наличии основания для продления применения принудительной меры медицинского характера.

Данное постановление суда также может быть обжаловано в кассационном порядке.

§5. Правовые основания участия адвоката — представителя по уголовным делам

Адвокат — представитель гражданского ответчика является субъектом стороны защиты в уголовном процессе и пользуется такими же процессуальными правами, как и доверитель (ст. 55 УПК РФ). В числе лиц, имеющих право участвовать в уголовном деле в качестве представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, частного обвинителя, закон назвал прежде всего адвокатов (ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 55). Важно и то, что для защиты прав и интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому либо психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать перечисленные ценности, обязательно участие в уголовном деле их представителей (ч. 3), прежде всего адвокатов, которые в состоянии оказать им квалифицированную юридическую помощь.

Личное участие в уголовном деле потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, частного обвинителя не лишает его права иметь представителя (ч. 4 ст. 45, ч. 3 ст. 55 УПК РФ), участвующего в уголовном судопроизводстве наряду с доверителем. Каждый из этих

субъектов вправе иметь адвоката-представителя на всех стадиях уголовного процесса (п. 8 ч. 2 ст. 42, п. 8 ч. 3 ст. 44, п. 6 ч. 2 ст. 54, ч. 7 ст. 318). Право иметь адвоката-представителя у потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика возникает в связи с принятием дознавателем, следователем, прокурором, судом процессуального решения о признании их участниками уголовного процесса, а у частного обвинителя — с момента принятия судом заявления о возбуждении уголовного дела частного обвинения к своему производству (ч. 7 ст. 318).

Правовые основания участия адвоката-представителя в уголовном процессе подразделяются на два вида: материально-правовые и процессуально-правовые. Первые включают причиненный ущерб, а вторые — доказанность причинения вреда, его вида и размера, субъектов, наличие заявления о признании потерпевшим, гражданским истцом. В совокупности они образуют фактические и юридические, объективные и субъективные основания для принятия дознавателем, следователем, прокурором, судом решения о признании потерпевшим или гражданским истцом или гражданским ответчиком. После этого все они наделяются процессуальными правами, в том числе правом иметь представителя.

Правовыми основаниями участия адвоката-представителя в уголовном деле являются: соглашение об оказании юридической помощи потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или частному обвинителю, заключенное в соответствии со ст. 24 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре; процессуальное решение дознавателя, следователя, суда об обязательном участии представителя несовершеннолетнего или по своему физическому либо психическому состоянию не способного защищать свои права и законные интересы; определение суда или постановление судьи, следователя, дознавателя о допуске к участию в деле в качестве представителя лица, которое укажут потерпевший, гражданский истец или гражданский ответчик (ч. 2 ст. 45, ч. 1 ст. 55 УПК РФ). Таким лицом может быть и адвокат, который по УПК допускается к участию в деле в качестве представителя как по соглашению, так и по назначению.

Адвокат — представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и частного обвинителя пользуется теми же правами, что и представляемое им лицо. В комплексе процессуальных прав, предоставленных представителю, можно выделить такие, которыми он пользуется на досудебном и судебном производстве (стадии судебного разбирательства, рассмотрения дела в кассационном и надзорном порядке).

На предварительном производстве адвокат-представитель вправе заявлять ходатайства и отводы, представлять доказательства, участвовать с разрешения дознавателя или следователя в следственных действиях, производимых по ходатайству доверителя, знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с участием представителя, постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта, приносить жалобы. По окончании предварительного расследования представитель потерпевшего может знакомиться со всеми материалами уголовного дела, а представители гражданских истца и ответчика — лишь в части, относящейся к предъявленному гражданскому иску, выписывать из дела любые сведения и в любом объеме, снимать копии материалов уголовного дела (ст. 44, 54, 55 УПК РФ).

Участвуя в судебном разбирательстве уголовного дела, адвокат-представитель вправе участвовать в исследовании обстоятельств и материалов дела, представлять доказательства, выступать в судебных прениях, знакомиться с протоколом судебного заседания и приносить на него замечания, обжаловать приговор, определение и постановление суда, знать о принесенных по делу жалобах и представлениях, подавать на них свои замечания. Представители потерпевшего и частного обвинителя, кроме того, полномочны поддерживать обвинение, а гражданского истца и гражданского ответчика — соответственно поддерживать гражданский иск или возражать против него, изменять размер исковых требований.

Особенность деятельности адвоката-представителя в кассационном и надзорном производстве состоит в том, что он участвует в проверке законности, обоснованности и справедливости как не вступивших, так и вступивших в законную силу судебных решений по уголовным делам. В целях осуществления этой деятельности и оказания квалифицированной юридической помощи доверителю представитель потерпевшего вправе в течение установленных законом сроков обжаловать в кассационном и надзорном порядке судебное решение в полном объеме, а представители гражданского истца и гражданского ответчика — только в части гражданского иска (ч. 4, 5 ст. 354, ч. 1 ст. 402 УПК РФ). Они также могут знакомиться с жалобами и представлениями, поданными другими участниками уголовного процесса.

При рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке представители потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и частного обвинителя имеют право участвовать в заседании суда второй инстанции, заявлять отводы и ходатайства, представлять до-

полнительные доказательства в подтверждение поданной жалобы или в опровержение доводов, изложенных в кассационных жалобах или представлении других субъектов судопроизводства, изложить суду свое мнение о законности, обоснованности, справедливости обжалованного судебного решения.

Обжалуя приговор, определение, постановление суда и поддерживая свои кассационные жалобы в суде второй инстанции, адвокаты — представители гражданского истца и гражданского ответчика могут требовать отмены или изменения судебных решений только в части гражданского иска. Представитель частного обвинителя, участвующий в судебном заседании кассационной инстанции, наделен правом заявлять отводы, ходатайства, представлять дополнительные материалы, отозвать поданную им жалобу, поддерживать ее, требуя отмены или изменения судебных решений по уголовному делу по установленным законом основаниям (ст. 379 УПК РФ).

При обжаловании приговора, определения, постановления в надзорном порядке потерпевший и его представитель могут ходатайствовать о пересмотре вступивших в законную силу судебных решений, участвовать в судебном заседании суда надзорной инстанции, давать устные объяснения (ч. 1 ст. 402, ч. 2, 6 ст. 407 УПК РФ); гражданский истец, гражданский ответчик, их представители вправе обжаловать в порядке надзора приговор, определение и постановление суда, вступившие в законную силу в части, касающейся гражданского иска (ч. 1 ст. 402 УПК РФ).

§6. Обжалование как форма адвокатского реагирования на нарушение законности при производстве по уголовному делу

Уголовно-процессуальный кодекс РФ возвел конституционное право на обжалование решений и действий (бездействия) органов государственной власти и должностных лиц в ранг уголовно-процессуального принципа (ст. 19 УПК РФ). В соответствии со ст. 19, 123 УПК РФ все действия (бездействие) и решения суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя, органа дознания и дознавателя могут быть обжалованы в порядке, установленном УПК РФ, участниками уголовного судопроизводства, а также иными лицами в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы.

В УПК РФ обжалование действий (бездействия) и решений должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное судопроизводство, происходит в порядке главы 16 «Обжалование действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство», где предусматривается возможность и порядок обжалования прокурору, руководителю следственного органа (ст. 124 УПК РФ) и в суд (ст. 125 УПК РФ).

6.1. Обжалование прокурору

В соответствии со ст. 37 УПК РФ прокурор осуществляет надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия. Представляется, что рассмотрение жалоб на действия (бездействие) и решения должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное судопроизводство, является одним из направлений надзорной деятельности прокурора за законностью производства предварительного расследования.

Следует отметить, что в соответствии с изменениями, внесенными в УПК РФ Федеральным законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ, вступившим в силу 7 сентября 2007 г., процессуальный статус прокурора был существенным образом изменен. До 7 сентября 2007 г. прокурор был уполномочен не только требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства (как это имеет место быть и на сегодняшний момент), но и имел реальные рычаги воздействия на должностных лиц, осуществляющих расследование по уголовному делу в случае выявления нарушения ими закона. В прежних редакциях ст. 34 и 124 УПК РФ прокурор обладал следующими полномочиями при рассмотрении жалоб на действия (бездействие) и решения следователей:

отмена незаконного и необоснованного постановления следователя, дознавателя, нижестоящего прокурора;

признание незаконными и необоснованными действий (бездействия) следователя;

дача следователю обязательных для него письменных указаний;

прекращение производства по уголовному делу

отстранение дознавателя и следователя от дальнейшего производства расследования, если ими допущено нарушение требований УПК РФ.

Действующая редакция ст. 34 и 124 УПК РФ не предусматривает кардинальное вмешательство прокурора в деятельность следователя при принятии решения по жалобе адвоката на нарушение законности

при производстве по уголовному делу. Формулировка ст. 124 УПК РФ не дает реального представления о полномочиях прокурора, которыми он обладает при рассмотрении жалоб.

Для разрешения возникающих вопросов Генеральный прокурор РФ издал два приказа: от 6 сентября 2007 г. № 136 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» и № 137 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания».

Первый приказ призван сориентировать работников прокуратуры относительно круга их надзорных полномочий в свете произошедших изменений. Всем прокурорским работникам предписывается в полной мере использовать свои полномочия для эффективного надзора за законностью деятельности следственных органов и защиты прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства (п. 1.1).

Прокурорам предписано тщательно проверять изложенные в жалобах на действия (бездействие) и решения следователя, руководителя следственного органа доводы заявителя. В связи с этим они наделены правом истребовать от названных лиц уголовные дела для проверки (п. 1.14). Последнее полномочие представляется весьма важным, поскольку установить наличие реального нарушения, допущенного при осуществлении расследования, без непосредственного изучения материалов уголовного дела невозможно.

Соответствующие изменения в этой части были внесены и в УПК РФ Федеральным законом от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ. В соответствии с ч. 2.1 ст. 37 УПК РФ по мотивированному письменному запросу прокурора ему предоставляется возможность ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела.

Вместе с тем надо признать, что УПК РФ не определяет, кому адресуется данный запрос, не предусмотрены и сроки его рассмотрения. В то же время сроки на рассмотрение жалобы защиты прокурором, предусмотренные ст. 124 УПК РФ, не изменились: трое суток с момента поступления жалобы с возможностью продления до 10 суток. Очевидно, что возникшая разрозненность прокуратуры и следствия не позволит соблюсти данные сроки при наличии необходимости истребования уголовного дела.

Проверке подлежат все доводы заявителя, а не выборочно, строго запрещается направлять жалобы на имя прокурора для рассмотрения в следственный орган, чьи действия (бездействие) и решения обжалуются.

Дублируя формулировку ст. 124 УПК РФ о том, что по результатам рассмотрения жалобы выносится постановление о полном или частич-

ном ее удовлетворении или об отказе в таковом, п. 1.14 приказа предусматривает направление в первом случае ее копии с требованием об устранении нарушений федерального законодательства руководителю следственного органа. Если в жалобе наряду с другими доводами содержатся ходатайства о производстве следственных действий, то прокурор в своем постановлении о разрешении жалобы должен указать свое мнение об их обоснованности.

Одновременно при уведомлении заявителя о принятом решении прокурор разъясняет ему право обратиться с данным ходатайством к следователю или руководителю следственного органа. Такое положение представляется весьма благоприятным.

Однако данное мнение прокурора, как и постановление в целом, отнюдь не обязательны для следователя. Дальнейшее движение их ведомственными прокурорскими актами не предусмотрено, в связи с чем обратимся к внутренним актам соответствующих следственных структур.

7 сентября 2007 г. Следственным комитетом при прокуратуре РФ был издан приказ № 5 «О мерах по организации процессуального контроля».

Согласно п. 19 данного приказа при поступлении требования прокурора об устранении нарушений руководителю следственного отдела он обязан его рассмотреть. Для этого следователю, чьи действия (бездействие) или решение обжаловались, предлагается подготовить предложения о его исполнении либо мотивированные возражения.

По представлении следователем таких документов руководитель следственного органа рассматривает их вместе с материалами уголовного дела, дает письменные указания подчиненному следователю об исполнении требования прокурора (по результатам исполнения прокурору направляется соответствующее уведомление) либо информирует последнего о несогласии с его требованием.

Во втором случае прокурор может обратиться с данными требованиями к руководителю вышестоящего следственного органа, а в случае его несогласия с этими требованиями — председателю следственного комитета при прокуратуре РФ, в случае же несогласия последнего — к Генеральному прокурору РФ, решение которого является окончательным.

Таким образом, можно сделать вывод: обжаловать в прокуратуру проведенные следственные и процессуальные действия, а также принятые решения зачастую нецелесообразно, поскольку даже при нарушении процессуального порядка прокурор не сможет надлежащим образом воздействовать на органы следствия.

Указанные изменения не затронули дознание по уголовному делу. Надзорные функции прокуратуры в данном секторе были сохранены в полном объеме. В соответствии со ст. 37 и 124 УПК РФ прокурор: рассматривает жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя;

отменяет незаконные и необоснованные постановления дознавателя;

дает обязательные письменные указания дознавателю по вопросам доказывания.

В связи с этим направление жалоб прокурору по вопросам расследования, осуществляемого органом дознания по уголовному делу, по сравнению со следствием представляется более действенным. К тому же органы прокуратуры никогда не имели собственного дознания, вследствие чего защитнику не стоит опасаться особой лояльности прокуратуры по отношению к нему.

Отсутствие возможности у надзирающей прокуратуры осуществлять действенный надзор за проводимым следователем расследованием призвано компенсировать введение процессуального контроля со стороны руководителя следственного органа.

6.2. Обжалование руководителю следственного органа

Согласно новой редакции ст. 124 УПК РФ руководитель следственного органа наряду с прокурором может рассмотреть жалобу на решения и действия (бездействие) следователя, по результатам чего выносит решение о ее удовлетворении или об отказе в удовлетворении. В отличие от прокурора руководитель следственного органа приобрел возможность напрямую воздействовать на следователя.

В соответствии со ст. 39 УПК РФ руководитель следственного органа уполномочен:

отменять незаконные и необоснованные постановления следователя и нижестоящего руководителя следственного органа;

давать следователю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий и объеме обвинения.

В развитие новых положений уголовно-процессуального закона Следственным комитетом при прокуратуре РФ был издан приказ от 7 сентября 2007 г. № 5 «О мерах по организации процессуального контроля».

Согласно п. 1 приказа в органах системы Следственного комитета при прокуратуре РФ осуществляется единообразный подход к организации процессуального контроля в ходе уголовного судопроизвод-

ства, в ходе которого осуществляется незамедлительное реагирование на выявленные нарушения законов в рамках ст. 39 УПК РФ. По каждому уголовному делу контрольного производства (аналогично прокурорскому надзорному производству) приобщаются копии основных процессуальных решений, постановлений прокурора, постановлений и указаний руководителя следственного органа, сопроводительных писем, мотивированных возражений и жалоб (п. 11).

Какого-либо широкого раскрытия вышеназванных положений ст. 39 и 124 УПК РФ приказ не содержит, однако предписывает, что жалоба в порядке процессуального контроля должна направляться руководителю следственного органа, в непосредственном подчинении которого находится должностное лицо, чьи действия (бездействие) и решения обжалуются. При последующем же обжаловании данного решения руководителем вышестоящего следственного органа истребуется заключение нижестоящего, а в необходимом случае изучаются материалы проверки либо уголовного дела.

К сожалению, аналогичного ведомственного акта не было издано в системе МВД. Приказ Следственного комитета при МВД России от 17 декабря 2007 г. № 38 «О процессуальных полномочиях следственных органов» лишь распределил между отдельными должностными лицами следственных органов системы МВД полномочия, предусмотренные теми или иными положениями УПК РФ, не затрагивая механизма их реализации.

При сравнении с полномочиями прокурора, обжалование действий и решений следователя защитником с формальной точки зрения предпочтительнее именно руководителю следственного органа, поскольку тот непосредственно контролирует ход расследования и обладает реальными возможностями проверки доводов заявителя и вмешательства в сложившуюся ситуацию.

Однако, будучи начальником органа, который осуществляет предварительное следствие, он не может быть не заинтересован в высоких показателях раскрываемости уголовных дел и направлении их в суд с обвинительными заключениями руководимым им подразделением системы следствия.

Обратим внимание на еще один процессуальный вопрос, который не нашел своего однозначного разрешения в уголовно-процессуальном законодательстве.

Как было указано выше, в соответствии с положениями ч. 2 ст. 124 УПК РФ прокурор или руководитель следственного органа по результатам рассмотрения жалобы в обязательном порядке выносят процес-

суальный документ — постановление. Частью 3 данной статьи предусмотрено, что заявитель должен быть незамедлительно уведомлен о решении, принятом по жалобе, и дальнейшем порядке его обжалования. Таким образом, прямого указания на необходимость направления такого постановления заявителю норма Закона не содержит.

На практике зачастую должностными лицами, рассматривающими жалобу, данные положения понимаются буквально, вследствие чего заявителю направляется лишь письмо с сообщением о принятом решении.

Весьма примечательна по данному вопросу позиция Конституционного Суда РФ.

Так, в своем Определении от 18 декабря 2003 г. № 429-О он указывает: «Участник процесса, не ознакомившийся с вынесенным в отношении него решением и его обоснованием, не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу на это решение, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам. Поэтому для обеспечения возможности судебного обжалования постановлений следователя, которыми нарушаются права личности, обвиняемому должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации»⁸¹.

6.3. Обжалование в суд

6.3.1. Обжалование в порядке статьи 125 УПК РФ

Возможность обжалования защитником в суд действий и решений должностных лиц, ведущих предварительное расследование — важное средство осуществления защиты. Основным плюсом данной формы обжалования с точки зрения защитника является объективность. Адвокат может надеяться на непредвзятое отношение суда, поскольку тот является самостоятельной ветвью власти, независим и формально не связан с органами уголовного преследования. Суд в данном случае не имеет служебной заинтересованности в том, чтобы не было отменено процессуальное решение следователя по делу или сохранило доказательственное значение полученное им доказательство. Вторым плюсом является то, что рассмотрение жалобы в судебном заседании

⁸¹ Определение Конституционного Суда РФ от 18 декабря 2003 г. № 429-О «По жалобе граждан Березовского Бориса Абрамовича, Дубова Юлия Анатольевича и Патаркацишвили Аркадия Шалвовича на нарушение их конституционных прав положениями статей 47, 53, 162 и 195 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»

позволяет защитнику лично и непосредственно привести доводы в обоснование жалобы, ответить на вопросы суда, ознакомиться с позицией других лиц и дать по этому поводу объяснения, что невозможно при других формах обжалования.

Предопределенность возможности судебного обжалования действий (бездействия) и решений должностных лиц и органов в досудебном производстве по уголовному делу заложена в Конституции Российской Федерации, ст. 46 которой устанавливает, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод и обеспечивается право обжаловать в суд решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Это право вытекает также из закрепленного в ст. 21 Конституции Российской Федерации принципа охраны достоинства личности, предполагающего, в частности, обязанность государства обеспечивать каждому возможность отстаивать свои права в споре с любыми органами и должностными лицами, в том числе осуществляющими предварительное расследование по уголовным делам.

1. Принципиальным в решении вопроса о возможности обжалования в суд действий (бездействия) и решений должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование, стало Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П.

В жалобах граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырецкого и Д.И. Фуфлыгина, а также общества с ограниченной ответственностью «Моноком», обратившихся в Конституционный Суд Российской Федерации, оспаривается конституционность ст. 218, 219 и 220 УПК РСФСР, регламентирующих порядок обжалования действий и решений органа дознания, следователя и прокурора⁸².

На основании этих норм суды общей юрисдикции отказали заявителям в принятии к рассмотрению их жалоб на имевшие место в рамках предварительного расследования по конкретным уголовным делам решения и действия (бездействие) следователей и прокуроров: постановление о возбуждении уголовного дела в отношении В.К. Борисова; бездействие районной прокуратуры, приведшее к необоснованному приостановлению производства и продлению срока расследования по уголовному делу по факту уничтожения личного имущества

⁸² Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырецкого, Д.И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Моноком»».

(жилого дома), принадлежавшего Б.А. Кехману; решения следователя и прокурора о продлении срока предварительного расследования по делу В.И. Монастырецкого; производство в квартире Д.И. Фуфлыгина обыска, сопровождавшегося изъятием материальных ценностей, которые впоследствии были утеряны; постановление следователя о наложении ареста на денежные средства общества с ограниченной ответственностью «Моноком», находившиеся на его расчетном счете в коммерческом банке. Отказывая в рассмотрении жалоб, суды исходили из того, что в силу ст. 218, 219 и 220 УПК РСФСР разрешение поставленных в них вопросов относится к компетенции соответствующих прокуроров, а не судов общей юрисдикции.

По мнению заявителей, указанные положения уголовно-процессуального закона не соответствуют Конституции Российской Федерации, ее ст. 17 (ч. 1), 18, 46 (ч. 1 и 2), 52 и 55. Между тем содержание жалоб свидетельствует о том, что фактически заявителями оспариваются не все положения ст. 218, 219 и 220 УПК РСФСР, а лишь те из них, которые предусматривают обжалование действий органа дознания и следователя прокурору (ч. 1 ст. 218), а действий и решений прокурора — вышестоящему прокурору (ст. 220). При этом все заявители, не возражая против самого по себе полномочия прокурора рассматривать такие жалобы, утверждают, что оспариваемые нормы, по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, исключают для заинтересованных лиц возможность обжалования процессуальных действий органов расследования в суд. Именно отказ в праве на судебное обжалование таких действий и составляет предмет рассмотрения по данному делу, что позволило Конституционному Суду Российской Федерации, руководствуясь ст. 48 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», соединить обращения заявителей в одном производстве.

Кроме того, предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по данному делу является предусмотренный ст. 133 УПК РСФСР порядок продления срока предварительного расследования, оспариваемый гражданином В.И. Монастырецким, которому суд общей юрисдикции отказал в рассмотрении жалобы на продление срока следствия по его делу.

2. Согласно ст. 46 Конституции Российской Федерации каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод и обеспечивается право обжаловать в суд решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, обществен-

ных объединений и должностных лиц. Это право, как отмечал Конституционный Суд Российской Федерации в ряде своих постановлений (от 3 мая 1995 г. по делу о проверке конституционности ст. 220(1) и 220(2) УПК РСФСР, от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР и др.), вытекает также из закрепленного в ст. 21 Конституции Российской Федерации принципа охраны достоинства личности, предполагающего, в частности, обязанность государства обеспечивать каждому возможность отстаивать свои права в споре с любыми органами и должностными лицами, в том числе осуществляющими предварительное расследование по уголовным делам.

В соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР возбуждение уголовного дела и предварительное расследование являются досудебными стадиями производства по уголовному делу, основное назначение которых состоит в обеспечении условий эффективного осуществления правосудия по уголовным делам. После передачи материалов уголовного дела с обвинительным заключением в суд именно этот орган, разрешая дело на основе полного и всестороннего исследования в судебном заседании всех его обстоятельств, осуществляет проверку процессуальных актов и других материалов досудебного производства. При этом судом проверяются, в том числе по жалобам и заявлениям заинтересованных лиц, также действия и решения органов расследования, которые связаны с ограничениями прав и свобод граждан.

Осуществление судебного контроля уже после завершения стадии предварительного расследования само по себе не может расцениваться как нарушение права на судебную защиту, так как гарантирующая его ст. 46 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, не определяя конкретные процедуры реализации этого права, не исключает возможность судебной проверки жалоб на действия и решения органов предварительного расследования и после передачи уголовного дела в суд.

Однако, если соответствующие действия и решения органов расследования не только затрагивают собственно уголовно-процессуальные отношения, но и порождают последствия, выходящие за их рамки, существенно ограничивая при этом конституционные права и свободы личности, отложение проверки законности и обоснованности таких действий до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, восполнение которого в дальнейшем окажется неосуществимым. В этих случаях контроль за действиями и решениями органов предварительного расследования со стороны суда, имеющий место

лишь при рассмотрении им уголовного дела, т.е. на следующем этапе производства, не является эффективным средством восстановления нарушенных прав, и поэтому заинтересованным лицам должна быть обеспечена возможность незамедлительного обращения в ходе расследования с жалобой в суд. Аналогичная правовая позиция (применительно к проверке решений, принимаемых судом первой инстанции до вынесения приговора) сформулирована Конституционным Судом Российской Федерации в постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР.

Вместе с тем суд при проверке в период предварительного расследования тех или иных процессуальных актов не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу. Иное противоречило бы конституционному принципу независимости суда (ст. 120 Конституции Российской Федерации), гарантирующему в условиях состязательного процесса объективное и беспристрастное осуществление правосудия по уголовным делам.

3. Согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству на досудебных стадиях производства по уголовному делу обжалование в суд допускается лишь в отношении отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения производства по нему, а также ареста обвиняемого (подозреваемого). Заявления же лиц, чьи конституционные права затрагиваются другими решениями и действиями органов расследования, в силу ст. 218 и 220 УПК РСФСР на этих стадиях не принимаются судами к рассмотрению, даже если нарушенные права не могут быть впоследствии восстановлены в процессе судебного разбирательства. Кроме того, в ряде случаев заинтересованные в судебном обжаловании лица не являются участниками судебного разбирательства по уголовному делу и потому после окончания расследования и передачи дела в суд с обвинительным заключением не имеют возможности отстаивать свои интересы перед судом. Так, в частности, не могло быть реализовано право на судебную защиту заявителями по данному делу — гражданином Д.И. Фуфлыгиным, в жилище которого был произведен обыск, сопровождавшийся изъятием материальных ценностей, и обществом с ограниченной ответственностью «Моноком», на денежные средства которого, находившиеся на расчетном счете в коммерческом банке, в связи с производством по уголовному делу был наложен арест. В результате такие конституционные права заявителей, как право свободно владеть, пользоваться и распоря-

жаться своим имуществом (ст. 35, ч. 2), а также право на неприкосновенность жилища (ст. 25), фактически остались без судебной защиты.

Правовое регулирование, приводящее к подобным последствиям, не согласуется с предписаниями Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ратифицирована Российской Федерацией 30 марта 1998 г.), по смыслу ст. 6 которой право на судебную защиту, предполагающее обеспечение каждому при определении его гражданских прав и обязанностей доступа к правосудию в разумный срок, должно служить гарантией от чрезмерного, не обусловленного конституционно оправданными целями ограничения прав и свобод граждан, в частности, на досудебных стадиях производства по уголовному делу.

Таким образом, непредоставление заинтересованным лицам права на судебное обжалование действий и решений органов предварительного расследования, связанных с ограничением неприкосновенности их жилища и с лишением их возможности распоряжаться своей собственностью, противоречит ст. 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации и сужает конституционные гарантии прав, предусмотренных ст. 25 и 35 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации.

Вместе с тем предоставление безотлагательной судебной защиты лицам, чьи права и законные интересы нарушаются действиями и решениями органов дознания и предварительного следствия, не предполагает — в том числе по смыслу действующего процессуального закона и с учетом требования о судебном разбирательстве дела в разумный срок без неоправданной задержки — обязательного прекращения обжалуемого действия или приостановления исполнения обжалуемого решения до рассмотрения судом соответствующей жалобы.

4. Конституционное право на судебную защиту не было обеспечено и в ходе производства по делам обратившихся в Конституционный Суд Российской Федерации граждан Б.А. Кехмана и В.И. Монастырецкого: на основании ст. 218 и 220 УПК РСФСР им было отказано в праве на судебное обжалование фактического бездействия органов расследования, повлекшего приостановление производства по делу и продление срока предварительного расследования.

Такого рода процессуальные действия и решения отдалают перспективу судебного разрешения дела, приводят к сохранению неопределенности в правовом статусе участников процесса, продлевают применение в отношении граждан ограничительных мер, включая меры пресечения и отстранение от занимаемой должности, как это имело место в отношении В.И. Монастырецкого. Кроме того, незаконное и необоснованное продление сроков предварительного рас-

следования, а тем более приостановление производства по делу могут стать причиной утраты доказательств по делу и тем самым привести к невозможности восстановления нарушенных прав и законных интересов участников процесса, к нарушению гарантируемого ст. 52 Конституции Российской Федерации права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью на доступ к правосудию и компенсацию причиненного вреда.

5. Оспариваемая В.И. Монастырецким ст. 133 УПК РСФСР, регламентирующая продление срока предварительного следствия, по ее буквальному смыслу, не допускает произвольного и неограниченного продления этого срока, поскольку предусматривает увеличение срока следствия сверх шести месяцев лишь по решению Генерального прокурора Российской Федерации или его заместителя и только в исключительных случаях. При этом применение данной нормы в соответствии с ее конституционным смыслом обеспечивается вытекающей из ст. 15 (ч. 1 и 4) Конституции Российской Федерации обязанностью органов, осуществляющих предварительное расследование, и судов следовать конституционным предписаниям, гарантирующим гражданам доступ к правосудию и судебную защиту (ст. 52 и 46), учитывая также положения международно-правовых актов, закрепляющих право каждого на рассмотрение его дела судом в разумные сроки и без неоправданной задержки (пункт 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; подпункт «с» пункта 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Исходя из этого, суды общей юрисдикции обязаны проверять по жалобам заинтересованных лиц законность и обоснованность продления сроков расследования, что согласно правовой позиции, выраженной Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 13 июня 1996 г. по делу о проверке конституционности части пятой ст. 97 УПК РСФСР и в Определении от 25 декабря 1998 г. по делу о проверке конституционности частей четвертой, пятой и шестой ст. 97 УПК РСФСР, предполагает установление как юридических, так и фактических оснований, обуславливающих принятие процессуальных решений, связанных с ограничением прав и свобод граждан. При этом должны учитываться также сформулированные в пунктах 3—6 мотивировочной части упомянутого Постановления положения о гарантиях безотлагательной судебной защиты для лиц, чьи права и законные интересы нарушаются действиями и решениями органов расследования, в том числе связанными с продлением срока предварительного расследования.

6. В жалобе В.К. Борисова утверждается, что положения ст. 218 УПК РСФСР нарушают его конституционные права, поскольку исключают возможность оспорить в суде постановление о возбуждении уголовного дела, с вынесением которого заявитель связывает нарушение своих прав на свободу и неприкосновенность личности, жилища и частной жизни с необоснованным применением к нему в ходе предварительного расследования содержания под стражей, а также проведением обысков по месту его жительства и работы.

Из жалобы и исследованных в заседании Конституционного Суда Российской Федерации материалов, однако, не вытекает, что к указанным заявителем ограничениям прав привело само по себе возбуждение уголовного дела. Напротив, данные ограничения были связаны именно с последующими процессуальными действиями, в частности с арестом и обыском, которые как таковые в соответствии с действующим уголовно-процессуальным законодательством и настоящим Постановлением могут быть обжалованы в судебном порядке.

С учетом этого жалоба В.К. Борисова на нарушение его конституционных прав и свобод ст. 218 УПК РСФСР, как исключаяющей судебное обжалование постановления о возбуждении уголовного дела, не является допустимой в соответствии с требованиями ст. 96 и 97 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Исходя из изложенного и руководствуясь ч. 1 и 2 ст. 71, ст. 72, 74, 75 и 86, а также ст. 68 и п. 2 ч. 1 ст. 43 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1) признать не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее ст. 46 (ч. 1 и 2) и 52, положения ч. 1 ст. 218 и ст. 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР постольку, поскольку они, по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, исключают в ходе предварительного расследования для заинтересованных лиц, конституционные права которых нарушены, возможность судебного обжалования действий и решений органа дознания, следователя или прокурора, связанных с производством обыска, наложением ареста на имущество, приостановлением производства по уголовному делу и продлением срока предварительного расследования;

2) признать статью 133 УПК РСФСР не противоречащей Конституции Российской Федерации, поскольку ее положения сами по себе не предполагают произвольного и неограниченного продления срока предварительного расследования. Соответствующее конституционное

истолкование данной нормы, по смыслу ст. 46 и 52 Конституции Российской Федерации и согласно пункту 1 резолютивной части настоящего Постановления, во всяком случае должно обеспечиваться судами путем проверки по жалобам граждан законности и обоснованности постановлений о продлении срока предварительного расследования;

3) прекратить производство по жалобе гражданина В.К. Борисова как не являющейся допустимой в соответствии с требованиями Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Данное постановление послужило основой дальнейшего развития уголовно-процессуального законодательства. Согласно ч. 3 ст. 29 УПК РФ суд правомочен в ходе досудебного производства рассматривать жалобы на действия (бездействие) и решения прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя в случаях и порядке, которые предусмотрены ст. 125 УПК РФ. В данной статье конкретно названы два вида постановлений дознавателя, следователя, прокурора, которые могут быть обжалованы в суд: постановление об отказе в возбуждении уголовного дела и постановление о прекращении уголовного дела.

Однако возможности обращения с жалобой в суд адвоката значительно шире. В части 1 ст. 125 УПК РФ в общей форме указано, что в суд могут быть обжалованы решения и действия (бездействие), которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию.

Определить на практике, какие именно действия и решения органов расследования могут и какие не могут быть обжалованы в суд, далеко не всегда просто.

Пленум Верховного Суда РФ, отметив, что при разрешении судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ возникают неясные и спорные вопросы, требующие разъяснения, указал, что к иным решениям и действиям (бездействию), способным причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, следует относить, например, постановления дознавателя, следователя и руководителя следственного органа о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица, о производстве выплат или возврате имущества реабилитированному, об отказе в назначении защитника, в допуске законного представителя, об избрании и применении к подозреваемому, обвиняемому мер процессуального принуждения, за исключением залога, домашнего ареста и заключения под стражу, которые применяются по решению суда.

К затрудняющим доступ граждан к правосудию следует относить такие действия (бездействие) либо решения должностных лиц, ограничивающие права граждан на участие в досудебном производстве по уголовному делу, которые создают гражданину препятствие для дальнейшего обращения за судебной защитой нарушенного права. К ним относятся, например, отказ в признании лица потерпевшим, отказ в приеме сообщения о преступлении либо бездействие при проверке этих сообщений, постановление о приостановлении предварительного следствия и другие⁸³.

Большую работу в сфере определения предмета судебного обжалования в порядке ст. 125 УПК РФ проделал Конституционный Суд РФ.

В частности, при решении вопроса, является ли постановление о возбуждении уголовного дела тем решением, которое способно причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию по жалобе гр. В.К.Борисова, указал, что само по себе возбуждение уголовного дела не приводит к ограничениям прав личности⁸⁴, однако в определении от 27 декабря 2002 г., принятом в связи с запросом Президиума Верховного Суда РФ и жалобами ряда граждан, Конституционный Суд РФ высказал другую позицию⁸⁵.

Положения уголовно-процессуального законодательства, исключаящие, по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, возможность обжалования в суд действий и решений органов предварительного расследования, уже были предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации. В Постановлении от 23 марта 1999 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал имеющую общий характер правовую позицию, согласно которой в случаях, когда действия и решения органов дознания, следователей и прокуроров порождают послед-

⁸³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

⁸⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырцецкого, Д.И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Моноком»».

⁸⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации и жалобами ряда граждан».

ствия, выходящие за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений, существенно ограничивая при этом такие конституционные права и свободы личности, которые не могут быть восстановлены в результате отсроченного судебного контроля, заинтересованным лицам должна быть обеспечена возможность незамедлительного обращения в суд за защитой своих прав и свобод уже в стадии предварительного расследования.

Если уголовное дело возбуждается в отношении конкретного лица, это лицо приобретает статус подозреваемого, в связи с чем может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам. Между тем положения ст. 116, 218, 219 и 220 УПК РСФСР — по смыслу, придаваемому им сложившейся правоприменительной практикой, — ограничивают для таких лиц возможность защищать в суде свои права и законные интересы, а значит, затрудняют доступ к правосудию. Судебный же контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления их основных прав и свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела.

Исходя из того, что согласно Конституции Российской Федерации человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита — обязанностью государства (ст. 2); права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, они определяют смысл, содержание и применение законов и обеспечиваются правосудием (ст. 18); достоинство личности охраняется государством, и ничто не может быть основанием для его умаления (ст. 21), — оспариваемые нормы уголовно-процессуального закона должны интерпретироваться как не препятствующие лицу, подозреваемому в совершении преступления, обжаловать в суд постановление о возбуждении уголовного дела. Такое понимание этих норм соответствует статье 45 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, согласно которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, и непосредственно вытекает из ее ст. 46 (ч. 1), гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод, а также согласуется с действующими нормами уголовно-процессуального законодательства, определяющими основы правового положения подозреваемого.

В соответствии с правовой позицией, также изложенной Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 23 марта 1999 г., при осуществлении в период предварительного расследования судебного контроля за законностью и обоснованностью процессуальных актов органов дознания, следователей и прокуроров не должны

предрешаться вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела. Следовательно, при проверке законности постановления о возбуждении уголовного дела суд уполномочен выяснять прежде всего, соблюден ли порядок вынесения данного решения, имеются ли поводы к возбуждению уголовного дела, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу. Установление того, ограничиваются ли в связи с возбуждением уголовного дела конституционные права и свободы лица, обратившегося с жалобой, и сопряжена ли проверка законности обжалуемого постановления с рассмотрением тех вопросов, которые подлежат разрешению при постановлении приговора, осуществляется судом исходя из фактических обстоятельств конкретного дела. При этом принесение в суд жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица не приостанавливает совершения следственных и иных процессуальных действий.

Таким образом, жалобы на постановления о возбуждении в отношении конкретных лиц уголовного дела подлежат судебному рассмотрению на основе Конституции Российской Федерации и уголовно-процессуального закона с учетом правовых позиций, изложенных Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 23 марта 1999 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР и настоящем Определении.

Пленум Верховного Суда РФ дает аналогичное разъяснение: «При рассмотрении доводов жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела судье следует проверять, соблюден ли порядок вынесения данного решения, обладало ли должностное лицо, принявшее соответствующее решение, необходимыми полномочиями, имеются ли поводы и основание к возбуждению уголовного дела, нет ли обстоятельств, исключающих производство по делу. При этом судья не вправе давать правовую оценку действиям подозреваемого, а также собранным материалам относительно их полноты и содержания сведений, имеющих значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, поскольку эти вопросы подлежат разрешению в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства уголовного дела»⁸⁶.

В этом же определении Конституционный Суд решил еще один вопрос. Конституционный Суд признал право на судебное обжа-

⁸⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

ние постановления прокурора об отмене постановления о прекращении уголовного дела.

7. Согласно оспариваемому гражданином В.В.Тяном п. 2 ч. 1 ст. 211 УПК РСФСР прокурор, осуществляя надзор за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия, в пределах своей компетенции отменяет незаконные и необоснованные постановления следователей и лиц, производящих дознание. В силу названной нормы прокурор вправе отменять и постановления о прекращении уголовного дела, возобновляя при этом производство по делу.

В соответствии с Конституцией Российской Федерации права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти и обеспечиваются правосудием, а ограничение прав и свобод человека и гражданина может осуществляться только на основе федерального закона в целях защиты конституционно значимых ценностей при условии обеспечения соответствия устанавливаемых ограничений этим целям (ст. 18 и 55, ч. 3).

Сама по себе возможность отмены незаконного и необоснованного постановления о прекращении уголовного дела и возобновления производства по делу вытекает из конституционных предписаний, обязывающих органы государственной власти, должностных лиц и граждан соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ст. 15, ч. 2), гарантирующих государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ст. 45, ч. 1) и возлагающих на государство обязанность обеспечивать потерпевшим от преступлений доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба (ст. 52).

Из приведенных конституционных положений в их системном единстве следует, в частности, что при решении вопросов, связанных с возобновлением прекращенных уголовных дел, надлежит исходить из необходимости обеспечения и защиты как интересов правосудия, прав и свобод потерпевших от преступлений, так и прав и законных интересов лиц, привлекаемых к уголовной ответственности и считающихся невиновными до тех пор, пока их виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 49, ч. 1 Конституции Российской Федерации), и недопустимости сохранения для лица, в отношении которого дело было прекращено, постоянной угрозы уголовного преследования, а значит, и ограничения его прав и свобод. Это предполагает и недопустимость многократного возобновления по одному и тому же основанию (в частности, по причине неполноты проведен-

ного расследования) прекращенного уголовного дела. Гарантией защиты указанных прав — в силу правовых позиций, изложенных Конституционным Судом Российской Федерации в ранее принятых решениях, а также в настоящем Определении, — является право на судебное обжалование постановления прокурора об отмене постановления о прекращении уголовного дела.

Кроме того, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, введенный в действие с 1 июля 2002 г., предусматривая полномочие прокурора отменять незаконные или необоснованные постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и возобновлять производство по делу, вместе с тем закрепляет правило, согласно которому возобновление производства по ранее прекращенному уголовному делу возможно в связи с вновь открывшимися и новыми обстоятельствами, но лишь в том случае, если не истекли сроки давности привлечения к уголовной ответственности.

Следовательно, в настоящее время права, на нарушение которых указывает гражданин В.В.Тян в связи с многократным возобновлением его уголовного дела ввиду неполноты предварительного следствия и необоснованности сформулированных в постановлении о прекращении уголовного дела выводов, могут быть защищены без использования механизмов конституционного судопроизводства на основе норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

Пленум Верховного Суда РФ указал на возможность судебного обжалования в порядке ст. 125 УПК РФ отказа дознавателя или следователя в удовлетворении ходатайства о производстве следственных действий для установления обстоятельств, имеющих значение для обеспечения прав и законных интересов подзащитного.

Незаконный и необоснованный отказ в принятии, проверке и приобщении к делу подобной информации существенно нарушает не только право подозреваемого (обвиняемого) на защиту, предусмотренное ст. 16 УПК РФ, но и положения ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, согласно которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, а также ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод. Обжалование упомянутых решений в суд соответствует критериям, сформулированным в ч. 1 ст. 125 УПК РФ и в приведенных выше решениях Конституционного Суда РФ.

Во многих случаях отмена незаконного и необоснованного решения дознавателя или следователя об отказе в принятии представленных стороной защиты доказательств или в производстве следственных

действий для получения таких доказательств не терпит отлагательства, поскольку со временем эти доказательства могут быть утрачены и в результате не рассмотрены в судебном разбирательстве⁸⁷.

При рассмотрении жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ на отказ следователя и дознавателя в удовлетворении ходатайств подозреваемого или обвиняемого, его защитника, а также потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика или их представителей об установлении посредством допроса свидетелей, производства судебной экспертизы и других следственных действий обстоятельств, имеющих, по мнению заявителей, значение для уголовного дела, судья проверяет, не были ли нарушены права участников уголовного судопроизводства при принятии такого решения (ч. 4 ст. 159 УПК РФ). При этом судья не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу⁸⁸.

Разъясняет указанный Пленум Верховного Суда РФ и порядок обжалования некоторых других решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство.

В порядке ст. 125 УПК РФ обжалованию подлежит постановление прокурора об отказе в возбуждении производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. При этом осужденному, отбывающему наказание в виде лишения свободы и заявившему ходатайство об участии в судебном разбирательстве по жалобе, должно быть обеспечено это право, если судьей такое участие будет признано необходимым для защиты прав личности и достижения целей правосудия. Заявителю должна быть предоставлена возможность изложить в суде свою позицию по рассматриваемой жалобе путем допуска к участию в деле его адвокатов и других представителей, а также иными предусмотренными законом способами.

В тех случаях, когда лицо, отбывающее наказание по вступившему в законную силу приговору, не согласно с решением прокурора, который после проведенной проверки прекратил возбужденное им производство на основании ст. 415 УПК РФ, заинтересованное лицо в соответствии с ч. 3 ст. 416 УПК РФ вправе обжаловать решение прокурора в суд, правомочный решать вопрос о возобновлении производства

⁸⁷ Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в уголовно-процессуальном доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству. — М., 2004.

⁸⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

по уголовному делу ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств согласно ст. 417 УПК РФ, а не в порядке ст. 125 УПК РФ.

Исходя из положений ст. 123 УПК РФ, устанавливающей право на обжалование решений и действий (бездействия) прокурора, в порядке ст. 125 УПК РФ может быть обжаловано решение прокурора о применении меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу лица для обеспечения его возможной выдачи по запросу иностранного государства, принятое на основании судебного решения этого государства о заключении его под стражу (ч. 2 ст. 466 УПК РФ). При этом судья не обсуждает вопросы виновности лица, принесшего жалобу, ограничиваясь проверкой соответствия решения прокурора законодательству и международным договорам Российской Федерации.

Проверяя законность и обоснованность постановления об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 1 ст. 148 УПК РФ), судья обязан выяснить, соблюдены ли нормы, регулирующие порядок рассмотрения сообщения о совершенном или готовящемся преступлении (ст. 20, 144, 145 и 151 УПК РФ), а также принято ли уполномоченным должностным лицом решение об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии к тому законных оснований и соблюдены ли при его вынесении требования ст. 148 УПК РФ. Признав отказ в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, судья выносит соответствующее постановление, которое направляет для исполнения руководителю следственного органа или начальнику органа дознания, и уведомляет об этом заявителя (ч. 7 ст. 148 УПК РФ).

Если заявитель обжалует постановление о прекращении уголовного дела, то при рассмотрении такой жалобы судья, не давая оценки имеющимся в деле доказательствам, должен выяснять, проверены ли и учтены ли дознавателем, следователем или руководителем следственного органа все обстоятельства, на которые указывает в жалобе заявитель, и могли ли эти обстоятельства повлиять на вывод о наличии оснований для прекращения уголовного дела. При этом по результатам разрешения такой жалобы судья не вправе делать выводы о доказанности или недоказанности вины, о допустимости или недопустимости доказательств.

Вместе с тем, как справедливо указывают Ю.В.Корневский и Г.П. Падва, требует решения еще один вопрос — о возможности обжалования в суд решения прокурора об отказе в отводе дознавателя или решение руководителя следственного органа об отводе следователя. Если можно обжаловать в суд отдельные незаконные действия и реше-

ния лиц, ведущих расследование, то тем более для этого есть основания, когда подобные действия приобретают систематический характер и свидетельствуют о необъективности, предвзятости дознавателя или следователя, что свидетельствует о его заинтересованности в исходе дела. Если в подобных ситуациях решение об отводе не будет принято своевременно, то под вопрос будут поставлены законность, объективность всего расследования. Немало таких случаев, когда предвзято проведенное расследование препятствует правильному разрешению дела судом и может привести к непоправимым судебным ошибкам⁸⁹.

Таким образом, в соответствии с действующим УПК РФ, позицией Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, сформулированной в Постановлении Пленума, в суд в порядке ст. 125 УПК РФ можно обжаловать следующие действия (бездействие) и решения должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование:

отказ в возбуждении уголовного дела;

прекращение уголовного дела;

действия и решения органов дознания и предварительного следствия, связанные с ограничением неприкосновенности жилища и с лишением их возможности распоряжаться своей собственностью (обыск, наложение ареста на имущество);

бездействие органов расследования, повлекшего приостановление производства по делу и продление срока предварительного расследования;

законность и обоснованность продления сроков расследования (в том числе и тогда, когда это не связано с содержанием под стражей);

постановление прокурора об отмене постановления о прекращении уголовного дела;

постановления дознавателя, следователя и руководителя следственного органа о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица;

о производстве выплат или возврате имущества реабилитированному;

об отказе в назначении защитника, в допуске законного представителя;

об избрании и применении к подозреваемому, обвиняемому мер процессуального принуждения, за исключением залога, домашнего ареста и заключения под стражу, которые применяются по решению суда;

⁸⁹ Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Указ. соч.

затрудняющие доступ граждан к правосудию действия (бездействие) либо решения должностных лиц, ограничивающие права граждан на участие в досудебном производстве по уголовному делу, которые создают гражданину препятствие для дальнейшего обращения за судебной защитой нарушенного права, отказ в признании лица потерпевшим, отказ в приеме сообщения о преступлении либо бездействие при проверке этих сообщений, постановление о приостановлении предварительного следствия и другие;

отказ следователя и дознавателя в удовлетворении ходатайств подозреваемого или обвиняемого, его защитника, а также потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика или их представителей об установлении посредством допроса свидетелей, производства судебной экспертизы и других следственных действий обстоятельств, имеющих, по мнению заявителей, значение для уголовного дела, — судья проверяет, не были ли нарушены права участников уголовного судопроизводства при принятии такого решения;

постановление прокурора об отказе в возбуждении производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств;

решение прокурора о применении меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу лица для обеспечения его возможной выдачи по запросу иностранного государства, принятое на основании судебного решения этого государства о заключении его под стражу.

Суд при проверке в период предварительного расследования тех или иных процессуальных актов не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу. Иное противоречило бы конституционному принципу независимости суда (ст. 120 Конституции Российской Федерации), гарантирующему в условиях состязательного процесса объективное и беспристрастное осуществление правосудия по уголовным делам.

На практике возникает вопрос с определением круга должностных лиц и органов, чьи действия (бездействие) и решения можно обжаловать в суд в порядке ст. 125 УПК РФ. В связи с этим Пленум Верховного Суда РФ дал разъяснение в части определения круга должностных лиц, чьи действия (бездействие) и решения можно обжаловать в порядке ст. 125 УПК РФ и чьи нельзя⁹⁰.

⁹⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Закон гарантирует участникам уголовного судопроизводства и иным лицам, в отношении которых допущены нарушения их прав и свобод, возможность обжалования в суд решений и действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование, и определяет, чьи решения и действия (бездействие) могут быть обжалованы в соответствии с ч. 1 ст. 125 УПК РФ. Исходя из того, что рассматривают сообщения о преступлении, принимают решения об отказе в приеме сообщения о преступлении, о возбуждении и об отказе в возбуждении уголовного дела также другие должностные лица и органы, например начальник подразделения дознания (ч. 2 ст. 40.1 УПК РФ) и органы дознания (ч. 1 ст. 144, ч. 1 ст. 145, ч. 1 ст. 146, ч. 1 ст. 148 УПК РФ), заявитель вправе обжаловать и их действия.

Вместе с тем не подлежат обжалованию в порядке ст. 125 УПК РФ решения и действия (бездействие) должностных лиц, полномочия которых не связаны с осуществлением уголовного преследования в досудебном производстве по уголовному делу (например, прокурора, поддерживающего государственное обвинение в суде, начальника следственного изолятора). Не подлежат рассмотрению судом жалобы на решения и действия (бездействие) должностных лиц органов прокуратуры, связанные с рассмотрением надзорных жалоб на вступившие в законную силу судебные решения.

Исходя из положений ч. 1 ст. 125 УПК РФ, могут быть обжалованы решения и действия (бездействие) должностных лиц в связи с их полномочиями по осуществлению уголовного преследования. В связи с этим судам следует иметь в виду, что по смыслу ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в порядке ст. 125 УПК РФ могут быть также обжалованы решения и действия должностных лиц, органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении в порядке выполнения поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания.

Достаточно проблемным долгое время оставался вопрос о круге лиц, имеющих право на судебное обжалование действий (бездействия) и решений должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное судопроизводство. В жалобе ООО «ИКПО», направленной в Консти-

туционный Суд РФ генеральным директором Н.К. Царуком, оспаривается конституционность ч. 1 ст. 125 УПК РФ⁹¹.

Как следует из представленных материалов, в ходе предварительного расследования уголовного дела следователем следственного отдела при УВД города Электросталь Московской области была произведена выемка на складе ООО «ИКПО» металлической арматуры на сумму 974 970 руб. Электростальский городской суд Московской области отказал ООО «ИКПО» в удовлетворении его жалобы на действия следователя в связи с тем, что заявитель не относится к кругу субъектов, обладающих правом обжаловать действия следователя в соответствии с ч. 1 ст. 125 УПК РФ. С этим решением согласились суды, рассматривавшие жалобы заявителя в надзорном порядке.

Заявитель просит признать примененную в его деле норму уголовно-процессуального закона не соответствующей ст. 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации, поскольку она, по мнению заявителя, исключает возможность обжалования в суд действий и решений органов предварительного расследования теми лицами, чьи права были нарушены в результате таких действий и решений.

Вопрос о возможности обжалования в суд действий и решений следователя лицами, не являющимися участниками уголовного судопроизводства, уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации. В Постановлении от 23 марта 1999 г. № 5-П Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал правовую позицию, согласно которой, если соответствующие действия и решения органов расследования не только затрагивают собственно уголовно-процессуальные отношения, но и порождают последствия, выходящие за их рамки, существенно ограничивая при этом конституционные права и свободы личности, отложение проверки законности и обоснованности таких действий до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, возмещение которого в дальнейшем окажется неосуществимым; в этих случаях контроль за действиями и решениями органов предварительного расследования со стороны суда, имеющий место лишь при рассмотрении им уголовного дела, т.е. на следующем этапе производства, не является эффективным средством восстановления нарушенных прав, и потому заинтересованным лицам должна быть обеспечена возможность незамедли-

⁹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2009 г. № 879-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «ИКПО» на нарушение конституционных прав и свобод частью первой статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

тельного обращения в ходе расследования с жалобой в суд; непредоставление заинтересованным лицам права на судебное обжалование действий и решений органов предварительного расследования, связанных с лишением их возможности распоряжаться своей собственностью, противоречит статье 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации и сужает конституционные гарантии прав, закрепленных ст. 35 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации. Данное Постановление сохраняет свою силу.

Соответствующие разъяснения дал и Пленум Верховного Суда РФ⁹².

По смыслу ст. 123 и 125 УПК РФ, жалобу на процессуальные решения и действия (бездействия) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, прокурора вправе подать любой участник уголовного судопроизводства или иное лицо в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают его интересы, а также действующий в интересах заявителя защитник, законный представитель или представитель. Представителем заявителя может быть лицо, не принимавшее участия в досудебном производстве, в связи с которым подана жалоба, но уполномоченный заявителем на подачу жалобы и (или) участие в ее рассмотрении судом.

Правом на обжалование решений и действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование, обладают иные лица в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их права и законные интересы. Ими могут быть, например, поручитель (ст. 103 УПК РФ), лицо, которому несовершеннолетний отдан под присмотр (ч. 1 ст. 105 УПК РФ), залогодатель (ст. 106 УПК РФ), заявитель, которому отказано в возбуждении уголовного дела (ч. 5 ст. 148 УПК РФ), лицо, чье имущество изъято или повреждено в ходе обыска или выемки. Заявителем может быть как физическое лицо, так и представитель юридического лица.

Недопустимы ограничения права на судебное обжалование решений и действий (бездействия), затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том основании, что они не были признаны в установленном законом порядке участниками уголовного судопроизводства, поскольку обеспечение гарантируемых Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина должно вы-

⁹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

текать из фактического положения этого лица, как нуждающегося в обеспечении соответствующего права⁹³.

Достаточно серьезной проблемой, как подтверждает практика уголовного судопроизводства, является проблема, связанная с определением суда, которому подсудна жалоба. Казалось бы, ч. 1 ст. 125 УПК РФ четко определено, что жалоба в порядке судебного контроля может быть подана в районный суд по месту производства предварительного расследования. Однако не всегда ясно, что подразумевать под «местом производства предварительного расследования». Согласно ч. 1 ст. 152 УПК РФ предварительное расследование производится по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления, за исключением случаев, специально предусмотренных данной статьей: местонахождения обвиняемого или большинства свидетелей. Таким образом, можно сделать вывод, что жалобу необходимо подавать по месту совершения преступного деяния.

Однако в тех случаях, когда место производства предварительного расследования не совпадает с местом совершения деяния, жалоба на решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, а также прокурора в порядке ст. 125 УПК РФ рассматривается тем районным судом, который территориально находится в месте производства предварительного расследования, определяемого в соответствии со ст. 152 УПК РФ.

Жалобы на решения и действия (бездействие) должностных лиц органов дознания в Вооруженных Силах Российской Федерации, других войсках, воинских формированиях и органах, в которых предусмотрена военная служба, военно-следственных органов и военных прокуратур, поданные в порядке ст. 125 УПК РФ по делам, подсудным военным судам, в соответствии с ч. 4 ст. 22 Федерального конституционного закона «О военных судах Российской Федерации» рассматриваются гарнизонными военными судами⁹⁴.

Пленум Верховного Суда РФ дал разъяснение судам о порядке рассмотрения жалобы, поданной в порядке ст. 125 УПК РФ⁹⁵.

Судья в ходе предварительной подготовки к судебному заседанию должен выяснить, подсудна ли жалоба данному суду, подана ли она надлежащим лицом, имеется ли предмет обжалования в соот-

⁹³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

⁹⁴ Там же.

⁹⁵ Там же.

ветствии со ст. 125 УПК РФ, содержит ли жалоба необходимые сведения для ее рассмотрения. Решение о назначении судебного заседания оформляется постановлением применительно к требованиям ч. 2 ст. 227 УПК РФ.

В тех случаях, когда жалоба не содержит необходимых сведений, что препятствует ее рассмотрению (например, отсутствуют сведения о том, какие действия или решения обжалованы, жалоба не подписана заявителем, полномочия защитника или представителя заявителя не подтверждаются соответствующими документами), жалоба подлежит возвращению заявителю для устранения недостатков с указанием в постановлении причин принятия решения и разъяснением права вновь обратиться в суд. В таких случаях, по смыслу ст. 125 УПК РФ, срок рассмотрения жалобы — 5 суток исчисляется с момента поступления жалобы в суд после устранения препятствий ее рассмотрения.

С учетом того, что жалоба на основании ст. 125 УПК РФ может быть подана в суд, а также одновременно на основании ст. 124 УПК РФ — прокурору или руководителю следственного органа, рекомендовать судьям выяснять, не воспользовался ли заявитель правом, предусмотренным ст. 124 УПК РФ, и не имеется ли решения об удовлетворении такой жалобы.

В случае, если по поступившей в суд жалобе будет установлено, что жалоба с теми же доводами уже удовлетворена прокурором либо руководителем следственного органа, в связи с отсутствием основания для проверки законности и обоснованности действий (бездействия) или решений должностного лица, осуществляющего предварительное расследование, судья выносит постановление об отказе в принятии жалобы к рассмотрению, копия которого направляется заявителю. Если указанные обстоятельства установлены в судебном заседании, то производство по жалобе подлежит прекращению.

При несогласии заявителя с решением прокурора или руководителя следственного органа, а также при частичном удовлетворении содержащихся в жалобе требований, жалоба, поданная в суд, подлежит рассмотрению в соответствии со ст. 125 УПК РФ.

Если после назначения судебного заседания жалоба отозвана заявителем, судья выносит постановление о прекращении производства по жалобе ввиду отсутствия повода для проверки законности и обоснованности действий (бездействия) или решения должностного лица, осуществляющего уголовное преследование.

Рекомендовано судьям по поступившей жалобе на действия (бездействие) и решения должностных лиц на досудебных стадиях судопроизводства выяснять, не завершено ли предварительное расследование по уголовному делу.

Если будет установлено, что уголовное дело, по которому поступила жалоба, направлено в суд для рассмотрения по существу либо по делу постановлен приговор или иное окончательное решение, судья принимает к производству и рассматривает лишь жалобы на решения и действия (бездействие) должностных лиц, затрагивающие права и законные интересы заявителей, не являющихся участниками судебного разбирательства по данному уголовному делу. Подлежат рассмотрению жалобы, где ставится вопрос о признании незаконными и необоснованными решений и действий (бездействия), которые в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации не могут быть предметом проверки их законности и обоснованности на стадии судебного разбирательства при рассмотрении уголовного дела судом, в том числе в апелляционном или кассационном порядке (ст. 354 УПК РФ).

В остальных случаях судья, в зависимости от того, на какой стадии находится производство по жалобе, выносит постановление об отказе в принятии жалобы к рассмотрению или о прекращении производства по жалобе в связи с тем, что предварительное расследование по уголовному делу окончено и уголовное дело направлено в суд для рассмотрения по существу. Одновременно с этим заявителю разъясняется, что вопросы о признании незаконными или необоснованными решений и действий (бездействия) должностных лиц на стадии досудебного производства он вправе поставить перед судом в ходе судебного разбирательства по уголовному делу, а также при рассмотрении дела судом апелляционной или кассационной инстанций. Если судебное решение вступило в законную силу, судья выносит постановление об отказе в принятии жалобы к рассмотрению и разъясняет заявителю его право обратиться в суд в порядке ст. 402 УПК РФ.

В силу положений ч. 3 ст. 125 УПК РФ судья обязан обеспечить своевременное извещение о месте, дате и времени судебного заседания заявителя, его защитника, представителя (законного представителя), прокурора, участие которого является обязательным (п. 8 ст. 37 УПК РФ), руководителя следственного органа, следователя, осуществляющего расследование по делу, по которому принесена жалоба.

Подлежат извещению иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением. К иным лицам относятся, например, потерпевший в случае обжалования обвиняемым постановления о возбуждении уголовного дела; подозреваемый (обвиняемый) в случае обжалования потерпевшим постановления о прекращении уголовного дела; подозреваемый, обвиняемый в случае подачи жалобы в их интересах защитником либо законным представителем.

Неявка в судебное заседание надлежащим образом извещенных лиц не препятствует рассмотрению жалобы на действия и решения должностных лиц, указанных в ч. 1 ст. 125 УПК РФ. При неявке в судебное заседание по уважительным причинам заявителя и иных лиц, настаивающих на ее рассмотрении с их участием, судья выносит постановление об отложении разбирательства по жалобе и сообщает им о дате и времени ее рассмотрения.

По смыслу ст. 125 УПК РФ, должностные лица, чьи действия (бездействие) или решения обжалуются, могут быть при наличии к тому оснований вызваны в суд для выяснения обстоятельств, связанных с доводами жалобы.

В случае, если заявитель содержится под стражей в порядке ст. 108 УПК РФ и ходатайствует об участии в рассмотрении его жалобы, поданной на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, прокурора по делу, по которому заявитель подозревается или обвиняется в совершении преступления, судье надлежит принять меры, обеспечивающие его участие в судебном заседании, поскольку на основании ч. 4 ст. 125 УПК РФ заявитель обладает правом обосновать свою жалобу, а в заключение — выступить с репликой.

Лица, участвующие в судебном заседании, вправе знакомиться с материалами производства по жалобе, а также представлять в суд дополнительные материалы, имеющие отношение к жалобе. При этом судам следует иметь в виду, что разглашение данных, содержащихся в материалах уголовного дела, допускается только в том случае, когда это не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

При подготовке к рассмотрению жалобы судья истребует по ходатайству лиц, участвующих в судебном заседании, или по собственной инициативе материалы, послужившие основанием для решения или действия должностного лица, а также иные данные, необходимые

для проверки доводов жалобы. Результаты исследования отражаются в протоколе судебного заседания, копии таких материалов хранятся в производстве по жалобе.

В силу ч. 4 ст. 125 УПК РФ судье надлежит разъяснять явившимся по вызову лицам их права и обязанности, в частности их право принимать участие в судебном заседании: заявлять отводы, ходатайства, представлять документы, знакомиться с позицией других лиц, давать по этому поводу объяснения. Заявителю, кроме того, предоставляется право обосновать свою жалобу и выступить с репликой.

Если состоявшееся судебное решение в порядке ст. 125 УПК РФ не исполняется следственными органами, заявитель вправе обратиться с жалобой на их бездействие. В этих случаях, а также когда при судебном рассмотрении жалобы будут выявлены иные нарушения прав и свобод граждан и юридических лиц, рекомендовать судам в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ выносить частное определение (постановление), в котором обращать внимание должностных лиц на допущенные нарушения закона, требующие принятия соответствующих мер.

При вынесении постановления о признании процессуального действия (бездействия) или решения должностного лица незаконным или необоснованным (п. 1 ч. 5 ст. 125 УПК РФ) судье следует указать, что он обязывает это должностное лицо устранить допущенное нарушение (ч. 7 ст. 148 УПК РФ и ч. 2 ст. 214 УПК РФ). Вместе с тем судья не вправе предопределять действия должностного лица, осуществляющего расследование, отменять либо обязывать его отменить решение, признанное им незаконным или необоснованным.

Разъяснить судам, что на основании п. 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, провозгласивших право каждого на компетентный, независимый и беспристрастный суд, а также по смыслу ч. 1 ст. 63 УПК РФ судья не может участвовать в повторном рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ в случае отмены первоначально состоявшегося решения по жалобе, вынесенного с его участием.

Согласно ст. 127 УПК РФ не вступившее в законную силу постановление судьи, принятое по жалобе, может быть обжаловано в порядке, установленном гл. 43 и 45 УПК РФ, а вступившее в законную силу постановление судьи — в надзорном порядке, установленном гл. 48 УПК РФ.

Разъяснить судам, что лицо, содержащееся под стражей или отбывающее наказание в виде лишения свободы, вправе непосредственно

участвовать в судебном заседании при рассмотрении кассационной жалобы или представления прокурора на решение в порядке ст. 125 УПК РФ либо изложить свою позицию путем использования систем видеоконференц-связи. Вопрос о форме его участия в судебном заседании решается судом. При этом суду кассационной инстанции надлежит принимать меры для предоставления заявителю возможности довести до суда свою позицию, например путем подачи дополнительной кассационной жалобы, письменных объяснений, допуска к участию в деле адвоката или иных представителей.

Если после направления в суд уголовного дела для его рассмотрения по первой инстанции, в суд кассационной или надзорной инстанции поступит жалоба на постановление судьи, которое было принято по жалобе заявителя на действия (бездействие) или решения дознавателя, следователя, руководителя следственного органа или прокурора по этому делу, такая жалоба подлежит рассмотрению в кассационном или надзорном порядке с принятием решения, указанного соответственно в ст. 378 или в ст. 408 УПК РФ.

В тех случаях, когда после вступления в законную силу решения судьи, принятого в порядке ст. 125 УПК РФ, в суд поступит жалоба на решение прокурора, руководителя следственного органа, принятое по жалобе заявителя, поданной в порядке ст. 124 УПК РФ, об отказе в возбуждении уголовного дела, прекращении уголовного дела и по другим вопросам, по которым уже состоялось судебное решение, судье надлежит отказать в приеме такой жалобы, если в ней не содержатся новые обстоятельства, которые не были исследованы в судебном заседании.

6.3.2. Апелляционное и кассационное обжалование

В соответствии с законом в апелляционном порядке обжалуются не вступившие в законную силу приговоры и постановления, вынесенные мировыми судьями, а в кассационном — не вступившие в законную силу решения судов первой и апелляционной инстанций, за исключением решений мировых судей.

Закон не содержит ясного ответа на вопрос о том, все ли решения суда первой инстанции могут быть обжалованы в суд второй инстанции.

Безусловно, кассационному обжалованию подлежат итоговые решения по уголовному делу — приговор, постановление о прекращении уголовного дела, постановление о применении принудительных мер медицинского характера и воспитательного воздействия, поста-

новления, выносимые при разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора.

В соответствии с ч. 2 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат, принявший в порядке назначения или по соглашению поручение на осуществление защиты по уголовному делу, должен выполнять обязанности защитника, включая, при необходимости, подготовку и подачу кассационной жалобы на приговор суда в отношении своего подзащитного.

Адвокат-защитник обязан обжаловать приговор (ч. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката):

- 1) по просьбе подзащитного;
- 2) при наличии оснований к отмене или изменению приговора по благоприятным для подзащитного мотивам;
- 3) как правило, в отношении несовершеннолетнего, если суд не разделил позицию адвоката-защитника и назначил более тяжкое наказание или наказание за более тяжкое преступление, чем просил адвокат.

Если подзащитный не желает воспользоваться правом на обжалование, адвокат не вправе по своей инициативе вопреки волеизъявлению подзащитного принести жалобу на состоявшийся по делу приговор.

Если адвокат (согласовав эту позицию с подзащитным) не согласен с вынесенным по делу приговором, он может отстаивать свое мнение аргументированным указанием на допущенные судом нарушения закона и ошибки, путем обращения в кассационную, а затем надзорную судебные инстанции, добиваясь пересмотра принятого решения.

Конституционный Суд РФ 2 июля 1998 г. принял Постановление, в котором сформулировал ряд принципиальных правовых позиций, определивших развитие законодательства и судебной практики кассационного обжалования так называемых промежуточных⁹⁶ судебных решений.

Конституционный Суд Российской Федерации рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР⁹⁷.

Граждане А.А. Гуральник, А.Ю. Жевченко, Н.Н. Залесский, П.С. Лапин, П.В. Марченко, В.А. Падеров, И.В. Панченко, С.Н. Ро-

⁹⁶ Промежуточные решения принимаются по ходу производства в пределах одной стадии и касаются главным образом признания определенного процессуального статуса лица или вопроса о мере пресечения, производстве процессуальных действий (Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. — М.: Юрист, 2006. — С. 42).

⁹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 2 июля 1998 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 331 и 464 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

манцов, А.Ю. Свистельников, О.Ю. Сединко, М.В. Скворцов, Е.П. Смирнова, В.И. Степанищев, Н.Ф. Шалотонова в разное время и при различных обстоятельствах были привлечены к уголовной ответственности и преданы суду.

При рассмотрении вопроса о назначении судебного заседания по делу И.В. Панченко и по делу А.Ю. Жевченко, М.В. Скворцова и В.И. Степанищева суды первой инстанции оставили без изменения меру пресечения в виде заключения под стражу, избранную в отношении обвиняемых органами предварительного следствия. В дальнейшем по причинам, не зависящим от подсудимых, разбирательство дел неоднократно откладывалось, но мера пресечения — заключение под стражу, подтвержденная постановлениями о назначении судебного заседания, не изменялась. Кроме того, по делу А.Ю. Жевченко, М.В. Скворцова и В.И. Степанищева судом было вынесено определение о направлении дела для производства дополнительного расследования, что повлекло и фактическое продление содержания обвиняемых под стражей. Аналогичные решения были вынесены судами первой инстанции по делам П.В. Марченко, С.Н. Романцова и Е.П. Смирновой.

По решениям судов первой инстанции в отношении Н.Н. Залеского, П.С. Лапина, А.Ю. Свистельникова, О.Ю. Сединко, В.А. Падерова и Н.Ф. Шалотоновой ранее избранная мера пресечения в виде подписки о невыезде в ходе судебного разбирательства была заменена на заключение под стражу. Применение этой меры пресечения к Н.Ф. Шалотоновой было вызвано в том числе необходимостью обеспечения исполнения другого решения суда — о назначении по ходатайству прокурора стационарной судебно-психиатрической экспертизы подсудимой.

По делу А.А. Гуральника, рассматривавшемуся судом присяжных, председательствующим судьей было вынесено постановление о роспуске коллегии присяжных заседателей, что повлекло возобновление производства по делу начиная с предыдущего его этапа — подготовки к слушанию.

Считая вынесенные в отношении них судами первой инстанции в ходе судебного разбирательства постановления и определения незаконными и необоснованными, подсудимые обжаловали эти решения, однако в рассмотрении жалоб им было отказано на основании ст. 331 и 464 УПК РСФСР, исключающих возможность обжалования и пересмотра такого рода решений в кассационном порядке.

Согласно ст. 120 (ч. 1) Конституции Российской Федерации судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Феде-

рации и федеральному закону. В силу этого конституционного положения какое бы то ни было вмешательство в деятельность судов при отправлении ими правосудия, в том числе со стороны вышестоящих судебных инстанций, является недопустимым.

В целях обеспечения независимости судей при осуществлении ими уголовного судопроизводства законодатель установил в ст. 331 и 464 УПК РСФСР правило, согласно которому большинство решений, которые суд первой инстанции выносит в ходе судебного разбирательства, не подлежат кассационному обжалованию и могут быть проверены в кассационном порядке лишь одновременно и в связи с приговором. Тем самым исключается текущий контроль со стороны вышестоящих судебных инстанций за ходом рассмотрения дела судом первой инстанции и, следовательно, вмешательство в осуществление им своих дискреционных полномочий. Однако возможность судебной проверки законности и обоснованности промежуточных действий и решений суда при этом не устраняется, — она лишь переносится на более поздний срок и осуществляется после постановления приговора.

Статья 46 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, гарантируя каждому право на обжалование в суд решений и действий (бездействия) органов государственной власти и должностных лиц, не определяет конкретные процедуры и сроки реализации этого права. Поэтому сама по себе отсрочка в рассмотрении жалоб на решения и действия суда не является недопустимой. Это относится, в частности, к проверке решений суда, обеспечивающих исследование в судебном заседании всех обстоятельств дела, в том числе принимаемых в связи с заявленными в судебном заседании ходатайствами об исследовании дополнительных доказательств.

Независимость судей, призванная обеспечивать в правосудии права и свободы личности, приоритет которых закреплен Конституцией Российской Федерации, не затрагивается пересмотром принятых до вынесения приговора промежуточных судебных решений, которые не находятся в прямой связи с его содержанием, включающим выводы о фактических обстоятельствах дела, оценке доказательств, квалификации деяния, наказании осужденного и т.д. Такими промежуточными решениями являются вынесенные в отношении заявителей по настоящему делу определения (постановления) судов первой инстанции, сопряженные с применением меры пресечения в виде заключения под стражу. По смыслу уголовно-процессуального закона, решения, связанные с применением указанной меры, имеют целью создание надлежащих условий для осуществления производства по делу и выносят-

ся в случаях, если суд полагает, что подсудимый будет нарушать свои обязанности, тогда как основанием приговора являются совершенно иные обстоятельства — свидетельствующие о доказанности или недоказанности вины подсудимого в совершении преступления. Исходя из этого, фактическую основу для судебной проверки правомерности применения заключения под стражу составляют материалы, подтверждающие только законность и обоснованность указанной меры пресечения, но никак не виновность лица в совершении инкриминируемого ему преступления, вопрос о которой в данном случае не подлежит исследованию. Это положение находит закрепление в ст. 220.1 и 220.2 УПК РСФСР, а также в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 1993 г. «О практике судебной проверки законности и обоснованности ареста или продления срока содержания под стражей» (пункты 1, 3 и 9).

Таким образом, решение суда первой инстанции о применении к подсудимому меры пресечения не предопределяет его вывода по основному вопросу рассматриваемого уголовного дела — о виновности подсудимого и о его наказании. Следовательно, установленный в оспариваемых положениях ст. 331 и 464 УПК РСФСР запрет до вынесения приговора проверять в кассационном порядке законность и обоснованность соответствующих определений (постановлений) объективно не обусловлен интересами обеспечения независимости судей. Возможность кассационной проверки таких определений и постановлений не может поставить суд первой инстанции при рассмотрении дела в зависимость от мнения вышестоящей судебной инстанции, поскольку разрешаемые в них вопросы не касаются существа уголовного дела.

Статья 46 Конституции Российской Федерации, гарантируя каждому право на судебную защиту (ч. 1), в качестве одного из существенных элементов этого права предусматривает возможность обжалования в суд решений и действий (или бездействия) органов государственной власти и должностных лиц (ч. 2), включая судебные органы. Закрепленное в этой конституционной норме положение предполагает, что заинтересованным лицам предоставляется возможность добиваться исправления допущенных судами ошибок и что в этих целях вводится порядок процессуальной проверки вышестоящими судами законности и обоснованности решений, принимаемых нижестоящими судебными инстанциями, поскольку правосудие, как отмечалось в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1996 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 371, 374 и 384 УПК РСФСР, по самой своей сути признается тако-

вым лишь при условии, если оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах.

Оспариваемые положения ст. 331 и 464 УПК РСФСР, исключающие возможность кассационной проверки законности и обоснованности судебных решений, влекущих применение меры пресечения, включая содержание под стражей, или фактическое ее продление в связи с отложением или приостановлением судебного разбирательства, направлением уголовного дела для производства дополнительного расследования, назначением стационарной судебно-психиатрической экспертизы, роспуском коллегии присяжных заседателей, ограничивают право граждан на судебную защиту. Это ограничение, однако, ни в каком случае не может обуславливаться целями, перечисленными в ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Возможность проверки законности и обоснованности решений суда первой инстанции лишь после окончательного разрешения дела, а именно одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор, не восполняет указанный недостаток существующего уголовно-процессуального регулирования и не может быть признана эффективным средством защиты нарушенных прав, тем более если их уже нельзя восстановить в полном объеме после отмены приговора. Это с несомненностью относится и к случаям применения заключения под стражу в качестве меры пресечения или принудительного помещения лица в лечебное учреждение для проведения стационарной судебно-психиатрической экспертизы. Такое же положение имеет место и когда лицо, чьи права были нарушены решениями суда первой инстанции, не является субъектом кассационного обжалования и, следовательно, не может отстаивать свои интересы и при кассационной проверке приговора.

Лишение гражданина возможности прибегнуть к судебной защите для отстаивания своих прав и свобод противоречит конституционному принципу охраны достоинства личности (ст. 21 Конституции Российской Федерации), из которого вытекает, что личность в ее взаимоотношениях с государством рассматривается как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами и спорить с государством в лице любых его органов. Данная правовая позиция выражена Конституционным Судом Российской Федерации в постановлении от 3 мая 1995 г. по делу о проверке конституционности ст. 220.1 и 220.2 УПК РСФСР.

Провозглашенная в ст. 46 Конституции Российской Федерации гарантия судебной защиты предполагает, в частности, обеспечение каж-

дому обвиняемому в преступлении права быть судимым без неоправданной задержки (подп. «с» п. 2 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Откладывая либо приостанавливая разбирательство по делу, направляя дело для производства дополнительного расследования или распуская коллегию присяжных заседателей и возобновляя в связи с этим подготовку к судебному заседанию, как это имело место по делам обратившихся в Конституционный Суд РФ граждан, суд фактически переносит осуществление правосудия на неопределенный срок. В подобных ситуациях объективно создаются препятствия для дальнейшего движения дела, а невозможность обжаловать такие решения суда первой инстанции и, значит, своевременно проверить их до вынесения приговора порождает опасность неоправданной и незаконной задержки в принятии окончательного решения по делу. Нарушенные при этом конституционные права вообще не обеспечиваются судебной защитой именно потому, что после вынесения окончательного решения по делу они уже не могут быть восстановлены.

В соответствии со ст. 2 Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина являются высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защита — обязанностью государства. В силу данного конституционного положения органы государственной власти, в том числе суды, обязаны осуществлять свою деятельность таким образом, чтобы при этом соблюдались права и свободы человека и гражданина, а в случаях их нарушений обеспечивалось максимально быстрое и полное их восстановление.

Непринятие своевременных мер к выявлению и устранению нарушений прав и свобод, особенно в тех случаях, когда в дальнейшем их восстановление оказывается невозможным, должно расцениваться как невыполнение государством и его органами своей конституционной обязанности. Поэтому задачей федерального законодателя является создание надлежащих, в том числе процессуальных механизмов, которые позволяли бы гражданам, чьи права и свободы оказались нарушенными, добиваться их реальной защиты, используя все не запрещенные законом способы (ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации).

Между тем оспариваемые положения ст. 331 УПК РСФСР, включающие право участников судебного разбирательства на обжалование в кассационном порядке определений и постановлений судов первой инстанции, лишают их такой возможности даже в тех случаях, когда последствия соответствующих судебных решений вы-

ходят за рамки уголовно-процессуальных отношений и затрагивают сферу конституционных прав и свобод личности, как это имеет место при ограничении свободы. В результате нарушаются не только ст. 45 (ч. 2), но и положения других статей Конституции Российской Федерации, в частности ее ст. 22, закрепляющей гарантии судебной защиты конституционного права на свободу и личную неприкосновенность.

Такие же ограничения прав личности допускает и ч. 1 ст. 464 УПК РСФСР. При этом в отличие от п. 2 и 3 ч. 1 ст. 331 УПК РСФСР, исчерпывающим образом обозначающих круг определений (постановлений), не подлежащих кассационному обжалованию, она исключает из сферы судебного контроля практически все постановления судьи, председательствующего в суде присяжных, в том числе такие, на которые он не управомочен, т.е. принятые с явным нарушением закона (например, о роспуске коллегии присяжных по окончании их совещания, но до оглашения вердикта, как это имело место в деле А.А. Гуральника).

Таким образом, п. 2 и 3 ч. 1 ст. 331 и ч. 1 ст. 464 УПК РСФСР, содержащие ограничение права на судебное обжалование постановлений и определений суда первой инстанции, которые могут в свою очередь повлечь нарушения других конституционных прав граждан, включая право на свободу и личную неприкосновенность и право на доступ к правосудию, противоречат ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2) и 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации. Вместе с тем признание этих положений неконституционными не препятствует действию предписаний ст. 331 и 464 УПК РСФСР в отношении других указанных в них определений (постановлений), в том числе связанных с рассмотрением заявленных в суде ходатайств об исследовании доказательств.

Согласно ст. 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон, что в уголовном процессе является необходимой предпосылкой обеспечения обвиняемому права на защиту в соответствии с положениями, закрепленными в ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Это предполагает предоставление участвующим в судебном разбирательстве сторонам обвинения и защиты равных процессуальных возможностей по отстаиванию своих законных интересов путем участия в доказывании, заявления ходатайств, обжалования действий и решений суда, осуществляющего производство по делу.

Статья 331 УПК РСФСР предусматривает, между тем, различный объем правомочий стороны обвинения и стороны защиты по оспариванию вынесенных судом первой инстанции определений и постановлений. Согласно п. 2 ч. 1 данной статьи могут быть опротестованы прокурором, но не подлежат обжалованию такие решения, как постановление о назначении судебного заседания и определение (постановление) о возвращении дела для дополнительного расследования, которые были вынесены судами первой инстанции в отношении ряда заявителей по настоящему делу.

Таким образом, уголовно-процессуальный закон, наделяя правом опротестования ряда судебных определений (постановлений) прокурора, представляющего в процессе сторону обвинения, и не предусматривая соответствующего права для подсудимого и стороны защиты в целом, нарушает не только конституционное право на судебную защиту, но и иные права подсудимого, обеспечению которых служит принцип состязательности и равноправия сторон, закрепленный в ст. 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Предоставление подсудимым гарантий судебной защиты от необоснованного и незаконного применения к ним принудительных мер при обжаловании выносимых в ходе судебного разбирательства решений суда первой инстанции не должно приводить ни к приостановлению исполнения обжалуемого решения, ни к приостановлению производства по делу в суде первой инстанции, с тем чтобы не нарушался действующий в уголовном судопроизводстве принцип непрерывности, который является, в частности, условием реализации права обвиняемого быть судимым без неоправданной задержки. Кроме того, исходя из принципа независимости судей, кассационный порядок обжалования промежуточных решений суда первой инстанции должен исключать какое-либо ограничение его дискреционных полномочий не только в части завершающих рассмотрение выводов, но и применительно к последующим промежуточным процессуальным решениям, потребность в которых может возникнуть в ходе судебного разбирательства до вынесения приговора.

Необходимость согласования указанных целей должна учитываться как в будущем правовом регулировании уголовно-процессуальных отношений, так и в правоприменительной деятельности. В процессе ее осуществления до введения новой регламентации института обжалования определений (постановлений) суда первой инстанции надлежит, обеспечивая непосредственное применение положений ст. 46 и 123 Конституции Российской Федерации, исходить из соответствующей

щих предписаний регулирующего производство в кассационной инстанции раздела четвертого УПК РСФСР, а также из возможности использования на основании процессуальной аналогии правил, предусмотренных для судебной проверки законности и обоснованности применения заключения под стражу в качестве меры пресечения (ст. 220.1 и 220.2 УПК РСФСР).

Исходя из изложенного и руководствуясь ч. 1 и 2 ст. 71, ст. 72, 74, 75, 79 и 100 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1. Признать положения п. 2 ч. 1 ст. 331 УПК РСФСР, исключаящие до постановления приговора возможность обжалования и пересмотра в кассационном порядке определений (постановлений) суда первой инстанции о назначении судебного заседания или направлении уголовного дела для производства дополнительного расследования, поскольку они сопряжены с применением мер пресечения или иных принудительных мер, а также с фактическим продлением срока действия этих мер, не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2), 46 (ч. 1 и 2) и 123 (ч. 3).

2. Признать положения п. 3 ч. 1 ст. 331 и ч. 1 ст. 464 УПК РСФСР, в той мере, в какой они исключают до постановления приговора возможность обжалования и пересмотра в кассационном порядке определений (постановлений) суда первой инстанции о применении или изменении меры пресечения, о помещении лица в медицинское учреждение для проведения стационарной судебно-психиатрической экспертизы, а также об отложении разбирательства, приостановлении уголовного дела или о роспуске коллегии присяжных заседателей и связанном с этим возобновлении подготовки к рассмотрению дела, поскольку указанные решения затрагивают конституционные права и свободы, и в частности сопряжены с фактическим продлением срока содержания под стражей, не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2) и 46 (ч. 1 и 2).

3. Признание перечисленных в п. 1 и 2 резолютивной части настоящего Постановления положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР не соответствующими Конституции Российской Федерации не препятствует действию предписаний этих статей в отношении других перечисленных в них определений (постановлений), в том числе связанных с рассмотрением заявленных в суде первой инстанции ходатайств об исследовании доказательств.

Анализ действующего законодательства, решений Конституционного Суда РФ и судебной практики позволяет сделать вывод о возможности обжалования всех без исключения, в том числе промежуточных, судебных решений и действий судьи. Это вытекает и из положений ст. 42 п. 18, ст. 47 п. 14, ст. 53 п. 10 УПК РФ, предусматривающих право потерпевшего, обвиняемого и защитника приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда без каких-либо ограничений.

Такой вывод в полной мере соответствует принципу свободы обжалования судебных решений. Указание же в некоторых нормах закона на то, что определенные судебные решения обжалованию не подлежат, означает лишь то, что они не подлежат самостоятельному, т.е. отдельному от итогового судебного решения, обжалованию.

Необходимость самостоятельного, неотложного кассационного обжалования промежуточных судебных решений является не только средством борьбы с волокитой в судах первой инстанции, но прежде всего необходимостью восстановления основополагающих прав участников процесса, в том числе права на личную свободу и неприкосновенность личности, на доступ к правосудию, на рассмотрение дела без неоправданной задержки.

В действующем УПК РФ имеются две нормы общего характера, содержащие ограничения для самостоятельного кассационного обжалования промежуточных судебных решений, вынесенных на судебных стадиях производства по делу.

В соответствии с ч. 7 ст. 236 УПК РФ судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения.

Вторая норма — ч. 5 ст. 355 УПК РФ, согласно которой не подлежат обжалованию в кассационном порядке определения или постановления, вынесенные в ходе судебного разбирательства:

- о порядке исследования доказательств;
- об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства;
- о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, за исключением определений или постановлений о наложении денежного взыскания.

На это же обращает внимание и Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 23 декабря 2008 г. № 28, где говорится, что в кассационном порядке может быть обжаловано любое судебное решение, вы-

несенное в ходе как судебного, так и досудебного производства по уголовному делу, за исключением определений и постановлений, предусмотренных ч. 5 ст. 355 УПК РФ⁹⁸.

Что касается запрета, содержащегося в ч. 7 ст. 236 УПК РФ, то, как показывает судебная практика, во многих случаях он не работает.

Постановлением от 2 июля 1998 г. № 20-П Конституционный Суд РФ признал противоречащими Конституции РФ положения закона в той мере, в какой они исключают самостоятельную до постановления приговора возможность обжалования и пересмотра в кассационном порядке постановлений суда, в том числе принятых по результатам предварительного слушания: 1) о направлении уголовного дела для дополнительного расследования (возвращении прокурору); 2) о применении или изменении меры пресечения; 3) об отложении судебного разбирательства и 4) о приостановлении уголовного дела, поскольку указанные решения, в частности, сопряжены с фактическим продлением срока содержания под стражей.

В Постановлении от 8 декабря 2003 г. он подтвердил свою позицию, сформулированную в Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П, относительно обжалования решений суда первой инстанции, влекущих приостановление производства по делу, указав, что неконституционность положений закона, не позволяющих обжаловать такие решения, не требует вторичного подтверждения, они не имеют юридической силы с момента принятия и не подлежат применению.

Конституционный Суд Российской Федерации рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ⁹⁹.

Частью седьмой ст. 236 УПК РФ не допускается обжалование в кассационном порядке вынесенного по итогам предварительного слушания решения суда о приостановлении производства по делу.

⁹⁸ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» (с изменением, внесенным Постановлением Пленума от 30 июня 2009 г. № 12).

⁹⁹ 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».

Вопрос об обжаловании решений суда первой инстанции, влекущих приостановление производства по делу, уже рассматривался Конституционным Судом Российской Федерации. В Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР Конституционный Суд Российской Федерации признал не соответствующими Конституции Российской Федерации нормы, исключающие право на обжалование таких решений, поскольку тем самым объективно создаются препятствия для дальнейшего движения дела, а невозможность их обжалования порождает опасность неоправданной и незаконной задержки в принятии решения по делу и нарушения прав граждан, судебная защита которых в дальнейшем не может быть обеспечена или не может привести к эффективному их восстановлению.

Регулирование, установленное законодателем в ч. 7 ст. 236 УПК РФ, является таким же, как ранее признанное Конституционным Судом Российской Федерации, противоречащим Конституции Российской Федерации. Между тем в силу ст. 125 (ч. 6) Конституции Российской Федерации акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу, а согласно основанной на этом предписании ч. 2 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» юридическая сила постановлений Конституционного Суда Российской Федерации не может быть преодолена повторным принятием норм, которые были признаны не соответствующими Конституции Российской Федерации, их неконституционность не требует вторичного подтверждения, они не имеют юридической силы с момента принятия и не подлежат применению.

Согласно определениям Конституционного Суда РФ от 25 марта 2004 г. № 127-О и от 30 сентября 2004 г. № 252-О принимаемые судами решения по вопросам, связанным с определением подсудности уголовного дела и передачей уголовного дела из одного суда в другой, также подлежат обжалованию и пересмотру в кассационном порядке безотлагательно, до завершения производства в суде первой инстанции, поскольку право каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, является важнейшей составной частью права на доступ к правосудию и на судебную защиту. Кроме того, необоснованное изменение подсудности может повлечь неоправданную задержку судебного разбирательства.

Гражданин В.Г. Давыдов, осужденный по приговору Калининского районного суда города Челябинска за совершение преступлений, предусмотренных п. «б» ч. 2 и п. «б» ч. 3 ст. 159 УК РФ (мошенниче-

ство, совершенное неоднократно в крупном размере), обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобами на нарушение конституционных прав рядом норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих права обвиняемого и полномочия суда на различных стадиях судебного производства¹⁰⁰.

Статья 36 УПК РФ, нарушающая, по мнению В.Г. Давыдова, ст. 47 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, предусматривает, что споры о подсудности между судами не допускаются, а любое уголовное дело, переданное из одного суда в другой в порядке, установленном ст. 34 и 35 УПК РФ, подлежат безусловному принятию к производству тем судом, которому оно передано по подсудности.

Это правило, обеспечивая обязательность (в том числе для самих судов) и стабильность судебных решений, принимаемых по вопросу о подсудности уголовных дел, и исключая возможность принятия различными одноименными судами взаимоисключающих решений по этому вопросу, гарантирует тем самым право каждого на судебную защиту, предотвращает возможность фактического отказа лицу в правосудии путем неоднократной передачи дела из одного суда в другой.

В то же время это правило не исключает право лиц, участвующих в деле как на стороне обвинения, так и на стороне защиты, оспорить решение суда, направившего данное дело по подсудности в другой суд. Такой вывод следует из выраженной в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР правовой позиции, согласно которой возможность проверки законности и обоснованности решений суда первой инстанции лишь после окончательного разрешения дела, а именно одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор, не может быть признана эффективным средством защиты нарушенных прав в тех случаях, когда в результате такого отсроченного судебного контроля нарушенные права, в том числе право на справедливое разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, не могут быть восстановлены в полном объеме. Необоснованное изменение подсудности может привести к нарушению гарантированного ст. 47 Конституции Российской Фе-

¹⁰⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 25 марта 2004 г. № 127-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Давыдова Вадима Геннадьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 36, 42, 47, 355 и 381 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

дерации права каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, повлечь задержку судебного разбирательства и тем самым нарушить разумные сроки разрешения уголовного дела судом.

Часть шестая ст. 355 УПК РФ предусматривает, что обжалование определения и постановления, вынесенного во время судебного разбирательства, не приостанавливает судебного разбирательства. По мнению заявителя, это позволяет суду кассационной инстанции откладывать рассмотрение жалоб на вынесенные в ходе судебного разбирательства постановления и определения суда первой инстанции до принятия окончательного решения по делу и тем самым нарушает его права, гарантированные ст. 2, 6 (ч. 2), 17, 18, 21 (ч. 1), 45, 46 (ч. 1), 55 и 56 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Между тем, как признал Конституционный Суд Российской Федерации в названном Постановлении от 2 июля 1998 г., само по себе установленное уголовно-процессуальным законодательством правило, согласно которому большинство решений, принимаемых в ходе судебного разбирательства, могут быть проверены в кассационном порядке лишь одновременно и в связи с приговором, направлено на обеспечение независимости судей при осуществлении уголовного судопроизводства и не устраняет возможности проверки законности и обоснованности промежуточных действий и решений суда — она лишь переносится на более поздний срок и не является недопустимой.

Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на нарушение конституционных прав гражданина Е.Я. Янковского ч. 7 ст. 236 УПК РФ, устанавливающей, что судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и (или) о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения¹⁰¹.

Как следует из представленных материалов, Пресненский районный суд города Москвы по результатам рассмотрения в процедуре предварительного слушания уголовного дела Е.Я. Янковского принял решение о назначении по данному делу судебного заседания в этом суде, отклонив ряд заявленных обвиняемым ходатайств, в том числе о воз-

¹⁰¹ Определение Конституционного Суда РФ от 30 сентября 2004 г. № 252-О «По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданина Е.Я. Янковского частью седьмой статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

вращении уголовного дела прокурору с целью последующей его передачи по подсудности в другой суд. Поданная Е.Я. Янковским кассационная жалоба на указанное решение была ему возвращена со ссылкой на то, что в силу ч. 7 ст. 236 УПК РФ такого рода судебные решения обжалованию не подлежат.

По мнению заявителя, ч. 7 ст. 236 УПК РФ, как препятствующая кассационному обжалованию постановления о назначении судебного заседания в части решения вопроса о подсудности уголовного дела, не соответствует ст. 46 и 47 (ч. 1) Конституции Российской Федерации. Заявитель просит также признать подлежащим пересмотру постановление судьи Пресненского районного суда города Москвы от 23 марта 2004 г. об отказе в принятии к рассмотрению кассационной жалобы Е.Я. Янковского на постановление судьи этого суда о назначении судебного заседания.

Затронутый в жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации вопрос о праве на кассационное обжалование определений и постановлений суда первой инстанции, в том числе вынесенных в стадии подготовки к судебному заседанию, ранее уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации. В Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР Конституционный Суд Российской Федерации, признавая допустимость отсроченного контроля за законностью и обоснованностью промежуточных судебных решений, т.е. одновременно и в связи с приговором суда, указал на необходимость обеспечения заинтересованным участникам судопроизводства возможности еще до завершения производства в суде первой инстанции обжаловать судебные решения, если ими ограничиваются их конституционные права и свободы, в том числе право на доступ к правосудию и судебную защиту, поскольку проверка таких решений одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор не может быть признана эффективным средством защиты нарушенных прав.

Сформулированная в названном Постановлении правовая позиция получила свое развитие в определениях Конституционного Суда Российской Федерации от 25 марта 2004 г. по жалобе гражданина В.Г. Давыдова на нарушение его конституционных прав положениями ст. 36, 42, 47, 335 и 381 УПК РФ и от 8 июня 2004 г. по жалобе гражданина Е.Ю. Алексеенко на нарушение его конституционных прав положениями ч. 5 и 7 ст. 236 УПК РФ. Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации, важнейшей составной частью права на судебную

защиту является гарантированное ст. 47 (ч. 1) Конституции Российской Федерации право каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом; необоснованное решение о подсудности уголовного дела способно привести к отсрочке рассмотрения уголовного дела судом, а тем самым — и к нарушению права обвиняемого на рассмотрение его дела в разумные сроки. В связи с этим принимаемые судами решения по вопросам, связанным с определением подсудности уголовного дела и передачей уголовного дела из одного суда в другой, как затрагивающие во всяком случае право на судебную защиту, подлежат обжалованию и проверке в кассационном порядке до завершения производства в суде первой инстанции.

Указанные решения Конституционного Суда Российской Федерации сохраняют свою силу, а изложенная в них правовая позиция в полной мере распространяется на правовые отношения, о которых идет речь в жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, что предполагает необходимость обеспечения гражданину Е.Я. Янковскому права на проверку вышестоящим судом в установленных процессуальных формах законности и обоснованности принятого судом первой инстанции решения по вопросу о подсудности его уголовного дела.

По этим же причинам согласно определению Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. № 404-О самостоятельному кассационному обжалованию подлежат и судебные решения о возвращении уголовного дела прокурору.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданки Л.Г. Вержуцкой вопрос о возможности принятия ее жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹⁰².

В ходе предварительного слушания в Московском городском суде уголовного дела по обвинению гражданки Л.Г. Вержуцкой, являющейся адвокатом, в совершении преступления стороной защиты было заявлено ходатайство о прекращении данного дела в связи с нарушением установленного п. 10 ч. 1 ст. 448 УПК РФ особого порядка привлечения адвокатов к уголовной ответственности. Судья отклонил данное ходатайство и вынес постановление о возвращении уголовного

¹⁰² Определение Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. № 404-О «По жалобе гражданки Вержуцкой Людмилы Германовны на нарушение ее конституционных прав частью седьмой статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

дела прокурору для устранения нарушений, допущенных при привлечении Л.Г. Вержуцкой в качестве обвиняемой. Как утверждает заявительница, после этого в нарушение ч. 2 ст. 237 УПК РФ, устанавливающей пятидневный срок для устранения выявленных судом нарушений, по ее делу проводилось дополнительное следствие, срок которого различными должностными лицами органов прокуратуры продлевался более чем на год.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации Л.Г. Вержуцкая просит признать примененную в ее деле ч. 7 ст. 236 УПК РФ нарушающей права и свободы, гарантированные ст. 17 (ч. 1), 18, 19 (ч. 1), 21 и 46 Конституции Российской Федерации, поскольку данная норма не предусматривает возможность обжалования принятого по результатам предварительного слушания судебного решения, которым отказывается в прекращении уголовного дела по предусмотренным ч. 1 ст. 239 УПК РФ основаниям и дело возвращается прокурору.

Вопрос о праве на кассационное обжалование постановлений, вынесенных судом первой инстанции при подготовке к судебному заседанию либо в ходе судебного разбирательства, ранее уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации.

В Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР Конституционный Суд Российской Федерации признал не соответствующими Конституции Российской Федерации положения уголовно-процессуального закона, исключавшие возможность безотлагательного обжалования заинтересованными участниками судопроизводства, еще до завершения производства в суде первой инстанции, судебных решений, ограничивающих их конституционные права и свободы, и отметил, что проверка таких судебных решений лишь одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор не может признаваться эффективным средством защиты нарушенных прав. Тем самым Конституционный Суд Российской Федерации признал необходимым обеспечивать этим участникам процесса право на обжалование судебных решений, затрагивающих их конституционные права и свободы, непосредственно после вынесения таких решений, до завершения судебного разбирательства по уголовному делу.

Приведенная правовая позиция определена Конституционным Судом Российской Федерации как относящаяся непосредственно к случаям, когда принимаемыми судом первой инстанции решениями ограничивается право гражданина на доступ к правосудию и судебную защиту. В названном Постановлении, а также в Постановлении от 8 де-

кабря 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 гл. 35 и 39 УПК РФ и определениях от 9 июня 2004 г. № 223-О по жалобе гражданина Е.Ю. Алексеенко и от 30 сентября 2004 г. № 252-О по жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации Конституционный Суд Российской Федерации признал, что на основании нормы, содержащейся в ч. 7 ст. 236 УПК РФ, не может ограничиваться возможность обжалования принятых по результатам предварительного слушания решений суда первой инстанции, если сами эти решения и отсрочка в рассмотрении жалоб на них судом кассационной инстанции объективно порождают опасность неоправданной и незаконной задержки в рассмотрении уголовного дела судом, нарушения права граждан на доступ к правосудию и судебную защиту.

Подобного рода препятствия для рассмотрения и разрешения судом уголовного дела в разумный срок создаются в том числе в случае возвращения уголовного дела прокурору для устранения допущенных в ходе досудебного производства нарушений закона, рассматриваемых в соответствии с ч. 1 ст. 239 УПК РФ как основание к прекращению уголовного дела, поскольку это может приводить к фактическому отказу от принятия судом окончательного решения по делу или к затягиванию принятия такого решения на неопределенный срок.

Выявленный в названных решениях Конституционного Суда Российской Федерации, сохраняющих свою силу, конституционно-правовой смысл нормы, содержащейся в ч. 7 ст. 236 УПК РФ, является обязательным для всех правоприменителей, что исключает возможность такого ее истолкования, которое допускало бы ее применение, в частности, для обоснования отказа в кассационном обжаловании и пересмотре вынесенного судом первой инстанции решения о возвращении уголовного дела прокурору для устранения нарушений, свидетельствующих, по мнению стороны защиты, о необходимости прекращения уголовного дела.

Противоречат Конституции РФ и положения, предусмотренные п. 3 ч. 5 ст. 355 УПК РФ, о том, что не подлежат обжалованию в кассационном порядке постановления о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания. Рассматривая жалобы граждан на данное положение закона, касающееся судебных решений об удалении подсудимого из зала судебного заседания, КС РФ в нескольких своих определениях прямо указал, что если подсудимый полагает, что его удаление из зала судебного заседания произведено без достаточ-

ных к тому оснований, он вправе оспорить такое решение в вышестоящий суд как одновременно с обжалованием приговора, так и самостоятельно.

В жалобе гражданина И.Н. Щербакова оспаривается конституционность положений ч. 1 и 3 ст. 258 УПК РФ, предусматривающих удаление подсудимого из зала судебного заседания до окончания прений сторон за нарушение порядка в судебном заседании и неподчинение распоряжениям председательствующего, а также п. 3 ч. 5 ст. 355 УПК РФ, согласно которому определения или постановления о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, вынесенные в ходе судебного разбирательства, не подлежат обжалованию в кассационном порядке. По мнению заявителя, этими нормами были нарушены его конституционные права, гарантированные ст. 2, 17, 18, 21, 22 (ч. 1), 45, 46 (ч. 1 и 2) и 123 Конституции Российской Федерации¹⁰³.

Как следует из представленных материалов, руководствуясь указанными нормами, Центральный районный суд города Тулы, рассматривавший уголовное дело в отношении И.Н. Щербакова и других подсудимых, удалил его из зала судебного заседания за нарушение порядка в судебном заседании и неподчинение распоряжениям председательствующего, а суды кассационной и надзорной инстанций оставили без рассмотрения его кассационную и надзорную жалобы на это судебное решение.

Статья 258 УПК РФ направлена на обеспечение надлежащего осуществления правосудия по уголовным делам и пресечение нарушений установленного в судебном заседании порядка со стороны подсудимого. При этом она не лишает подсудимого права участвовать в судебном заседании и осуществлять в суде свою защиту в установленных процессуальных формах, исключая лишь возможность злоупотребления предоставленными ему правами. Такого рода законодательные нормы — по смыслу ст. 17 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, согласно которой осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, — не могут рассматриваться как недопустимо ограничивающие права и свободы граждан. Право подсудимого на рассмотрение его дела в его присутствии не означает, что это право должно быть ему гарантировано даже при нарушении им по-

¹⁰³ Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 821-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Щербакова Игоря Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями частей первой и третьей статьи 258 и пункта 3 части пятой статьи 355 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

рядка в зале судебного заседания и при создании препятствий для надлежащего осуществления правосудия и реализации другими участниками процесса, в том числе потерпевшими, закрепленных Конституцией Российской Федерации процессуальных прав.

Если же подсудимый полагает, что его удаление из зала судебного заседания произведено без достаточных к тому оснований, он не лишен права оспорить такое решение в вышестоящий суд как одновременно с обжалованием приговора, так и самостоятельно. Как следует из Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, возможность самостоятельного обжалования решений, принимаемых в ходе производства в суде первой инстанции, еще до завершения судебного разбирательства, должна обеспечиваться в каждом случае, когда эти решения могут повлечь нарушение конституционных прав, включая право на судебную защиту, при условии, что их пересмотр не будет приводить к ограничению дискреционных полномочий суда первой инстанции при принятии решения по существу дела.

В соответствии с ч. 2 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» юридическая сила данного Постановления и выраженной в нем правовой позиции не может быть преодолена, в том числе принятием нового уголовно-процессуального закона. Исходя из этого п. 3 ч. 5 ст. 355 УПК РФ не может истолковываться как допускающий, вопреки сохраняющему свою силу Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации, лишение подсудимого возможности обжаловать в кассационном порядке судебное решение, ограничивающее его право быть судимым в его присутствии (подп. «д» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Решения, нарушающие права на доступ к правосудию и рассмотрение дела в разумные сроки, а также препятствующие дальнейшему движению дела, подлежат самостоятельному, до вынесения итогового решения по делу, обжалованию и рассмотрению. К их числу относятся: постановления мирового судьи о возвращении заявления лицу, его подавшему, об отказе в принятии заявления к производству; постановления (определения) об избрании меры пресечения или о продлении сроков ее действия и о помещении лица в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы; о приостановлении уголовного дела, о направлении дела

по подсудности или об изменении подсудности дела, о возвращении дела прокурору и другие.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении № 28 от 23 декабря 2008 г. указал, что решения, нарушающие права на доступ к правосудию и рассмотрение дела в разумные сроки, а также препятствующие дальнейшему движению дела, подлежат самостоятельному, до вынесения итогового решения по делу, обжалованию и рассмотрению. К их числу относятся: постановления мирового судьи о возвращении заявления лицу, его подавшему, об отказе в принятии заявления к производству; постановления (определения) об избрании меры пресечения или о продлении сроков ее действия и о помещении лица в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы; о приостановлении уголовного дела, о направлении дела по подсудности или об изменении подсудности дела, о возвращении дела прокурору и другие¹⁰⁴.

Таким образом, по прямым указаниям Конституционного Суда РФ, имеющим обязательную силу для правоприменителя, самостоятельному апелляционному и кассационному обжалованию подлежат судебные решения:

- о применении или продлении меры пресечения в виде заключения под стражу;
- о помещении лица в медицинское учреждение для проведения стационарной судебно-психиатрической экспертизы;
- об отложении судебного разбирательства;
- о приостановлении уголовного дела;
- по вопросам, связанным с определением подсудности уголовного дела и передачей уголовного дела из одного суда в другой (об изменении подсудности);
- о возвращении уголовного дела прокурору;
- об удалении подсудимого из зала судебного заседания.

Очевидно, что этот перечень не является исчерпывающим, поскольку ни законодатель, ни судебная практика его в систематизированном виде не определяет. Конституционным Судом РФ сформулированы лишь принципиальные правовые позиции относительно характеристик промежуточных судебных решений, подлежащих самостоятельному обжалованию в суд второй инстанции.

¹⁰⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» (с изм., внесенным Постановлением Пленума от 30 июня 2009 г. № 12).

Если по уголовному делу состоялось итоговое судебное решение (постановлен приговор, вынесено решение о прекращении уголовного дела и др.), то промежуточные судебные решения самостоятельному обжалованию в кассационном порядке не подлежат, за исключением решений об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока действия этой меры пресечения либо о помещении лица в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы.

Если итоговое решение не вступило в законную силу, то, исходя из результатов проверки промежуточных судебных решений, суд кассационной инстанции вправе их отменить, изменить либо оставить жалобу или представление без удовлетворения.

Если итоговое решение вступило в законную силу, то суд кассационной инстанции вправе либо отказать в удовлетворении жалобы или представления, либо признать незаконным и необоснованным решение об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока действия этой меры пресечения или о помещении лица в медицинский (психиатрический) стационар для производства судебной экспертизы¹⁰⁵.

В качестве решений, не подлежащих кассационному обжалованию, как ученые, так и практические работники чаще всего называют постановления об удостоверении правильности или отклонении замечаний на протокол судебного заседания, поэтому остановимся на них подробнее.

Судебная практика по вопросу о возможности обжалования подобных решений весьма противоречива. Апелляционные и кассационные жалобы на них зачастую не рассматриваются, а производства по ним прекращаются по тем основаниям, что действующим законодательством право на обжалование постановлений судьи по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания не предусмотрено.

Вопрос о возможности кассационного обжалования именно таких судебных постановлений неоднократно рассматривался Конституционным Судом РФ во время действия как старого УПК РСФСР, так и нового УПК РФ.

¹⁰⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» (с изм., внесенным Постановлением Пленума от 30 июня 2009 г. № 12).

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев в пленарном заседании вопрос о соответствии жалобы граждан О.В. Жендковской, Е.Б. Кутьминова, П.В. Самойлова, Я.А. Тележко и В.В. Чарского требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», установил следующее¹⁰⁶.

Гражданину П.В. Самойлову было отказано в кассационном обжаловании постановления председательствующего судьи Саратовского областного суда, который в ходе предварительного слушания уголовного дела принял решение о направлении его по подсудности во Фрунзенский районный суд города Саратова. Такое решение судья принял в связи с тем, что государственный обвинитель изменил обвинение в отношении П.В. Самойлова и квалифицировал его деяния по статьям Уголовного кодекса Российской Федерации, устанавливающим ответственность за преступления, дела о которых в силу закона не подлежат рассмотрению в суде присяжных.

Гражданину Е.Б. Кутьминову было отказано в кассационном обжаловании постановления председательствовавшего в суде присяжных судьи Саратовского областного суда, который не удовлетворил ходатайство о допуске защитника.

Гражданину Я.А. Тележко было отказано в кассационном обжаловании постановления судьи Заводского районного суда города Саратова, отклонившего замечания на протокол судебного заседания.

В своих жалобах в Конституционный Суд Российской Федерации П.В. Самойлов, Е.Б. Кутьминов и Я.А. Тележко, а также выступавшие защитниками по их уголовным делам О.В. Жендковская и В.В. Чарский оспаривают конституционность ст. 331 и ч. 1 ст. 464 УПК РСФСР, ссылаясь на которые мотивировали свой отказ соответствующие кассационные инстанции. По мнению заявителей, содержащиеся в них нормами нарушаются право на доступ к правосудию и право на судебную защиту.

Вопрос, поставленный заявителями, разрешен Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР.

¹⁰⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 23 января 2001 г. № 41-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кутьминова Евгения Борисовича, Самойлова Петра Васильевича и Тележко Ярослава Александровича, а также их защитников Жендковской Оксаны Валерьевны и Чарского Владимира Валентиновича на нарушение их конституционных прав статьей 331 и частью первой статьи 464 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР».

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации, установленное ст. 331 и 464 УПК РСФСР правило, согласно которому большинство решений, принимаемых судом первой инстанции, не подлежит кассационному обжалованию и может быть проверено в кассационном порядке лишь одновременно и в связи с приговором, не исключает возможности судебной проверки законности и обоснованности промежуточных действий и решений суда, а лишь переносит ее на более поздний срок. Этим правилом не нарушается право на судебную защиту, если оспариваемые участниками процесса решения не порождают последствия, выходящие за рамки уголовно-процессуальных отношений, и не приводят к ущемлению конституционных прав и свобод граждан, восстановление которых в дальнейшем оказалось бы невозможным. Данная правовая позиция применима и к постановлениям судьи, вынесенным в порядке ст. 432 и 433 УПК РСФСР, устанавливающих правила предварительного слушания по ходатайству обвиняемого о рассмотрении дела судом присяжных, а также в порядке ст. 266 УПК РСФСР (рассмотрение замечаний на протокол судебного заседания), обжалование которых заинтересованными лицами одновременно с подачей кассационной жалобы на приговор не противоречит их конституционному праву на судебную защиту.

Конституционный Суд РФ, рассмотрев в пленарном заседании вопрос о соответствии жалобы гражданина Ю.М. Петрова требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», установил следующее¹⁰⁷.

Гражданин Ю.М. Петров в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность ряда положений Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, а именно: ст. 59, 63 и 65 в части, не допускающей отвода судьи, прокурора или секретаря судебного заседания в связи с наличием у обвиняемого, его защитника или иного участвующего в деле лица оснований сомневаться в их объективности и беспристрастности либо в связи с наличием обстоятельств, создающих в целом невозможность рассмотрения дела в данном суде или участия в деле данного органа прокуратуры; ст. 266 в части, не предоставляющей обвиняемому или его защитнику права присутствовать при рассмотрении судом поданных ими замечаний на протокол судебного заседания; п. 3 ч. 1 ст. 331 в части, не допуска-

¹⁰⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 13 июня 2002 г. № 145-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Петрова Юрия Михайловича на нарушение его конституционных прав статьями 59, 63, 65, 266 и 331 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР».

ющей кассационного обжалования постановлений или определений суда первой инстанции об отклонении поданных замечаний на протокол судебного заседания отдельно от приговора.

По мнению заявителя, названные нормы противоречат ст. 17 (ч. 1), 50 (ч. 3) и 55 (ч. 2) Конституции Российской Федерации.

Между тем из содержания жалобы Ю.М. Петрова не усматривается, что его конституционные права и свободы, в том числе гарантированные ст. 55 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, были нарушены ст. 59, 63 и 65 УПК РСФСР, устанавливающими обстоятельства, исключающие возможность участия в рассмотрении уголовного дела судьи, прокурора и секретаря судебного заседания. Данные статьи, закрепляя конкретные основания для отвода указанных участников судебного заседания, вместе с тем устанавливают правила, в соответствии с которыми эти лица не могут участвовать в деле при выявлении любых обстоятельств, дающих основания полагать, что они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в данном деле.

Таким образом, закон не только не препятствует отводу необъективного, пристрастного судьи, прокурора или секретаря судебного заседания, но и прямо предусматривает необходимость такого отвода. Установление же наличия (или отсутствия) оснований для отвода, в том числе указанных участников процесса, относится к компетенции соответствующего суда общей юрисдикции. Проверка обоснованности принятого судом решения об отводе судьи, прокурора и секретаря судебного заседания, равно как и проверка правомерности отказа в таком отводе, относится к компетенции вышестоящих судов общей юрисдикции.

Не находит подтверждения в представленных материалах и вывод заявителя о том, что ст. 266 и п. 3 ч. 1 ст. 331 УПК РСФСР нарушено его право, гарантированное ст. 50 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, согласно которой каждый осужденный за преступление имеет право на пересмотр приговора вышестоящим судом в порядке, установленном федеральным законом, а также право просить о помиловании или смягчении наказания.

Данные нормы Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, регламентирующие соответственно порядок рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания и возможность кассационного обжалования постановления судьи, вынесенного по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания, никоим образом не препятствуют реализации осужденным названного конституционного права и не исключают обязанности суда кассационной инстан-

ции проверить законность и обоснованность приговора, в том числе с учетом выявившихся сомнений в полноте и объективности протокола судебного заседания.

Кроме того, Конституция Российской Федерации, гарантируя каждому права, связанные с судебной защитой, не устанавливает конкретные процедуры и сроки их реализации, относя решение этого вопроса к ведению федерального законодателя. Законодатель же был вправе установить определенный порядок рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания и обжалования принятых в связи с этим решений, учитывающий особенности указанных процессуальных актов. При этом ст. 266 УПК РСФСР не содержит каких-либо положений, исключающих право заинтересованных лиц ходатайствовать о рассмотрении замечаний на протокол судебного заседания с их участием и при наличии необходимости давать объяснения по существу этих замечаний.

Не исключает эта статья, как и ст. 331 УПК РСФСР, возможность для заинтересованных лиц (в том числе для осужденных) обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания. Незаконность и необоснованность применения конкретным судьей ст. 266 УПК РСФСР, а также постановления, вынесенного в результате рассмотрения замечаний на протокол, могут быть обжалованы в вышестоящую судебную инстанцию одновременно с подачей кассационной жалобы на приговор. Как было признано Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, возможность судебной проверки законности и обоснованности промежуточных действий и решений суда при этом не устраняется, — она лишь переносится на более поздний срок и осуществляется после постановления приговора. Сама по себе отсрочка в рассмотрении жалоб на решения и действия суда, в том числе и на отказ в принятии замечаний на протокол судебного заседания, обусловленная особенностями обжалуемых актов и их процессуального значения, не нарушает гарантируемые ст. 46 (ч. 2 и 3) и 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации права граждан.

В определениях от 25 января 2005 г. № 67-0 и от 20 июня 2006 г. № 241-О указано, что положения ст. 259 и 260 УПК РФ не предполагают произвольного отклонения поданных на протокол судебного заседания замечаний и не содержат каких-либо положений, лишающих возможности обжаловать постановление судьи об их отклонении.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина В.А. Силаева вопрос о возможности принятия его жалоб к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹⁰⁸.

Гражданин В.А. Силаев обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобами на нарушение его конституционных прав положениями ст. 260 «Замечания на протокол судебного заседания» УПК РФ. По мнению заявителя, данная статья, не предусматривая возможность кассационного обжалования принимаемого судьей решения об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, не позволяет исправить недостатки протокола, могущие повлиять на результаты проверки судом кассационной инстанции приговора, вынесенного по его уголовному делу, чем нарушает его права, гарантированные ст. 1, 2, 3, 6, 15, 17, 18, 19, 21, 29, 33, 45, 47, 49, 50, 55, 56, 118 и 123 Конституции Российской Федерации.

Между тем из содержания жалобы В.А. Силаева не усматривается, что его конституционные права и свободы были нарушены ст. 260 УПК РФ, согласно которой в течение трех суток со дня ознакомления с протоколом судебного заседания стороны могут подать на него замечания, подлежащие незамедлительному рассмотрению председательствующим; по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания председательствующим в судебном заседании должно быть вынесено мотивированное постановление об удостоверении их правильности либо об их отклонении, которое вместе с замечаниями приобщается к протоколу судебного заседания.

Каких-либо предписаний, лишаящих участников процесса возможности обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, а суд кассационной инстанции — права проверить обоснованность отклонения замечаний, оспариваемая статья не содержит. Напротив, предусматриваемое ею приобщение замечаний к протоколу судебного заседания и к материалам уголовного дела в целом является условием, позволяющим вышестоящим судебным инстанциям ознакомиться с этими замечаниями и оценить правомерность их отклонения.

Гражданин В.А. Силаев, обжаловавший в кассационном порядке вынесенный в отношении него обвинительный приговор, ни ст. 260

¹⁰⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2005 г. № 67-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Силаева Виталия Анатольевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 260 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

УПК РФ, ни нормами этого Кодекса, регламентирующими порядок обжалования и пересмотра в кассационном порядке судебных решений (главы 43, 45), не лишался возможности сослаться в обоснование своей просьбы об отмене или изменении этого приговора в том числе на необоснованность отклонения поданных им замечаний на протокол судебного заседания.

Как признал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности ст. 331 и 464 УПК РСФСР, рассмотрение жалобы на принятое судом (судьей) в ходе производства по уголовному делу постановление (определение) по промежуточному вопросу, в том числе относительно принятия или отклонения замечаний на протокол судебного заседания, одновременно с рассмотрением жалобы на приговор является допустимым.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина М.Л. Каганова вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹⁰⁹.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации гражданин М.Л. Каганов оспаривает конституционность положений ч. 6 ст. 259 и ст. 260 УПК РФ, регламентирующих изготовление протокола судебного заседания, а также определяющих порядок подачи замечаний на протокол и их рассмотрения председательствующим в судебном заседании.

По мнению заявителя, эти нормы, возлагая рассмотрение замечаний на протокол судебного заседания на председательствующего в этом заседании, не обеспечивают принятие объективного решения, чем нарушают его права, гарантируемые ст. 45 (ч. 2), 46 (ч. 1) и 51 Конституции Российской Федерации.

Положения ч. 6 ст. 259 и ст. 260 УПК РФ прямо устанавливают обязательность изложения в протоколе судебного заседания подробного содержания показаний допрошенных судом лиц, указаний на вопросы, заданные допрашиваемым, и их ответы; результаты произведенных в судебном заседании действий по исследованию доказательств; обстоятельств, которые участники судебного разбирательства просят зане-

¹⁰⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 20 июня 2006 г. № 241-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Каганова Максима Леонидовича на нарушение его конституционных прав положениями части шестой статьи 259, статьи 260 и пункта 2 статьи 307 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

сти в протокол; заявления, возражения и ходатайства лиц, участвующих в уголовном деле. Они не предполагают произвольного отклонения председательствующим поданных на названный протокол замечаний и не содержат каких-либо положений, ограничивающих права участников процесса и лишаящих их возможности обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, а равно ссылаться на необоснованность отклонения поданных ими замечаний в обоснование своей просьбы от обмена или изменении судебного приговора.

Определение от 21 декабря 2006 г. № 530-О по жалобе гражданина Глушенко содержит следующие правовые позиции по данному вопросу. Каких-либо предписаний, лишаящих участников процесса возможности обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, а суд кассационной инстанции — права проверить обоснованность их отклонения, закон не содержит. Напротив, предусматриваемое им приобщение замечаний к материалам уголовного дела является условием, позволяющим вышестоящим судебным инстанциям ознакомиться с ними и оценить правомерность их отклонения. Более того, в целях проверки обоснованности замечаний участник процесса имеет право ходатайствовать при рассмотрении дела в кассационном порядке о непосредственном исследовании доказательств, получивших неправильное, с его точки зрения, отражение в протоколе. Не являлось препятствием для обжалования и содержащееся в ст. 477 УПК РФ приложение 30 (в котором не было указано на возможность обжалования постановления; в настоящее время ст. 477 исключена из УПК РФ), поскольку оно имело вспомогательное значение для оформления судебного решения и не определяло права и обязанности участников уголовного судопроизводства.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина М.Ю. Глушенко вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁰:

Гражданин М.Ю. Глушенко в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность ст. 260 «Замечания на протокол судебного заседания» УПК РФ, а также приложения 30 «Бланк постановления о рассмотрении замечаний на про-

¹¹⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 530-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Глушенко Михаила Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 260 и 477 (приложение 30) Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

токол судебного заседания», включенного в ст. 477 «Перечень бланков процессуальных документов судебного производства» УПК РФ.

По мнению заявителя, эти нормы, как не предусматривающие возможность кассационного обжалования решения, принимаемого председательствующим по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания, не позволили исправить недостатки протокола, связанные с неточным отражением в нем положенных в основу приговора доказательств и могущие повлиять на результаты проверки судом кассационной инстанции приговора, вынесенного по его уголовному делу, чем нарушили его права и свободы, гарантированные ст. 18, 19 (ч. 1), 46 (ч. 1), 48 (ч. 1) и 50 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Согласно ст. 96 и 97 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» гражданин вправе обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на нарушение своих конституционных прав и свобод законом, и такая жалоба признается допустимой, если оспариваемым законом, примененным или подлежащим применению в деле заявителя, затрагиваются его конституционные права и свободы.

Между тем из содержания жалобы М.Ю. Глушенко не усматривается, что его конституционные права и свободы были нарушены ст. 260 УПК РФ, согласно которой в течение трех суток со дня ознакомления с протоколом судебного заседания стороны могут подать на него замечания, подлежащие незамедлительному рассмотрению председательствующим; по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания председательствующим в судебном заседании должно быть вынесено мотивированное постановление об удостоверении их правильности либо их отклонении, которое вместе с замечаниями приобщается к протоколу судебного заседания.

Не нарушаются права заявителя и содержащимся в ст. 477 УПК РФ приложением 30, имеющим вспомогательное значение для оформления данного судебного решения и не определяющим самостоятельно права и обязанности участников уголовного судопроизводства (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2004 г. № 152-О по запросу мирового судьи судебного участка № 29 Карымского района Читинской области).

Каких-либо предписаний, лишаящих участников процесса возможности обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, а суд кассационной инстан-

ции — права проверить обоснованность отклонения замечаний, оспариваемые законоположения не содержат.

Напротив, предусматриваемое ст. 260 УПК РФ приобщение замечаний к протоколу судебного заседания и к материалам уголовного дела в целом является условием, позволяющим вышестоящим судебным инстанциям при рассмотрении жалоб или представления на приговор или иное итоговое решение по делу ознакомиться с этими замечаниями и оценить правомерность их отклонения. Возможность проверки именно в таком порядке законности и обоснованности отклонения председательствующим замечаний на протокол судебного заседания вытекает из изложенной Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР правовой позиции, согласно которой рассмотрение жалобы на принятое судом (судьей) в ходе производства по уголовному делу постановление (определение) по промежуточному вопросу одновременно с рассмотрением жалобы на приговор или иное итоговое решение допустимо и не нарушает конституционное право на судебную защиту.

Ни статьей 260 УПК РФ, ни нормами этого Кодекса, регламентирующими порядок обжалования и пересмотра судебных решений в кассационном и надзорном порядке (гл. 43, 45, 48), гражданин М.Ю. Глушенко не лишен права при обжаловании вынесенного в отношении него обвинительного приговора сослаться в обоснование своей просьбы о его отмене или изменении в том числе на необоснованность отклонения поданных им на протокол судебного заседания замечаний, касающихся неточностей отражения в нем исследованных судом и положенных в основу приговора доказательств.

Более того, в целях проверки обоснованности поданных на протокол судебного заседания замечаний он имеет право в соответствии с ч. 4 ст. 377 УПК РФ ходатайствовать при рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке о непосредственном исследовании доказательств, получивших неправильное, с его точки зрения, отражение в протоколе.

Обжалованию подлежат и действия судьи, ущемляющие права и законные интересы участников судопроизводства.

Гражданин В.В. Сучков в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации просил признать не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее ст. 45 (ч. 1) и 46 (ч. 1), положения ст. 354 УПК РФ, согласно которым судебные решения, не вступившие в законную силу, могут быть обжалованы сторонами в апелляционном или кас-

сационном порядке (ч. 1); в апелляционном порядке рассматриваются жалобы и представления на не вступившие в законную силу приговоры и постановления, вынесенные мировыми судьями (ч. 2)¹¹¹.

Как следует из представленных материалов, в связи с рассмотрением уголовного дела, в котором В.В. Сучков участвовал в качестве адвоката-защитника, мировым судьей было направлено представление на имя президента Орловской областной палаты адвокатов, в котором сообщалось о затягивании В.В. Сучковым рассмотрения данного уголовного дела по причине неоднократных его неявок в судебное заседание, а также содержалась просьба принять меры, обеспечивающие его явку в очередное судебное заседание.

Считая, что в этом представлении содержатся сведения, не соответствующие действительности, порочащие его профессиональную репутацию и могущие служить основанием для принятия к нему мер ответственности, В.В. Сучков обжаловал его в апелляционном порядке в районный суд, однако жалоба была возвращена ему без рассмотрения со ссылкой на то, что представление не относится к числу указанных в ст. 354 УПК РФ судебных решений по уголовному делу, обжалование которых возможно в апелляционном порядке.

Между тем оспариваемыми заявителем нормами ч. 1 и 2 ст. 354 УПК РФ его конституционные права не нарушаются. Эти нормы как сами по себе, так и в системном единстве со ст. 19, 123 и 127 УПК РФ предоставляют участникам уголовного судопроизводства, а также иным лицам, чьи интересы затрагиваются действиями (бездействием) и решениями суда, право обжаловать их в установленном законом порядке. Не составляет исключения из этого правила и направленное мировым судьей в адрес адвокатской палаты представление в отношении В.В. Сучкова, поскольку данный документ непосредственно затрагивает его права и законные интересы в той мере, в какой содержащаяся в нем информация о допущенных им, по мнению судьи, нарушениях профессиональных и процессуальных обязанностей порочит его профессиональную репутацию как адвоката и создает угрозу наступления для него неблагоприятных последствий.

То обстоятельство, что данное представление по своему названию и форме не отвечает требованиям, предъявляемым к выносимым в подобного рода ситуациях процессуальным решениям — постановлени-

¹¹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 16 октября 2007 г. № 696-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сучкова Владимира Валентиновича на нарушение его конституционных прав частями первой и второй статьи 354 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

ям или определениям, не может служить причиной отказа в праве на обжалование данного судебного акта заявителю, чьи интересы он затрагивает. Более того, как следует из ст. 381 УПК РФ, определяющей основания отмены или изменения судебных решений, несоблюдение судом установленных законом требований к порядку принятия и процессуальной форме судебного акта может служить самостоятельным основанием для реализации заинтересованными лицами такого права.

В связи с учетом особенностей компетенции мирового судьи Пленум ВС РФ в своем Постановлении от 23 декабря 2008 г. № 28 указал, что в апелляционном порядке могут быть (самостоятельно) обжалованы¹¹²: обвинительный и оправдательный приговоры мирового судьи и постановления мирового судьи: о возвращении заявления лицу, его подавшему, об отказе в принятии заявления к производству, о направлении уголовного дела по подсудности, о возвращении уголовного дела прокурору, о разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора (в пределах компетенции), о прекращении производства по делу, о применении к подсудимому в соответствии с ч. 3 ст. 247 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу и др.

В то же время в целом ряде решений Конституционного Суда РФ содержатся указания на то, какие **судебные постановления самостоятельному кассационному обжалованию не подлежат**, а могут быть проверены лишь одновременно с итоговым решением по делу. Не подлежат также самостоятельному кассационному обжалованию следующие промежуточные судебные решения:

1) постановление о назначении предварительного слушания.

В запросе мирового судьи судебного участка № 2 Поворинского района Воронежской области А.В. Непринцева оспаривается конституционность ч. 2 ст. 323 УПК РФ, согласно которой постановления мирового судьи могут быть обжалованы сторонами в 10-дневный срок со дня их вынесения¹¹³.

¹¹² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 28 от 23 декабря 2008 г. «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» (с изм., внесенным Постановлением Пленума от 30 июня 2009 г. № 12).

¹¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 16 февраля 2006 г. № 53-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса мирового судьи судебного участка № 2 Поворинского района Воронежской области о проверке конституционности части второй статьи 323 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Как следует из представленных материалов, поводом для обращения в Конституционный Суд Российской Федерации явилось принятие Поворинским межрайонным прокурором Воронежской области апелляционного представления на постановление мирового судьи о назначении предварительного слушания по уголовному делу в отношении гражданина В.А. Кудрявцева в связи с наличием оснований для возвращения данного уголовного дела прокурору.

По мнению мирового судьи, допускаемое в силу оспариваемой нормы и отраженное в бланке постановления о назначении предварительного слушания (приложение 15 к ст. 477 УПК РФ) право сторон оспаривать это промежуточное решение непосредственно после его вынесения в апелляционном, а затем и в кассационном порядке ограничивает дискреционные полномочия мирового судьи по определению условий для рассмотрения уголовного дела в судебном заседании и вынесения по нему правосудного решения, что влечет необоснованное затягивание рассмотрения дела и тем самым нарушает Конституцию Российской Федерации, ее статьи 2, 17, 18, 45, 46 (ч. 1), 49 (ч. 1), 52, 118 и 120 (ч. 1).

Вопрос о возможности обжалования и пересмотра в апелляционном и кассационном порядке промежуточных решений, принятых судом по уголовному делу, находящемуся у него в производстве, ранее уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации.

В Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР Конституционный Суд Российской Федерации признал, что принимаемые в ходе производства по уголовному делу промежуточные решения суда могут быть безотлагательно обжалованы заинтересованными лицами в суд второй инстанции в случаях, если эти решения порождают последствия, выходящие за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений и существенно ограничивающие при этом такие конституционные права и свободы личности, которые не могут быть восстановлены в результате отсрочки судебного контроля.

В случае же, если решение, которое суд первой инстанции выносит в ходе судебного разбирательства, таких последствий не порождает, проверка его законности и обоснованности подлежит переносу на более поздний срок и, по общему правилу, может осуществляться лишь одновременно и в связи с проверкой приговора или иного итогового решения по делу. Исключение текущего контроля за ходом рассмотрения дела судом первой инстанции обусловлено необходимо-

стью обеспечения конституционных положений о независимости судей и подчинении их только закону, а также о запрете какого бы то ни было вмешательства в деятельность судов при отправлении ими правосудия, в том числе со стороны вышестоящих судебных инстанций.

Выраженная в названном Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации правовая позиция имеет общий характер и в полной мере распространяется на решение поставленного в запросе мирового судьи судебного участка № 2 Поворинского района Воронежской области вопроса о проверке конституционности ч. 2 ст. 323 УПК РФ.

Предписания этой нормы подлежат применению в системном единстве с положениями гл. 33 и 34 УПК РФ, регламентирующих полномочия судьи по поступившему в суд уголовному делу. Согласно этим положениям судья в стадии подготовки к судебному заседанию единолично изучает поступившее к нему уголовное дело на предмет установления наличия (или отсутствия) условий для его рассмотрения в судебном заседании и принимает по результатам выяснения вопросов, указанных в ст. 228 УПК РФ, постановление о передаче уголовного дела по подсудности, назначении судебного заседания или назначении предварительного слушания. Предварительное слушание назначается, в частности, в целях проверки оснований для возвращения уголовного дела прокурору (п. 2 ч. 2 ст. 229 УПК РФ) и заключается в проведении закрытого судебного заседания с участием сторон и с предоставлением им возможности высказать свою позицию по поставленному вопросу, подтвердить или опровергнуть наличие основания для принятия по нему того или иного решения; сами по себе назначение и проведение предварительного слушания не определяют обязательность возвращения уголовного дела прокурору. В случае вынесения судьей по завершении предварительного слушания постановления о возвращении уголовного дела прокурору такое постановление, как признал Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 20 октября 2005 г. № 404-О по жалобе гражданки Л.Г. Вержуцкой, может быть обжаловано в апелляционном или кассационном порядке.

При таких обстоятельствах обжалование и проверка в апелляционном порядке законности и обоснованности самого назначения предварительного слушания были бы преждевременными и свидетельствовали бы о подмене суда первой инстанции и принимаемых им решений вышестоящими судебными инстанциями и их актами;

2) постановление о назначении судебного заседания как таковое.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина А.К. Корковидова вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁴.

А.К. Корковидов оспаривает также конституционность ч. 7 ст. 236 УПК РФ, предусматривающей, что судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и (или) о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения. Как следует из жалобы, на основании данной нормы суд кассационной инстанции в марте 2004 г. прекратил кассационное производство по жалобе А.К. Корковидова на принятое по результатам предварительного слушания решение суда первой инстанции о назначении судебного заседания по его уголовному делу, несмотря на ходатайства о возвращении дела прокурору и о приостановлении производства по делу. Между тем, считает заявитель, суд был не вправе применять эту норму, поскольку Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2003 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ она была признана не имеющей юридической силы с момента принятия и не подлежащей применению.

Часть 7 ст. 236 УПК РФ неоднократно являлась предметом проверки Конституционным Судом Российской Федерации. В Постановлении от 8 декабря 2003 г. и определениях от 9 июня 2004 г. № 223-О по жалобе гражданина Е.Ю. Алексеенко и от 30 сентября 2004 г. № 252-О по жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации выражена правовая позиция, согласно которой на основании этой нормы не может ограничиваться возможность обжалования принятых по результатам предварительного слушания решений суда первой инстанции, если сами эти решения и отсрочка в рассмотрении жалоб на них судом кассационной инстанции объективно создают препятствия для дальнейшего движения дела, порождая тем самым опасность неоправданной и незаконной задержки в рассмотрении уголовного дела судом, нарушения права обвиняемого на рассмотрение его

¹¹⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2005 г. № 208-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Корковидова Артура Константиновича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 49 и частью седьмой статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

дела в разумные сроки, ограничения права граждан на доступ к правосудию и судебную защиту, в частности, вследствие прекращения уголовного дела, приостановления производства по делу, принятия незаконного решения о подсудности уголовного дела.

По этим основаниям оспариваемая заявителем норма, как не соответствующая Конституции Российской Федерации, была признана не подлежащей применению судами и иными участниками судопроизводства в той части, в какой она исключала обжалование решений суда о приостановлении производства по делу и о направлении уголовного дела по подсудности.

В отличие от указанных судебных решений решение суда о назначении судебного заседания как таковое, будучи направленным только на определение места, даты, времени и условий проведения судебного заседания и тем самым — на обеспечение рассмотрения уголовного дела в разумные сроки, не препятствует подсудному реализовать свое право на доступ к правосудию и на защиту в состязательном процессе, равно как не нарушает и иные его конституционные права. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР признал допустимым и не нарушающим право на судебную защиту отсутствие возможности безотлагательного обжалования такого рода промежуточных судебных решений и перенос проверки их законности и обоснованности после разрешения уголовного дела одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор или иное итоговое решение по делу суда первой инстанции;

3) постановление об отклонении ходатайства об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу или об отводе судьи.

Конституционный Суд Российской Федерации рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд¹¹⁵.

Конституционный Суд Российской Федерации установил следующее.

¹¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства».

Оконченные расследованием уголовные дела в отношении граждан М.Н. Алекперова, А.В. Евстафьева, П.Л. Лебедева, Г.Л. Ойнаса, В.А. Приходько, А.Ю. Реутова, А.С. Синякова и Е.А. Суворова были направлены в суд накануне или в день истечения срока содержания обвиняемых под стражей, который был установлен судами на стадии предварительного расследования. В течение 5—14 дней после поступления дел в суд, а по некоторым делам — в более поздние сроки судьи принимали вне судебного заседания решения об оставлении меры пресечения без изменения, причем оформляли их не отдельным актом, а включали в постановления о назначении предварительного слушания или о назначении судебного заседания.

Как следует из материалов жалобы гражданина Ю.А. Бирюченко, вопрос о продлении установленного в период предварительного расследования срока его содержания под стражей был рассмотрен судом только через шесть месяцев после поступления уголовного дела в суд, поскольку суд исходил из того, что в таких случаях срок содержания обвиняемого под стражей продлевается на шесть месяцев самим фактом поступления уголовного дела в суд. Аналогичную позицию занимали суды и органы прокуратуры, разрешая вопрос о мере пресечения в виде заключения под стражу по уголовным делам в отношении граждан А.С. Синякова и Г.Л. Ойнаса.

Суды надзорной инстанции дважды отменяли обвинительные приговоры, постановленные по одному и тому же уголовному делу в отношении гражданина С.В. Бровченко, осужденного к наказанию в виде лишения свободы, и направляли дело на новое рассмотрение. Через месяц после повторной отмены приговора судья, принявший дело к своему производству, указал в постановлении о назначении судебного заседания, что мера пресечения в виде заключения под стражу оставляется без изменения, — при том что суд надзорной инстанции, отменяя приговор, какого-либо решения о мере пресечения не принимал. Спустя год, в течение которого срок содержания С.В. Бровченко под стражей продлевался судом, очередное ходатайство прокурора о продлении срока было отклонено и мера пресечения изменена на подписку о невыезде.

Судья, принявший к своему производству уголовное дело гражданина О.В. Рябова для решения вопроса о применении к нему принудительных мер медицинского характера, оставил ранее избранную в отношении него меру пресечения в виде заключения под стражу без

производства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан».

изменения, после чего О.В. Рябов еще более пяти месяцев продолжал находиться под стражей в следственном изоляторе. Кассационная жалоба на незаконность применения данной меры пресечения была рассмотрена без его участия, поскольку, по мнению суда кассационной инстанции, уголовно-процессуальное законодательство не предусматривает участие в судебном заседании лица, в отношении которого решается вопрос о применении принудительных мер медицинского характера.

В своих жалобах в Конституционный Суд Российской Федерации указанные граждане оспаривают конституционность примененных в их уголовных делах положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, которыми регулируется порядок и сроки применения в отношении обвиняемого заключения под стражу в качестве меры пресечения на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования.

В жалобе гражданина С.В. Бровченко оспаривается также конституционность ч. 5 и 6 ст. 355 УПК РФ, как не допускающих, по мнению заявителя, обжалование выносимых судом первой инстанции определений или постановлений об отклонении ходатайства об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу или об отводе судьи и тем самым безосновательно ограничивающих право на судебную защиту.

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, регламентирующих обжалование определений (постановлений) суда первой инстанции, признал не соответствующими Конституции Российской Федерации эти положения, как не допускающие возможность обжалования и пересмотра в кассационном порядке до постановления приговора решений суда, сопряженных с применением в отношении подсудимого мер процессуального принуждения либо с фактическим продлением срока их действия, т.е. затрагивающих конституционные права и свободы. Вместе с тем Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что не исключается установление в уголовно-процессуальном законе такого порядка кассационного обжалования промежуточных действий и решений суда первой инстанции, при котором судебная проверка их законности и обоснованности может осуществляться и после постановления приговора.

Названное Постановление сохраняет свою силу, а выраженная в нем правовая позиция применима при решении вопроса о возмож-

ности обжалования до постановления приговора или иного итогового решения определения (постановления) суда об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу или об отклонении отвода, заявленного судьей.

С учетом данной правовой позиции нормы, содержащиеся в ч. 5 и 6 ст. 355 УПК РФ, не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права и свободы заявителя. Кроме того, при выявлении обстоятельств, свидетельствующих о наличии оснований для отмены меры пресечения в виде заключения под стражу или о необъективности и предвзятости судьи в исходе дела, заинтересованные лица вправе повторно заявить соответствующие ходатайство либо отвод.

Таким образом, в силу п. 2 и 3 ч. 1 ст. 43 и ст. 68 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» производство по жалобе С.В. Бровченко в части, касающейся проверки конституционности ч. 5 и 6 ст. 355 УПК РФ, подлежит прекращению.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина В.М. Шалдина вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁶.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации гражданин В.М. Шалдин оспаривает конституционность ч. 2 ст. 61, ч. 1 ст. 63, п. 2 ч. 5 ст. 355, ч. 1 и 4 ст. 406 и ч. 1 ст. 407 УПК РФ, а также п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 января 2007 г. № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции». По мнению заявителя, указанные положения, в соответствии с которыми рассмотрение его уголовного дела в предварительном слушании осуществлялось судьей, проводившим в ходе досудебного производства проверку законности и обоснованности действий и решений органов предварительного расследования и в силу этого заинтересованным в исходе дела, и которые воспрепятствовали заявителю обжаловать отказ судьи в удовлетворении его ходатайств об отводе судьи в кассационную и надзор-

¹¹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 804-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шалдина Виктора Михайловича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 61, частью первой статьи 63, пунктом 2 части пятой статьи 355, частями первой и четвертой статьи 406, частью первой статьи 407 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 20 статьи 1 Федерального закона “О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации”».

ную инстанции до завершения рассмотрения уголовного дела судом первой инстанции, нарушили его права на разбирательство дела независимым и беспристрастным судом и на судебную защиту, вытекающие из ст. 15 (ч. 1), 18, 19 (ч. 1), 46 (ч. 1 и 2), 50 (ч. 3), 55 (ч. 3), 56 (ч. 3), 119, 120 (ч. 1) и 123 Конституции Российской Федерации.

Заявителем оспаривается также конституционность п. 20 ст. 1 Федерального закона от 29 мая 2002 г. № 58-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации». Как считает В.М. Шалдин, эта норма, исключив из ст. 63 УПК РФ ч. 2, устанавливавшую недопустимость участия в рассмотрении уголовного дела в судах первой и вышестоящих инстанций судьи, принимавшего в ходе досудебного производства решение о применении или продлении срока применения меры пресечения в виде заключения под стражу либо о проверке законности применения этой меры пресечения, сузила круг оснований для отвода судьи и тем самым ограничила по сравнению с первоначальной редакцией названной статьи конституционные гарантии на беспристрастный и независимый суд, чем были нарушены его права, вытекающие из ст. 55 (ч. 2) Конституции Российской Федерации.

Конституционное право каждого на рассмотрение его дела справедливым и беспристрастным судом было неоднократно подтверждено Конституционным Судом Российской Федерации. Вместе с тем согласно его правовой позиции, изложенной в Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П, принятие судьей на досудебной стадии судопроизводства тех или иных решений, в том числе по вопросу о применении в качестве меры пресечения заключения под стражу, само по себе не является свидетельством возникновения у него предвзятого подхода к рассмотрению в дальнейшем как уголовного дела в целом, так и иных возникающих в ходе производства по делу вопросов, поскольку основу принимаемых в результате такого рассмотрения решений составляют иные фактические обстоятельства.

Это не исключает возможность заявления сторонами отвода судье и устранения этого судьи от участия в деле, если принимавшиеся им решения позволяют сделать вывод о его необъективности и предвзятости. Такая возможность вытекает из положения ч. 2 ст. 61 УПК РФ, в силу которого судья не может участвовать в производстве по уголовному делу, если имеются обстоятельства, дающие основание полагать, что он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе данного уголовного дела.

Кроме того, соблюдение принципа беспристрастности суда гарантируется всей совокупностью уголовно-процессуальных средств,

включая контроль за объективностью и беспристрастностью разрешения уголовных дел со стороны вышестоящих судебных инстанций, обязанных в силу уголовно-процессуального закона (п. 2 ч. 2 ст. 381 УПК РФ) при выявлении того, что приговор или иное итоговое решение вынесены незаконным составом суда, отменить его и направить уголовное дело на новое рассмотрение.

Таким образом, положения ч. 2 ст. 61 и ч. 1 ст. 63 УПК РФ конституционные права заявителя не нарушают.

Не нарушают конституционные права заявителя и оспариваемые им положения ст. 355, 406 и 407 УПК РФ, поскольку эти положения в их истолковании Пленумом Верховного Суда Российской Федерации, данном в п. 4 Постановления от 11 января 2007 г. № 1, не препятствуют проверке вышестоящим судом законности и обоснованности принятого судом решения об отклонении заявленного судьей отвода одновременно с проверкой законности и обоснованности постановленного по уголовному делу приговора или иного итогового решения.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П, отсутствие возможности безотлагательно обжаловать в кассационном порядке вынесенные в ходе судебного разбирательства промежуточные определения и постановления суда первой инстанции и перенос такого обжалования на более поздний срок, одновременно с обжалованием итогового решения, являются допустимыми и не нарушают гарантируемые Конституцией Российской Федерации, в том числе ее ст. 45, 46 и 55 (ч. 3), права граждан;

4) постановление о проведении закрытого судебного заседания, так как такое решение не приостанавливает судебное разбирательство, не исключает возможность повторного заявления подсудимым ранее отклоненного судом ходатайства и при этом не устраняется возможность судебной проверки законности и обоснованности принятого решения, а она лишь переносится на более поздний срок.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина В.В. Скепского вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁷.

¹¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2007 г. № 622-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Скепского Владислава Вячеславовича на нарушение его конституционных прав частью девятой статьи 166, пунктом 4 части второй статьи 241, частью пятой статьи 278

Гражданин В.В. Скепский в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность ч. 6 ст. 355 УПК РФ, согласно которой обжалование определения или постановления, вынесенного во время судебного разбирательства, в том числе о проведении закрытого судебного заседания, не приостанавливает судебное разбирательство.

По мнению заявителя, этими положениями уголовно-процессуального закона нарушаются его права, гарантируемые ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2), 46 (ч. 1 и 2) и 123 (ч. 1 и 3) Конституции Российской Федерации.

Затронутый в жалобе В.В. Скепского вопрос об обжаловании судебных решений, принятых по уголовному делу до вынесения приговора, ранее уже рассматривался Конституционным Судом Российской Федерации в связи с обращениями других заявителей. В Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П Конституционный Суд Российской Федерации признал допустимым установленное уголовно-процессуальным законом правило, согласно которому большинство решений, которые суд первой инстанции выносит в ходе судебного разбирательства, не подлежат кассационному обжалованию и могут быть проверены в кассационном порядке лишь одновременно и в связи с приговором, поскольку при этом не устраняется возможность судебной проверки законности и обоснованности промежуточных действий и решений суда, а она лишь переносится на более поздний срок и осуществляется после постановления приговора. Вместе с тем данное правило не может быть признано соответствующим ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2) и 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации в тех случаях, когда определения или постановления суда первой инстанции (в том числе об избрании или изменении меры пресечения) порождают последствия, выходящие за рамки собственно уголовно-процессуальных правоотношений, существенно ограничивая при этом конституционные права и свободы личности и причиняя им вред, восполнение которого в дальнейшем может оказаться неосуществимым; судебная проверка таких определений и постановлений суда по жалобам участников судопроизводства, чьи права и свободы ими затрагиваются, должна обеспечиваться безотлагательно, до постановления приговора. При этом, как указал Конституционный Суд Российской Федерации, предоставление подсудимым указанных гарантий судебной защиты не должно приводить ни к приостановлению исполнения обжалуемого

и частью шестой статьи 355 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

решения, ни к приостановлению производства по делу в суде первой инстанции, с тем чтобы не нарушался действующий в уголовном судопроизводстве принцип непрерывности, который является, в частности, условием реализации права обвиняемого быть судимым без неоправданной задержки.

Названное Постановление Конституционного Суда Российской Федерации сохраняет свою силу, а выраженная в нем правовая позиция распространяется на решение вопросов, связанных с применением судами положений ст. 355 УПК РФ, в связи с чем не имеется оснований для признания ч. 6 данной статьи нарушающей конституционные права заявителя;

5) об отклонении и удовлетворении ходатайств об исследовании или исключении доказательств, вызове тех или иных лиц в судебное заседание для допроса в качестве свидетелей, о допуске к участию в деле в качестве защитника наряду с адвокатом иного лица, избранного обвиняемым, поскольку такие решения не препятствуют подсудимому повторно заявлять эти ходатайства и обжаловать отказ в их удовлетворении в вышестоящие суды одновременно с обжалованием итогового решения суда.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина А.В. Маргина вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁸.

По результатам предварительного слушания по уголовному делу, возбужденному в отношении гражданина А.В. Маргина, судья вынес постановление о назначении судебного заседания, не отразив в нем принятые в виде отдельных постановлений решения об отклонении ходатайств стороны защиты об исключении некоторых доказательств и о допуске к участию в деле в качестве защитника наряду с адвокатом приглашенного А.В. Маргиным лица, а также об удовлетворении ходатайства потерпевшего о вызове того же лица в судебное заседание для его допроса в качестве свидетеля. Районный суд отказал А.В. Маргину в требовании направить в суд кассационной инстанции его жалобу на указанное постановление, сославшись на то, что подобные судебные решения не подлежат обжалованию.

¹¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 290-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Маргина Анатолия Владимировича на нарушение его конституционных прав частью седьмой статьи 236 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации А.В. Маргин оспаривает конституционность ч. 7 ст. 236 УПК РФ, устанавливающей, что судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и (или) о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения. По мнению заявителя, данная норма, как не допускающая возможность обжалования в вышестоящий суд, в том числе ввиду несоответствия формы судебного акта требованиям уголовно-процессуального закона, принятого по итогам предварительного слушания постановления судьи о назначении судебного заседания, а также некоторых постановлений судьи, вынесенных по ходатайствам сторон в ходе предварительного слушания, нарушает его права, вытекающие из ст. 21, 45, 46 (ч. 1), 55 и 56 Конституции Российской Федерации. Секретариат Конституционного Суда Российской Федерации в порядке части второй статьи 40 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» ранее уведомлял заявителя о том, что его жалоба не соответствует требованиям названного Федерального конституционного закона.

Конституционный Суд Российской Федерации, изучив представленные гражданином А.В. Маргиным материалы, не находит оснований для принятия его жалобы к рассмотрению. Правовое регулирование порядка обжалования промежуточных процессуальных решений уже являлось предметом проверки Конституционного Суда Российской Федерации в связи с жалобами граждан. В Постановлении от 2 июля 1998 г. № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, а также в ряде определений, в том числе от 22 января 2004 г. № 223-О по жалобе гражданина В.Е. Минкина на нарушение его конституционных прав ч. 7 ст. 236 УПК РФ и от 30 сентября 2004 г. № 252-О по жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданина Е.Я. Янковского ч. 7 ст. 236 УПК РФ, выражена правовая позиция, согласно которой заинтересованным участникам уголовного процесса еще до завершения производства в суде первой инстанции должна быть обеспечена возможность обжаловать судебные решения, которыми объективно создаются препятствия для дальнейшего движения дела либо ограничиваются конституционные права граждан на защиту, доступ к правосудию и судебную защиту, поскольку отсроченная проверка таких решений — одновременно с рассмотрением кассационной жалобы на приговор — не может быть признана эффективным средством защиты их

нарушенных прав. Наряду с этим Конституционный Суд Российской Федерации признал допустимым отсроченный контроль за законностью и обоснованностью вынесенных судом первой инстанции промежуточных судебных решений, связанных с разрешением ходатайств, заявленных сторонами, в частности по поводу исследования доказательств, поскольку это не препятствует подсудимому реализовать свое право на защиту, заявлять вновь соответствующее ходатайство в ходе судебного разбирательства и обжаловать отказ в его удовлетворении в вышестоящие суды одновременно с подачей жалобы на вынесенное судом первой инстанции итоговое решение по делу.

Указанные решения Конституционного Суда Российской Федерации сохраняют свою силу, а изложенная в них правовая позиция относительно оснований для признания допустимой отсрочки осуществления контроля за законностью промежуточных судебных решений в полной мере распространяется на принятые судом в ходе и по итогам предварительного слушания непосредственно не затрагивающие конституционные права и свободы личности промежуточные решения (об отклонении и удовлетворении ходатайств сторон об исследовании или исключении доказательств, вызове тех или иных лиц в судебное заседание для допроса в качестве свидетелей, о допуске к участию в деле в качестве защитника наряду с адвокатом иного лица, избранного обвиняемым). Такие решения не препятствуют подсудимому повторно заявлять эти ходатайства в ходе судебного разбирательства и обжаловать отказ в их удовлетворении в вышестоящие суды одновременно с обжалованием итогового решения суда. Кроме того, постановление о назначении судебного заседания само по себе не создает препятствий для дальнейшего движения уголовного дела, а, напротив, направлено на обеспечение его рассмотрения судом в установленные уголовно-процессуальным законом сроки, без неоправданной задержки;

б) решение об отклонении отказа подсудимого от помощи допущенного к участию в деле адвоката.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина А.Н. Козлова вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹¹⁹.

¹¹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 336-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Козлова Алексея Николаевича на нарушение его конституционных прав частью пятой статьи 355 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Гражданин А.Н. Козлов, обвиняемый в совершении ряда преступлений, в своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации оспаривает конституционность ч. 5 ст. 355 УПК РФ как исключающей возможность кассационного обжалования вынесенных в ходе судебного разбирательства определений и постановлений суда первой инстанции, в том числе затрагивающих право подсудимого на защиту, до постановления приговора. Как следует из представленных материалов, в связи с тем, что подсудимый А.Н. Козлов отказался от услуг адвокатов, судья Петропавловск-Камчатского городского суда Камчатской области в ходе рассмотрения уголовного дела принял решение о предоставлении ему времени для заключения соглашения с другими защитниками, а также об отклонении его отказа от помощи одного из ранее допущенных к участию в деле адвокатов. При этом рассмотрение уголовного дела отложено не было, а вновь прибывшему защитнику для ознакомления с материалами уголовного дела было предоставлено время в перерывах между судебными заседаниями. Кассационные жалобы подсудимого на данные решения со ссылкой на ч. 5 ст. 355 УПК РФ были оставлены без рассмотрения до завершения судебного разбирательства и постановления приговора по делу. По мнению заявителя, данной нормой были нарушены его права, гарантируемые ст. 21 (ч. 1), 22 (ч. 1), 45 (ч. 2) и 46 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР, отсутствие возможности безотлагательно обжаловать в кассационной инстанции вынесенные в ходе судебного разбирательства промежуточные постановления и определения суда первой инстанции, в том числе касающиеся реализации права обвиняемого пользоваться помощью защитника, не нарушает конституционные права граждан, поскольку в таких случаях судебная проверка законности и обоснованности принятых судом решений лишь переносится на более поздний срок и может осуществляться одновременно с приговором;

7) постановление о назначении амбулаторной судебно-психиатрической экспертизы.

Конституционный Суд РФ, рассмотрев в пленарном заседании вопрос о соответствии жалоб граждан С.В. Мазуриной и В.В. Мазурина требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», установил следующее¹²⁰.

¹²⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 12 июля 2001 г. № 172-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Мазуриной Светланы Васильевны

В Конституционный Суд Российской Федерации с жалобами на нарушение своих конституционных прав п. 2 ст. 79, ч. 1 ст. 185 и ч. 2 ст. 261 УПК РСФСР обратились гражданка С.В. Мазурина, привлекавшаяся к уголовной ответственности за совершение ряда преступлений и признанная невменяемой относительно инкриминируемых ей действий, а также ее брат В.В. Мазурин. По мнению заявителей, отсутствие в ст. 79 и 185 УПК РСФСР предписаний, обеспечивающих обвиняемому право на судебное обжалование постановлений органов дознания о назначении амбулаторной и стационарной судебно-психиатрических экспертиз, а также предусмотренное в ст. 261 УПК РСФСР полномочие суда выносить в совещательной комнате определение о назначении судебно-психиатрической экспертизы, в частности в случае противоречивости ранее проведенных экспертиз, не соответствуют требованиям ст. 10, 19, 22, 23, 45, 46, 49 (ч. 1), 118 (ч. 1 и 2) и 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, гарантирующих гражданам право на свободу, неприкосновенность частной жизни, соблюдение принципа презумпции невиновности, а также гласность и объективность судебного разбирательства.

Пункт 2 ст. 79 и ч. 1 ст. 185 УПК РСФСР содержат положения, предусматривающие обязательность проведения экспертизы для определения психического состояния обвиняемого или подозреваемого в случаях, когда возникает сомнение по поводу их вменяемости или способности к моменту производства по делу отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими, а также определяющие права обвиняемого при назначении и производстве экспертизы.

Вопрос о праве заинтересованных лиц на судебное обжалование принимаемых органом дознания, следователем, прокурором и судом в ходе производства по уголовному делу промежуточных решений, к числу которых относится и постановление о назначении экспертизы, был разрешен Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлениях от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР и от 23 марта 1999 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР. В этих постановлениях Конституционный Суд Российской Федерации, констатируя право граждан на судебное обжалование решений органов предварительного расследования и суда, влекущих существенное ограничение конституционных прав и сво-

и Мазурина Владимира Васильевича на нарушение их конституционных прав пунктом 2 статьи 79, частью первой статьи 185 и частью второй статьи 261 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР».

бод человека и гражданина, в частности в связи с назначением стационарной судебно-психиатрической экспертизы, признал, что ст. 46 (ч. 2) Конституции Российской Федерации не исключает возможности установления законодателем такой процедуры, при которой судебная проверка промежуточных решений, принимаемых в стадии предварительного расследования и в суде первой инстанции, может быть отсрочена и будет производиться соответственно после передачи дела в суд или постановления приговора. Кроме того, обжалование в суд и судебная проверка законности и обоснованности постановления о назначении экспертизы неизбежно связаны с необходимостью оценки доказательств, которая должна производиться судом при рассмотрении принятого им к своему производству уголовного дела по существу; осуществление оценки доказательств до этого момента означало бы предрешение вопросов, подлежащих разрешению в приговоре суда, и приводило бы к нарушению основополагающих принципов независимости и беспристрастности суда. Вместе с тем, как следует из Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июля 1998 г., в случае, если реализация решения о назначении судебно-психиатрической экспертизы сопряжена с помещением лица в медицинский стационар и тем самым с ограничением его права на свободу и личную неприкосновенность, заинтересованному лицу должна быть обеспечена возможность обжаловать это решение в суд.

Постановление о применении к С.В. Мазуриной принудительных мер медицинского характера, вынесенное на основе заключения судебно-психиатрической экспертизы, признавшей ее невменяемой, может быть обжаловано в вышестоящий суд. Утверждение же заявителей о нарушении ч. 2 ст. 261 УПК РСФСР, определяющей порядок вынесения определений в судебном заседании, закрепленных в ст. 10, 49 и 123 Конституции Российской Федерации, принципов носит произвольный характер, поскольку вынесение судом в совещательной комнате решения о назначении экспертизы (тем более в случае, когда ее проведение является обязательным в силу прямого указания закона) не свидетельствует о принятии на себя судом не свойственных ему процессуальных функций. Признание судом необходимости проведения судебно-психиатрической экспертизы в отношении подсудимого само по себе не свидетельствует о признании этого подсудимого виновным в совершении преступления и не может расцениваться как мера ответственности за него;

8) об отказе в рассмотрении ходатайств подсудимого, вынесенных судом без удаления в совещательную комнату, а также сопроводитель-

ных писем судьи об отказе в принятии жалоб на них. При этом в определении указано, что закон не наделяет суд первой инстанции полномочиями возвращать такие жалобы заявителю иначе как в случаях их несоответствия требованиям уголовно-процессуального закона, обусловливающего необходимость их пересоставления.

Конституционный Суд Российской Федерации, рассмотрев по требованию гражданина В.А. Власова вопрос о возможности принятия его жалобы к рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, установил следующее¹²¹.

Кассационные жалобы гражданина В.А. Власова — подсудимого по уголовному делу — на ряд решений, вынесенных в ходе судебного разбирательства судом первой инстанции, возвращались ему судом первой инстанции со ссылкой на то, что закон не предусматривает возможности обжалования в кассационном порядке постановлений об отказе в рассмотрении ходатайств подсудимого, вынесенных судом без удаления в совещательную комнату, а также сопроводительных писем судьи.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации В.А. Власов утверждает, что ст. 4, 5 и 354, ч. 1 ст. 355, ст. 358 и 360, ч. 2 ст. 363, ст. 374 и ч. 3 ст. 375 УПК РФ препятствуют непосредственному доступу заявителей к суду кассационной инстанции и рассмотрению этим судом кассационных жалоб в краткие сроки; способствуют искусственному созданию таких препятствий судом первой инстанции посредством возвращения им жалоб заявителю по мотивам их несоответствия предъявляемым требованиям; лишают заявителя возможности заранее подготовиться к аргументированному заявлению отвода суду кассационной инстанции, рассматривающему жалобу, поскольку не устанавливают заблаговременного уведомления заявителя о составе указанного суда; не предусматривают как кассационного обжалования сопроводительных писем, которыми суд возвращает заявителю его жалобы без принятия по ним процессуального решения, так и придания обратной силы уголовно-процессуальному закону, улучшающему положение сторон судопроизводства. Тем самым, по мнению заявителя, нарушено его право на равноправие сторон в состязательном судопроизводстве, а также другие права, гарантируемые ст. 1,

¹²¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. № 431-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Власова Валерия Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 4, 5, 354, 355, 358, 360, 363, 374 и 375 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

15, 17, 18, 19, 21, 29, 45, 46, 49, 50, 54, 55, 56 и 123 Конституции Российской Федерации.

Сами по себе оспариваемые им статьи Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующие порядок принесения сторонами судопроизводства жалоб на промежуточные решения, вынесенные судом первой инстанции по рассматриваемому им уголовному делу, и кассационный порядок рассмотрения уголовного дела, а также устанавливающие действие уголовно-процессуального закона во времени, конституционные права заявителя не нарушают. Они не препятствуют обжалованию в кассационном порядке решений суда, затрагивающих сферу конституционных прав и свобод личности, предоставляют участвующим в судебном разбирательстве сторонам обвинения и защиты равные процессуальные возможности по отстаиванию своих законных интересов, в том числе путем обжалования действий и решений суда в вышестоящие судебные инстанции, не наделяют суд первой инстанции полномочиями возвращать такие жалобы заявителю иначе как в случаях их несоответствия требованиям уголовно-процессуального закона, обуславливающего необходимость их пересоставления.

Соответствующая правовая позиция изложена Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 2 июля 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР и официально опубликованном Определении от 6 февраля 2004 г. № 44-О по жалобе гражданина В.Н. Демьяненко на нарушение его конституционных прав положениями ст. 56, 246, 278 и 355 УПК РФ. Названные решения Конституционного Суда Российской Федерации сохраняют свою силу и являются общеобязательными.

Апелляционные и кассационные жалобы подаются через суд, постановивший приговор или вынесший иное судебное решение. Это разумно, так как именно там находятся материалы уголовного дела, которые не могут быть никем истребованы в течение срока, установленного для обжалования судебного решения (ч. 2 ст. 356 УПК РФ).

Апелляционные жалобы подаются в районный суд, кассационные жалобы подаются на приговор или иное судебное решение:

первой и апелляционной инстанций районного суда — в судебную коллегию по уголовным делам краевого, областного и приравненных к ним судов;

гарнизонного военного суда — в окружной (флотский) военный суд; краевого, областного и приравненных к ним судов — в Судебную коллегию по уголовным делам Верховного Суда РФ;

окружного (флотского) военного суда — в Военную коллегия Верховного Суда РФ;

Судебной коллегии по уголовным делам или Военной коллегии Верховного Суда РФ — в Кассационную коллегия Верховного Суда РФ.

Форма и содержание апелляционной и кассационной жалоб определены законом (ст. 363 и 375 УПК РФ).

Согласно ч. 1 ст. 356 УПК РФ апелляционные и кассационные жалобы на приговор и иное решение суда первой инстанции могут быть поданы сторонами в течение 10 суток со дня их провозглашения, а осужденным, содержащимся под стражей, — в тот же срок со дня вручения ему копии приговора или иного судебного решения.

Постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, домашнего ареста, залога может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение трех суток со дня его вынесения (ч. 11 ст. 108 УПК РФ).

Для судебных решений об избрании и продлении сроков действия указанных мер пресечения судом первой инстанции после поступления дела в суд законом предусмотрены общие сроки их обжалования — 10 суток. Такие решения выносятся как на стадии подготовки уголовного дела к судебному заседанию, в том числе по результатам предварительного слушания, так и в ходе рассмотрения уголовного дела в порядке, предусмотренном ст. 227, 228, 231, 236, 247 и 255 УПК РФ, а также судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном п. 3 ч. 1 ст. 364 УПК РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 323 УПК РФ в 10-дневный срок со дня вынесения могут быть обжалованы постановления мирового судьи о прекращении уголовного дела и иные его постановления. Возможность обжалования в кассационном порядке решения суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей предусмотрена ч. 4 ст. 255 УПК РФ.

Исчисление сроков на обжалование производится по правилам, предусмотренным ст. 128 и 129 УПК РФ. В частности, если окончание этого срока приходится на нерабочий день, то последним днем срока считается первый следующий за ним рабочий день. Срок не считается пропущенным, если жалоба до истечения срока сдана на почту или передана лицу, уполномоченному ее принять, а для лиц, содержащихся под стражей или находящихся в медицинском либо психиатрическом стационаре, — если жалоба до истечения срока сдана администрации места предварительного заключения либо медицинского или психиатрического стационара.

Жалоба, поданная с пропуском срока, оставляется без рассмотрения, о чем сообщается лицу, ее подавшему, с разъяснением права ходатайствовать о восстановлении срока. Ходатайствовать о восстановлении пропущенного срока могут лица, имеющие уважительные причины пропуска срока. В судебной практике уважительными причинами пропуска срока обжалования признаются болезнь, командировка, какие-либо чрезвычайные обстоятельства, несвоевременное вручение копии обжалуемого судебного решения и т.д.

Законом (ч. 3 ст. 357 УПК РФ) предусмотрено, что постановление судьи об отказе в восстановлении пропущенного срока может быть обжаловано в вышестоящий суд.

Лицо, подавшее жалобу, до начала судебного заседания вправе изменить ее или дополнить новыми доводами. На практике это право реализуется путем подачи дополнительных жалоб как в суд, рассмотревший дело, так и непосредственно в суд кассационной инстанции.

Если защитника, подавшего кассационную жалобу, с согласия осужденного заменил другой защитник, последний вправе подать от своего имени кассационную жалобу либо дополнения к жалобе осужденного вне зависимости от того, принимал он участие в суде первой инстанции или нет, поскольку как тот, так и другой представляют интересы осужденного. Осужденный вправе самостоятельно выбирать способы своей защиты, в том числе дополнить свою жалобу лично либо поручить это любому адвокату, в том числе и не участвовавшему в рассмотрении уголовного дела.

Сторона защиты имеет право подать в письменном виде возражения на жалобы или представления, поданные другими участниками.

ГЛАВА 12

Участие адвоката в гражданском процессе

§1. Теоретические основы представительства в гражданском процессе

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 нормативные 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 другого. Здесь четко прослеживаются такие характерные слагаемые процессуального представительства, как: замещение представителем другого лица; осуществление представительства являет собой юридическую деятельность; последняя осуществляется в рамках гражданского судопроизводства и по установленной законом процедуре.

Деятельность представителя, с одной стороны, 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 суде¹²².

Особого внимания заслуживает фундаментальный труд Н.И. Казанцева, посвященный учению о представительстве в гражданском праве¹²³. В нем представительство определено как такое юридическое понятие, где одно лицо, имея другого, заключает юридическую сделку и производит юридические действия на имя этого другого лица¹²⁴.

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 и получил 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»¹²⁵. Существо же договора доверенности ав-

¹²² См.: Пальховский А.М. О праве представительстве на суде. — М.: Типография Ф. Иогансов, 1876. — С. 1—115.

¹²³ См.: Казанцев Н.И. Учение о представительстве в гражданском праве. — Т. 1. — СПб., 1879. — С. 120. — Цит. по: Адвокат в уголовном процессе. — М.: Новый Юрист, 1997. — С. 13.

¹²⁴ См.: Там же. — С. 13.

¹²⁵ Мейер Д.И. Русское гражданское право. — Ч. 2. — М.: Статут, 1997. — С. 333.

тор видел в том, что «он исключительно направляется к установлению представительства»¹²⁶. 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., т.е. с гражданскими правоотношениями, регулируемыми материальным правом.

В системе же такого рода договоров доверенность поручительства и представительства занимает особое место ввиду того, что она относится не только к материальному, но и к 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 доверенность уполномочивает представителя на совершение процессуальных действий в суде от имени и вместо стороны, опираясь при этом и на гражданско-правовые нормы и 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

¹²⁶ Мейер Д. И. Указ. соч. — С. 333.

полномочия поверенного, с одной стороны, на совершение сделок, а с другой — на представительство стороны гражданского процесса в суде.

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, достижений теории и практики.

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 лица¹²⁷.

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»¹²⁸.

Субъектно-деятельностный подход к понятию представительства проявляли и другие процессуалисты. Формулируя его, М.А. Вукот пишет: «Процессуальным представительством признается совершение одним лицом в пределах предоставленных ему полномочий процессуальных действий от имени и в интересах другого лица, участвующего в деле»¹²⁹.

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 лицам¹³⁰.

Анализ приведенных определений представительства позволяет обратить внимание как на единство, так и на противоположность их

¹²⁷ См.: Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. — М.: Юрид. лит., 1964. — С. 6.

¹²⁸ Гражданский процесс / под ред. М.Г. Авдюкова. — М., 1970. — С. 44.

¹²⁹ Вукот М.А. Представительство в гражданском процессе // Гражданский процесс / под ред. К.С. Юдельсона. — М.: Юрид. лит., 1972. — С. 96.

¹³⁰ См.: 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 т. — М.: Наука, 1981. — Т. 1. — С. 299.

содержания, элементов и названия. Во-первых, во всех дефинициях представительство 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 правом¹³¹, 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 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

¹³¹ См.: Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения. — Изд-во Ленинградского ун-та, 1962. — С. 35.

внимание. Более того, зачастую употребляют как синонимы выражения «институт представительства 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, таким, как взаимосвязь со статусом личности в гражданском судопроизводстве, охраной ее имущественных и неимущественных прав и интересов, свободой обращения за судебной защитой, используя для данной цели юристов, обладающих 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»¹³².

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 теоретики и практики не рассматривают природы названного института права, хотя это важно как с научной, так и с практической точек 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 правоведаы, не употребляя термина «природа представитель-

¹³² Мельников А.А. Указ. соч. — С. 299.

ства», тем не менее касаются ее. Так, польский исследователь С. Янчевский утверждает, что с древнейших времен представительство есть не что иное, как посредничество¹³³. 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. Викут ведет речь о представительстве всего лишь как о процессуальном праве лиц, участвующих в деле¹³⁴. 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 РФ) и субъективно-процессуального права граждан вести свои дела в суде лично или через представителей (ст. 48 ГПК РФ). 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

¹³³ См.: Janczewski S. Dzieje adwokatury w dawnej Polsce. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze, 1970. — S. 9.

¹³⁴ См.: Викут М.А. Указ. соч. — С. 95.

иметь представителя в гражданском процессе — это всего лишь один из многих его элементов.

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 помощи¹³⁵. 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 РФ). 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 РФ). Новеллой ГПК РФ стала обязанность суда назначать адвоката в качестве представителя в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, в других предусмотренных федеральным законом случаях, закрепленная в ст. 50.

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 образовани-

¹³⁵ См.: Мельников А.А. Указ. соч. — С. 297.

ем (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, связывая представительство в суде с принципом судебного демократизма, одновременно подчеркивал, что представительство способствует осуществлению права на защиту, т.е. права сторон и третьих лиц защищать в суде права и законные интересы¹³⁶. И.М. Ильинская, Л.Ф. Лесницкая акцентируют внимание на том, что представительство содействует оказанию помощи гражданам и юридическим лицам, способствует осуществлению правосудия по гражданским делам¹³⁷. А.А. Мельников видит значение представительства в следующем: защите прав и законных интересов, осуществлении субъективных прав, получении квалифицированной юридической помощи, содействии суду в установлении истины по делу¹³⁸.

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.

¹³⁶ См.: Гражданский процесс / под ред. М.Г. Авдюкова. — М., 1970. — С. 43.

¹³⁷ См.: Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Указ. соч. — С. 11.

¹³⁸ См.: Мельников А.А. Указ. соч. — С. 297.

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, государственную защиту прав и свобод, право на получение квалифицированной юридической помощи (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 человеку и гражданину их 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 прав личности в гражданском судопроизводстве, позволяющая участникам граждан-

ского 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. Принцип доступности судебной защиты и юридической помощи в гражданском процессе

Основой данного принципа выступает ч. 1 ст. 48 Конституции РФ, в силу которой каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи, а в случаях, предусмотренных законом, такая помощь оказывается бесплатно. Правосудие должно быть наиболее приближенным к субъектам, чье право подлежит защите. Особую роль здесь играют мировые судьи, рассматривающие в настоящее время основную массу гражданских дел.

Не меньшее значение в обеспечении доступности судебной защиты придается финансовой стороне правосудия. Пошлина, оплата помощи представителя и другие судебные издержки не должны выполнять роль препятствия к получению судебной защиты. Так, адвокаты обязаны при определенных условиях оказывать бесплатную юридическую помощь субъектам гражданского судопроизводства, в случаях, предусмотренных ст. 26 Федерального закона от 31 мая 2002 г. «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации»¹³⁹. Однако в гражданском процессе мало быть малоимущим¹⁴⁰ для получения бесплатной услуги адвоката, необходимо, чтобы субъект и (или) предмет защиты входил в перечень, установленный п. 1 ст. 26 указанного закона.

В частности, бесплатно правовая помощь по гражданским делам оказывается малоимущим истцам по рассматриваемым судами первой инстанции делам о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоро-

¹³⁹ См.: СЗ РФ. — 2002. — № 23. — Ст. 2102.

¹⁴⁰ К малоимущим закон относит лиц, среднедушевой доход которых ниже величины прожиточного минимума в соответствующем субъекте РФ.

вья, связанным с трудовой деятельностью. На бесплатную правовую помощь адвоката могут претендовать ветераны Великой Отечественной войны (кроме вопросов, связанных с предпринимательской деятельностью), а также граждане, пострадавшие от репрессий — по делам, связанным с их реабилитацией.

Приведенное правило представляется достаточно разумным, так как определение одного критерия «малообеспеченности» для предоставления бесплатной правовой помощи возвратит нас к антисоциальным установкам прошлого, когда создание материальных благ для себя обозначалось как мещанство и несознательность, богатство предполагалось пороком, а бедность приветствовалась и поощрялась даже тогда, когда не была обусловлена объективными причинами.

§3. Понятие, значение и виды представительства в гражданском судопроизводстве

Институт представительства существует практически во всех отраслях права. В гражданском судопроизводстве институт представительства выступает важнейшей гарантией осуществления конституционного права граждан и организаций на защиту их нарушенных или оспоренных прав и охраняемых законом интересов.

Ст. 48 ГПК РФ предоставляет гражданам право вести свои дела в суде лично или через представителей. Дела организаций всегда ведут в суде их органы либо представители. Любое процессуальное представительство представляет собой выполнение процессуальных действий одним лицом от имени и в интересах другого лица.

Судебный представитель в гражданском судопроизводстве — это участник гражданского судопроизводства, совершающий процессуальные действия от имени и в интересах представляемых граждан или юридических лиц, создающий для них своими действиями правовые последствия. Например, если представитель от имени представляемого истца реализует предоставленное ему право на отказ от иска, то после принятия такого отказа судом производство по делу прекращается, а у истца навсегда погашается право на судебную защиту по данному требованию.

Таким образом, **судебное представительство** — это процессуальная деятельность одного лица (представителя) в интересах другого лица (представляемого) и от его имени, осуществляемая в ходе гражданского судопроизводства в целях защиты прав и интересов представляемого, а также содействия правосудию по гражданским делам.

Представляемым лицом может быть любое лицо, участвующее в деле, за исключением прокурора, а представителем — дееспособное лицо, имеющее надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела, кроме судей, следователей, прокуроров. Судьи, следователи, прокуроры могут выступать в суде лишь в качестве представителей соответствующих органов или законных представителей.

Гражданское процессуальное право регулирует только правоотношения, возникающие между судом и представителем, между судом и представляемым лицом. Отношения между представляемым и представителем носят материально-правовой характер, и, следовательно, в предмет регулирования гражданского процессуального права не включаются. Вместе с тем именно наличие материально-правовых отношений между представителем и доверителем служит предпосылкой процессуальных отношений¹⁴¹, регулируемых институтом представительства в гражданском судопроизводстве.

Значение представительства в гражданском процессе велико:

представительство выступает гарантией реализации всеми лицами права на судебную защиту в самом широком смысле;

именно с помощью института представительства все лица, участвующие в деле, в том числе те, которые объективно не способны самостоятельно собственными, личными действиями осуществлять свои процессуальные права и выполнять процессуальные обязанности (недееспособные граждане, юридические лица), получают возможность реализации собственной процессуальной правосубъектности;

представительство создает удобство для тех лиц, участвующих в деле, которые по различным причинам (занятость, неприязненные отношения с противоположной стороной и т.п.) не желают принимать личного участия в судопроизводстве либо такое участие для них затруднительно, позволяя им действовать через представителя;

и, наконец, лица, не обладающие правовыми знаниями и навыками, получают квалифицированную юридическую помощь со стороны лиц, имеющих такие знания. В данном случае речь идет о лицах, осуществляющих правовую помощь на профессиональной основе — адвокатах.

Классификация представительства проводится по двум критериям: в зависимости от основания возникновения представительства и в зависимости от принципов (качественных основ) осуществления представительской деятельности.

¹⁴¹ См.: Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Указ. соч. — С. 12—15.

В зависимости от *основания возникновения* представительство бывает по назначению суда, законным, уставным, консульским и договорным.

Представительство по назначению суда является самым новым из известных видов представительства и было введено в гражданский процесс с 1 февраля 2003 г. В силу ст. 50 ГПК РФ суд назначает адвоката в качестве представителя в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, а также в других предусмотренных федеральным законом случаях. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» указал, что представитель, назначенный на основании ст. 50 ГПК РФ, имеет достаточно широкий комплекс правомочий, объективно необходимых для защиты прав ответчика, место жительства которого неизвестно. Например, адвокат, выступающий по такому назначению суда, может обжаловать решение в кассационном или апелляционном порядке и в порядке надзора, тогда как другие адвокаты такими полномочиями не обладают без специальной оговорки доверителя.

Вместе с тем суд не вправе принять признание иска или признание обстоятельств, на которых истец основывает свои требования, совершенные адвокатом, назначенным судом. По мнению Верховного Суда РФ, принятие судом такого признания помимо воли ответчика может привести к нарушению его прав¹⁴².

Оформляется такое представительство определением суда о назначении адвоката в качестве представителя ответчика, место жительства которого неизвестно.

Законное представительство установлено законом в отношении недееспособных или не обладающих полной дееспособностью граждан, а также граждан, признанных вступившим в законную силу решением суда безвестно отсутствующими в порядке главы 30 ГПК РФ.

Законными представителями недееспособных или не обладающих полной дееспособностью лиц являются их родители, усыновители, опекуны, попечители или иные лица, которым это право предоставлено федеральным законом. В качестве законного представителя безвестно отсутствующего гражданина выступает лицо, которому передано в доверительное управление имущество этого гражданина. Законный представитель обладает самым широким спектром процессуальных прав — практически идентичных тем, какими бы обладал представляемый, если бы он мог самостоятельно собственными действиями принимать участие в гражданском судопроизводстве.

¹⁴² См.: БВС РФ. — 2004. — № 2. — С. 4.

Специального процессуального оформления полномочий законному представителю не требуется — достаточно подтвердить в суде уже существующий в материальном правоотношении факт родственных отношений, опеки, попечительства, доверительного управления имуществом и т.п. Например, матери (отцу) малолетнего истца достаточно представить суду свидетельство о рождении истца и документ, удостоверяющий личность родителя (паспорт, военный билет и т.п.).

Уставное представительство основано на Уставе, иных учредительных документах и документах о создании и деятельности различных организаций и применяется в отношении юридических лиц, органов, организаций и иных коллективных образований. В силу ст. 48 ГПК РФ полномочия органов, ведущих дела организаций, подтверждаются документами, удостоверяющими служебное положение их представителей, а при необходимости учредительными документами. Как и у законного, у уставного представителя объем процессуальных прав весьма широк: он обладает всеми правами, какими бы обладал представляемый, если бы мог личными действиями участвовать в гражданском судопроизводстве. Между тем уставные представители участвуют в гражданском процессе довольно редко, поручая ведение дела юристу предприятия либо адвокату. Таким образом, уставное представительство выступает основой другого вида представительства — договорного.

Консульское представительство предусмотрено нормами международного права и появляется при участии в российском гражданском судопроизводстве иностранного элемента.

Т.Н. Нешатаева в качестве специфических черт консульского представительства называет следующие:

в качестве представителя иностранного гражданина выступает дипломатический представитель;

представительство возникает в силу норм международного права;

консул уполномочен на совершение всех процессуальных действий без доверенности¹⁴³.

Следует добавить, что иностранные консулы действительно могут совершать процессуальные действия в гражданском судопроизводстве в России в отношении граждан своего государства без доверенности, но за исключением тех действий, которые в силу ст. 54 ГПК РФ должны быть особо оговорены в доверенности.

Самым распространенным видом представительства в гражданском судопроизводстве является **договорное представительство**. В его осно-

¹⁴³ См.: Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс: В 3 ч. — М.: Городец, 2004. — С. 442.

ве лежит договор поручения (в частности, если в качестве договорного представителя выступает адвокат) либо трудовой договор (например, заключаемый с юрисконсультom предприятия, в должностные обязанности которого включено представление интересов предприятия в судах). Порядок заключения такого договора и его действие регулируется соответствующими отраслями материального права (трудовым правом, гражданским правом). В гражданском же судопроизводстве полномочия договорного представителя подтверждаются доверенностью, выданной и оформленной в соответствии с законом, а если договорным представителем выступает адвокат, то орденом, выданным соответствующим адвокатским образованием.

Если договорной представитель участвует в судопроизводстве вместе с представляемым им лицом, участвующим в деле (в договорном представительстве такое лицо называется доверитель), то для допуска представителя достаточно письменного заявления доверителя либо устного заявления, сделанного во время судебного заседания и занесенного в протокол.

Доверенности, выдаваемые гражданами, могут быть удостоверены в нотариальном порядке либо организацией, в которой работает или учится доверитель, жилищно-эксплуатационной организацией по месту жительства доверителя, администрацией учреждения социальной защиты населения, в котором находится доверитель, а также стационарного лечебного учреждения, в котором доверитель находится на излечении, командиром (начальником) соответствующих воинских части, соединения, учреждения, военно-учебного заведения, если доверенности выдаются военнослужащими, работниками этих части, соединения, учреждения, военно-учебного заведения или членами их семей. Доверенности лиц, находящихся в местах лишения свободы, удостоверяются начальником соответствующего места лишения свободы.

Доверенность от имени организации выдается за подписью ее руководителя или иного уполномоченного на это ее учредительными документами лица и скрепляется печатью этой организации. Нотариального или иного удостоверения при этом не требуется.

Доверенность бывает *общей* — на ведение от имени доверителя всех дел в судах общей юрисдикции в определенный период, но не более чем в течение трех лет, и *разовой*. Разовые доверенности, в свою очередь, подразделяются на три группы: 1) на представление интересов доверителя в судопроизводстве по конкретному гражданскому делу (например, по иску Иванова к Ивановой о разделе совместно нажитого имущества); 2) на осуществление представительства в отдельной стадии

судопроизводства (например, в кассационной инстанции по конкретной жалобе на судебное решение); 3) на одно отдельной взятое процессуальное действие (например, на подписание искового заявления).

Кроме того, доверенности бывают как со специальными полномочиями, так и без таковых. К специальным полномочиям относятся следующие права: на подписание искового заявления, предъявление искового заявления 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. По общему правилу, эти полномочия относятся к числу диспозитивных полномочий доверителя, реализовать которые он может самостоятельно. Воспользоваться такими правами договорный представитель, включая адвокатов, не может, за исключением случаев, когда такое право (или несколько прав) специально оговорено в доверенности, выданной ему представляемым лицом.

В зависимости от принципов (качественных основ) осуществления представительской деятельности выделяют *профессиональное* и *непрофессиональное* представительство.

Профессиональное представительство осуществляется адвокатом, непрофессиональное — всеми остальными субъектами. В основе профессионального представительства лежат профессионализм, компетентность, квалифицированность¹⁴⁴, высокое качество правовой помощи, корпоративная дисциплина, адвокатская этика и иные принципы работы и традиции российской адвокатуры.

§4. Статус и полномочия адвоката — представителя в гражданском процессе

Адвокат отличается от всех других лиц, осуществляющих представительство в гражданском судопроизводстве тем, что делает это на профессиональной основе, компетентно, что предполагает большую по сравнению с другими представителями активность и квали-

¹⁴⁴ См.: Колоколова Э.Е. Адвокат — представитель в гражданском процессе России. — М.: Юрлитинформ, 2005. — С. 66.

фицированность защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов доверителей.

Адвокатом является лицо, получившее в установленном Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹⁴⁵ порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Адвокат — это независимый профессиональный советник доверителя по правовым вопросам, он не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности. Ни для каких других представителей в гражданском процессе подобных ограничений законом не установлено.

Помимо гражданского процессуального законодательства, при осуществлении собственной деятельности в гражданском судопроизводстве адвокаты руководствуются нормами Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», а также Кодексом профессиональной этики адвоката, принятым первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г., измененным и дополненным вторым Всероссийским съездом адвокатов 8 апреля 2005 г.¹⁴⁶ Кодекс профессиональной этики адвоката, не являясь нормативным актом, в то же время устанавливает обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности, основанные на нравственных критериях и традициях адвокатуры, а также на международных стандартах и так называемых «правилах адвокатской профессии» (ст. 1 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Таким образом, правовой статус адвоката в гражданском судопроизводстве обусловлен, с одной стороны, его процессуальным положением представителя, а с другой стороны — положением адвоката как члена соответствующего адвокатского образования. Формами адвокатских образований являются адвокатский кабинет, коллегия адвокатов, адвокатское бюро и юридическая консультация.

Основанием для вступления адвоката в гражданское судопроизводство в качестве представителя выступает ордер, выданный коллегией адвокатов, адвокатским бюро, юридической консультацией или адвокатским кабинетом, форма которого (ордера) утверждается федераль-

¹⁴⁵ См.: СЗ РФ. — 2002. — № 23. — Ст. 2102.

¹⁴⁶ См.: Российская газета. — 2005. — № 222. — 5 октября.

ным органом юстиции. Однако ордер не может служить основанием для реализации адвокатом от имени доверителя диспозитивных полномочий. На подписание искового заявления, предъявление искового заявления 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 адвокату необходима доверенность со специальной оговоркой на данные права¹⁴⁷.

В силу закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» **адвокат 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, а также общественных объединений и иных организаций. Указанные органы и организации в порядке, установленном законодательством, обязаны выдать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии не позднее чем в месячный срок со дня получения запроса адвоката;

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) беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность;

6) 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;

7) совершать иные действия, не противоречащие законодательству Российской Федерации.

¹⁴⁷ Об основаниях вступления адвоката в исполнительное производство и его правах при исполнении судебных актов см.: Исаенкова О.В. Адвокат как участник исполнительного производства // Закон. — 2007. — Май. — С. 68—76.

Адвокат обязан:

1) честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами;

2) исполнять требования закона об обязательном участии адвоката, а также оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;

3) постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию;

4) соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката и исполнять решения органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, принятые в пределах их компетенции;

5) ежемесячно отчислять за счет получаемого вознаграждения средства на общие нужды адвокатской палаты в порядке и в размерах, которые определяются собранием (конференцией) адвокатов адвокатской палаты соответствующего субъекта Российской Федерации, а также отчислять средства на содержание соответствующего адвокатского кабинета, соответствующей коллегии адвокатов или соответствующего адвокатского бюро в порядке и в размерах, которые установлены адвокатским образованием.

Некоторые из названных прав и обязанностей, в частности, связанные с денежными обязательствами адвоката перед адвокатскими образованиями, не носят процессуального характера, но большинство из них направлены на обеспечения надлежащего качества правовой помощи, оказываемой адвокатом, в том числе и в связи с осуществлением полномочий представителя по гражданскому делу.

Как правило, представительство осуществляется адвокатом на основе платности, т.е. доверитель оплачивает адвокату его труд.

Бесплатно юридическая помощь в гражданском судопроизводстве оказывается адвокатом гражданам Российской Федерации, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации, а также одиноко проживающим гражданам Российской Федерации, доходы которых ниже указанной величины, в следующих случаях:

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 делам, не связанным с предпринимательской деятельностью;

гражданам Российской Федерации, пострадавшим от политических репрессий, — по делам, связанным с реабилитацией.

Таким образом, защищая права своих доверителей, адвокаты реализуют профессиональную функцию, действуют в соответствии не только с законом, но и с нормами профессиональной этики адвоката, что отличает адвоката от иных участников гражданского судопроизводства. Обобщая сведения о полномочиях и статусе адвоката в гражданском судопроизводстве, нельзя обойти вниманием то, что 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 РФ, 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 встала проблема обеспечения доступности правосудия и повышения его эффективности¹⁴⁸.

Деятельности адвоката-представителя в российском гражданском судопроизводстве присущи многие особенности, обусловленные организационно-правовым и процессуально-правовым положением адвоката. Первого рода особенности обусловлены положением адво-

¹⁴⁸ Приходько И.А. Доступность правосудия в гражданском и арбитражном процессе. Основные проблемы // Российский судья. — 2001. — № 5. — С. 22, 23.

ката как члена адвокатской корпорации, а вторые — его статусом как субъекта, участника гражданского процесса.

В совокупности такого рода особенности выражаются в том, что адвокат-представитель: осуществляет гражданско-процессуальную деятельность как профессиональный юрист, обладающий достаточными знаниями и 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 сообразно с выполняемыми публично-правовыми ролями. Эта тенденция прослеживается как в Законе об адвокатской деятельности и адвокатуре, так и в новом ГПК РФ.

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, т.е. важнейших составляющих 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 истребовании 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 РФ).

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, передача полномочий другому лицу (передоверие), обжалование судебного постановления, предъявление исполнительного документа к взысканию, получение присужденного имущества или денег (ст. 54 ГПК РФ).

Пользоваться всеми принадлежащими ему процессуальными правами представитель, как и лица, участвующие в деле, должен добросовестно (п. 1 ст. 35 ГПК РФ).

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 обязанности. 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 их достижения); постоянно совершенствовать свои знания, повышать свою квалификацию, т.е. профессиональное мастерство; осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности (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 РФ либо они логически вытекают из его основополагающих положений, сформулированных в разделе первом «Общие положения» и главе первой «Основные положения»¹⁴⁹. В первую очередь речь идет о предписаниях ГПК РФ о единстве законодательства о гражданском судопроизводстве и его задачах (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 преду-

¹⁴⁹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. — М.: Юрайт, 2003. — С. 23, 27.

смотренные ГПК, то применяются правила международного договора (ч. 2 ст. 1 ГПК РФ). Более того, адвокат-представитель призван убедить суд в том, что при разрешении гражданского дела он применяет правила международного договора (ч. 4 ст. 11 ГПК РФ). Естественно, что профессиональная образованность адвоката требует от него 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 РФ). 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 РФ, ст. 12 ГПК РФ). 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 в 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 проявятся в том, что адвокат-представитель: осуществляет свою деятельность на профессиональ-

ной основе, обладает для этого достаточными знаниями и опытом, позволяющими ему со знанием дела, квалифицированно решать возложенные на него задачи; отчетливо представляет свои 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 РФ 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. 1, 2, 3, 4, 11, 12, 22, 23, 24, 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.

§5. 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 не продолжительного 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 обращение к суду требование об отправлении правосудия, содержание которого составляет выраженная в решительной фор-

ме просьба заинтересованного лица (истца) к предполагаемому нарушителю права (ответчику).

Глава 12 ГПК РФ «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. 124, 131, 267, 270, 271, 282, 302, 308, 314, 419, 424 ГПК РФ.

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 РФ).

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 иски требования истца и фактические основания этих требований; представляет истцу или его представителю и суду возражения в письменной форме относительно исковых требований; передает 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 РФ).

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, положительно владеющих информацией, относящейся к делу; собирает предметы и документы, которые впоследствии могут быть признаны судом вещественными и иными доказательствами; определяет, кого следует вызывать в суд в качестве свидетелей; 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 РФ). Стороны в предварительном судебном заседании, а 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.

§6. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу

Исходя из требований закона, рекомендаций Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 14 апреля 1988 г. № 2 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству» (с изм. и доп., внес. Постановлением Пленума от 22 дек. 1992 № 19, в ред. Постановления Пленума от 21 дек. 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; копию ходатайства администрации в соответствующий профсоюзный орган о даче согласия на увольнение, когда такое согласие необходимо; копию 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 два 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 пере-

водов; 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 сумму 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 неправильности 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, завещания, 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 сособственнику и определении порядка пользования домом, принадлежащим гражданам на праве общей собственности содержат: копии документов, подтверждающих право собственности сторон на дом и размер долей сособственников; копию справки БТИ о том, за кем и в каких долях зарегистрирован дом; копию свидетельства о праве на наследство; копию дого-

вора 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; копию постановления нотариуса или другого правомочно 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.

§7. 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 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»¹⁵⁰.

Судебное разбирательство является центральной стадией гражданского судопроизводства. Для него характерны устная форма, непосред-

¹⁵⁰ Пальховский А.М. О праве представительства на суде. — С. 166, 168.

ственность исследования доказательств и непрерывность процесса, за исключением времени, назначенного для отдыха (ст. 157 ГПК РФ). 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 судье, прокурору, секретарю судебного заседания, эксперту, специалисту, переводчику (ст. 16, 17, 18 ГПК РФ).

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 РФ).

Затем суд устанавливает последовательность исследования доказательств.

Мы поддерживаем мнение, что адвокат-представитель является самостоятельным субъектом доказывания¹⁵¹, а не тем лицом, которое не участвует в деле, не обладает ни правами, ни обязанностями по доказыванию, не имеет каких-либо самостоятельных правомочий¹⁵². 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

¹⁵¹ См.: Власов А.А. Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе. — М.: Юрлитинформ, 2000. — С. 24.

¹⁵² См.: Козлов А.Ф. Судебное представительство и его правовые регламентации в гражданском процессе // Вопросы эффективности судебной защиты гражданских прав. — Свердловск, 1978. — Вып. 65. — С. 15.

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 решения¹⁵³.

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. 59, 60 ГПК РФ).

В статье 61 ГПК РФ 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 обязателен 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.

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 РФ).

Адвокат-представитель участвует в допросе экспертов и специалистов, если они привлекались к участию в деле.

¹⁵³ См.: Власов А.А. Указ. соч. — С. 32, 33.

Деятельность представителя при этом должна соответствовать требованиям закона, быть профессиональной и квалифицированной, не нарушать норм адвокатской этики.

Исследование доказательств предполагает и оценку доказательств¹⁵⁴. В рамках оценки доказательств необходимо выявлять относимость, допустимость доказательств, их достоверность, достаточность и наличие взаимной связи¹⁵⁵.

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 помощью¹⁵⁶.

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 произнесе-

¹⁵⁴ См.: Власов А.А. Указ. соч. — С. 159.

¹⁵⁵ Гражданский процесс: Учебник / под ред. К.М. Треушникова. — М., 1998. — С. 172; Власов А.А. Указ. соч. — С. 169.

¹⁵⁶ См.: Власов А.А. Указ. соч. — С. 173, 174.

на невыразительным языком либо если оратор потонет в многословии и вычурности»¹⁵⁷.

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 РФ лица, участвующие в деле, их представитель вправе ознакомиться с протоколом судебного заседания и в течение пяти 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 заключается 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 РФ). 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, а ее содержание определено ст. 339 ГПК РФ.

¹⁵⁷ Слово адвокату / под ред. К.Н. Апраксина. — М.: Юрид. лит., 1981. — С. 8.

Составу суда кассационной инстанции адвокат-представитель вправе заявлять отводы (ст. 352 ГПК РФ).

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.

§8. 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 РФ. 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 вступления 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 правопорядка, 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 неправосудного 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 лица ее подающего, 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; 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 судеб-

ное 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. 363, 364 ГПК РФ).

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 РФ и содержать четкое указание на то, какое нарушение допущено судами, ранее рассматривавшими 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 13

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 защитника следует выделить в особую группу субъектов доказывания, ибо на них возлагаются особые обязанности по участию в доказывании, невыполнение которых может повлечь определенные меры воздействия¹⁵⁸. Особая роль в доказывании адвоката-защитника обусловлена прежде всего 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», его деятельность подчинена своду обязательных этических правил, закрепленных в Кодексе профессиональной этики адвоката.

В деятельности адвоката-защитника по участию в доказывании есть определенные особенности.

Как следует из принципа презумпции невиновности, подозреваемый, обвиняемый не обязаны 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. Прежде всего хотелось бы обратить внимание на тот факт, что в ранее действовавшем уголовно-процессуальном законодательстве (УПК РСФСР 1960 г.) на защитника возлагалась обязанность использовать все допустимые средства и способы защиты с тем, чтобы выяснить обстоятель-

¹⁵⁸ См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Котов Д.П. Судебная этика. — Воронеж, 1973. — С. 223—226.

ства, 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 судопроизводства¹⁵⁹. 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 сердцевинной всей уголовно-процессуальной деятельности.

Ошибка законодателя в данном случае не отменяет нравственно-го 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 судопроизводства¹⁶⁰.

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.

Вряд ли можно отрицать тот факт, что пассивность защитника в процессе доказывания может влечь неблагоприятные для подзащитного (подозреваемого, обвиняемого) последствия. Как верно отмеча-

¹⁵⁹ См.: Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. — СПб., 2008. — С. 202, 203.

¹⁶⁰ См.: Бойков А.Д. Основы профессиональной этики адвоката // Этика адвоката. — М., 2007. — С. 45, 46.

ет 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 подзащитного¹⁶¹. 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 обвинением, 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 данные, изобличающие подзащитного, оценивать же он вынужден все имеющие значение для дела доказательства, иначе защита будет предвзятой, неполноценной, а значит неэффективной¹⁶². 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 об-

¹⁶¹ См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. — М., 2006. — С. 48.

¹⁶² См.: Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М., 1978. — С. 110.

винения. Если защитник, как и обвинитель, будет стремиться к установлению истины, то в процессе появится второй обвинитель, а институт защиты будет разрушен¹⁶³.

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 их возможности своевременно еще до суда исследовать, проверить и оценить их доказательственную ценность¹⁶⁴. 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 следователь может отказать в удовлетворении любого ходатайства, причем нередко абсолютно немотивированно, писалось уже неоднократно¹⁶⁵. В судебном производстве сто-

¹⁶³ См.: Михайловская И.Б. Указ. соч. — С. 48.

¹⁶⁴ См.: Быков В.М. Проблемы участия защитника в собирании доказательств // Российская юстиция. — 2007. — № 9.

¹⁶⁵ 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 адвока-

роны 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.

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 обвинения¹⁶⁶:

тов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и Партнеры». — М., 2004. — С. 62—67.

¹⁶⁶ 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.

опорочивание доказательств, положенных в основу обвинения;
отыскание и представление в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства сведений, опровергающие обвинение, обстоятельств, смягчающих вину подзащитного.

Следует заметить, что указанные способы участия защитника в доказывании равноценны и применяются комплексно. Для того, чтобы опорочить 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.

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 — 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,
недостоверны,
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 нормами¹⁶⁷.

Таким образом, допустимость определяется как свойство доказательства, характеризующее его с точки зрения следующих критериев¹⁶⁸:

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;

¹⁶⁷ 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 Постановлением Пленума от 6 февраля 2007 г. № 5).

¹⁶⁸ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. — М., 2005. — С. 229.

- 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 возвращении уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления руководителя следственного органа об установлении срока следствия;
- 7) после возвращении уголовного дела для дополнительного следствия нет постановления следователя о принятии дела к своему производству;
- 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 приобретенными 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;

б) 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 и обвиняемому не было разъяснено их 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 допустимым¹⁶⁹.

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 соответствующего процессуального документа соблюдены, а какие-то несущественные 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)¹⁷⁰.

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 жа-

¹⁶⁹ 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 и от 23 декабря 2008 г. № 28).

¹⁷⁰ См.: Мершуков А.Е. Некоторые вопросы практики применения судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2004. — № 8. — С. 27.

лобами 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»¹⁷¹. 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. 46—52, 118, 120 и 123 Конституции Российской Федерации и корреспондирующих им ст. 6 и 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, суд как орган правосудия призван обеспечивать в судебном 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 при-

¹⁷¹ 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».

знать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном 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.

§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 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 возникают при определении процессуального статуса подозреваемого, задержанного по подозрению в совершении преступления, и в частности появления у него права воспользоваться помощью защитника. Часть 2 ст. 48 Конституции определяет право каждого задержанного

пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента задержания. В уголовно-процессуальном законодательстве это право не только 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 случаях, предусмотренных ст. 91, 92, 100 УПК РФ. В соответствии с п. 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. Анализ данных законодательных конструкций приводит нас к выводу, что право пользоваться помощью защитника наступает с момента фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, производимого в порядке, установленном УПК РФ, а значит, все следственные действия с задержанным должны проводиться в присутствии адвоката-защитника.

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 РСФСР¹⁷² указал на то, что право на получение квалифицированной юридической помощи адвоката (защитника) гарантируется независимо от формального процессуального статуса лица, если управомоченными 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 дей-

¹⁷² 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».

ствий (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, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом в отношении него подозрении или обвинении и, следовательно, эффективно защищаться, а также гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств (ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации).

Вопрос о необходимости обеспечения лица, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, защитником был предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ и применительно к осуществлению оперативно-розыскных мероприятий¹⁷³.

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. «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 уголовно-

¹⁷³ 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»».

му 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 конституционные 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. 48, 49 и 51 Конститу-

ции 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, обеспечивающие в том числе предоставление квалифицированной юридической помощи (ст. 48) и право не свидетельствовать против себя самого (ч. 1 ст. 51).

Верховный Суд в вопросе момента возникновения права на защиту занимает иную позицию. Примером может служить следующее уголовное дело¹⁷⁴.

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 не-

¹⁷⁴ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 марта 2008 г. № 19-О08-7СП.

допустимыми 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.

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 государственной 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, кото-

рые могут иметь отношение к делу. Все обнаруженное и изъятое при осмотре места происшествия предъявляется понятным 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 необоснованна, 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 присяжных заседателей важных доказательств, обоснованны, 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 следующее¹⁷⁵.

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 — гражда-

¹⁷⁵ 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».

нина 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 Российской 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

ции Российской Федерации права, поскольку их совершение предполагает достижение конституционно значимых целей, вытекающих из ее ст. 55 (ч. 3).

Конституционный Суд Российской Федерации установил¹⁷⁶:

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 невиновным и одновременно вынес постановление об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности п. 2 ч. 4 ст. 46 УПК РФ, согласно которой 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 которой 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, как и закрепленное ст. 49 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации право не доказывать свою невиновность и считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке, являются в силу ее ст. 18 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 обви-

¹⁷⁶ 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».

няемому 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 гарантированного 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 время¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Кипнис Н.М. К вопросу о даче адвокатом показаний об обстоятельствах его участия в производстве следственного действия // Адвокатура. Государство. Общество: Сб. мат-лов IV Всероссийской научно-практической конференции / Отв. редакторы: С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко — М.: Новый учебник, 2007. — С. 113.

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. 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 применения к нему уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, сообщит, что он действительно применял недозволённые методы ведения допроса, фальсифицировал доказательства. О том, что в данной ситуации можно допросить и адвоката, не могло быть и речи, ведь в соответствии с 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. 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 показана Определением Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О¹⁷⁸.

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 города 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 соблю-

¹⁷⁸ 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.

дения 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 Федерации»), 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. 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,

чных 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»¹⁷⁹. 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»¹⁸⁰.

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 нарушения закона¹⁸¹. 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.

¹⁷⁹ Лазарева В.А. Вправе ли адвокат давать свидетельские показания по уголовному делу? // Вестник Палаты адвокатов Самарской области. — 2004. — Бюллетень № 1. — С. 95.

¹⁸⁰ Мельниченко Р.Г. Адвокатам разрешили давать показания против своих клиентов? // Адвокат. — 2008. — № 7.

¹⁸¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2005. — № 1. — С. 16, 17.

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 защиты¹⁸².

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.

Нет единодушия по вопросу возможности и условий допроса адвоката в качестве свидетеля по делу своего доверителя и в адвокатском сообществе.

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 зрения¹⁸³. Одну из них выражает глава Адвокатской палаты 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.

¹⁸² Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2007. — № 7. — С. 28, 29.

¹⁸³ Ямшанов Б., Петелина М. Допрос адвоката. Федеральная палата адвокатов выступает против начавшейся практики вызовов защитников на допрос // Вестник Федеральной палаты адвокатов. — 2008. — № 2.

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 неперенных 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 области, Волгоградской области) установили строгий запрет адвокату свидетельствовать против своего клиента при любых условиях.

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 допустимым¹⁸⁴. 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, а, во-вторых, дача адвокатом показаний об обстоятельствах проведения следственных действий есть средство защиты от выдвинутых против него бывшим подзащитным обвинений.

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 не конфиденциально (публично) оказывалась юридическая помощь доверителю, ее содержание является предметом адвокатской тайны.

¹⁸⁴ Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Адвокат. — 2007. — № 8, 10.

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 профессиональным 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 проводившиеся, 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 деятельности¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Рекомендации Совета Федеральной палаты адвокатов по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности от 10 декабря 2003 г.

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 принципа 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»¹⁸⁶.

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»)¹⁸⁷.

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 Плутарх¹⁸⁸.

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. 123—125 УПК РФ) обжаловать незаконные дей-

¹⁸⁶ Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Адвокат. — 2007. — № 10.

¹⁸⁷ Там же. — № 8, 10.

¹⁸⁸ Стецовский Ю.И. Принцип профессиональной тайны адвоката // Адвокат. — 2008. — № 3.

ствия и решения прокурору и (или) в суд, как непосредственно затрагивающие конституционные права и свободы участников уголовного судопроизводства, в частности право на защиту, поскольку он 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 имени¹⁸⁹.

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 РФ¹⁹⁰. 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).

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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».

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 дознавателя 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 являются непосредственно действующими и должны 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, дознава-

теля 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 «сборение доказательств». Не вдаваясь в полемику по данному вопросу, поддержим позицию профессора С.А. Шейфера, согласно которой сборение доказательств есть не что иное, как их формирование, придание доказательственной информации надлежащей процессуальной формы, сопровождаемое ее преобразованием¹⁹¹. И как следствие этого, доказательственную деятельность защитника, осуществляемую им в соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ, нельзя трактовать как сборение 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 сбора доказательств защитником (ч. 3 ст. 86 УПК РФ), но не установил процессуальные формы данных способов сбора 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, устанавливают 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 доказа-

¹⁹¹ Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — М., 2008. — С. 141—156.

тельств, 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.

Кроме этого, ч. 2 ст. 74 УПК РФ определяет исчерпывающий перечень доказательств, и представленных адвокатом сведений среди них нет. Таким образом, право адвоката на собирание 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 делу¹⁹².

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. 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

¹⁹² 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.

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. 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 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 производились, 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 фикса-

ции 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 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 Судом¹⁹³.

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. 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 показа-

¹⁹³ 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.

ний 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 — постольку, поскольку предмет, пределы и средства доказывания по уголовному 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. 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 оправдал¹⁹⁴, 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

¹⁹⁴ Приговор Курского областного суда от 4 мая 2006 г. по уголовному делу № 2-4-06 в отношении С. // Архив Курского областного суда. — 2006.

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 изменения¹⁹⁵, 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 документов** 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, сведений о деятельности, составе учредителей и участников юридических лиц; состояния здоровья и перенесенных заболеваний, нахождения 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

¹⁹⁵ 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.

следователь (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. 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 принципами, 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 (ст. 8, ч. 1) каждый вправе свободно владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35, ч. 2), а также свободно использовать свое имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34, ч. 1). 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 ин-

тересов 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 тайну¹⁹⁶.

¹⁹⁶ 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».

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 разбирательством¹⁹⁷.

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 мнению, 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 ст. 24 (ч. 2) Конституции РФ органы государственной власти обязаны обеспечить каждому ознакомление 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 (ст. 55, ч. 3 Конституции Российской Федерации).

Статья 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан как раз и является такой законодательной нор-

¹⁹⁷ 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».

мой, 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 29 (ч. 4) Конституции Российской Федерации права заявителя. Предусмотренный данной нормой особый порядок предоставления сведений, содержащих врачебную тайну, исключаящий возможность ее получения по требованию третьих лиц и защищающий тем самым право каждого на тайну частной жизни (ст. 24, ч. 1 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 уголовном процессе следует признать значительным шагом в укреплении принципа состязательности¹⁹⁸ и по совершенствованию процедуры доказывания¹⁹⁹.

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

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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.

суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Соответственно, можно выделить следующие формы деятельности специалиста в уголовном процессе: 1) помощь при проведении процессуальных действий; 2) для постановки вопросов эксперту; 3) разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Исследователи подчеркивают, что в настоящее время защитник наряду со следователем наделяется 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 прочее использование специальных знаний особенно эффективно в том случае, когда специалист приглашен стороной защиты.

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. 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. 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 и ни слова о защитнике. Статья 270 УПК РФ регулирует вопрос привлечения специ-

алиста 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 ранее²⁰⁰.

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 либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении. Помощь специалиста при назначении экспертизы, по мнению Е.Р.Россинской²⁰¹, 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 неправиль-

²⁰⁰ Давлетов А. Указ. соч.

²⁰¹ 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.

ным 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 эксперт²⁰².

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); научную обоснованность эксперт-

²⁰² Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005. А.Р. Белкин приводит меткое и образное высказывание П. Сергеича по этому поводу: «Пока эксперт в зале суда один, он неуязвим, хотя бы говорил вздор. Дайте ему противника — речения оракула превратятся в самолюбивый спор».

ной методики, граничные условия ее применения, допустимость применения избранной методики в данном конкретном случае²⁰³.

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 устанавливает²⁰⁴. Другие же исследователи, признавая 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,

²⁰³ 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.

²⁰⁴ Божьев В. Изменение УПК РФ — не всегда средство его совершенствования // Законность. — 2005. — № 8. — С. 2—6; Шейфер С.А. Роль защиты в формировании доказательственной базы по уголовному делу // Государство и право. — 2006. — № 7. — С. 59—65; Темираев О. Компетенция специалиста // Законность. — 2005. — № 6. — С. 39, 40.

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 дела²⁰⁵. 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 уместными²⁰⁶.

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 применения²⁰⁷.

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. 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 постановлению органа предварительного следствия, что, по мнению заявителя, ставит обвиняемого и его защитника в неравное положение со стороной обвинения, нарушает право на защиту и не соответствует ст. 2, 15 (ч. 1 и 2), 18, 45 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции РФ²⁰⁸.

²⁰⁵ См.: Овсянников И. Заключение и показания специалиста // Законность. — 2005. — № 7. — С. 32, 33.

²⁰⁶ См.: Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005.

²⁰⁷ См.: Давлетов А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. — 2003. — № 9.

²⁰⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 4 марта 2004 г. № 145-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Проня Александра Викторов-

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 (ст. 45, ч. 2); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123, ч. 3). Из данных конституционных положений не следует, однако, 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. 195—207 и 283) и Федеральным законом «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (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, ходатайствовать 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 дополни-

вича 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».

тельных 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. 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. 47, 53, 119—122, 207 и 283 УПК РФ).

Что касается отказа следователя в удовлетворении ходатайства о приобщении 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. 53, 168 и 271 УПК РФ. Формы такого допроса в УПК РФ нет. Часть 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 совокупностью 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 и 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 статье 123 (ч. 3) Конституции РФ положения ст. 86 «Собирание доказательств» и 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 сторон²⁰⁹.

В соответствии с Конституцией РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ст. 45, ч. 2); судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ст. 123, ч. 3). 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.

²⁰⁹ 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 (ст. 123, ч. 3 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. 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 подтвердить 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 законным²¹⁰.

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 с. 53 УПК РФ, устанавливающий, что с момента допуска к участию

²¹⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 479-О «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».

в уголовном деле защитник вправе участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием 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 в ходе 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. 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 стадийного 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 ст. 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 следственных 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 РФ²¹¹, 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, чем нарушили принцип состязательности и равноправия сторон, а также его права, гарантируемые статьями 15, 17, 18, 19, 45, 48, 51 и 55 Конституции РФ.

²¹¹ 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».

2. 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 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 основа-

ния для принятия такого решения и обстоятельства, обосновывающие ходатайство (ч. 2 ст. 235 УПК РФ).

Судья вправе допросить свидетеля или приобщить к уголовному делу документ, упомянутый в ходатайстве. В случае, если одна из сторон возражает против исключения доказательства, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами (ч. 3 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 случаях 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 по-

сле 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 14

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 следствие²¹², частные расследовательские меры²¹³, адвокатское расследование²¹⁴, познавательнопойсковая деятельность адвоката²¹⁵, поисковая деятельность защитника²¹⁶.

Важно подчеркнуть, что, с одной стороны, ни один из приведенных терминов никогда не использовали в российском законодательстве²¹⁷, а с другой — не все перечисленные термины имеют право на

²¹² 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; Он же. 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.: Норма, 2002. — С. 170.

²¹³ Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры в России. Научно-практическое пособие. — М.: Юрист, 1997. — С. 82, 83; Бойков А.Д. Третья власть в России. — М.: Изд-во НИИСЗ, 1999. — С. 280.

²¹⁴ 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.

²¹⁵ Краснова Н.В. Познавательнопойсковая деятельность адвоката // Адвокатская практика. — 2000. — № 1. — С. 57—59.

²¹⁶ Гриненко А.В. Поисковая деятельность защитника // Адвокатская практика. — 2002. — № 5. — С. 31.

²¹⁷ В пункте 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».

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.

Так называемое параллельное расследование, производимое адвокатом, означает, что оно проводится наряду с предварительным расследованием, которое осуществляют орган дознания, следователь или прокурор. Ввиду 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 по 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, т.е. 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 делу²¹⁸: или предварительного расследования, производимого органом дознания, следователем, или проводимого адвокатом.

Кроме того, адвокат профессионально не подготовлен к тому, чтобы вести расследование 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 многими параметрами отличается и от параллельного расследования, и от альтер-

²¹⁸ 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.: Аз, 1995. — С. 20.

нативного 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 проводимому следователем либо органом дознания, а в дополнение к тому, что они выясняют, но только в интересах подзащитного.

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. 45, 53, 73, ч. 3 ст. 86 УПК РФ. 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 правами собранные и закрепленные им в ходе адвокатского расследования материалы, 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 их 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 понятиях 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 природа 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, представителя²¹⁹, 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) роль²²⁰, ибо производится факультативно, лишь тогда, когда сторона защиты в лице подозреваемого, обвиняемого и их 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 подзащитно-

²¹⁹ 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.

²²⁰ 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.

го, 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 объемам и направленности адвокатское расследование представляет одностороннюю публично-правовую деятельность в интересах подзащитного, осуществляемую его адвокатом (адвокатами) на досудебном производстве по уголовным делам.

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 ответчика²²¹.

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 РФ). 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 инфор-

²²¹ Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность // Адвокатская практика. — 2005. — № 1. — С. 9—14.

мационный 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; причинении обвиняемым большего имущественного вреда, чем вмененный ему в вину; совершении преступления не одним лицом, а группой лиц либо организованной преступной группой; необоснованности изменения обвинения дознавателем, следователем или прокурором в сторону смягчения участи виновных в совершении преступления.

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 пределах²²².

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 выявление, установление, исследование и закрепление: а) узкого круга обстоятельств, имеющих значение для защиты либо представительства интересов подзащитного или доверителя (например, устанавливает лишь некоторые из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ); б) на собиране 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 РФ; в) адвокатское расследование носит односторонний характер, и адвокат не обязан в ходе его установить истину по делу, но 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 справедливо-

²²² Мартынчик Е.Г. Указ. соч. — С. 9—14.

стью 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, т.е. 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 свидетельствующих 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, т.е. 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, предусмотренных 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. 22, 43, 318, п. 2 ч. 4 ст. 321 УПК РФ); 2) при отказе в возбуждении уголовного дела (ст. 148 УПК РФ). 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 РФ); поручить адвокату провести адвокатское расследование с тем, чтобы выявить, собрать и закрепить сведения, предметы, документы, 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, ввиду 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»²²³). 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 РФ). Ввиду 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 при-

²²³ Частная детективная и охранная деятельность: Сборник нормативных актов. — М., 2002. — С. 5.

нятии судом дела к производству и привлечении виновного к уголовной ответственности (п. 3, 4 ч. 5 ст. 318 УПК РФ).

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 частно-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 РФ путем внесения в него соответствующих дополнений.

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 РФ. 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 РФ.

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 субъек-

ектов 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.

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 РФ, ч. 1 ст. 16, ч. 2 ст. 49 УПК РФ, 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 РФ), так и защитнику (ч. 3 ст. 86 УПК РФ).

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, т.е. 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 роль²²⁴.

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.

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 уравновешивающую 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, которая по своему значению является вспомогательной, но весьма существенной с точки зрения защиты прав и интересов субъектов стороны защиты²²⁵.

²²⁴ Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. — 2003. — № 6. — С. 21—29; 2004. — № 3. — С. 4—11.

²²⁵ Там же.

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 функцию²²⁶. 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.

Действующее федеральное уголовно-процессуальное законодательство сначала предусматривает основания, а затем формы окончания предварительного расследования. Согласно ч. 1 ст. 215 УПК РФ 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 является 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

²²⁶ 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; Он же. Предложения по совершенствованию некоторых норм УПК РФ // Российский следователь. — 2002. — № 12. — С. 6, 7; Он же. Расширение состязательности уголовного процесса на стадии предварительного расследования в свете судебной реформы // Российский судья. — 2002. — № 3. — С. 6.

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 гл. 29—31 УПК РФ, 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 РФ);
- 2) направление следователем уголовного дела с обвинительным заключением прокурору (гл. 30 УПК РФ);
- 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 РФ).

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 завершение 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 суду²²⁷.

Адвокат завершает участие на досудебном производстве по уголовному делу составлением адвокатского защитительного заключения в случаях, если:

- а) по собственной инициативе производил адвокатское расследование;

²²⁷ Побегайло Г.Д. К вопросу о дальнейшей демократизации деятельности советской адвокатуры // Труды Воронежского государственного университета. — Т. 88. — Воронеж, 1970. — С. 132.

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.

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 общества²²⁸.

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»²²⁹.

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.

²²⁸ Мельник В.В. Искусство доказывания в состязательном уголовном процессе.

²²⁹ Цит. по: Володина С. Справедливость не может быть косноязычной. К вопросу о возрождении судебной риторики в России // Российская юстиция. — 2002. — № 9. — С. 68.

Юридическая риторика представляет собой важнейшую по своему социальному значению отрасль риторического знания. Ни в политической 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 казалась бы безысходного положения²³⁰.

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 взаимо-

²³⁰ См.: Володина С.И. Юридическая риторика в деятельности адвоката по уголовным делам: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 2002.

зависимость процессов исследования и презентации его результатов на основе убедительности как критерия истины²³¹.

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 цели²³².

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»²³³.

§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 важное 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

²³¹ См.: Володина С.И. К вопросу о юридической риторике и стилях судебной речи адвоката // Российская юстиция. — 2006. — № 4. — С. 61.

²³² См.: Соболева А. Образ русского судебного оратора // Российская юстиция. — 2002. — № 2. — С. 63.

²³³ Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. — № 7. — С. 156.

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 русского 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 сто-

рон. 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 ограничить 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. 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 эмоционально-

го 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»²³⁴.

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

²³⁴ Пищальникова В.А. Психолого-юридическое содержание судебного процесса и судебных речей в суде присяжных заседателей. — Барнаул: Изд-во Алтайского государственного университета, 1998. — С. 48.

действий окружающих, причин и условий, способствующих совершению преступления²³⁵.

На эту же сторону адвокатской деятельности и построения судебной речи адвоката обращал внимание и известный русский юрист XIX — начала XX в. Л.Е. Владимиров: «...*Дело защитника — разьяснять, 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»²³⁶.*

§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.

²³⁵ См.: Лубшев Ю.Ф. Указ. соч. — С. 267—283.

²³⁶ Владимиров Л.Е. *Advokatus Miles*. Пособие для уголовной защиты. — СПб., Издание книжного магазина и юридического изд-ва Ив.Ив. Зубкова под фирмой «Законоведение», 1911.

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 риторики. (**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, 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.)

В структуру артикуляционную входят 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 эффективные картины, этого случиться не может²³⁷.

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 правильными²³⁸.

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 развивать 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»*²³⁹.

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 объективней адвокат, тем внимательней судьи воспринимают его позицию»*²⁴⁰.

²³⁷ См. Сергеич П. Искусство речи на суде. — М.: Юрид. лит., 1988. — С. 14—21, 23—68.

²³⁸ Аристотель. Этика. Политика. Риторика. Поэтика. Категории. Классическая философская мысль. — Гл. 11. Риторика. — Мн.: Литература, 1998.

²³⁹ Андреевский С.А. Избр. труды и речи. — Тула: Автограф, 2000. — С. 305.

²⁴⁰ Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. — М.: Былина, 2002. — С. 157.

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 достоверными фактами и ни в чем поэтому не противоречит его убеждениям»*.

Урядя 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»*²⁴¹.

И все-таки на поставленный вопрос однозначного ответа получить не может. Тактику защиты и содержание защитительной речи 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 сработала, 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»*²⁴².

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 по-

²⁴¹ Цитир. по: Мурадян Э.М. Указ. соч. — С. 156.

²⁴² Пищальникова В.А. Указ. соч. — С. 47.

иском 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 языком²⁴³.

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 адвокатов²⁴⁴.

Однако адвокаты «московской школы» структуру защитительной речи видят в более широком аспекте, включая в нее следующие составные части:

- позиция по делу;

²⁴³ Пищальникова В.А. Указ. соч. — С. 47.

²⁴⁴ См., например: Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / Под. ред. В.Н. Буробина. — С. 378.

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;
заключение²⁴⁵.

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 начинаться 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.

²⁴⁵ См.: Живулина Т.Л., Львова Е.Ю., Резник Г.М. и др. Защита по уголовному делу. Пособие для адвокатов / под ред. Е.Ю. Львовой. — М.: Юрист, 2002. — С. 112.

Остальные части содержательного уровня речи не представляют особой 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»²⁴⁶.

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 судом²⁴⁷.

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, владе-

²⁴⁶ Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел.

²⁴⁷ См.: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 29.

ние основами риторической науки, особые личные качества (духовные и физические), обширные познания, благородная манера поведения и авторитет²⁴⁸.

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. Таковыми являются ясность, логичность и точность речи, а также лаконичность при достаточной продолжительности речи, выразительность, уместность и искренность речи²⁴⁹.

Ясность речи заключается в ее доходчивости, понятности для слушателей. Это коммуникативное качество речи имеет особенно важное значение 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 автора²⁵⁰.

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.

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 другой²⁵¹.

²⁴⁸ См.: Соболева А. Указ. соч. — С. 63.

²⁴⁹ См.: Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. — № 8. — С. 145.

²⁵⁰ См.: Ивакина Н.Н. Основы судебного красноречия (риторика для юристов): Учеб. пособие. — М., 2006. — С. 28, 29.

²⁵¹ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 146.

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 речи²⁵².

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 речи²⁵³.

В качестве примера следует процитировать вступление к речи адвоката С.А. Андреевского²⁵⁴ 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 нерасторжимые 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 кон-

²⁵² Цит. по: Тertyшник В., Тertyшник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 29.

²⁵³ См.: Мельник В.В. Ораторское искусство как средство построения убедительной судебной речи в состязательном уголовном процессе // Журнал российского права. — 2001. — № 7. — С. 153.

²⁵⁴ С.А. Андреевский (1847—1918 гг.) — выдающийся адвокат и судебный оратор, поэт, литературный критик.

чик или петельку, потянуть за них — и все пути разматываются сами собою — человек из них выходит совершенно свободным.

Такой кончик торчит в этом деле довольно явственно — он даже почти не замаскирован — и я ухватюсь 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 частью²⁵⁵.

Композиционная структура **основной (главной) части** судебной речи адвоката включает в себя следующие элементы²⁵⁶:

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 пирамид²⁵⁷.

«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...»²⁵⁸;

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, досто-

²⁵⁵ См.: Ивакина Н.Н. Основы судебного красноречия (риторика для юристов): Учеб. пособие. — М., 2006. — С. 116.

²⁵⁶ Такая структура характерна не только для защитительной речи, но и для судебной речи адвоката в целом.

²⁵⁷ Костанов Ю.А. — адвокат, председатель Московской коллегии адвокатов «Адвокатская палата», постоянный представитель Федеральной палаты адвокатов в Конституционном Суде РФ, кандидат юридических наук, доцент.

²⁵⁸ Далее структурные элементы основной части выступления будут проанализированы с учетом данной судебной речи из сборника Ю.А. Костанова «Речи судебные и не только».

верности, 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 произвела. Так что сумма эта выведена что называется «на острие пера». Никто, однако, этих подсчетов ни разу не перепроверял. Я вовсе не утверждаю, что Камышева намеренно зависила 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, использовав 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-характерологические 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 про-

должают 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 верить. 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 ответственность²⁵⁹.

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 принципов композиции — принцип усиления, когда значимость, убедительность доводов и аргументов постепенно нарастают.

²⁵⁹ См.: Коряковцев В.В. Защитительная речь в суде с участием присяжных заседателей // Правоведение. — 2002. — № 2. — С. 113, 115.

П.А. Александров²⁶⁰, 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 соблазнителям, были женщины, обагрившие 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 опозоренною, 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 «аргумент к личности», когда вместо обсуждения до-

²⁶⁰ 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.

казательств вины оппонент «скатывается» на обсуждение негативных свойств личности подсудимого²⁶¹.

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 обоюдоострых 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.

²⁶¹ См.: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 30.

Не доказывайте то, что можно отрицать, ссылаясь на презумпцию²⁶².

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 экспромтом²⁶³.

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 ревностно-любобное отношение к своему труду и боязнь утратить из него то, что

²⁶² См.: Тертышник В., Тертышник А. Искусство судебной речи // Закон и право. — 2005. — № 6. — С. 32.

²⁶³ Мельник В.В. Указ. соч. . — С. 157.

достигнуто иногда усидчивой работой. Заранее подготовленная речь при изменении обстановки в суде, по его мнению, может стать обузой для оратора²⁶⁴.

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 править и держать мысль на привязи свою»²⁶⁵.

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 короткою речью нельзя достигнуть той внушаемости слушателей, какая нужна»²⁶⁶.

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 память²⁶⁷.

²⁶⁴ Цит. по: Коряковцев В.В. Указ. соч. — С. 116.

²⁶⁵ Мельник В.В. Указ. соч. — С. 147.

²⁶⁶ Судебное красноречие русских юристов прошлого / Сост. Ю. А. Костанов. — М., 1992. — С. 94.

²⁶⁷ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 148.

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.

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»²⁶⁸.

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 имени²⁶⁹.

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

²⁶⁸ Сергеич П. Искусство речи на суде. — М., 1988. — С. 56.

²⁶⁹ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 141.

всеми промежутками, сколько кому угодно! А что же получили Келлеши? 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 вопросов, но не отвечает на них. Риторический вопрос рассчитан на то, что у слушателей сама собой возникнет мысль: «Ну, разумеется, это так!»²⁷⁰.

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 контакт²⁷¹.

«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»²⁷².

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, естествен-

²⁷⁰ См.: Мельник В.В. Указ. соч. — С. 140.

²⁷¹ Там же. — С. 141.

²⁷² Там же. — С. 140.

ным 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>).

ГЛАВА 16

Правовое обеспечение адвокатами сферы хозяйственных отношений и защита предпринимательства

§1. Об осознании текущего момента и нравственном выборе адвокатами своей роли в защите бизнеса и предпринимательства

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.

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 нынешней 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, монопольно-му 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.

Ныне, когда достаточно четко и откровенно обнажился водораздел между лицами с нечестными способами извлечения прибыли и покровительствующими им коррумпированными государственными чиновниками, с одной стороны, и остальной частью нашего народа, в том числе занимающегося честным и добропорядочным бизнесом и предпринимательской деятельностью, — с другой, 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 не террорист. Ведь и упомянутую выше 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 предприятия 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 в действующие (2—2,5 тыс. документов в месяц) создает значительные трудности в применении их для лиц, не являющихся квалифицированными юристами. Вследствие этого все 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 представитель-

ство в суде, арбитраже и других государственных органах по гражданским делам и делам об административных правонарушениях; адвокаты 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 более 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?

Во-первых, он 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.

Во-вторых, 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.

В-третьих, 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. Ад-

вокат, в силу своих полномочий, препятствует незаконным действиям со стороны правоохранительных органов в отношении субъектов предпринимательской деятельности.

§3. Характерные виды юридической помощи субъектам предпринимательства, оказываемой адвокатом

Не приводя полный перечень видов правовой помощи, остановимся на наиболее характерных видах. К ним можно отнести:

- 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;
- 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:

а) в процессе расследования правоохранительными органами уголовного дела об экономическом преступлении в обслуживаемой организации;

б) в процессе сложного хозяйственного спора между субъектами предпринимательской деятельности с участием обслуживаемой организации;

в) в процессе подготовки к заключению крупных хозяйственных сделок;

г) в ходе проверок подчиненных обслуживаемой организацией структур (филиалов, представительств и т.д.);

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. Поскольку 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 об этой нетрадиционной форме рассказывает следующая пример. Генеральный директор предприятия «Герат» В. подозревался в том, что занимался незаконной предпринимательской де-

тельностью, поскольку руководимое им предприятие в течение нескольких лет без соответствующей лицензии реализовывало нефтепродукты и от этой деятельности якобы получило незаконный доход в сумме 1100,6 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 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 отношениях 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 других, 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 заключение, 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 невиновного 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 действие.

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 тяжб²⁷³.

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 работ. См., например: Адвокат в роли эксперта. Нетрадиционные формы участия адвоката в уголовных и гражданских делах по защите прав

²⁷³ См.: Сергеев В.И. Юридическое заключение в практике адвоката // Российская юстиция. — 1998. — № 4; СПС «КонсультантПлюс».

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.

В этих работах развивается тема с учетом накопленного адвокатского опыта по использованию научных правовых познаний на доследственных и следственных стадиях защитительной работы по хозяйственным (экономическим) преступлениям. Сообщается, 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 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 «КонсультантПлюс» и в других компьютерных программах, на дискетах 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.

Далее. Законодательные и нормативные акты требуют лицензий на занятие соответствующей деятельностью и совершение определенных сделок. Этот вопрос надо решить до составления договора, и если

деятельность требует лицензии, а ее нет, то необходимо ее получить. Сроки получения лицензии могут затруднить исполнение договорных обязательств или вообще сделать их невозможными.

Лицензия необходима, как правило, на банковскую деятельность, страхование, строительные работы, производство спирта и др.

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 в 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, отражение качества и количество 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.

§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 20 февраля 1995 г. № 4-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации».

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 заключе-

ния указанного соглашения позволяет предъявить контрагенту соответствующие 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 об-

шестве с ограниченной ответственностью, 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, удостоверяемых 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 такой организационно-правовой формы, как общество 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

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.

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 бухгалтерского 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 мы рассматриваем 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, Закон РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции», Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и др.). Важное значение в деятельности адвоката имеет **Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите 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 учреждениях 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 эти лица, 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.

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:

оформлены ли надлежащим образом полномочия должностных лиц правоохранительных органов на проведение проверки;

необходимо выяснить должностное положение лиц, проводящих проверку, их фамилии и место службы;

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 обязательно присутствие незаинтересованных понятых и составление протокола, в который необходимо вписывать каждый документ отдельно, а в случае обнаружения нарушений их необходимо также вписать в протокол;

в случае выемки документов и предметов необходимо истребовать копию протокола, подписанного должностными лицами правоохранительного органа, понятыми и другими присутствовавшими лицами;

при изъятии документов необходимо заявить ходатайство об изготовлении с них копий;

осмотр и выемка должны проводиться в присутствии лица, в отношении которого проводится проверка;

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 уплачен 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 нарушения; 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 удо-

влетворении жалобы адвоката о допуске его к делу. Но в ознакомленном 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 заключения 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 работы 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, 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, 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

раскасянием. На практике применение этой нормы хотя и напоминает американскую «делку 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 «делок» 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 органа, 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 пресс-конференцию 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, как и авторитет правоохранительных органов, оказались с «сильно подмоченной 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:

- а) действия по предупреждению недобросовестных действий со стороны партнеров по бизнесу;
- б) действия по предупреждению недобросовестных действий со стороны самого руководства (например, кого-либо из членов коллективного 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:

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»**;

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»**;

и, наконец, надлежащая организация сопровождения сделки, о чем уже говорилось выше, т.е. контроль за выполнением условий, мо-

бильное 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 имеют 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 говорят 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 получить крупный кредит, то тут 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. Ко-

торый 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 жизнедеятельности 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, соучастник.

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 доныне 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 гл. 9 настоящего Кодекса. К обязательствам, возникшим из договора, применяются общие положения об обязательствах (ст. 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 договорно-обязательственных отношений, в которых в качестве обеих сторон выступают предприниматели. Таким образом, в ГК РФ отражены особен-

ности предпринимательской деятельности и ее правового регулирования. А это говорит, в свою очередь, о том, что при заключении сделок, подготовке и подписании договоров необходимо в первую очередь «советоваться» с этим законом, мудро называемым некоторыми учеными-цивилистами 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. 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 определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (ст. 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 делового оборота, 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, тем не менее, тоже ответственна. Во-первых, в нравственно-этическом плане (необдуманно заключила договор, выбрала не того партнера, не учла других факторов, имеющих существенное значение). Во-вторых, и 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. По смыслу 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 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. 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»*. При наличии обстоятельств, предусмотренных в пункте указанной статьи, требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.

Акцентируется внимание на последнем (3) пункте этой нормы. Именно его очень часто используют недобросовестные контрагенты, предлагающие своим партнерам заключить договор присоединения. В гражданско-правовой науке при классификации договоров часто применяются такие понятия, как «коммутативные договоры» и «договоры алеаторные»²⁷⁴.

²⁷⁴ См., например: Джурович Р. Руководство по заключению внешнеэкономических контрактов. — М.: Российское право, 1992. — С. 59, 60.

Коммутативные договоры — это такие 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 такие договоры, при которых в момент заключения неизвестны точный 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 не известно 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 рав-

ноправия 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.

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 договор; 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 указанные 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 требова-

ниям, 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 (императивным 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. **Публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится** (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.). Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные п. 4 ст. 445 ГК РФ (заключение договора в обязательном порядке). В случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации может издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.). Условия публичного договора, не соответствующие требованиям о цене на товары или услуги

и другим условиям, установленным продавцом для других потребителей, а также не соответствующие обязательным правилам, изданным Правительством РФ, являются ничтожными.

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 искивые 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.

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 автора, могли бы служить такие пособия, как: В.А. Москвин. Подготовка и контроль финансовых договоров. — М.: Инфра-М, 2001; Л.П. Дашков и А.В. Брызгалин. Коммерческий договор: от заключения до исполнения. — М., 1998; Б.Д. Завидов и О.Б. Гусев. 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» — понятие 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 кор-

ректировку 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями»* (ст. 309 ГК РФ).

На практике после заключения договора возникает множество различных нюансов, трудностей, которые в большинстве случаев бывают вызваны объективными обстоятельствами. Но случаются факты, 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 100-процентную 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 прејскурантом, введенным в действие до заключения сторонами договора поставки.

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 по-

ставщику 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 покупателя 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. 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 договора 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 возратить 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 заимодавцем (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 (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), 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. 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 лжесделок 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. Это 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» 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.*

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 меропри-

тия 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» под спонсорством понимается осуществление юридическим или физическим лицом (спонсором) вклада (в виде предоставления имущества, результатов 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 апелляция инстанция решение отменила и в удовлетворении требования отказала. Таким образом, существенное искажение наименования организации не может считаться подлежа-

шей 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 приложения.)

Важное значение в ходе юридического сопровождения сделок имеет своевременное восприятие, реагирование на форс-мажорные обстоятельства и применение их в договорных обязательствах 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, *«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»*²⁷⁵.

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. На втором этапе 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 от-

²⁷⁵ Подготовка и контроль финансовых договоров. Практическое пособие для финансовых руководителей и главных бухгалтеров. — М.: Инфра-М, 2001. — С. 24.

каз от исполнения обязательства в случае, не предусмотренном законом или договором, и т.д.). И на третьем этапе называется шесть ошибок (опоздание с обращением в арбитражный суд; истечение сроков исковой давности и т.д.)²⁷⁶.

Обман в хозяйственной практике от обычной ошибки отличается 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.

²⁷⁶ Там же. — С. 25—28.

ГЛАВА 17

Участие адвоката в арбитражном процессе

§1. Общие положения об участии адвоката в арбитражном процессе

В соответствии с действующим арбитражным процессуальным законодательством правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности осуществляется арбитражными судами в Российской Федерации путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и другими федеральными законами, по правилам, установленным законодательством о судопроизводстве в арбитражных судах.

В современном арбитражном процессе роль судебного представителя значительно возросла. Возрастающие потребности общества в квалифицированной юридической помощи связаны с появлением в судах новых категорий сложных в юридическом отношении дел. В связи с этим велико значение участия в процессе именно адвокатов.

Законодатель обозначает достаточно серьезные задачи судопроизводства в арбитражных судах:

1) защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, а также прав и законных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц в указанной сфере;

2) обеспечение доступности правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

3) справедливое публичное судебное разбирательство в установленном законом сроком независимым и беспристрастным судом;

- 4) укрепление законности и предупреждение правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- 5) формирование уважительного отношения к закону и суду;
- 6) содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

Исходя из обозначенных задач, арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ указывает, что гражданине вправе вести свои дела в арбитражном суде лично или через представителей. Ведение дела лично не лишает гражданина права иметь представителей. Права и законные интересы недееспособных граждан защищают в арбитражном процессе их законные представители — родители, усыновители, опекуны или попечители, которые могут поручить ведение дела в арбитражном суде другому избранному ими представителю. Представителями граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и организаций могут выступать в арбитражном суде адвокаты и иные оказывающие юридическую помощь лица. Дела организаций ведут в арбитражном суде их органы, действующие в соответствии с федеральным законом, иным нормативным правовым актом или учредительными документами организаций. От имени ликвидируемой организации в суде выступает уполномоченный представитель ликвидационной комиссии.

Вопрос относительно положений ст. 59 АПК РФ неоднократно становился предметом обсуждения Конституционного Суда РФ.

Так, в частности в Постановлении от 16 июля 2004 № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 ст. 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания — Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» Конституционный

Суд РФ указал на возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей лиц, если они не относятся к числу адвокатов или лиц, состоящих в штате этих организаций.

Право иметь по делу представителя — профессионального юриста-адвоката, составляет важный элемент гражданской процессуальной дееспособности. Данная норма арбитражного процесса позволяет заинтересованному лицу избрать способ ведения своего дела в суде: вести дело лично; вести дело совместно с представителем; вести дело через представителя, не принимая участия в процессе.

Представительство, основанное на договоре, в отличие от представительства по назначению, является представительством добровольным, возникающим по воле представляемого, который определяет не только фигуру представителя, но и его полномочия.

В основе договорного представительства лежит договор поручения (ст. 971—979 ГК РФ), а в определенных случаях — агентский договор (ст. 1005—1011 ГК РФ). Таким образом, договорное представительство возникает только на основании соглашения сторон.

В договоре о судебном представительстве имеются две стороны: доверитель, т.е. лицо, являющееся стороной в деле, права и обязанности которого составляют предмет судебного разбирательства, и адвокат-поверенный, принявший на себя представительство интересов своего доверителя.

Судебное представительство возможно по всем категориям гражданских дел в суде первой инстанции, в апелляционной, кассационной, надзорной инстанциях, при пересмотре вступивших в законную силу решений и при исполнении судебных решений.

§2. Процессуальное положение адвоката в арбитражном процессе

Детальное закрепление вопросов связанных с полномочиями, придает особое значение институту представительства в арбитражном процессе.

Адвокату в арбитражном процессе предоставляется достаточно широкий объем полномочий для защиты интересов своих доверителей. Так, в соответствии со ст. 61 АПК РФ полномочия руководителей организаций, действующих от имени организаций в пределах полномочий, предусмотренных федеральным законом, иным нормативным правовым актом или учредительными документами, подтверждаются пред-

ставляемыми ими суду документами, удостоверяющими их служебное положение, а также учредительными и иными документами. Полномочия законных представителей подтверждаются представленными суду документами, удостоверяющими их статус и полномочия. Полномочия адвоката на ведение дела в арбитражном суде удостоверяются в соответствии с федеральным законом. Полномочия других представителей на ведение дела в арбитражном суде должны быть выражены в доверенности, выданной и оформленной в соответствии с федеральным законом, а в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации или федеральным законом, — в ином документе. Доверенность от имени организации должна быть подписана ее руководителем или иным уполномоченным на это ее учредительными документами лицом и скреплена печатью организации.

Адвокат, участвуя в арбитражном процессе, вправе совершать от имени представляемого им лица все процессуальные действия общего характера. К данным полномочиям относятся: право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, снимать копии; заявлять отводы; представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, представленными лицами, участвующими в деле, до начала судебного разбирательства; участвовать в исследовании доказательств; задавать вопросы другим участникам арбитражного процесса, заявлять ходатайства, делать заявления, давать объяснения арбитражному суду, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам; знакомиться с ходатайствами, заявленными другими лицами, возражать против ходатайств, доводов других лиц, участвующих в деле; знать о жалобах, поданных другими лицами, участвующими в деле, знать о принятых по данному делу судебных актах и получать копии судебных актов, принимаемых в виде отдельного документа; обжаловать судебные акты; пользоваться иными процессуальными правами.

Воспользоваться общими полномочиями адвокат имеет права без предоставления какого-либо специального документа, помимо ордера. Реализация же таких специальных полномочий, как право 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 право на подписание заявления о пересмотре судебных актов по вновь открыв-

шимся обстоятельствам, обжалование судебного акта арбитражного суда, получение присужденных денежных средств или иного имущества, должно быть специально оговорено в доверенности.

Законодатель закрепляет обязанность арбитражного суда по проверке полномочий лиц, участвующих в деле, и их представителей. Арбитражный суд решает вопрос о признании полномочий лиц, участвующих в деле, и их представителей и допуске их к участию в судебном заседании на основании исследования документов, предъявленных указанными лицами суду. Документы, подтверждающие полномочия указанных лиц, при необходимости приобщаются к делу, или сведения о них заносятся в протокол судебного заседания. В случае непредставления лицом, участвующим в деле, его представителем необходимых документов в подтверждение полномочий или представления документов, не соответствующих требованиям, установленным настоящим Кодексом и другими федеральными законами, а также в случае нарушения правил о представительстве арбитражный суд отказывает в признании полномочий соответствующего лица на участие в деле, на что указывается в протоколе судебного заседания.

§3. Участие адвоката в арбитражном процессе с участием иностранных лиц

Развитие международных рыночных отношений приводит к возрастанию случаев участия иностранных лиц в арбитражном процессе. Иностранные лица пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности наравне с российскими организациями и гражданами. Процессуальные льготы предоставляются иностранным лицам, если они предусмотрены международным договором Российской Федерации. Иностранные лица имеют право обращаться в арбитражные суды в Российской Федерации по правилам подведомственности и подсудности для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В силу действия в Российской Федерации национального режима по отношению к иностранным лицам на них распространяются полностью все правила о представительстве. Но, в отличие от российских участников арбитражного процесса, интересы иностранных лиц в арбитражном суде вправе представлять более широкий

круг лиц, включающий, помимо консулов иностранных государств, и адвокатов. Согласно Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» на территории РФ разрешена деятельность иностранных адвокатов, но с некоторыми ограничениями.

В частности, адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории Российской Федерации только по вопросам права данного иностранного государства. Адвокаты иностранных государств не допускаются к оказанию юридической помощи на территории России по вопросам, связанным с государственной тайной Российской Федерации. Также адвокаты иностранных государств, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории РФ, должны быть зарегистрированы Федеральной регистрационной службой в специальном реестре, порядок ведения которого определяется Правительством РФ. Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории РФ запрещается. В юридической литературе было высказано предложение о том, что в делах с участием иностранных лиц в качестве представителей должны выступать только адвокаты. В обоснование был положен тезис, что участие иностранных лиц в процессе имеет свои особенности, и только адвокаты могут оказать квалифицированную юридическую помощь²⁷⁷.

Данное предложение все-таки небесспорно. Введение в законодательство такой нормы нарушало бы принцип равенства всех перед законом и судом, принцип равноправия сторон, принцип предоставления иностранным лицам национального (равного) режима в сфере судебной защиты прав. К тому же это лишало бы иностранных граждан и организации возможности выбирать представителя из числа иных лиц (частнопрактикующих юристов, работников юридических фирм и др.), которую сохраняли бы за собой российские участники процесса, что, без сомнения, ставило бы иностранцев в менее выгодное положение.

Представлять интересы иностранных лиц в арбитражном процессе могут и консулы иностранных государств. Положения о консульском представительстве иностранных лиц содержатся в многосторонних и двусторонних консульских соглашениях с участием РФ. Вопросы участия адвоката в арбитражном процессе по делам с участием иностран-

²⁷⁷ Васильчикова Н.А. Производство по делам с участием иностранных лиц в российских судах: теория и практика: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук — СПб., 2003. — С. 19.

ных лиц включают проблемы надлежащего оформления и подтверждения полномочий представителя иностранного участника арбитражного процесса. Адвокат, участвуя в арбитражном процессе помимо ордера, как правило, предъявляет доверенность. В случае оформления и выдачи такой доверенности в России оценка судом соответствия ее формы и содержания требованиям российского законодательства не представляет сложности. Трудности возникают в тех случаях, когда доверенность выдается за границей, так как ее оценка должна быть осуществлена согласно нормам Гражданского кодекса РФ по праву страны, где она выдана (ст. 1209, 1217 ГК РФ).

В отличие от доверенностей, выданных на территории РФ, доверенность, выданная в иностранном государстве, должна быть надлежащим образом легализована российским консулом по месту ее выдачи либо иным образом удостоверена (например, путем проставления штампа (апостиля), если доверенность выдана в стране — участнице Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г., отменяющей требование легализации иностранных официальных документов. Легализация представляет собой подтверждение консулом РФ по месту выдачи доверенности ее соответствия законодательству страны выдачи, подлинности подписи должностных лиц на доверенности. Проставленный апостиль удостоверяет подлинность подписи, качество, в котором выступало лицо, подписавшее доверенность, и в надлежащем случае — подлинность печати или штампа, которыми скреплена доверенность. Легализация и проставление апостиля не требуются, если международным договором предусмотрена отмена или упрощение этих процедур. Так, существуют двусторонние договоры о взаимной правовой помощи России и других государств, а также Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам²⁷⁸, которыми предусмотрено, что документы, которые на территории одной из договаривающихся сторон изготовлены или засвидетельствованы учреждением или специально на то уполномоченным органом в пределах их компетенции и по установленной форме и скреплены официальной печатью, не требуют на территории другой договаривающейся стороны какого-либо удостоверения (легализации). В отношении таких документов может быть потребован только их нотариально заверенный перевод.

²⁷⁸ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1994. — № 2. — С. 101.

В настоящее время Российская Федерация является участницей подобных двусторонних договоров с такими странами, как: Индия, Польша, Иран, Латвия, Эстония, Испания, Болгария, Греция, Кипр, Китай, Куба и др.

В соответствии со ст. 55 Консульского устава СССР 1976 г. консул легализует документы и акты, составленные при участии властей консульского округа. Свидетельствование консулами документов, составленных при участии властей их консульского округа или исходящих от этих властей, означает установление подлинности подписей на этих документах и соответствия оформления документов законам страны их происхождения.

Засвидетельствованию документа российским консулом в стране пребывания предшествует удостоверение подписей на документе и, тем самым, подтверждение законности выдачи документа со стороны министерства иностранных дел страны пребывания консула или другого уполномоченного местного органа власти. Доверенность, составленная на иностранном языке, при представлении в суд РФ должна сопровождаться надлежащим образом заверенным переводом на русский язык. Все вышесказанное относительно правил оформления доверенности касается и документов, представляемых руководителями иностранных организаций, удостоверяющих их служебное положение, а также учредительных и иных документов. В этой ситуации засвидетельствование статуса лица, подписавшего документ, необходимое для установления его полномочий на подписание кассационной жалобы от имени иностранной организации, возможно только при осуществлении выполнения взаимозаменяющего апостиль требования о легализации документа, удостоверяющего подлинность подписи, качества, в котором выступило лицо, подписавшее жалобу, а также подлинность печати, которой скреплен этот документ.

Приведем пример. Иностранная компания, ссылаясь на наличие такой легализации, представила в материалы дела доверенность, в которой Генеральным консулом Исламской Республики Мавритания на Канарских островах удостоверена подпись господина Ахмеда Улд Эль Хаджи как директора Иностранной компании при осуществлении им передачи полномочий на представление интересов компании господину С. Вместе с тем само по себе заверение Генеральным консулом названного государства указанных выше данных не может быть признано судом в качестве осуществления надлежащей легализации содержащего эти данные документа. В соответствии с положениями Консульского устава СССР и Инструкции о консульской легализации по-

следняя включает в себя не только удостоверение соответствия документов в уполномоченном органе государства, на территории которого выдан документ, но и последующее обязательное засвидетельствование такого документа в расположенном в этом государстве консульском учреждении Российской Федерации. Такой же смысл в понятие легализации вкладывается нормами ст. 2 Конвенции, подразумевающими под ней процедуру удостоверения подлинности подписи должностного лица на документе, статуса этого лица и печати, скрепившей документ, используемую дипломатическими или консульскими агентами страны, на территории которой документ должен быть представлен. На основании изложенного суд указал, что выданную господином Ахмедом Улд Эль Хаджи доверенность нельзя признать легализованной на территории Российской Федерации, и с учетом того, что такая доверенность, равно как и жалоба, также не содержит заверения апостилом по правилам ст. 4 Конвенции, а представленные в материалы дела копии учредительных документов Иностранной компании каких-либо ссылок на указанное лицо не имеют, данные документы не могут быть признаны судом в качестве доказательств, подтверждающих полномочия господина Ахмеда Улд Эль Хаджи на подписание кассационной жалобы²⁷⁹.

Некоторые особенности присущи и установлению объема полномочий представителя, закрепленных в выданной иностранным лицом доверенности. Суд при проверке специальных полномочий, указанных в такой доверенности, должен не только обращаться к их перечню в АПК РФ, но и учитывать истинное содержание письменного уполномочия с учетом языковых особенностей. Важность этого подтверждается следующим примером из практики. Определением суда была возвращена кассационная жалоба на основании того, что приложенная к жалобе доверенность не содержала полномочий представителя на право подписания кассационной жалобы. Данное определение было отменено кассационной инстанцией по следующим основаниям. Оценивая доверенность, суд исходил из того, что согласно ст. 54 ГПК РФ полномочия представителя на право обжалования судебного акта должны быть специально предусмотрены в доверенности. Вместе с тем в представленной в деле доверенности, выданной английской компанией, было предусмотрено право поверенного «на подачу апелляции против судебных постановлений во

²⁷⁹ Определение Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 24 апреля 2007 г. № А42-6626/2005 // СПС «Гарант-Максимум. Практика ФАС округов. Прайм».

все обыкновенные и арбитражные суды». Употребленный в доверенности термин «апелляция» означает право на обжалование. Предоставляя поверенному право на апелляцию, представитель уполномочил поверенного на обжалование всех судебных актов, как это требуется согласно ГПК РФ²⁸⁰.

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод, что современное действующее российское законодательство содержит в себе необходимый правовой механизм обеспечения прав иностранных лиц в российском арбитражном процессе. Однако анализ научных разработок и правоприменительной практики свидетельствует о том, что не все спорные вопросы разрешены законодателем, а поэтому необходима выработка дополнительных правовых средств.

²⁸⁰ Обзор судебной практики ФАС Московского округа по рассмотрению дел с участием иностранных лиц (утв. постановлением Президиума ФАС Московского округа от 26 мая 2000 г. № 12) // Вопросы правоприменения. — 2000. — № 2. — С. 26.

ГЛАВА 18

Адвокат и юридическая служба организации. Опыт взаимодействия при оказании квалифицированной юридической помощи

История адвокатуры России за более чем 140 лет существования свидетельствует, что у этого института были и взлеты, и падения. В последние годы (годы перехода к рыночной экономике) адвокат, можно сказать, восстановил свое нормальное положение и стал значительной процессуальной фигурой не только в суде, но и в иных сферах нашей повседневной жизни. И если ранее деятельность адвоката сводилась лишь к защите клиентов по гражданским и уголовным делам, то сегодня она ассоциируется с многоплановой и многопрофильной всесторонней юридической работой в различных сферах применения. Особое место в нынешней жизни адвокатуры отводится оказанию юридических услуг возрождающемуся российскому бизнесу и частному предпринимательству, их защите от всевозможных проявлений беззакония, волюнтаризма властей или недобросовестности партнеров.

§1. Функции адвоката в организации, где имеется юридическая служба

О подобной работе адвокатов мы и попытаемся рассказать в представленном ниже материале настоящей главы. Обратиться же именно к теме взаимодействия юрслужбы предприятия с адвокатом авторов учебника побуждают неединичные примеры предубежденного отношения иных руководителей к адвокатуре: дескать, зачем приглашать адвоката и тратить дополнительные средства, если на предприятии есть свои юристы?

Для ответа на такой вопрос не обязательно иметь собственный печальный опыт. Можно обойтись и чужими ошибками. Или достижениями. Рассмотрим опыт взаимодействия юридической службы транспортной организации «Вега» с адвокатом, работающим в этой фирме

по договору об оказании возмездных юридических услуг правлению и совету директоров.

Юридическая служба (руководитель и три юрисконсульта) размещается в двух комфортабельных кабинетах, оснащенных современными компьютерами, оргтехникой, связью. За юридической службой постоянно закреплена одна служебная машина — «Шкода-Октавия», имеются хорошая библиотечка юридической литературы, обновляющиеся электронные правовые базы данных и т.д. Но что заинтересует нас больше всего, так это то, что в фирме, наряду с кабинетами юридической службы, имеется еще один — с надписью «Адвокат фирмы». А история развития этого взаимодействия такова.

Фирма эта начиналась десять лет назад с маленького кооператива из трех учредителей. Они же вместе со своими женами были и основными работниками. И все эти годы вместе с ними работал адвокат. Когда кооператив преобразовался в фирму (общество с ограниченной ответственностью), набрал вес и силу, расширил сферу своей деятельности; жизнь, ориентированная на закон и цивилизованные формы бизнеса, потребовала создания юридической службы предприятия, которая тоже начиналась с малого — с одного юриста, и лишь потом выросла до нынешних размеров.

Сегодня юристы фирмы прежде всего ведут договорно-правовую работу (готовят договоры с партнерами, осуществляют юридическое сопровождение сделок), контролируют претензионную работу подразделений, а иногда участвуют в ней сами, принимают участие в переговорах по многим вопросам деятельности фирмы, разрешают споры в досудебном порядке и т.д. На юридическую службу возложена обязанность нормативного регулирования внутренней жизни предприятия, правового контроля за всеми исходящими документами, а также приказами и распоряжениями руководства, имеющими юридический характер, участие в судебных процессах и много еще всяких обязанностей.

Казалось бы, адвокату тут делать уже нечего. Но это не так, хватает поля деятельности и для него. Предприниматели — собственники фирмы даром деньги тратить не любят, и уж если они наняли адвоката, то это ими сделано не только ради престижа и собственного авторитета.

По договору с адвокатским бюро адвокат, осуществляющий юридическое обслуживание фирмы:

представляет от имени фирмы по наиболее важным и серьезным вопросам хозяйственной деятельности предприятия во взаимоотношениях с его партнерами по бизнесу, государственными ор-

ганами, иностранными представителями и т.д. По этим вопросам совместно с юридической службой или самостоятельно осуществляет дальнейшие разработки необходимых документов и сопровождение заключенных сделок, если таковые состоятся;

дает юридические заключения (письменные или устные) по коллизийным вопросам внутренней жизни предприятия, взаимоотношениям с партнерами или государственными органами, муниципальными властями;

выступает «арбитром» по спорным вопросам, возникшим между юридической службой и руководителями структурных подразделений, членами совета директоров или правлением предприятия;

консультирует юристов фирмы и руководство предприятия по наиболее сложным юридическим вопросам (в том числе вопросам судебной практики, договорного права и т.д.);

участвует в наиболее трудных судебных процессах в арбитражных и третейских судах.

Но самое главное, личный адвокат фирмы, как и личный врач, посвящается в самые деликатные и достаточно щепетильные вопросы, касающиеся, образно говоря, здоровья предприятия, в содержание которых нет необходимости посвящать других сотрудников. На адвокате лежит обязанность участвовать в решении особо конфиденциальных задач, в существо которых он посвящен лишь с одной-единственной целью: своим опытом, знаниями, мастерством помочь выйти из создавшегося щекотливого положения с наименьшими потерями (материальными, нравственными, моральными и проч.).

Например, возникли серьезные трения между основными акционерами. Как не допустить разгорания скандала, каковы правовые пути выхода из такой ситуации, каковы последствия ее усугубления — все это предмет деятельности адвоката фирмы.

Еще один случай, когда помощь адвоката незаменима. Управление по борьбе с экономическими преступлениями, к примеру, провело проверку и возбудило уголовное дело. Юристы фирмы здесь бессильны оказать какое-либо влияние, ибо они такие же участники уголовного процесса, как и все остальные: свидетели, подозреваемые и т.д.

Только адвокат, имеющий ордер адвокатского образования (адвокатского бюро), может чем-либо помочь в этой ситуации, оказать процессуальную поддержку, не допустить произвола и беззакония. Если же произошел арест кого-либо из руководителей в качестве подозреваемого или обвиняемого, в следственный изолятор к нему может быть допущен лишь адвокат, который вправе не только встретиться

и наедине поговорить со своим подзащитным, но и впоследствии организовать профессиональную юридическую защиту.

Приведем печальный пример, описанный в печати, когда руководитель крупной охранно-сыскной юридической фирмы гражданин Д., полагаясь на свои большие связи среди сотрудников спецслужб, высокое должностное положение по прежнему месту службы и богатый юридический опыт, отказался от помощи профессионального адвоката в переговорах с бизнесменом К. по возврату крупной суммы долга, о чем его попросила команда знакомых предпринимателей, которым К. якобы задолжал.

Бизнесмен К., почувствовав уязвимость позиции Д., ход переговоров с ним записал на магнитофонную пленку, а затем заявил в правоохранительные органы о вымогательстве со стороны Д. В ходе организованной операции Д. был задержан сотрудниками милиции и ФСБ в офисе К. с поличным, а затем осужден к длительному лишению свободы с конфискацией имущества.

Такой участи Д. мог спокойно избежать, окажись он в офисе К. вместе с адвокатом фирмы, который, конечно же, подготовку к переговорам и сами переговоры с К. провел бы совершенно иначе, без признаков вымогательства и, как говорится, в иной правовой тональности.

Следует помнить, что квалификация и уровень правовых знаний у адвокатов намного выше, а диапазон их деятельности намного шире, чем у сотрудников юридических служб предприятий. По узкой специфической тематике, по которой работает предприятие, такой уровень у юриста фирмы иногда может быть и выше, но что касается широты, разносторонности познаний, практического опыта, особенно судебного, то тут ни о каком сравнении юрисконсульта с адвокатом не может быть и речи.

А поэтому есть еще одна причина, по которой тот или иной руководитель приглашает к себе адвоката. Эта причина связана с необходимостью его участия в досудебном или судебном споре по очень сложным арбитражным, гражданско-правовым, налоговым или иным подобным спорам, а также по так называемым хозяйственным уголовным делам. Здесь узкой специализации юристов предприятия оказывается недостаточно, и только адвокат или даже группа адвокатов способна разрядить обстановку.

Правда, есть и адвокаты, имеющие узкую специализацию (например, только по уголовным делам, по семейным спорам, по автотранспортным происшествиям и т.д.). Но в настоящем материале речь идет об адвокатах-хозяйственниках, специалистах по широкому

спектру экономического законодательства, в каких бы отраслях права оно ни проявлялось (уголовном, гражданском, арбитражном и проч.).

Именно к помощи таких адвокатов прибегают многие предприниматели, стремящиеся найти в их лице надежного помощника в защите своего бизнеса, компетентного юриста и доверенного человека, которому можно, не опасаясь подвоха, подкупа конкурентом, шантажа, доверить тонкости своего дела, а иногда и сугубо личные тайны.

Но существуют организации, где, к сожалению, нет не только юридической службы, но и грамотного юриста. Об одной из подобных компаний, доведенной прежними руководителями «до ручки», когда произошла очередная смена собственников, описывалось в научной литературе. Там же освещался практический вопрос поднятия адвокатом вместе с новым правлением и советом директоров буквально из завалов бездействующей юридической службы и налаживания правовой работы.

Это тоже одна из форм участия адвоката: образно говоря, это оказание услуг по восстановлению экономической жизни предприятия.

§2. Участие адвоката в становлении юридической службы и экономики предприятия

Попробуем подробно описать действия приглашенного на предприятие адвоката, где за год порою сменялось по два-три директора, где длительное время не действовало ни одного структурного подразделения и где дирекция зарабатывала себе на жизнь лишь тем, что сдавала производственные помещения в аренду коммерческим структурам. Все сотрудники же находились в вынужденных отпусках.

Нормальную работу предприятия теперь необходимо было начинать не с экспериментов и нововведений, а именно традиционным и проверенным методом, ориентированным на четкую регламентацию производственного процесса и обязанностей работников, а также на их строгую ответственность.

После заключения соответствующего договора с юридической консультацией о правовом обслуживании в подобных экстремальных или близких к ним условиях адвокату фирмы порой приходится на некоторое время даже полностью перебираться «на работу» в саму фирму.

Изучив деловую, финансовую документацию, бухгалтерские балансы, штатное расписание, претензионные дела и прочие документы, на основе полученных сведений адвокат представляет руководству де-

тально разработанную и экономически обоснованную программу становления правовой работы на предприятии. Если обстановка требует реальных действий и оперативности, медлить нельзя. Так, в одном из описанных случаев с первых же дней возобновления деятельности фирмы адвокату приходилось ежедневно (если не ежечасно) решать множество текущих правовых задач — начиная от трудовых споров (на предприятии работало более пятисот человек) и заканчивая обилием претензий кредиторов по долгам, массой заключаемых договоров, отношений с подрядчиками по ряду объектов «незавершенки».

Одному адвокату такая работа была не под силу, да это и не свойственно для адвокатской деятельности по обслуживанию предприятия. А поэтому в целях повышения значимости правовой работы и юридического контроля за всеми процессами административной и хозяйственной деятельности на предприятии по предложению адвоката одним из первых структурных подразделений после проведенной реорганизации в срочном порядке был создан юридический отдел предприятия (юридическая служба).

Однако из-за отсутствия необходимых средств на приличную заработную плату для юрисконсультов (3 человека) на работу были приглашены лишь одна выпускница коммерческого юридического вуза (бакалавр) да два студента-пятикурсника, а на должность начальника отдела — пожилой пенсионер с опытом подобной работы на предприятии в период 1970-х гг. Принятые на работу юристы, как можно догадаться, отличались только одним: похвальной неприязнательностью да достаточно скромными финансовыми потребностями.

Но в свою очередь и предприятие не могло ожидать от них высококого КПД. На таком уровне «взаимной удовлетворенности сторон» практически все могло остановиться. Юрслужба просто числилась бы на бумаге, а на деле — никакого толку.

Из этой ситуации нашелся выход. По разработанному адвокатом и утвержденному руководством положению на юридическую службу было возложено лишь «чисто юридическое»: участие в подготовке правовых актов предприятия и нормативное обеспечение основных видов хозяйственной деятельности; правовой контроль за законностью и экономической целесообразностью заключаемых гражданско-правовых сделок (проверка договоров на соответствие закону, визирование документов и т.д.); юридическая защита интересов предприятия во взаимоотношениях с другими субъектами хозяйственных отношений; консультационное обеспечение администрации предприятия по юридическим вопросам и некоторая другая только правовая деятельность.

Ведь не секрет, что в иных структурах юристы бывают загружены порою абсолютно далекой от правовой деятельности работой, что со временем становится нормой, затягивает специалиста в такую рутину, из которой если когда-либо и выбираются, то уже дисквалифицированными и ни к чему не пригодными. Бывает и такое: юристу предприятия поручают как бы и юридическую работу, однако такая работа по всем параметрам должна вестись не им, а другим специалистом фирмы.

Нередко приходилось встречать юристов в роли швцов, жнецов и на дуде играющих. Делается это от непонимания руководителями предприятия истинного предназначения юриста, от недооценки его роли в производственном процессе и от нечеткого распределения пограничных функций между структурными подразделениями и специалистами. А последнее существует там, где отсутствуют четкие квалификационные характеристики должностей служащих администрации, где нет закрепления некоторых функций за структурными подразделениями.

Образовавшиеся «функциональные бреши», как правило, затыкают самым грамотным специалистом предприятия, коим всегда является юрист. Вот он, бедный, и крутится, если не как загнанная лошадь, то уж как белка в колесе. Значительная трудозатратность и энергоемкость такой деятельности оказываются совершенно бесполезными, поскольку юрист, будучи высококлассным профессионалом, из-за непроизводительной загруженности отвлечен от более серьезной работы, где требуется его интеллектуальный потенциал, опыт и познания. Это совершенно ненормальное и недопустимое положение. И чтобы его не создавать, руководитель, конечно, с помощью того же самого юриста, должен четко обозначить, кто чем должен на предприятии заниматься.

Если это, например, отдел кадров, то вся кадровая работа, начиная от разработки правовых документов и заканчивая увольнениями работников, разрешением трудовых конфликтов, в том числе в суде, — это его функция. Если это коммерческий отдел, то вся работа по подготовке и заключению договоров, совершению сделок, урегулированию претензий и т.д. должна осуществляться им. Конечно, с такими задачами справятся лишь профессионалы своего дела. А поэтому руководству и нужно принимать на работу профессионалов не только в юридическую службу, но и в другие подразделения.

Задача же юриста при этом не подменять неподготовленных специалистов предприятия, а обеспечить юридический контроль за законностью, если необходимо, оказать профессиональную помощь в отработке юридического документа, проконсультировать исполнителя по правовой стороне совершения сделки или иного действия, завизи-

ровать документ, т.е. подтвердить его законность и целесообразность для данного предприятия.

Рекомендация эта общая. На каждом же предприятии с учетом местных особенностей должны иметься в обязательном порядке такие согласованные документы, которые бы четко разграничивали смежные функции подразделений или специалистов, определяли их функциональные обязанности и не допускали бы подмены или переплетения этих обязанностей друг с другом.

Именно в этом направлении деятельная помощь адвоката может оказаться наиболее полезной, и все, что им будет здесь сделано, пригодится на многие годы вперед.

Но создать юрслужбу, определить «предмет ее деятельности» и распределить обязанности, пусть даже и «чисто юридические», — это еще половина дела, если не вообще малая его часть. Необходимо было на ходу отладить рабочий механизм этого подразделения, включить юристов в ускоряющийся деловой ритм предприятия, организовать их нормальную синхронную работу.

Адвокату пришлось самому и организовывать их работу, и учить тайнам и сложностям юридической хозяйственной практики. Много приходилось также воевать с любителями переложить все, что только можно, на плечи юристов. Особенно это касалось членов правления, совета директоров, бухгалтерии, руководителей структурных подразделений. Тут применялись и непререкаемый авторитет адвоката, и деликатные указания на дверь, и личная жесткость, и сила приказа руководства предприятия, подготовленного адвокатом.

В такой обстановке прочной защиты и опеки старшего товарища за очень короткий срок сотрудники юрслужбы ознакомились со структурой предприятия, характером хозяйственных связей, делопроизводством, договорами с партнерами, изучили балансы и иную отчетность за прошлые периоды, учредительные документы, горы претензионной переписки, списки дебиторов и кредиторов, исковые производства в арбитражных и народных судах, материалы о недостатках и убытках, о причиненном работниками предприятия ущербе, и многие другие аспекты деятельности. После всего этого был составлен объемный план работы юрслужбы по «разгребанию завалов» с разделением на месяц, на три месяца и на полгода и установлением строгой ответственности каждого юриста.

При этом в число первоочередных мероприятий были включены: разработка проектов приказов об организации правовой и договорно-претензионной работы в подразделениях, о переработке положений

о структурных подразделениях и служебных (функциональных) обязанностях штатных сотрудников; проведение ревизии договорной и административной деятельности прежнего руководства, претензионной работы; составление справки о дебиторской и кредиторской задолженности и состоянии взаиморасчетов с партнерами, погашения задолженности по заработной плате перед собственными работниками и по налогам и сборам перед государством и негосударственными фондами; разработка новых образцов хозяйственных договоров, трудовых контрактов с различными категориями работников, в том числе с руководителями; анализ состояния работы по удовлетворению требований по исполнительным листам и ряд других мероприятий.

По наиболее острым вопросам жизни предприятия адвокатом лично были разработаны методические пособия, рекомендации и положения, определяющие способы их решения с учетом существующей специфики и нового законодательства, а также обязанности в этом должностных лиц подразделений (пособие по работе с материально ответственными лицами, пособие по таможенному оформлению грузов и т.д.).

Важное значение имело то, что впервые за всю историю данного предприятия на руководителей управлений, отделов других структурных подразделений были возложены обязанности по юридическому самообразованию в рамках своей должности и применению законов и подзаконных актов, в том числе внутренних, в части, касающейся сферы деятельности возглавляемых ими структур (на главного бухгалтера — налогового законодательства, законодательства о бухгалтерском учете и отчетности; на начальника отдела кадров — трудового законодательства и т.д.). Такие меры за короткий срок позволили практически полностью заменить бездействующие кадры руководителей, привыкших только командовать, не выходя из кабинета и ничего не делая реально, на тех, кто отвечал квалификационным требованиям и был способен к грамотной творческой работе, соотносимой с требованиями российского и локального законодательства.

Бессистемная, хаотичная работа, которой характеризовался производственный процесс предприятия ранее, постепенно приобрела организованный характер. И юридическая служба, фактически руководимая адвокатом, сыграла в этом свою, можно сказать, направляющую роль.

Помимо названных выше документов, в короткие сроки на предприятии были разработаны и другие положения, инструкции, регламенты, которые определили круг полномочий, обязанностей, ответ-

ственности конкретных производственных звеньев, подразделений, должностных лиц и работников.

Например, с вакханалией постоянного вмешательства в производство акционеров, имеющих крупные пакеты акций, и членов совета директоров было покончено изданием положения о совете директоров и регламента общего собрания акционеров, а также серьезным обсуждением этих документов, принятием их на общем собрании.

Обязанности и режим работы правления были регламентированы в положении о правлении. Бессистемная распродажа собственных акций работниками предприятия приведена в цивилизованное русло путем издания положения о реестре акционеров и создания службы реестра предприятия (ранее этим почему-то занимался юротдел предприятия, а когда юристы поувольнялись, то реестр просто не велся).

С учетом самых животрепещущих проблем были разработаны и приняты положения о материальной ответственности работников за ущерб, причиненный предприятию, о порядке проведения служебных расследований, о порядке документооборота и ведения делопроизводства на предприятии и в структурных подразделениях, о договорной и претензионной работе, о контрольной комиссии. Составлен ряд других документов, направленных на четкую организацию работы, предупреждение неисполнительности, неясности в реализации управленческих функций должностными лицами и усиление контроля за выполнением внутренних приказов, распоряжений и нормативных актов.

Одновременно на местах руководители структурных подразделений разрабатывали функциональные обязанности отделов, управлений, служб и конкретных работников (все проекты этих документов детально выверялись юристами, и в них вносились существенные поправки, касающиеся конкретизации обязанностей, прав и ответственности). Также были разработаны и приняты положение по технике безопасности и ряд других специфических документов (инструкции, правила, другие регламентации).

Отдел кадров, например, совместно с профсоюзным комитетом разработал правила внутреннего трудового распорядка, типовые договоры с работниками, положение о комиссии по трудовым спорам, квалификационные требования и характеристики должностей служащих и административного персонала; инспектор по технике безопасности переработал и привел в соответствие с законодательством положение о расследовании несчастных случаев на производстве (до этого на заводе действовала инструкция... 1963 г.). Были разработаны ряд поло-

жений о премировании, об использовании дачного фонда предприятия, инструкции о порядке личного досмотра работников на КПП предприятия и другие документы.

Важное значение имела организация контроля исполнения, качества работы, дисциплины. Как указано выше, с этой целью на предприятии создана профессиональная контрольная комиссия (по образцу ранее действовавшей на заводе группы народного контроля).

К слову сказать, деятельность этой комиссии проявилась невиданными за последние десять лет существования предприятия успехами по экономии материальных и денежных средств, рациональному использованию ресурсов, контролю за законностью в структурных подразделениях.

Разумеется, все эти методы вспомогательные, производные от нормальной и четкой экономической программы подъема производства, наличия финансовых ресурсов и необходимых профессиональных кадров. Эти задачи лежали на плечах нового руководства предприятия, и оно с честью с ними справилось.

Роль же адвоката состояла в том, что он помог администрации предприятия разобраться с многочисленными организационно-правовыми проблемами, наметил реальные пути их решения и лично включился в реализацию собственных предложений. Несомненно, при полной поддержке и содействии руководства, совета директоров и общего собрания акционеров.

Наряду с изложенными выше задачами, адвокат с первых же шагов своей работы помог руководству разобраться с многочисленными фирмами, учрежденными предприятием в предыдущие годы, куда в качестве взносов в уставные капиталы были перечислены громадные денежные средства, внесены недвижимость, другие ценности.

Сложность заключалась в том, что учета таких фирм не велось. Хотя многие из них находились прямо на территории предприятия, никто об их деятельности ничего не знал. По предложению адвоката для этой цели была назначена ревизия, привлечена контрольная комиссия, юридические тонкости для которой пришлось распутывать также и адвокату. По результатам работы ко многим дочерним фирмам и совместным предприятиям заявлены претензии и иски, практически во всех, кто еще существовал, назначены аудиторские проверки, а в бухгалтерии основного предприятия восстановлен учет по финансовым взаимоотношениям с этими фирмами.

Аналогичным образом была организована и ревизия по отношениям с арендаторами и некоторыми другими постоянными партнерами

предприятия, от которых оно давно уже не имело никаких доходов и денежных поступлений.

Работа только по этим направлениям дала предприятию такой доход, который позволил полностью рассчитаться по заработной плате с рабочими и административным персоналом за полгода, оплатить большую часть налогов и обязательных платежей, отремонтировать помещения администрации, закупить оргтехнику.

Со временем юрслужба предприятия приобрела вполне заслуженный профессиональный авторитет. Юристы стали более основательно анализировать правовые проблемы хозяйственных процессов, расширилось взаимодействие с экономическим управлением, бухгалтерией, специалистами по направлениям деятельности предприятия. На основе такого взаимодействия появились первые аналитические служебные и докладные записки руководству с предложениями о минимизации производственных рисков, зависящих от правовых решений руководства. Сначала на основе собственных анализов их готовил адвокат, потом по его опыту — юридическая служба. Например, сыграли свою положительную роль служебные записки «Об анализе потерь, связанных с недостатками служебных расследований недостач, порчи имущества предприятия и пропуском сроков для привлечения виновных лиц к ответственности», «Об экономических потерях, связанных с низким уровнем претензионной работы в структурных подразделениях предприятия» и другие документы, адресованные дирекции предприятия.

Некоторые документы юрслужбой адресовались общему собранию учредителей или совету директоров (в соответствии с компетенцией органа управления и характером документа). Например, к общему собранию акционеров был подготовлен пакет принципиальных аналитических документов (заклучений юрслужбы), показывающих низкую эффективность заключенных по требованию некоторых членов совета директоров коммерческих соглашений, учредительства ряда дочерних фирм, привлечения посреднических организаций для сбыта продукции (вместо создания собственного отдела сбыта) и ряд других.

Нередко юридические службы предприятия, находясь в прямой зависимости от администрации, вынуждены проводить правовую политику принятых ею неверных, а иногда и явно незаконных решений. С первых же дней существования юридической службы адвокат на собственном примере показывал пагубность такой политики.

Если руководством принималось или лишь предполагалось принятие какого-либо незаконного решения (наиболее часто это касалось трудового законодательства или одностороннего разрыва договорных отношений с партнерами), адвокатом готовилась обстоятельная докладная записка, в которой излагались допущенные или предполагаемые нарушения закона, возможные последствия, а также собственные предложения, соответствующие закону. Со временем такие нелицеприятные для начальства документы стали готовить и юристы предприятия.

Может возникнуть резонный вопрос, что делать юристу фирмы, если он окажется вынужденным представлять интересы предприятия в суде при рассмотрении дела, возникшего из явно неправомерного приказа руководства. Ответ здесь только один: уж лучше оказаться не лояльным к руководству, чем показать свою профессиональную и моральную несостоятельность перед коллегами-юристами, ответчиком, да и другими лицами. Конечно же, юрист в этом случае должен или признать иск, или отказаться от участия в деле.

Таким образом, адвокат исподволь одновременно «обучал закону» руководство предприятия и принципиальности подчиненную ему (руководству) юридическую службу. Важным моментом в этом достаточно шепетильном деле был возраст и авторитет адвоката, его жизненная мудрость и гражданская позиция. С учетом именно этих качеств ряд серьезных приказов руководства, изданных минуя юрслужбу, с грубыми нарушениями закона, после соответствующих докладных записок адвоката был отменен, несколько документов, которые юристы отказались завизировать, генеральным директором не были подписаны, а по заключениям, составленным адвокатом на имя общего собрания акционеров, приняты предложенные им, а не отдельными членами совета директоров и правления решения.

Как только предприятие более или менее успешно заработало и у него появились первые доходы, а затем и некоторая прибыль, по предложению адвоката часть этой прибыли была использована на техническую поддержку прежде всего юридической службы: повышена заработная плата, юрслужбу перевели в два отдельных кабинета, которые хорошо отремонтировали, обставили современной мебелью, телефонизировали отдельными номерами, факсом, обеспечили юридической литературой, подписками на периодические издания (две газеты и три правовых журнала), компьютеризировали трудовой процесс каждого юриста, выделили принтер, ксероксный аппарат, обеспечили двумя электронными правовыми базами данных (Консуль-

тантПлюс и Гарант), решили вопрос с возмещением амортизационных расходов за использование юристами собственных автомобилей в служебных целях и расходов на приобретение GSM.

Кроме того, был решен вопрос премирования юристов, участвующих в арбитражных процессах, за выигрыш дела (до 0,2% от суммы выигрыша), а также предусмотрено премирование за успехи в работе, связанной с выполнением ответственных заданий, урегулированием споров в досудебном порядке, предупреждением необоснованных крупных денежных расходов.

Решен также вопрос добровольного медицинского страхования сотрудников юридической службы за счет предприятия, оплаты путевок на отдых или лечение, используемых во время отпуска, и выделения по две бесплатных путевки в месяц на выходные дни на загородный дачный комплекс предприятия. Одной юристке предприятие оплатило также дальнейшую учебу в юридическом вузе для получения ею квалификации магистра права. Указанные выше меры позволили закрепить на работе толковых молодых специалистов, несмотря на незначительные должностные оклады, предусмотренные штатным расписанием.

Помимо названных выше мер, адвокат добился, чтобы юрслужба переподчинили от первого заместителя руководителя непосредственно генеральному директору, чтобы, минуя руководителя, никто из членов правления, совета директоров или руководителей управлений и других структурных подразделений «не командовал» юристами и не отвлекал их через директора на выполнение несвойственных для юрслужбы задач.

Юрслужба была полностью освобождена от уборки помещений, отправки почтовых корреспонденций, поездок нарочными по заданиям дирекции, подготовки документов неправового характера (писем, открыток, заявок, различных справок, препроводительных записок и т.д.).

Освобождена она также была и от урегулирования всевозможных конфликтов неправового характера, участия в собраниях, заседаниях чисто технического и производственного характера, проведения служебных расследований, участия в различных комиссиях, инвентаризациях, проверках, где не требуется помощь юриста, в проведении детективных и сыскных мероприятий, от секретарских обязанностей (печатания документов, учета входящих, исходящих документов, документов строгой отчетности, ведения делопроизводства), разбора писем и заявлений работников и граждан, приема посетителей, курьерских обязанностей, не относящихся к сфере деятельно-

сти юрисконсульта и выходящих за рамки прямых функциональных обязанностей юриста.

Такие ограничения в использовании администрацией юристов предприятия также способствовали созданию нормальных условий работы юридической службы, предупреждению конфликтов на этой почве. Немаловажное значение имело и то, что администрация обязывалась перед юрслужбой организовывать учебу юристов предприятия (по два раза в год для каждого на 2-3-дневных платных семинарах по вопросам практики применения гражданского законодательства в хозяйственных правоотношениях). Кроме того, каждому юристу давалось освобождение от работы (по одному рабочему дню в месяц) для самостоятельной юридической подготовки в библиотеках, дома или путем посещения судебных процессов (по отдельному плану, утвержденному руководителем юрслужбы).

ГЛАВА 19

Участие адвоката во внесудебных способах защиты. Принципы организации переговоров по хозяйственным (экономическим) спорам с участием адвоката²⁸¹

Эпоха рыночных отношений коренным образом изменила стиль и характер деятельности различных адвокатских формирований. Многие адвокаты сегодня активно участвуют в серьезных хозяйственных и экономических процессах, представляют и защищают интересы малого и крупного бизнеса, осуществляют юридическое обслуживание фирм и правовое сопровождение многочисленных гражданско-правовых, в том числе внешнеэкономических, сделок. Очень важные функции адвокаты выполняют в организации договорной работы на предприятиях различных форм собственности, особенно при подготовке и заключении коммерческих договоров, проведении переговоров, защите предпринимателей в различных экономических спорах.

Однако понимание важности указанного выше направления адвокатской деятельности не у всех, даже у адвокатов, одинаковое. Особенно следует отметить недопонимание роли и значения в работе адвоката альтернативных способов разрешения споров (хозяйственных, финансовых, экономических, бытовых и проч.). Между тем это направление является не менее важным, чем умение адвоката отстаивать интересы своих доверителей в суде. Особенно важно уметь использовать альтернативные способы разрешения споров в гражданско-правовых отношениях.

Если обратиться к статистике, то, по данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ (см.: Концепция информатизации судов общей юрисдикции и системы судебного департамента. Одобрена Советом судей РФ 29 октября 1999 г.), получится такая картина:

²⁸¹ См. также: Адвокат. Навыки профессионального мастерства / под ред. Л.А. Воскобитовой, И.Н. Лукьяновой, Л.П. Михайловой. — М.: Волтерс Клувер. 2006. — p.V. С. 358—408.

В Российской Федерации один судья приходится на 9,5 тыс. человек;

во Франции — на 6 тыс.;

в Германии — на 4 тыс.;

в Англии — на 3 тыс.

Отсюда напрашивается вывод, что обращение в суд за разрешением спора повлечет значительную задержку по времени, что подтверждается каждодневной практикой хозяйственной жизни многих субъектов предпринимательства и граждан, оказавшихся вынужденными защищать свои интересы или оспаривать неправомерные решения других. А потому важное значение приобретает умение разрешать споры, не прибегая к суду и судебным процедурам. В юридической литературе довольно часто пишется о том, как защищают своих клиентов американские адвокаты, всячески стараясь не доводить хозяйственные (корпоративные) конфликты до суда. Такая практика свойственна американскому правозаступничеству и заметно отличает его от характера адвокатской деятельности в ряде других стран. По этому вопросу еще Авраам Линкольн давал мудрый совет: *«Избегайте судиться. Убедите вашего соперника прийти к компромиссу. Обратите его внимание на то, что номинальная победа в суде — это часто реальное поражение в расходах и трате времени»*²⁸².

К альтернативным способам разрешения споров относятся:

третейское разбирательство;

переговоры спорящих сторон;

переговоры спорящих сторон с привлечением нейтральной стороны (адвоката, посреднической юридической фирмы и т.д.);

независимая юридическая (техническая, медицинская, психологическая, экономико-правовая и пр.) экспертиза по установлению фактических обстоятельств по спорному вопросу;

частная судебная система;

в уголовном конфликте между сторонами в последнее время внедряются способы и программы восстановительного правосудия, т.е. примирение жертвы и правонарушителя (см. ст. 76, 90, 91 УК РФ).

В настоящей главе будет рассмотрен лишь вопрос о роли и организации переговоров как одного из альтернативных способов разрешения споров.

²⁸² Цит по: Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. — Воронеж, 1999. — С. 7.

Что же такое переговоры? Существует множество определений этого понятия. К.Н. Сергеев считает переговоры процессом поиска истины между людьми через согласование их интересов²⁸³.

Предлагаемый ниже материал основан на достаточно богатой юридической практике многих адвокатов, где, вопреки расхожему мнению о том, что адвокат наиболее эффективно может заступиться за фирму лишь в суде, мы попытаемся показать, как можно реально защитить того или иного бизнесмена или коммерческую структуру, не прибегая к затяжным судебным разбирательствам.

Нередко при заключении хозяйственных договоров в разделе «Разрешение споров» стороны прибегают к такой формулировке предполагаемого условия: *«Споры по предмету договора разрешаются путем переговоров, а при недостижении согласия — в арбитражном суде...»*. В последующем при возникновении разногласий представители сторон действительно часто и безрезультатно встречаются, обсуждают спорные вопросы, а когда ни к чему не приходят, в конечном итоге обращаются в судебную инстанцию. При этом на рассмотрение дела в суде расходуются значительные денежные средства (оплата государственной пошлины, а порой и услуг экспертов, адвокатов и всевозможные другие непредвиденные расходы).

Между тем договорное условие о возможности урегулирования спора путем переговоров несет в себе достаточно эффективный заряд, и при умелом применении этого условия создается менее затратный механизм достижения согласия, происходит экономия времени, вырабатываются оптимальные пути разрешения конфликтной ситуации.

Приведем такой показательный пример. Фирма «Постоялый Двор» (гостиница) потребовала от арендатора служебных помещений — фирмы «Скиф» оплатить ей 250 млн руб. (в неденоминированных ценах) за аренду офиса и охрану помещений службами арендодателя. Фирма «Скиф» отказалась от оплаты, ссылаясь на то, что при заключении договора вся необходимая сумма за год вперед была внесена в виде сто процентной предоплаты и вручена наличными заместителю директора гостиницы, подписавшему договор аренды, о чем имелась его собственноручная расписка в получении денег.

Арендодатель направил иск в арбитражный суд. Однако арбитражный суд, руководствуясь п. 6 ст. 108 АПК РФ (прежняя редакция), возвратил исковое заявление истцу, поскольку к направленным материалам не были представлены документы, подтверждающие со-

²⁸³ См.: Профессиональные навыки юриста. Опыт практического обучения. — М.: АНХ при Правительстве РФ, Дело, 2001. — С. 299.

блюдение досудебного порядка урегулирования спора с ответчиком, как это предусмотрено федеральным законом для данной категории споров или договором. В договоре же между гостиницей и арендатором указывалось, что «все споры подлежат разрешению переговорным путем».

Изучение данной ситуации показывало, что позиции арендатора — фирмы «Скиф» были крайне шаткими; при существовавших на тот момент документах, а точнее при отсутствии таковых, он в любом случае оказывался не прав.

Дело в том, что, во-первых, он не должен был заключать договор с лицом, не уполномоченным уставом гостиницы или доверенностью ее руководителя (т.е. с заместителем директора). Во-вторых, расчеты между юридическими лицами в таких суммах должны были производиться в безналичной форме, а не наличными, как это сделала фирма «Скиф». И, в-третьих, арендатор должен был оплачивать денежные средства по договору не физическому лицу, а организации — гостинице.

Арендодатель, устранив указанный арбитражным судом недостаток (формально или по существу), при вторичном обращении в арбитражный суд, несомненно, выиграл бы этот спор, как говорится, на все сто процентов.

Однако дело пошло по другому руслу. Приглашенный фирмой «Скиф» адвокат так организовал переговорный процесс между сторонами, что не потребовалось ни дополнительных оплат гостинице, ни обращения в суд. В результате проведенных переговоров был составлен соответствующий протокол, в котором констатировалось, что заключенный между гостиницей и фирмой «Скиф» договор одобрен руководством арендодателя, а выплаченная арендатором сумма наличными деньгами была получена сотрудником фирмы-арендодателя в виде займа от своей организации.

При этом фирма «Скиф» действовала так по письму прежнего руководства гостиницы в порядке исключения и в связи с острой необходимостью. Подобная запись в протоколе была сделана не потому, чтобы «замять» спор, а потому, что отраженные в этой записи события на самом деле имели место, но в свое время прежним руководством и бухгалтерией гостиницы не были надлежащим образом оформлены, а новое руководство этого не знало.

Наличие такого протокола говорило об отсутствии какой-либо вины со стороны фирмы «Скиф» и, более того, исключало в последующем обращение гостиницы в суд по этому же вопросу. К слову сказать, данный протокол оказался полезным и гостинице в ее споре с

бывшим руководством организации о невозврате займа, который в конечном итоге был возвращен.

Из описанного примера можно сделать несколько важных практических выводов.

1. Переговорный процесс действительно является очень эффективной формой внесудебного разрешения споров.

2. Проводимые между конфликтующими сторонами переговоры должны быть надлежащим образом подготовлены (на достаточном правовом, экономическом и организационном уровнях).

3. Проведение переговоров должно сопровождаться совершенным исключением эмоционального фона, паритетностью сторон и конкретной деловой направленностью в рамках существующих договорных отношений.

4. Ход переговоров и его результаты в обязательном порядке должны быть отражены в соответствующем протоколе, который подписывается всеми участниками мероприятия или уполномоченными представителями в двух экземплярах, если в переговорах участвует две стороны (по одному каждой стороне). Необходимо иметь в виду, что протокол переговоров является документом, имеющим существенное правовое значение, а поэтому он должен быть как по форме, так и по содержанию юридически выверенным и грамотным, полным, конкретным, последовательным и в формулировках не допускающим какого-либо двойного толкования.

5. Для подготовки, участия в переговорах и составления протокола желательно приглашение юриста из адвокатской коллегии, который специализируется на подобного рода деятельности. В любом случае затраты на такое приглашение будут несравнимы с теми потерями, которые сторона может понести, если дело окажется в суде, будет затянато или приобретет характер перманентного скандала.

Конечно, не всякий переговорный процесс может закончиться результатом, выгодным для обеих сторон. Не всякие переговоры могут закончиться мирным подписанием протокола. Возможен просто демонстративный уход одной стороны с переговоров или внесение таких поправок к протоколу, которые полностью нивелируют написанное первоначально. Возможны и многие другие варианты развития ситуации.

Однако важно помнить, что в любом случае переговорный процесс должен предшествовать судебному разбирательству. Не только положительный, но и отрицательный результат — тоже результат: четко определяются позиции сторон, предмет, пределы и границы спора, доказательственные аргументы и пр. И от того, как будут подготовлены и

проведены переговоры, какими аргументами будут оперировать стороны, как будет составлен протокол переговоров, во многом будет зависеть и исход дальнейшего судебного разбирательства. Если, конечно, таковое состоится. Бывает, даже при «плохом» результате переговоров сторона — инициатор спора в суд не идет.

В этом плане показателен и такой пример.

Американская компания «Marinetrade International INK» заключила с Центром морского страхования российской страховой компании АСКО договор страхования двух противолодочных кораблей (БПК) «Строгий» и «Стеревающий», купленных ею у Тихоокеанского флота России для разделки на металлолом. В пути следования этих кораблей к месту разрезки в Индию через Южно-Китайское море БПК «Стеревающий» попал в шторм и затонул.

Получив телеграмму об аварии, американская компания через международную адвокатскую фирму «Юринфлот» обратилась в страховую компанию с требованием оплатить страховку. Однако последняя высказала ряд претензий по поводу представленных заявителем документов и в свою очередь обратилась в Межреспубликанскую коллегия адвокатов (российская адвокатская коллегия) с просьбой об оказании юридической помощи при разрешении возникшего спора. Проведенные с участием адвоката переговоры показали абсолютную полярность мнений сторон по спорному вопросу и явные намерения представителей американской компании получить деньги, а страховой компании — не платить их.

Сложности в это дело добавляло то, что согласно договору страхования БПК осуществлялось на условиях, предусмотренных так называемыми Ллойдовскими правилами (Оговоркой Института Лондонских страховщиков о страховании КАСКО — 1983 г.), которых в страховой компании... не оказалось. Кроме того, отсутствовали объективные данные о самом шторме, а также сообщения страховщику обо всех известных страхователю обстоятельствах, имеющих значение для оценки страхового риска и изменениях с объектом страхования. Имелись и другие сложности.

В этих условиях вместо проведения очередных бесполезных и бесплодных переговоров адвокат решил очень глубоко разобраться с нормативной базой и практикой международного страхования, получить консультации у многочисленных специалистов, в том числе по морскому праву, страхованию, изучить специальную литературу, разобраться со всеми тонкостями регламентирования морского судходства и пр.

Когда все это было сделано, адвокат сообщил руководству страховой компании, что ее позиция правомерна и риска быть оштрафованной судом за нарушение договорных обязательств нет.

Однако самое трудное заключалось в том, что полученную информацию о морской аварии с судном предстояло объективно оценить с точки зрения законов и правил, действующих в различных областях деятельности и отраслях права, и изложить это в каком-либо итоговом документе, который явился бы юридическим основанием к отказу от выплаты страхового возмещения. Сделать это можно было только на основании глубокого экспертного исследования спорного вопроса и изложения результатов этого исследования в правовом (юридическом) заключении.

Такое заключение с помощью адвоката, достаточно глубоко изучившего ситуацию, сделал приглашенный в частном порядке кандидат юридических наук, старший научный сотрудник одного из правовых научно-исследовательских институтов РФ — специалист по очень широкому спектру научной и практической деятельности Ш. Экспертным исследованием представленных ему документов было установлено отсутствие у страховой компании каких-либо обязательств по уплате американской фирме страхового возмещения.

Одновременно эксперт констатировал непредставление в дело некоторых документов, которые должны обязательно присутствовать при организации морского страхования и производстве расчетов по страховым выплатам (о правах судовладельца на затонувший корабль, о реальной стоимости кораблей, об анализе степени и оценки риска, договора буксировки и ряда других). Этих документов, несмотря на запросы страховщика, страхователь представить так и не смог.

С таким профессиональным и авторитетным заключением очередные (и последние) переговоры со страхователем оказались самыми плодотворными. Ознакомившись с ним, ни юристы «Юринфлота», ни сама американская компания в лице ее российского представителя в последующем уже не принимали никаких попыток к необоснованным требованиям от страховщика денежных средств, в том числе и не обращались с этой целью в судебные инстанции. Для страховой компании спор был выигран на стадии переговоров.

Таким образом, можно сделать еще один немаловажный вывод по исследуемой теме: проводя переговоры, стороны должны оперировать неопровержимыми доказательствами и бесспорными юридическими аргументами, подтверждающими их позицию. У кого таких аргументов будет больше, тот и окажется в более выигрышном положении.

Для подтверждения позиций на переговорах могут служить всевозможные вспомогательные, технические материалы (справки-расчеты, аналитические таблицы, схемы, бухгалтерские балансы и т.д. и т.п.). Однако лучше всего, если вся эта техническая (финансовая, хозяйственная, экономическая) информация оценивается с точки зрения действующего законодательства, желательно в форме юридического (правового) заключения.

Ведь конфликт-то в конечном итоге правовой, а не, к примеру, научный. Участвующий в таком исследовании юрист (адвокат) или иной приглашенный специалист (как в описанном выше случае) дает заключение по вопросам права, он опирается на реально существующие отношения и юридические нормы в преломлении к своему представлению о предмете спора, своим профессиональным качествам, опыту и знаниям. Его заключение — это, конечно, не более чем мнение специалиста. Однако если такое мнение оформлено на достаточно солидном, убедительном и аргументированном уровне, оно способно предпринять спор в пользу того, кто этим мнением воспользовался.

Многие практикующие адвокаты именно таким образом помогли своим клиентам в сотнях и тысячах сложнейших хозяйственных споров и ситуаций доказать свою правоту и выйти победителями, минуя судебную процедуру разбирательства. Каждое из таких дел достойно отдельного описания. И настоящий материал, где говорится лишь о принципах и формах переговорного процесса по хозяйственным спорам, основан на положительных примерах участия в этом адвокатов, использования в переговорном процессе подготовленных ими самими или другими приглашенными специалистами надлежащих юридических заключений по предмету спора.

И еще необходимо обратить внимание на такой немаловажный аспект, относящийся к описываемой проблеме, как законность переговоров.

Дело в том, что не всякие отношения сторон при разрешении спорных вопросов основаны на письменных договорах или иных правоустанавливающих документах.

Нередко на сторону кредитора в тех или иных хозяйственных или чисто финансовых сделках, где вторая сторона бывает должна, например, крупную сумму денег, становятся или друзья руководителей предприятий, или знакомые, чаще всего отставные и действующие сотрудники правоохранительных органов, а то и криминальные элементы. При этом такое «участие» зачастую не оформляется каким-либо юридически значимым документом, а проводимые переговоры с должни-

ком не только не носят конструктивного характера, но и вообще граничат с угрозами, перенасыщены эмоциями и действиями, мягко говоря, непарламентского характера.

Такие «переговоры» нередко подпадают под признаки преступления, предусмотренного ст. 163 УК РФ (вымогательство), и участвующие в них лица, в том числе и те, кто направляет подобных «послов», несут уголовную ответственность.

В 1999 г. в средствах массовой информации описывалось уголовное дело в отношении отставного полковника, бывшего заместителя начальника академии Федеральной службы безопасности России П. Этот солидный и серьезный человек, кстати, юрист по образованию, по просьбе своего бывшего начальника генерал-лейтенанта ФСБ Титаренко пытался получить у фирмы, возглавляемой известным в кругах, связанных с продажей за рубеж российского авиационного оружия, бизнесменом М., три миллиона долларов США, которые якобы та (фирма) задолжала генералу и его «команде».

Характерно, что ни отношения М. с Титаренко, ни отношения Титаренко с П. не были надлежащим образом оформлены в виде письменных договоров или иных документов. Более того, генерал Титаренко, проявив малодушие, вообще заявил правоохранительным органам об отсутствии долга и каких-либо поручений П.

Поэтому М., понимая в связи с такой ситуацией свое преимущественное положение, не без помощи уже действующих, а не отставных сотрудников правоохранительных органов и собственных адвокатов так «организовал» переговоры с П., что последний фактически сам «сконструировал» себе состав преступления. (В ходе переговоров он допустил в отношении М. угрозы, в том числе распространение сведений, позорящих бизнесмена в глазах его партнеров, а также грозил привлечением того к уголовной ответственности с помощью сотрудников военной прокуратуры.) Ход переговоров с П. М. записал на аудиопленку, а затем вместе с собственным заявлением предъявил в качестве доказательства в МВД России.

П. был арестован и обвинен в вымогательстве в целях получения имущества потерпевшего в крупном размере (п. «б» ч. 3 ст. 163 УК РФ). В последующем он был осужден к четырем годам лишения свободы. Генерал Титаренко умер в ходе следствия.

Ситуация, в которой оказался П., типичная для нашего времени. Подобных «переговоров» ныне проводится бесчисленное множество, создавая бескрайний фронт работы для всевозможных оперативных служб, следственных органов и судов.

Между тем избежать подобной участи и П., и другим таким же «дипломатам» можно было очень просто. Ведь в конечном итоге речь шла и идет о реально существующих сделках, которые по известным причинам нигде не отражаются, и реально существующих долгах, которые «выбываются» различными способами. Важно только умело и грамотно оформить в таких случаях свои полномочия и результаты переговорного процесса. И тогда тайные аудио- или видеозаписи окажутся просто-напросто ненужными игрушками.

А еще лучше, если к переговорному процессу о возврате долга или исполнении иного обязательства подключить официально нанятого опытного адвоката, который не позволит, чтобы его «подловили» на неосторожно брошенных фразах или иных действиях во взаимоотношениях с должником.

Характерен и пример участия адвоката в качестве представителя интересов гражданки Д. в переговорном процессе с риэлторской фирмой, которая пообещав ей через месяц трехкомнатную квартиру в строящемся престижном доме, своих обязательств не выполнила и денег в сумме 76 тыс. долларов США, взятых ею у Д., не вернула.

Сложность процесса заключалась в том, что Д. при подписании договора, как говорится, проявила самонадеянность и не обратила внимания на очень многие тонкости, которые исключали ответственность фирмы. Более того, корешок приходного ордера об оплате Д. денег за будущее жилье вообще оказался подписанным и заверенным печатью другой организации, да к тому же сумма обозначалась в рублях, которые к моменту рассмотрения спора уже сильно «подешевели». Этому Д. в свое время не придавала особого значения, поскольку оплачивала покупку в том же помещении, где располагалась фирма (в здании одного из отделений Сбербанка Москвы), полностью доверяла руководителю фирмы, к которому она попала «по знакомству», и не предполагала каких-либо споров с ним в перспективе.

Указанные обстоятельства препятствовали обращению в суд (отсутствовали доказательства получения денег фирмой). Полиция же не бралась за это дело в силу существовавших между сторонами гражданско-правовых отношений. Зато за дело взялся адвокат, и положительные результаты не заставили себя ждать.

Во многом этому способствовали умело составленные протоколы переговоров, подписанные сторонами. В них адвокатом был использован известный криминалистам тактический прием под названием «психологическая ловушка». В данном случае адвокат несущественным деталям в протоколе и восхвалению фирмы уделил главное вни-

мание, а юридически значимые факты: констатация сделки, долга, обмана (конечно же, не руководством фирмы, что было обозначено специально для притупления бдительности), ответственности оказались умышленно затушеванными и спрятанными в обилии фраз так называемой сложной конструкции.

Юридически не подкованный руководитель фирмы и такой же руководитель службы экономической безопасности, подписывавшие протоколы, на это не обратили внимания. А когда такие протоколы с печатями фирмы оказались в руках Д., это дало ей и ее адвокату возможность на очередных переговорах быть уже не просителями, а разговаривать с «позиции силы». Теперь уже не страшно было использовать и угрозы распространения информации о недобросовестных действиях фирмы, и заявления о возможном обращении в правоохранительные органы, суд и даже к «знакомым мальчикам».

А когда же фирма, используя принцип «лучший способ защиты — это нападение», попыталась с помощью милиции выбить адвоката «из седла» и привлечь его к ответственности за шантаж, для чего предъявила в подтверждение этому магнитофонные записи переговоров «с позиции силы», то указанные выше протоколы как раз и послужили основанием, исключаящим какую-либо вину в вымогательстве и шантаже. Лишь после этого фирма, хотя и частями, но все же полностью рассчиталась с Д., побоявшись собственного отчета перед судом, прокурором и своими партнерами по бизнесу.

Таким образом, только благодаря хорошо организованному переговорному процессу, казалось бы, совершенно проигрышное дело было выиграно у достаточно профессионально организованной полумошеннической фирмы, действовавшей под прикрытием солидных государственных структур.

И, заканчивая, вновь необходимо обратиться к договорным формулировкам о порядке разрешения споров.

Указанная в начале главы типовая форма и подобные ей не редки в хозяйственных договорах и даже в международных внешнеэкономических контрактах. Между тем, не оспаривая их законности и права на существование, учитывая собственный опыт подготовки и юридического сопровождения договоров, хотелось бы порекомендовать бизнесменам серьезнее относиться к конструированию не только арбитражной оговорки, но и той части соглашений, где речь идет о переговорах.

Необходимо помнить, что абсолютных гарантий безоблачных отношений в хозяйственной деятельности не существует. И если не

конфликты, то разногласия по тем или иным вопросам даже между очень близкими партнерами возникают довольно часто.

В этих случаях обращение в суд (даже третейский) — довольно затратное и трудоемкое средство. А возможность переговорного процесса, которая декларируется в договоре, должна быть достаточно полно регламентирована, чтобы оказаться не формальной, а надежной альтернативой судебному разбирательству.

В этом плане можно порекомендовать испытанные уже многими адвокатами на практике следующие формулировки в заключаемых договорах.

«Разрешение споров (1-й вариант):

Споры и разногласия, которые могут возникнуть из данного договора или в связи с ним, стороны будут разрешать по обоюдному согласию. При этом предусматривается следующий порядок урегулирования спорных ситуаций или возникающих разногласий:

При наличии оснований сторона, чьи интересы, по ее мнению, нарушены или требуют дополнительного урегулирования, в ___-дневный срок после обнаружения недостатка направляет другой стороне претензию или письмо с указанием недостатка (нарушения), подтверждающих доказательств и собственных предложений по урегулированию спора.

Сторона, получившая претензию или письмо, обязана в ___-дневный срок рассмотреть ее (его) и принять соответствующее решение об удовлетворении или неудовлетворении предложений другой стороны.

Если удовлетворение в полном объеме предложений направившей их стороны невозможно, сторона, получившая претензию или письмо, назначает двусторонние переговоры, проводимые во взаимно согласованные сроки, по результатам которых в обязательном порядке обеими сторонами подписывается протокол. Согласование сроков и места проведения переговоров проводится по телефону, факсу, телеграфу или иным путем по формуле «оферта-акцепт» с подтверждением полученных сообщений.

Решения, принятые на переговорах и запротоколированные сторонами, если они основаны на взаимном согласии, являются окончательными и подлежат исполнению сторонами так же, как и сам договор.

Если в принятом на переговорах решении какое-либо из договорных условий подлежит изменению или исключению, таковое исполняется в новой редакции или не исполняется вообще со дня подписания протокола переговоров.

Сторона, не получившая в течение ___ банковских дней после отправления претензии или письма предложения другой стороны о пе-

реговорах, в том же порядке вправе сама назначить переговоры с другой стороной, а когда и на это предложение не поступит ответа от другой стороны, а также в случае взаимной несогласованности в сроках, месте проведения и предмете переговоров, в ___-дневный срок после последнего обращения (оферты) вправе заявить иск в арбитражный суд по месту _____».

«Разрешение споров» (2-й вариант): 1. Все споры и разногласия, которые могут возникнуть из данного договора или в связи с ним, стороны будут разрешать согласно договоренности в порядке, предусмотренном отдельным (дополнительным) соглашением «О Регламенте разрешения споров и разногласий». (Примечание: В указанном Регламенте стороны могут предусмотреть вышеназванный порядок, см. 1-й вариант.)

2. В случае необходимости немедленного реагирования на ситуацию, стороны используют упрощенный порядок разрешения споров и разногласий, предусмотренный Регламентом об упрощенном порядке разрешения споров, который принимается вместе с общим Регламентом разрешения споров или отдельным дополнительным соглашением сторон».

Конечно, всякие договоренности всегда сугубо индивидуальны (т.е. рассчитаны для конкретной сделки), поэтому претендовать на универсальность предложенные рекомендации не вправе. Важно лишь, чтобы условия о переговорах и их более или менее полная конкретизация были предусмотрены в договоре, если стороны намереваются избежать затяжных судебных процедур и еще более затяжного исполнительного производства и хотят пользоваться выработанными по взаимному согласию общими принципами урегулирования спорных вопросов внесудебными способами.

Помочь же и в составлении конкретного договора применительно к той или иной сделке, и в проведении переговоров, и вообще в разрешении спорной ситуации всегда может приглашенный фирмой адвокат — специалист по хозяйственному и договорному законодательству.

ГЛАВА 20

Основы составления адвокатом юридических документов

§1. Общие правила составления и оформления адвокатом юридических документов

Действующие требования предусматривают целый ряд документов, которые могут быть составлены адвокатом как в процессе оказания им юридической помощи при производстве по уголовному делу, так и в ходе его участия в других видах адвокатской деятельности. В настоящей главе более подробно остановимся на процессуальных документах по уголовным делам, как наиболее точных и судьбоносных для процессуального положения клиентов адвоката. Прежде всего это ходатайства, жалобы, заявления, замечания, возражения и другие. Кроме того, адвокат при реализации предоставленных ему уголовно-процессуальным законом прав может составлять и другие документы, например, адвокатские запросы, протоколы опроса лиц с их согласия, мировые соглашения и др.

Составление и оформление различных как по назначению, так и по содержанию процессуальных документов осуществляется по некоторым общим требованиям (правилам), определенным законом и выработанным практикой. Эти требования касаются оформления и содержания различных документов. УПК РФ, как правило, устанавливает основные атрибуты процессуальных документов и обозначает элементы их содержания.

К некоторым составляемым адвокатом документам УПК РФ предъявляет формальные требования: к ходатайству об исключении доказательства (ст. 235 УПК РФ), апелляционной жалобе (ст. 363 УПК РФ), кассационной жалобе (ст. 375 УПК РФ) и др. К другим закон таких требований не предъявляет. Однако процессуальный документ, составленный с существенным нарушением требований закона относительно его содержания и формы, лишается юридической силы.

Так, несоблюдение процессуальной формы апелляционной жалобы, предусмотренной ст. 363 УПК РФ, является основанием для ее возвращения судьей с установлением срока для пересоставления.

Без наличия в жалобе на действия (бездействие) и решения должностных лиц и органов в суд определенных данных, по мнению Верховного Суда Российской Федерации, изложенному в Постановлении Пленума от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», суд лишен будет возможности определить, подлежит ли жалоба рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ, подготовиться к ее рассмотрению, истребовать необходимые документы и пригласить в судебное заседание заинтересованных лиц.

Неубедительность, а иногда и голословность ходатайств защитника влечет отказ должностных лиц в их удовлетворении.

Важным видится в связи с этим осмысление неразрывного единства формы и содержания юридического документа, составляемого адвокатом.

Говоря о содержании юридического документа, следует выделить правила, обеспечивающие их правовую культуру. Культура процессуального документа выражается в его общей и юридической грамотности. Элементарное требование к любому юристу — безупречное владение языком судопроизводства, умение грамотно излагать факты, аргументы, решения, если последние входят в его компетенцию. Юрист, который в своих письменных документах демонстрирует неумение грамотно формулировать то или иное положение, подрывает свою репутацию²⁸⁴.

Юридическая грамотность документа — это его соответствие материальному и процессуальному праву, современным научным представлениям о содержании и толковании тех или иных институтов и норм права.

Культура процессуальных документов включает культурный язык и стиль изложения в них фактов и решений, составляющих суть документов. Процессуальные документы должны быть логичными, ясными, непротиворечивыми. Языковая культура документа предполагает такое его изложение, которое исключает бюрократические обороты речи, канцеляризм, словесные штампы разного рода.

Процессуальные документы должны составляться разборчиво, аккуратно, с правильным расположением текста. Рукописные докумен-

²⁸⁴ См.: Кобликов А. С. Юридическая этика. — М., 2000.

ты должны быть написаны разборчивым почерком. Адвокату желательно чаще прибегать к машинописному изготовлению процессуальных документов, что повышает культуру ведения производства по делу. Однако это возможно не всегда. Например, замечания на протокол следственного действия приходится изготавливать рукописно.

Правила, обеспечивающие правовую культуру документов, касаются также правильного с юридической точки зрения употребления в документах различных терминов. Не всегда верно употребляются при составлении документов такие чисто юридические термины, как «задержание», «арест», «обыск», «осмотр» и др. Каждый из них означает строго определенное законом уголовно-процессуальное действие. Употребление этих терминов должно соответствовать юридическому характеру именно тех процессуальных действий, которые фиксируются (указываются) в документах. Следует признать ущербными с точки зрения правовой культуры документы, в которых употребляются такие выражения, как «карманные кражи», «умышленное убийство» и т.п.

Требования информационной культуры документов предполагают, что документ должен быть предельно кратким и информационно емким, т. е. при минимуме текста содержать максимум информации. Для такого стиля характерен прямой порядок слов в предложениях. Не рекомендуется построение фраз с применением большого числа сложноподчиненных предложений. Длинные сложные предложения заменяются несколькими простыми.

В документах нельзя употреблять термины и выражения, допускающие двусмысленное толкование информации. При составлении юридического документа следует избегать эмоциональных отступлений, соблюдать корректность выражений, недопустимы выражения оскорбительного характера. Надо помнить, что сила критики заключается не в грубости выражений, а в убедительности доводов.

§2. Особенности составления и оформления отдельных видов процессуальных документов, составляемых адвокатом

2.1. Составление жалобы на действия (бездействие) и решения должностных лиц и органов, осуществляющих уголовное преследование, в суд в порядке ст. 125 УПК РФ

УПК РФ не предусмотрены требования, предъявляемые к содержанию жалобы, поданной в порядке ст. 125 УПК РФ. Тем не менее с

учетом положений Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» в жалобе обязательно должны быть указаны:

- 1) наименование суда, в который подается жалоба; данные о заявителе, его место жительства, сведения о защитнике или представителе;
- 2) какие и какого должностного лица действия (бездействие) или решения обжалуются;
- 3) какие права нарушены обжалуемым действием или решением; просьба заявителя, адресованная к суду.

В противном случае суд лишен будет возможности определить, подлежит ли жалоба рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ, подготовиться к ее рассмотрению, истребовать необходимые документы и пригласить в судебное заседание заинтересованных лиц.

Отсутствие указания на то, каким образом обжалуемое действие или решение способно нарушить их конституционные права или затруднить доступ к правосудию, недостаточная конкретизация того, какие конкретно действия и решения обжалуются, не может само по себе являться безусловным основанием для отказа в приеме жалобы.

В тех случаях, когда жалоба не содержит необходимых сведений, что препятствует ее рассмотрению (например, отсутствуют сведения о том, какие действия или решения обжалованы, жалоба не подписана заявителем, полномочия защитника или представителя заявителя не подтверждаются соответствующими документами), жалоба подлежит возвращению заявителю для устранения недостатков с указанием в постановлении причин принятия решения и разъяснением права вновь обратиться в суд. В таких случаях, по смыслу ст. 125 УПК РФ, срок рассмотрения жалобы — 5 суток исчисляется с момента поступления жалобы в суд после устранения препятствий к ее рассмотрению.

2.2. Составление адвокатом апелляционных и кассационных жалоб

Перед непосредственным составлением апелляционной или кассационной жалобы нужно выяснить, возможно ли обжалование данного решения в апелляционном, кассационном порядке, не пропущен ли срок на обжалование.

Далее необходимо изучить содержание решения суда. При этом следует обратить внимание на соблюдение процессуального закона (формальные реквизиты решения, состав суда, подписи в решении и протоколе, промежуточных определениях и т.п.). После чего нужно озна-

комиться с протоколом судебного заседания и при наличии для этого оснований подать на него замечания. Затем надлежит приступить к проверке соответствия решения тем материалам, которые имеются в деле. Каждый вывод суда следует сопоставить с имеющимися в деле доказательствами и сделать заметки, какими материалами дела (указав их листы) опровергается тот или иной вывод суда. После чего необходимо проанализировать и подобрать нормы материального права, постановления Пленумов Верховного Суда РФ, регулирующие данные правоотношения, изучить судебную практику по подобным делам. В результате такого анализа появляется возможность продумать все нарушения, допущенные судом, взвесить их материально-правовое и процессуальное значение, оценить и отобрать те из них, которые пригодны для формулирования доводов жалобы.

Форма и содержание апелляционной и кассационной жалоб определены законом (ст. 363 и 375 УПК РФ), и к ним предъявляются практически одинаковые требования. Жалоба подается в письменном виде, процедуры подачи жалобы в устном виде действующим законодательством не предусмотрено.

Жалоба должна содержать:

наименование суда апелляционной (кассационной) инстанции, в который подаются жалоба или представление;

данные о лице, подавшем жалобу или представление, с указанием его процессуального положения, места жительства или местонахождения;

указание на приговор или иное судебное решение и наименование суда, его постановившего или вынесшего;

доводы лица, подавшего жалобу или представление, и доказательства, обосновывающие его требования;

перечень прилагаемых к жалобе или представлению материалов;

подпись лица, подавшего жалобу или представление.

Единственное различие, предусмотренное законом, заключается в том, что апелляционная жалоба должна содержать доказательства, обосновывающие требования автора жалобы, а кассационная — указание оснований для отмены или изменения судебного решения, предусмотренных ст. 379 УПК РФ. Это различие обусловлено спецификой апелляционного и кассационного рассмотрения уголовных дел. Для апелляционного рассмотрения наиболее важным является круг доказательств, подлежащих исследованию, а для кассационного — проверка законности, обоснованности и справедливости судебного решения, не подлежит ли оно отмене по указанному основанию.

Необходимость соблюдения требований, предъявляемых к содержанию жалоб, вызвана тем обстоятельством, что пределы судебного разбирательства в судах апелляционной и кассационной инстанций во многом ограничиваются рамками этих жалоб.

Выполнить требования, которые предъявляются законом к жалобе, не составляет труда, поскольку практически все формальные жалобы, которые должны быть в них изложены, указаны в копиях обжалуемых судебных решений, которые вручаются сторонам.

В то же время не все указанные в законе элементы жалобы должны содержать в обязательном порядке. Однако при отсутствии в жалобе таких элементов, которые могут воспрепятствовать рассмотрению уголовного дела, судья возвращает их для пересоставления актов и назначает соответствующий срок для устранения недостатков.

Если требования судьи не выполнены и пересоставленные жалобы в установленный срок судье не поступили, они считаются не поданными, и при отсутствии жалоб от других участников процесса дело в суд кассационной инстанции не направляется, а приговор считается вступившим в законную силу. Постановление судьи об отказе в приеме жалобы и о ее возврате должно быть мотивированным и может быть само по себе обжаловано.

Таким образом, можно выделить следующую структуру апелляционной, кассационной жалобы. Она состоит из следующих частей:

вводной;

описательной, содержащей указание на решение суда, которое обжалуется;

мотивировочной, содержащей доводы заявителя жалобы, а также основания, по которым решение суда следует считать неправильным; резолютивной (просительной), в которой выражено требование лица, подающего жалобу;

перечня прилагаемых к жалобе доказательств;

подписи лица, подавшего жалобу.

В вводной части жалобы указывается наименование суда, в который адресуется жалоба; наименование лица, подающего жалобу, его процессуальный статус, место жительства или местонахождения. Ниже располагается название документа — кассационная или апелляционная жалоба.

Содержательную часть жалобы целесообразно начинать с указания сути резолютивной части решения, а затем последовательно излагать те вопросы, которые будут подвергнуты критике в жалобе. Предпочтительно в одном разделе сосредоточить ссылки на все нарушения

процессуальных норм, допущенные судом при рассмотрении дела, а в другом — писать о неполноте выяснения обстоятельств дела, о недоказанности обстоятельств, имеющих значение для дела, о несоответствии выводов суда обстоятельствам дела.

Так как в соответствии со ст. 360 УПК РФ суд, рассматривающий в апелляционном или кассационном порядке, проверяет законность, обоснованность, справедливость приговора или иного судебного решения, то их отсутствие и надлежит обжаловать.

Все доводы жалобы следует подвести под основание (основания), указанные в ст. 369 или 379 УПК РФ, по которым суд апелляционной (кассационной) инстанции будет иметь возможность отменить приговор суда.

Указание на те материально-правовые или процессуально-правовые нарушения, которые являются основаниями отмены или изменения приговора в апелляционном или кассационном порядке:

несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой или апелляционной инстанции;

нарушение уголовно-процессуального закона;

неправильное применение уголовного закона;

несправедливость приговора, —

является наиболее значимым звеном в составлении апелляционной или кассационной жалобы.

Основная деятельность адвоката при подготовке кассационной жалобы должна строиться на установлении вышеуказанных обстоятельств и их фактически и юридически аргументированном отражении в тексте жалобы.

В содержании основного текста жалобы адвокату следует указывать не свою позицию по делу, касающуюся недоказанности обвинения, а привести обоснованную критику приговора суда с опровержением его выводов.

Исчерпав все доводы и аргументы о неправильности судебного решения, можно приступить к составлению резолютивного, просительного раздела кассационной жалобы. Требование должно быть безальтернативным, должна четко прослеживаться прямая зависимость от полномочий суда апелляционной, кассационной инстанции. В конце жалоба подписывается подающим ее лицом. К апелляционной, кассационной жалобе следует приложить копию обжалуемого судебного акта. Кассационные жалоба и приложенные к ней письменные доказательства подаются в суд с копиями, число которых должно соответствовать числу лиц, участвующих в деле.

Адвокату следует учитывать, что до начала судебного заседания в суде апелляционной или кассационной инстанции он имеет возможность изменить жалобу либо дополнить ее новыми доводами. Дополнительная жалоба и ее доводы должны расцениваться судом апелляционной и кассационной инстанции как составные части, в том случае если она расширяет содержание основной жалобы, либо как отказ от ряда положений основной жалобы, о чем следует обязательно указать в дополнении.

Наряду с возможностью обжалования судебных актов, не вступивших в законную силу, адвокатом может использоваться и такой эффективный механизм защиты интересов своего доверителя, как возможность обжалования вступивших в законную силу приговора, определения, постановления суда.

В соответствии со ст. 402 УПК РФ подозреваемый, обвиняемый, осужденный, оправданный, их защитники или законные представители вправе ходатайствовать о пересмотре вступивших в законную силу приговора, определения, постановления суда.

По своему содержанию и предназначению пересмотр вступивших в законную силу судебных решений и новое рассмотрение дела — дополнительный способ обеспечения правосудности приговоров, который, имея резервное значение, используется, когда неприменимы или исчерпаны все другие средства процессуально-правовой защиты.

В случае, если суд кассационной инстанции не соглашается с доводами стороны, обжаловавшей приговор, и оставляет приговор без изменения, заинтересованное лицо не лишается возможности дальнейшего обжалования приговора в надзорную инстанцию. Пересмотр законности и обоснованности судебных решений в порядке надзора есть не что иное, как возможность исправления судебных ошибок.

После вынесения решения судом кассационной инстанции в случаях, когда судебные решения не отменяются или изменяются, они вступают в законную силу, и лишь после этого приговоры (постановления, определения), могут быть обжалованы в порядке надзора. Это обстоятельство, а также пределы прав надзорной инстанции являются особенностями данной стадии уголовного процесса. Срок принесения жалобы в порядке надзора не ограничен.

Адвокат подает надзорную жалобу лишь с согласия своего подзащитного или лиц, по поручению которых он ведет дело.

Одновременно с подачей жалобы адвокат может заявить ходатайство о допуске его к участию в разбирательстве дела в суде надзорной инстанции для осуществления обязанностей защитника и представ-

ления интересов обвиняемого (ч. 2 ст. 407 УПК РФ) — и это видится весьма целесообразным, исходя из сложности ведения дела в суде надзорной инстанции.

В соответствии со ст. 404 УПК РФ надзорные жалоба или представление, составленные в соответствии с требованиями, предъявляемыми к кассационной жалобе (ст. 375 УПК РФ), и с учетом положений закона о недопустимости поворота к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора (ст. 405 УПК РФ), направляются непосредственно в суд надзорной инстанции, правомочный пересматривать обжалуемое судебное решение.

Общие требования, предъявляемые к жалобе в порядке надзора те же, что и к кассационной. Изложенные выше обстоятельства обуславливают следующие дополнительные требования, которым должна соответствовать надзорная жалоба:

при составлении надзорной жалобы адвокату следует внимательно изучить более широкий, чем при кассационном обжаловании, круг документов;

необходимо полностью изложить суть дела;

в жалобе следует полностью привести резолютивную часть обжалуемого приговора;

при составлении жалобы адвокату следует учитывать, что он подвергает критике не только приговор суда первой инстанции, но и судебные акты вышестоящих судов;

основания для отмены судебного решения в порядке надзора по возможности должны соответствовать тем основаниям, которые адвокат указывал в кассационной жалобе;

надзорная жалоба должна содержать просьбу, основанную на ч. 1 ст. 408 УПК РФ;

к жалобе, помимо копий судебных документов, могут быть приобщены имеющие значение для дела документы.

К надзорной жалобе в обязательном порядке адвокат должен приложить:

1) копию приговора или иного судебного решения, которые обжалуются;

2) копию приговора или определения суда апелляционной инстанции, определения суда кассационной инстанции, постановления суда надзорной инстанции, если они выносились по данному уголовному делу;

3) в необходимых случаях копии иных процессуальных документов, подтверждающих, по мнению заявителя, доводы, изложенные в надзорных жалобе или представлении.

Адвокат также должен представить в суд надзорной инстанции ордер на оказание юридической помощи соответствующему лицу, а также справку о месте отбывания наказания лица, в отношении которого подается надзорная жалоба.

По результатам изучения надзорной жалобы судья выносит одно из следующих постановлений:

- 1) об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления;
- 2) о возбуждении надзорного производства и передаче надзорных жалобы или представления на рассмотрение суда надзорной инстанции вместе с уголовным делом, если оно было истребовано.

Адвокату следует учитывать, что в соответствии со ст. 412 УПК РФ внесение повторных надзорных жалоб или представлений в суд надзорной инстанции, ранее оставивший их без удовлетворения, не допускается, а надзорные жалоба или представление на приговор, определение или постановление суда, вынесенные после отмены предыдущих решений в кассационном порядке или в порядке надзора, могут быть внесены в порядке, установленном УПК РФ, независимо от мотивов, по которым были отменены первоначальные приговор, определение или постановление суда. Это означает, что в случае продолжения процедуры обжалования приговора в надзорном порядке адвокату следует подавать жалобу в вышестоящий, по сравнению с первым, суд.

2.3. Составление ходатайств

Какой-либо общей формы составления ходатайства не существует, поэтому оно составляется в произвольной форме применительно к конкретной ситуации. Рекомендуется следующая структура ходатайства. Вводная часть с указанием должности, звания, фамилии, имени, отчества должностного лица (наименование органа), которому адресуется ходатайство. Далее указывается процессуальное положение, фамилия, имя, отчество заявителя, адрес его места жительства или его местонахождения.

Далее идет наименование процессуального документа — ходатайство. Содержательная часть ходатайства начинается с указания обстоятельства дела, которые необходимо доказать или разъяснить. После чего излагается суть ходатайства и высказывается просьба стороны суду. Например, приобщить документы к материалам дела, которые доказывают те или иные обстоятельства, либо назначить почерковедческую экспертизу для установления подлинности подписи на документе и т.п. В конце, при наличии, указывается перечень доку-

ментов, прилагаемых к ходатайству. Ходатайство подписывается лицом, его подавшим, с указанием даты.

§3. Оформление адвокатом результатов опроса лица с его согласия

Следует заметить, что, закрепив право адвоката проводить опрос лица с его согласия, законодатель не урегулировал ни порядок его проведения, ни фиксацию результатов.

Существует два основных подхода к вопросу о фиксации результатов опроса. Первый — составление специального акта (протокола опроса лица с его согласия, акта опроса лица с его согласия²⁸⁵). Другой вариант закрепления результатов опроса — более предпочтительный — изложение содержания беседы в ходатайстве с указанием лица, подлежащего вызову для его допроса следователем²⁸⁶. В любом случае, чтобы полученная защитником в результате опроса информация стала доказательством по уголовному делу, он должен заявить соответствующее ходатайство, и оно должно быть удовлетворено лицом (органом), ведущим производство по делу. Это может быть ходатайство о приобщении протокола опроса лица с его согласия к материалам уголовного дела или о допросе опрошенного с его согласия адвокатом лица в качестве свидетеля.

Второй вариант более предпочтителен, так как даже в случае отказа в удовлетворении ходатайства оно в соответствии со ст. 120 УПК РФ подлежит приобщению к материалам уголовного дела, а поскольку сведения, полученные при опросе, будут являться приложением к ходатайству, то они подлежат приобщению к тем же материалам уголовного дела.

Н.П. Кузнецова указывает, что целесообразно рассматривать результаты опроса как составную часть ходатайства о вызове лица в суд для его допроса. Результаты опроса в таком случае, по ее мнению, помогут суду в принятии правильного решения по заявленному ходатайству, но не будут дополнять материалы дела неполноценным с точки зрения принципа публичности доказательством. Вышестоящим судам будет проще оценить законность принятия решения суда по за-

²⁸⁵ См.: Рагулин А.В. Адвокат в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие / под общ. ред. И.Л. Шерстневой. — Ростов-н/Д, 2007. — С. 164.

²⁸⁶ См.: Кузнецов Н., Дадонов С. Право защитника собирать доказательства: сущность и пределы // Российская юстиция. — 2002. — № 8. — С. 32.

явленному ходатайству, особенно в случае его отклонения²⁸⁷. Адвокат В.В. Паршуткин рекомендует подобное оформление результатов опроса для преодоления противодействия следователя вовлечению информации, имеющей доказательственное значение, полученной защитником в результате опроса: «...избегайте ходатайств о приложении к материалам дела протоколов опроса. Можете не сомневаться — Вам в этом откажут. ...Протокол опроса целесообразно прилагать к письменным ходатайствам о допросе в судебном заседании (во время предварительного расследования) того или иного свидетеля. Но они должны быть лишь приложением к этим ходатайствам»²⁸⁸.

Следует заметить, что в отсутствие нормативного регулирования процедуры опроса лица с его согласия и фиксации его результатов адвокатское сообщество разработало 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», одобренные Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации (протокол от 22 апреля 2004 г. № 5)²⁸⁹. В соответствии с этими рекомендациями, ход и результаты опроса предлагается фиксировать в специальном документе, назвав его, например, «Протокол опроса лица с его согласия». В документе должны найти отражение следующие данные: сведения об адвокате, проводившем опрос, с указанием адвокатского образования, адвокатской палаты субъекта РФ, в которых значится этот адвокат; его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого он выполняет поручение по данному делу; фамилия, имя, отчество, дата и место рождения опрашиваемого лица, его место жительства, место работы, должность, домашний и рабочий телефоны, сведения о документах, удостоверяющих его личность, отношение к обвиняемому и потерпевшему; отметка о согласии на опрос. Протокол опроса лица с его согласия должен соответствовать требованиям, предъявляемым к протоколу допроса свидетеля (ст. 189—191 УПК РФ).

В соответствии с этими же рекомендациями опрос может быть оформлен в виде ответов на конкретные вопросы либо в форме свободного рассказа с постановкой уточняющих вопросов в его конце.

²⁸⁷ См.: Кириллова Н.П. Участие адвоката-защитника в процессе доказывания // Юридический мир. — 2008. — № 6.

²⁸⁸ Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России / под ред. Г.М. Резника и Е.Ю. Львовой. — М., 2003.

²⁸⁹ 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» // Адвокатская палата. — 2004. — № 6.

Адвокат должен разъяснить опрашиваемому положение ч. 3 ст. 86 УПК РФ и соответствующие положения Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», которые дают ему право проводить опрос. Вместе с тем он не должен объявлять или разъяснять опрашиваемому нормы закона, относящиеся к даче показаний свидетелем в процессуальном порядке, в частности, статьи Уголовного кодекса РФ об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний²⁹⁰. Однако ему следует предупредить опрашиваемого о возможности вызова к следователю, дознавателю или в суд, где он должен будет подтвердить факты, изложенные адвокату. Защитнику необходимо разъяснить лицу, давшему согласие на опрос, что впоследствии при допросе его в качестве свидетеля он будет предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний по ст. 307 и 308 УК РФ.

Адвокат может осуществить фиксацию информации при помощи технических средств, но только при согласии на это опрашиваемого лица, причем получить это согласие, представляется, необходимо в письменном виде.

Таким образом, результаты опроса должны быть изложены письменно, в свободной форме защитником, а лучше — самим опрашиваемым лицом. Составляемый в результате опроса документ должен содержать:

необходимые данные об опрашиваемом (фамилию, имя, отчество, дату рождения, место жительства, ссылку на документ, удостоверяющий личность);

об адвокате, который производит опрос (фамилию, имя, отчество; адвокатское образование, адвокатская палата субъекта РФ, в которых значится этот адвокат, его номер в соответствующем реестре и номер ордера, на основании которого он выполняет поручение по данному делу);

сведения о согласии опрашиваемого на проведение опроса;

сведения о дате, времени и месте проведения опроса;

сведения о применении технических средств фиксации информации при проведении опроса и о согласии на их применение опрашиваемого;

²⁹⁰ Однако, например, примерная форма протокола опроса адвокатом лиц с их согласия, разработанная и предлагаемая для проведения опроса адвокатами Адвокатской палатой Республики Татарстан, содержит в себе разъяснение указанных норм закона. См.: www.advpalata-rt.ru

фактические обстоятельства, ставшие известными опрашиваемому лицу.

Результаты опроса должны быть подписаны как опрошенным, так и самим адвокатом, на каждой странице и в конце.

Примечание. К настоящей главе имеется соответствующее приложение в конце книги. Кроме того, по данной теме можно использовать материал из глав 4 и 5 книги «Адвокат. Навыки профессионального мастерства» / под ред. Л.А. Воскобитовой, И.Н. Лукьяновой, Л.П. Михайловой. — М.: Волтерс Клувер. 2006. — С. 86—139.

ГЛАВА 21

Участие адвоката в исполнительном производстве

§1. Понятие и значение исполнительного производства и исполнительного права

Российское исполнительное право проходит в настоящее время период становления. При этом речь идет уже о реальных перспективах исполнительного права, а не доктринальных. Опубликование для обсуждения проекта Исполнительного Кодекса Российской Федерации (далее — Проект ИК РФ), разработанного рабочей группой под руководством В.М. Шерстюка²⁹¹, предполагает, что в обозримом будущем адвокатам придется работать не с современными законами «Об исполнительном производстве»²⁹² и «О судебных приставах»²⁹³, а с новым кодифицированным источником исполнительного права. Как справедливо отметил А.А. Демичев, то, что Исполнительный кодекс РФ еще не принят, плохо с точки зрения эффективности правового регулирования исполнительных правоотношений, однако положительно с позиции сохранения реальной возможности скорректировать некоторые его положения²⁹⁴.

Конституционное право на судебную защиту может быть реализовано в окончательном виде только тогда, когда гражданин или орга-

²⁹¹ См.: Исполнительный кодекс Российской Федерации: Проект / под ред. д.ю.н., проф. В.М. Шерстюка, д.ю.н., проф. В.В. Яркова. — М.: Проспект, 2009.

²⁹² Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. — 2007. — № 41. — Ст. 4849.

²⁹³ Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ «О судебных приставах» // СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3591.

²⁹⁴ См.: Демичев А.А. К вопросу о принципах гражданского процессуального, арбитражного процессуального и исполнительного права // Вестник Российской правовой академии. — 2005. — № 2. — С. 34.

низация, обратившиеся в компетентную инстанцию за защитой нарушенного или оспоренного права, реально получили присужденное им юрисдикционным органом. Действенность судебной защиты и авторитет власти зависит не только от того, насколько грамотны, законны и обоснованны судебные акты, исходящие от суда и других государственных органов, но и от того, насколько быстро и реально произойдет их исполнение, претворение в жизнь. Написать на бумаге, даже именем государства, можно что угодно, но осуществление права на защиту не достигнет своей цели до тех пор, пока лицо, обратившееся за помощью к власти, фактически не реализует свое субъективное право. Значительную роль в реализации данного субъективного права играет институт адвокатуры.

Исполнительное право призвано не только служить реальному осуществлению установленных и подтвержденных судебными решениями и иными актами, подлежащими принудительному исполнению, нарушенных или оспоренных субъективных гражданских прав, но и способствовать укреплению законности в области гражданских (в широком смысле) правоотношений.

Исполнительное производство обеспечивает достижение материально-правовой цели юрисдикционной деятельности, именно по нему можно судить об эффективности и действенности правовой защиты в целом. Ошибки, допущенные в ходе исполнительного производства, могут дискредитировать всю правоохранительную деятельность и привести к нарушению субъективных материальных прав и охраняемых законом интересов субъектов правоотношений.

Исполнительное производство в настоящее время представляет собой предмет регулирования одной из отраслей российского права — исполнительного права, без которого система права не может нормально функционировать. Исполнительное право регулирует правоотношения, складывающиеся в процессе исполнительного производства, где субъективное материальное право или охраняемый законом интерес, нарушенный или оспоренный должником и подтвержденный юрисдикционным актом, получает свою реализацию через механизм государственного принуждения.

Главной задачей исполнительного производства является правильное и своевременное исполнение судебных актов, актов других органов и должностных лиц, а в предусмотренных законодательством Российской Федерации случаях — исполнение иных документов в целях защиты нарушенных прав, свобод и законных интересов граждан и организаций.

До вступления в силу 6 ноября 1997 г. федеральных законов «О судебных приставах» и «Об исполнительном производстве»²⁹⁵ исполнительное производство регулировалось гражданским процессуальным законодательством (разделом V ГПК РСФСР 1964 г.) и являлось частью гражданского процесса, его заключительной стадией.

Указанные законы и ГПК РФ, вступивший в силу с 1 февраля 2003 г. в корне изменили устоявшееся за многие десятилетия в российской юридической литературе положение о том, что исполнение судебных решений и иных юрисдикционных актов — завершающая, заключительная стадия гражданского процесса. Сами исполнительные органы в связи с проведенной в 1997 г. реформой исполнительного производства были не только переименованы, превратившись из судебных исполнителей, подчиненных судам, в судебных приставов-исполнителей, судебный контроль за которыми ограничивается предусмотренной законом возможностью обжалования в судебном порядке их действий (как и действий любых других должностных лиц в Российской Федерации), но и получили совершенно новое качество.

Исполнительный процесс происходит в установленной законом процессуальной форме, с предоставлением определенных процессуальных прав участвующим в нем заинтересованным лицам.

Российское исполнительное право есть система процессуальных правовых норм, регулирующих исполнительное производство в Российской Федерации, которое представляет собой установленный законом порядок деятельности судебных приставов-исполнителей и иных органов по принудительной реализации актов, указанных в ст. 12 Федерального закона «Об исполнительном производстве», а именно:

- 1) исполнительных листов, выдаваемых судами общей юрисдикции и арбитражными судами на основании принимаемых ими судебных актов;
- 2) судебных приказов;
- 3) нотариально удостоверенных соглашений об уплате алиментов или их нотариально удостоверенных копий;
- 4) удостоверений, выдаваемых комиссиями по трудовым спорам;
- 5) актов органов, осуществляющих контрольные функции, о взыскании денежных средств с приложением документов, содержащих отметки банков или иных кредитных организаций, в которых открыты рас-

²⁹⁵ Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. — 1997. — № 30. — Ст. 3590 (утратил силу с принятием Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»).

четные и иные счета должника, о полном или частичном неисполнении требований указанных органов в связи с отсутствием на счетах должника денежных средств, достаточных для удовлетворения этих требований;

6) судебных актов, актов других органов и должностных лиц по делам об административных правонарушениях;

7) постановлений судебного пристава-исполнителя;

8) исполнительной надписи нотариуса при наличии соглашения о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество, заключенного в виде отдельного договора или включенного в договор о залоге;

9) актов других органов в случаях, предусмотренных федеральным законом.

Итак, исполнительное право — системная целостная совокупность норм, регулирующих исполнение юрисдикционных актов неуголовного характера.

Общая часть исполнительного права включает основополагающие положения, институты, относящиеся ко всему исполнительному производству: принципы исполнительного производства и гарантии их реализации, органы принудительного исполнения, лиц, участвующих в исполнительном производстве, и систему защиты их прав, представительство, сроки исполнения юрисдикционных актов, расходы, связанные с исполнительным производством, ответственность в исполнительном праве, общие правила фиксации исполнительных действий и т.д.

Особенную часть исполнительного права составляет совокупность норм, регламентирующих движение, развитие исполнительного производства по стадиям от его возбуждения до прекращения, а также особенности реализации различных исполнительных документов по отдельным категориям взысканий и в отношении различных субъектов. В этой части регулируется также исполнение решений иностранных судов и реализация исполнительных документов, выданных в Российской Федерации, за ее пределами.

§2. Доступность получения и реальность оказания юридической помощи адвокатами в исполнительном производстве

Российское государство в силу ст. 19 собственной Конституции взяло на себя обязанность гарантировать равенство прав и свобод гражданина. Принцип равенства означает предоставление участни-

кам исполнительного производства равных возможностей по защите своих прав и интересов при исполнении юрисдикционных актов. В советском правоведении отмечалось, что представители сторон, в частности адвокаты, не стремятся использовать свои полномочия в исполнительном производстве. Адвокаты, как свидетельствовала практика многих лет, считали свою миссию оконченной с окончанием судебного разбирательства на всех его стадиях²⁹⁶. Признавая такое отношение адвокатов явлением негативным, в правоведении (в частности, И.М. Зайцевым) обоснованно отмечалось, что перспективы повышения эффективности гражданского судопроизводства связаны с активным участием представителей в исполнительном производстве²⁹⁷.

Одной из основных гарантий соблюдения и защиты прав участников исполнительного производства является доступность получения и реальность оказания в исполнительном производстве юридической помощи.

К сожалению, ни Конституция Российской Федерации, ни другие нормативные акты не предусматривают обязательной бесплатной юридической помощи в исполнительном производстве. Далеко не каждый российский гражданин может в настоящее время позволить себе оплатить услуги квалифицированного представителя в ходе совершения исполнительных действий, а посему даже в случае провозглашения в качестве принципа исполнительного производства доступность юридической помощи останется таким же красивым идеалом, как право на жилище. Можно, конечно, пойти путем обязывания адвокатов или иных лиц при определенных условиях оказывать бесплатную юридическую помощь субъектам исполнительного производства по примеру ст. 26 Федерального закона от 31 мая 2002 г. «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации», но вряд ли такая помощь будет действенной и качественной. Кроме того, совершенно нереально установить зависимость получения бесплатной правовой помощи по всем категориям дел исполнительного производства только исходя из невозможности гражданина оплатить услуги юриста. Даже в гражданском процессе мало быть малоимущим для получения бесплатной услуги адвоката, необходимо, чтобы субъект и (или) предмет защиты входил в перечень, установленный п. 1 ст. 26 указанного Закона.

Установленное правило представляется достаточно разумным, так как определение одного критерия «малообеспеченности» для предоставления бесплатной правовой помощи возвратит нас к антисобствен-

²⁹⁶ См.: Худенко В.В. Участники исполнительного производства: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1992. — С. 1.

²⁹⁷ См.: Вукот М.А., Исаенкова О.В. Исполнительное производство: Учебник. Практикум. — М.: Юрист, 2001. — С. 63, 64.

ническим установкам прошлого, когда создавать материальные блага для себя обозначалось как мещанство и несознательность, богатство предполагалось пороком, а бедность приветствовалась и поощрялась даже тогда, когда не была обусловлена объективными причинами.

Что касается процесса исполнения, то, по смыслу п. 1 ст. 26 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации», в исполнительном производстве на бесплатную правовую помощь адвоката могут претендовать ветераны Великой Отечественной войны при исполнении актов, не связанных с предпринимательской деятельностью, и граждане, пострадавшие от репрессий, — при исполнении документов, связанных с их реабилитацией. На практике такие дела встречаются очень редко. Взыскание алиментов, возмещение вреда здоровью и причиненного смертью кормильца проходит бесплатно для малоимущих только до тех пор, пока субъект, претендующий на правовую услугу, называется «истцом» (подп. 1 п. 1 ст. 26), т.е. до момента вступления решения суда в законную силу. Соответственно, как только истец по указанным категориям дел становится взыскателем, право на бесплатную правовую помощь заканчивает свое действие. Это означает, что о доступности и реальности квалифицированной юридической помощи на сегодня можно говорить весьма условно, но в дальнейшем, при достижении нашим обществом более высокой ступени развития, когда квалифицированное решение правовых проблем малоимущих лиц будет обеспечено материальной базой, к данному вопросу стоит вернуться²⁹⁸. Подчеркивая важность скорейшего наступления такого времени, мы с сожалением вынуждены констатировать тот факт, что прогноз на обозримое будущее в этом плане неутешителен. Как справедливо замечено В.В. Ярковым, предпринявшим попытку определить будущее системы гражданской юрисдикции, «скорее всего, сохранится ограниченность ресурсов, которые общество может направить на развитие системы гражданской юрисдикции, что не может не отразиться на прогнозах»²⁹⁹.

²⁹⁸ Отметим, что независимо от уровня развития общества вопрос об обеспечении правовых услуг за счет государства во избежание регрессивных тенденций и злоупотреблений следует решать, исходя из объективных причин и стартовых возможностей отдельного субъекта, а не «малоимущества». Нельзя игнорировать опыт, связанный с получением от государства тех или иных привилегий (ежемесячных пособий на ребенка до достижения им возраста 16 лет, субсидий на оплату жилья и т.п.), когда единственным их основанием выступает уровень дохода субъекта. К сожалению, получить справку о собственном низком доходе в нашей стране не составляет большого труда, а стереотипы российского сознания не выработали негативного отношения к такому обману.

²⁹⁹ Ярков В.В. Будущее системы гражданской юрисдикции: попытка прогноза // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвуз. сб. науч. тр. — Екатеринбург, 2000. — С. 37.

Таким образом, современная правовая реальность позволяет говорить лишь о гарантированности допуска к участию в исполнительном производстве адвокатов в качестве профессиональных представителей взыскателя и должника.

§3. Правовое положение адвоката в исполнительном производстве

Адвокат в исполнительном производстве занимает процессуальное положение представителя стороны и относится к числу лиц, участвующих в исполнительном производстве.

Институт участников исполнительного производства является, пожалуй, единственным объектом исполнительного права, неоднократно подвергающимся диссертационным и монографическим исследованиям в последнее время. Особый интерес проявляли к участникам исполнительного производства В.В. Худенко³⁰⁰, Д.Х. Валеев³⁰¹, М.А. Викиут³⁰², Ю.В. Гепп³⁰³, И.Б. Морозова³⁰⁴ и др.

Несмотря на различные точки зрения указанных ученых о количестве видов участников исполнительного производства и критериях отнесения того или иного субъекта исполнительных правоотношений к определенному виду, традиционно выделяют в качестве основного субъекта судебного пристава-исполнителя, затем называют стороны

³⁰⁰ См.: Худенко В.В. Участники исполнительного производства: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1992.

³⁰¹ См.: Валеев Д.Х. Процессуальное положение лиц, участвующих в исполнительном производстве: Дисс. ... канд. юрид. наук. — Казань, 1999; Он же. Лица, участвующие в исполнительном производстве. — Казань, 2000; Он же. Процессуальные гарантии прав граждан в исполнительном производстве. — Казань, 2001; Он же. Система процессуальных прав граждан и организаций в исполнительном производстве. — М.: Статут, 2009.

³⁰² См.: Викиут М.А. Участники исполнительного производства // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвуз. сб. науч. тр. — Екатеринбург, 2000. — С. 506—518; Она же. Защита прав взыскателя, должника и иных лиц при совершении исполнительных действий // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2002. — № 2. — С. 74—76; Викиут М.А., Исаенкова О.В. Исполнительное производство: Учебник. Практикум. — М.: Юрист, 2001. (Автор главы «Участники исполнительного производства» — М.А. Викиут.) — С. 52—75.

³⁰³ См.: Гепп Ю.В. Участники исполнительного производства: Дисс. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2002.

³⁰⁴ См.: Морозова И.Б. Субъекты исполнительного производства: Дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 1999.

как лиц, имеющих как материальную, так и процессуально-правовую заинтересованность в исходе исполнительного производства. В отношении сторон речь идет, без всякого сомнения, о взыскателе и должнике, в теории названия сторон каких-либо проблем не вызывает, в отличие от практических комментариев, где взыскателя иногда необоснованно именуют «потерпевшим»³⁰⁵. Далее, как правило, следуют имеющие процессуальную заинтересованность представители сторон, и, наконец, иные лица, содействующие процессу исполнения, — переводчик, понятые, специалисты³⁰⁶. Действующее исполнительное законодательство подразделяет лиц, участвующих в исполнительном производстве, на три группы, регулируя в главе «Лица, участвующие в исполнительном производстве» правовое положение сторон, их представителей, переводчика, понятых, специалиста, и даже взаимодействие судебных приставов-исполнителей с работниками милиции, а также отводы судебного пристава-исполнителя, переводчика и специалиста.

Группировка лиц, участвующих в исполнительном производстве, проведена в указанной норме следующим образом:

1) взыскатель и должник (т.е. стороны исполнительного производства);

2) лица, непосредственно исполняющие требования, содержащиеся в исполнительном документе;

3) иные лица, содействующие исполнению требований, содержащихся в исполнительном документе (переводчик, понятые, специалист, лицо, которому судебным приставом-исполнителем передано под охрану или на хранение арестованное имущество, и др.).

Таким образом, в отличие от ГПК РФ, не называющего представителя, в том числе адвоката, в числе лиц, участвующих в деле, ст. 53—57 Федерального закона «Об исполнительном производстве» находятся в главе 6 указанного закона, которая носит название «Лица, участвующие в исполнительном производстве». Отсюда следует, что адвокат в исполнительном производстве обладает всеми правами и несет обязанности лица, участвующего в исполнительном производстве.

В соответствии со ст. 53 Федерального закона «Об исполнительном производстве» граждане могут участвовать в исполнительном произ-

³⁰⁵ См.: Мазуренко В.А. Предисловие // Судебные приставы и исполнительное производство в законодательстве Российской Федерации: Сборник нормативных актов и документов / под ред. Б.П. Кондрашова. — М. Изд-во «Мир безопасности», 1999. — С. 14—17.

³⁰⁶ См.: Викут М.А. Участники исполнительного производства // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвуз. сб. науч. тр. — Екатеринбург, 2000. — С. 506.

водстве лично (т.е. самостоятельно) или через представителей. Личное участие гражданина в исполнительном производстве не лишает его права иметь представителя. Правом действовать через адвоката или вместе с ним в исполнительном производстве обладают исключительно стороны — взыскатели и должники.

Взыскателем является гражданин или организация, в пользу или в интересах которого выдан исполнительный документ.

Должник — это гражданин или организация, обязанные по исполнительному документу совершить определенные действия или воздержаться от их совершения.

Полномочия адвоката оформляются ордером и всегда производны от полномочий той стороны, чьи интересы адвокат представляет.

Представитель в исполнительном производстве совершает действия: 1) от имени стороны, 2) в интересах стороны, 3) в пределах предоставленных ему полномочий. Именно этим он отличается от других участников исполнительного производства³⁰⁷.

Таким образом, адвокат в исполнительном производстве совершает действия в пределах предоставленных ему полномочий от имени стороны и в ее интересах.

Адвокат как взыскателя, так и должника, вправе при совершении исполнительных действий:

знакомиться с материалами исполнительного производства, делать из них выписки, снимать с них копии,

представлять дополнительные материалы,

заявлять ходатайства,

участвовать в совершении исполнительных действий,

давать устные и письменные объяснения в процессе совершения исполнительных действий,

приводить свои доводы и соображения по всем вопросам, возникающим в ходе исполнительного производства,

возражать против ходатайств и доводов других лиц, участвующих в исполнительном производстве, и др.

Адвокаты обеих сторон согласно ст. 63 Федерального закона «Об исполнительном производстве» могут заявлять отводы судебному приставу-исполнителю, переводчику и специалисту на одинаковых условиях и по одинаковым основаниям; порядок разрешения отводов не зависит от того, кто его заявил. Обжалование действий судеб-

³⁰⁷ См.: Постатейный комментарий к Федеральному закону от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» / под ред. О.В. Исаенковой. — Саратов: Ай Пи Эр Медиа; М.: СПС «ГАРАНТ», 2009. — С. 168.

ного пристава-исполнителя, подача заявлений об оспаривании постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия) адвокатами взыскателя и должника также происходят по одинаковым правилам, установленным ст. 122—128 Федерального закона «Об исполнительном производстве» и ст. 441 ГПК РФ.

Вместе с тем современное исполнительное законодательство не предполагает полного равноправия взыскателя и должника, т.е. тождества, «одинаковости» их прав в исполнительном производстве. Следовательно, не являются одинаковыми права и адвокатов взыскателя и должника. Одинаковых прав у взыскателя и должника быть не может из-за разного статуса субъектов исполнительных правоотношений и различий в приоритетном методе правового регулирования правоотношений судебный пристав-исполнитель — должник (метод императивного обязывания, принуждения) и судебный пристав-исполнитель — взыскатель (метод дозволения, когда само движение исполнительного производства во многом определяется поведением самого взыскателя). Речь идет о равных гарантиях защиты прав сторон исполнительного производства.

Взыскатели и их адвокаты, без всякого сомнения, играют основную роль среди других участников процесса исполнения. Именно их волей определяется, главным образом, само возбуждение исполнительного производства. Взыскатель может отказаться от взыскания, а также от получения вещи, изъятой у должника при исполнении исполнительного документа, содержащего требования о передаче ее взыскателю. Такие действия взыскателя ведут к безусловному прекращению исполнительного производства судом по местонахождению судебного пристава-исполнителя и оформляется судебным определением. Взыскатель и должник вправе в ходе исполнительного производства заключить мировое соглашение, которое после его утверждения судом также ведет к прекращению исполнительного процесса.

Что касается должника, то он вправе в установленный срок исполнить юрисдикционный акт добровольно, указывать виды имущества или предметы, на которые следует обратить взыскание в первую очередь. Между тем *адвокат должника* обязан разъяснить доверителю, что эти правомочия должника практически дискредитированы за счет полномочий судебного пристава-исполнителя, от субъективного усмотрения которого зависит их реализация. Так, возможность добровольно выполнить требования, содержащиеся в исполнительном документе, полностью зависит от срока, устанавливаемого судебным приставом-исполнителем должнику на добровольное исполнение, который в силу закона не может превышать 5 дней, а вот никакого минимального предела здесь не установлено.

Адвокат в исполнительном производстве обязан знать принципы исполнительного производства и гарантии их реализации, правовое положение органов принудительного исполнения, лиц, участвующих в исполнительном производстве, изучить систему защиты их прав, представительство, сроки исполнения юрисдикционных актов, расходы, связанные с исполнительным производством, ответственность по исполнительному праву. Необходимо также разбираться в вопросах движения, развития исполнительного производства по стадиям от его возбуждения до прекращения, а также особенностях реализации различных исполнительных документов по отдельным категориям взысканий и в отношении различных субъектов.

Отношения между представляемым и адвокатом регулируются нормами материального права (ГК РФ, Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации»). Отношения между представителем и судебным приставом-исполнителем регулируются нормами исполнительного права (Федеральный закон «Об исполнительном производстве»).

В статье 57 Федерального закона «Об исполнительном производстве» оговаривается, что представитель, участвующий в исполнительном производстве, имеет право на совершение от имени представляемого всех действий, связанных с исполнительным производством. Однако если сторона уполномочивает адвоката на совершение таких действий, как:

- 1) предъявление и отзыв исполнительного документа;
 - 2) передача полномочий другому лицу (передоверие);
 - 3) обжалование постановлений и действий (бездействия) судебного пристава-исполнителя;
 - 4) получение присужденного имущества (в том числе денежных средств и ценных бумаг);
 - 5) отказ от взыскания по исполнительному документу;
 - 6) заключение мирового соглашения, —
- то каждое из указанных полномочий должны быть специально оговорены в выданной адвокату доверенности, оформленной по общим правилам ст. 185—187 ГК РФ и ст. 53 ГПК РФ.

§4. Законность в исполнительном производстве

Институт адвокатуры, помимо иных задач, выполняет также функцию обеспечения законности в исполнительном производ-

стве. Законность является основным, генетически обусловленным явлением правовой материи, общим принципом всех отраслей российского права, независимо от их роли и места в правовой системе координат. Принцип законности всегда был доктринальным в праве, не потерял он свою актуальность и сейчас, когда получил нормативное закрепление в ст. 4 Федерального закона «Об исполнительном производстве» наряду с принципами своевременности совершения исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения; уважения чести и достоинства гражданина; неприкосновенности минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи; соотносимости объема требований взыскателя и мер принудительного исполнения³⁰⁸.

Согласно ст. 15 Конституции Российской Федерации все органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы, а также общепризнанные принципы, нормы международного права и международные договоры Российской Федерации.

Законность представляет собой такое состояние жизни общества, при котором в этом обществе действует качественное, непротиворечивое законодательство, законы уважаются, точно и неуклонно исполняются всеми членами этого общества, а за нарушение требований законодательства с неотвратимостью следуют меры государственного принуждения.

Законность тесно связана с практической реализацией права, так как, по справедливому замечанию исследователей ее отраслевого проявления, наполняется специфическим содержанием в зависимости от предмета и метода правового регулирования отрасли, в которую он внедряется.

Содержание законности в исполнительном производстве характеризуется следующими чертами:

исполнительное законодательство должно быть качественным, непротиворечивым, иметь стройную систему;

в случае возникновения коллизий они должны разрешаться исходя из преимущества международного договора над российскими нормами, Конституции России над другими правовыми актами, Испол-

³⁰⁸ См., подробно о принципах и стадиях исполнительного производства: Исаенкова О.В., Демичев А.А. Гражданское процессуальное право России: Учебник / под ред. О.В. Исаенковой. — М.: Норма, 2009. — С. 433—440.

нительного Кодекса Российской Федерации (при условии его принятия) над иными актами в сфере исполнительных правоотношений, федеральных законов над правовыми актами Правительства Российской Федерации;

судебный пристав-исполнитель в своей деятельности обязан руководствоваться законами, т.е. правильно применять нормы исполнительного и иных отраслей права;

участники исполнительного производства, в том числе адвокаты, обязаны подчиняться закону и согласовывать свои поступки с действующим законодательством под страхом применения к ним штрафных и иных мер ответственности, содержащихся в санкциях норм исполнительного права;

применение ответственности за исполнительные правонарушения неотвратимо;

соответствие закону действий судебного пристава-исполнителя контролируется в порядке подчиненности вышестоящими должностными лицами службы судебных приставов на основании гл. 18 Федерального закона «Об исполнительном производстве», судом в порядке ст. 441 ГПК РФ и гл. 24 АПК РФ, а также Генеральным прокурором Российской Федерации и подчиненными ему прокурорами в порядке осуществления ими прокурорского надзора в соответствии с законом «О прокуратуре в Российской Федерации»;

применение аналогии права в исполнительном производстве возможно лишь при отсутствии нормы исполнительного права, регулирующей возникшие в ходе исполнительного производства правоотношения, и подразумевает действие судебного пристава-исполнителя исходя из принципов исполнительного права.

Законодательство Российской Федерации об исполнительном производстве в настоящее время состоит из Федерального закона «Об исполнительном производстве», Федерального закона «О судебных приставах» и иных федеральных законов, регулирующих условия и порядок принудительного исполнения юрисдикционных актов. Статья 3 Федерального закона «Об исполнительном производстве» закрепляет право Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации принимать нормативные правовые акты по вопросам исполнительного производства.

Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законодательством самой России об исполнительном производстве, то применяются правила международного договора.

§5. Принципы защиты адвокатом прав должника в исполнительном производстве

Должник в исполнительном производстве изначально является обязанным лицом. Вместе с тем адвокат должника гарантирует соблюдение в отношении своего доверителя принципа уважения чести и достоинства гражданина. Этот принцип означает, что судебный пристав-исполнитель обязан использовать предоставленные ему права в соответствии с законом и не допускать в своей деятельности ущемления прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций. Судебный пристав-исполнитель не должен умалять достоинство личности должника, унижать его.

Современная теория конституционного права, определяя фундаментальные положения развития России, наряду с упрочением государственности называет обеспечение достоинства личности, говоря о необходимости его культивирования. Принимая во внимание, что основой *принудительного* исполнения выступает метод *принуждения*, в исполнительном праве мы говорим лишь об одном виде физического принуждения, а именно направленного на материальную сферу должника, но ни в коем случае не о непосредственном воздействии на личность (ко второму виду физического принуждения в теории права относят телесные наказания, лишение свободы и др., непосредственно направленные на личность).

При исполнении юрисдикционных актов следует учитывать конституционное право граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этих прав согласно ст. 23 Конституции Российской Федерации допускается только на основании судебного решения. Судебный пристав-исполнитель должен учитывать, что он может использовать для хранения изъятого имущества нежилые помещения, находящиеся в муниципальной собственности, а помещения, находящиеся в иной собственности, — лишь с согласия собственников. Указанные моменты должны разъясняться адвокатами своим доверителям, а при необходимости и с согласия последних неправомерные действия должностных лиц органов исполнения обжаловаться в суд.

В отличие от судебных приставов, обеспечивающих порядок деятельности судов, судебный пристав-исполнитель не применяет физическую силу, специальные средства или огнестрельное оружие. Однако если возникает угроза жизни или здоровью судебного пристава-

исполнителя, а также для обеспечения правопорядка на месте совершения исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения, содействие судебному приставу-исполнителю в исполнении ими служебных обязанностей в соответствии со ст. 42 Федерального закона «Об исполнительном производстве» оказывают работники милиции в пределах предоставленных им федеральными законами прав.

Немалая роль принадлежит адвокатам должника и в обеспечении *принципа неприкосновенности минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи*, который действует в исполнительном производстве только в отношении граждан. Статья 446 ГПК РФ, устанавливающая перечень видов имущества граждан, на которые не может быть обращено взыскание по исполнительным документам, с 1 февраля 2003 г. заменила безнадежно устаревшее Приложение № 1 к ГПК РСФСР. Следует учитывать, что не может быть обращено взыскание на следующее имущество должника-гражданина:

жилое помещение (его части), если для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в принадлежащем помещении, оно является единственным пригодным для постоянного проживания помещением, за исключением указанного имущества, если оно является предметом ипотеки и на него в соответствии с законодательством об ипотеке может быть обращено взыскание;

земельные участки, на которых расположены объекты, указанные в предыдущем абзаце, за исключением случаев, если земельный участок является предметом ипотеки и на него в соответствии с законодательством об ипотеке может быть обращено взыскание;

предметы обычной домашней обстановки и обихода, вещи индивидуального пользования (одежда, обувь и другие), за исключением драгоценностей и других предметов роскоши;

имущество, необходимое для профессиональных занятий гражданина-должника, за исключением предметов, стоимость которых превышает сто установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда;

используемые для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, племенная, молочный и рабочий скот, олени, кролики, птица, пчелы, корма, необходимые для их содержания до выгона на пастбище (выезда на пасеку), а также хозяйственные строения и сооружения, необходимые для их содержания;

семена, необходимые для очередного посева;

продукты питания и деньги на общую сумму не менее установленной величины прожиточного минимума самого гражданина-должника и лиц, находящихся на его иждивении;

топливо, необходимое семье гражданина-должника для приготовления своей ежедневной пищи и отопления в течение отопительного сезона своего жилого помещения;

средства транспорта и другое необходимое гражданину-должнику в связи с его инвалидностью имущество;

призы, государственные награды, почетные и памятные знаки, которыми награжден гражданин-должник;

избирательный залог.

Что касается должников — юридических лиц, то, по общему правилу, на основании ст. 94 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в исполнительном производстве взыскание может быть обращено на любое имущество должника, принадлежащее ему на праве собственности, праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления (за исключением имущества, на которое в соответствии с законодательством РФ не может быть обращено взыскание), независимо от того, где и в чем фактическом пользовании оно находится.

Если для граждан основная часть имущественных иммунитетов установлена независимо от каких-либо обстоятельств, то в отношении юридических лиц перечень не подлежащего взысканию имущества предусмотрен отдельными законодательными актами (например, п. 7 ст. 37 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. «О сельскохозяйственной кооперации») в отношении конкретных субъектов. Таким образом, неприкосновенность минимума средств для осуществления деятельности должников — юридических лиц является скорее не принципом, а, наоборот, исключением из общих правил исполнительного производства.

§6. Оспаривание постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия)

Возможность оспаривания постановлений, действий (бездействия) судебного пристава-исполнителя является важнейшей гарантией защиты прав взыскателя и должника в исполнительном производстве. К сожалению, современное исполнительное право не имеет собственного кодифицированного источника, и, как следствие этого, механизм защиты прав в случае их нарушения в области исполнительных пра-

воотношений законодателем и юридической практикой недостаточно разработан. Между тем функция адвоката в процессе оспаривания состоит не только в составлении заявления об оспаривании в суд, но и в определении подсудности данного дела, обеспечении вынесения по нему законного и обоснованного судебного решения, а при незаконности или необоснованности решения — в его обжаловании в кассационном и надзорном порядках.

Потенциально возможным объектом оспаривания в сфере исполнительного производства является практически любое постановление, действия либо бездействие главного судебного пристава Российской Федерации, главного судебного пристава субъекта Российской Федерации, старшего судебного пристава, их заместителей, судебного пристава-исполнителя, как оформленное в виде постановления, резолюции, письма, так и нефиксированное. Однако в последнем случае жалобщик обязан как доказать само действие (бездействие), так и указать, в чем заключается нарушение его прав. Кроме того, обжалуемое постановление, действия или бездействие должно находиться в сфере правоотношений, регулируемых гражданским процессуальным или исполнительным правом.

Так, в суд может быть оспорено постановление судебного пристава-исполнителя о взыскании исполнительского сбора (ст. 39, 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве»), отказ в отводе судебного пристава-исполнителя (может быть обжалован лицом, заявившим отвод (ст. 121 Федерального закона «Об исполнительном производстве»)) и некоторые другие исполнительные действия участников исполнительного производства.

Между тем закон устанавливает невозможность обжалования отдельных действий. Например, адвокату следует учитывать и разъяснять сторонам исполнительного производства, что не может быть обжаловано удовлетворение отвода судебного пристава-исполнителя (ст. 121 Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

Установлен 10-дневный срок на оспаривание постановлений, действий (бездействия) указанных должностных лиц службы судебных приставов. Срок начинает течь с момента вынесения оспариваемого постановления, совершения действия или с момента, когда заявителю стало известно о нарушении его права или интереса. Пропущенный срок может быть восстановлен судом по заявлению взыскателя, должника либо же другого лица, чье право или законный интерес нарушены постановлением должностного лица службы судебных приставов, его действиями или бездействием, при этом заявитель обязан

обосновать перед судом уважительность причин, вследствие которых он пропустил срок на подачу заявления.

Подсудность заявления об оспаривании постановлений должностного лица службы судебных приставов, его действий (бездействия) определяется адвокатом по району деятельности по исполнению обязанностей должностного лица, чьи действия оспариваются.

В делах подобного вида нет истца, а заявителем выступает сторона исполнительного производства — взыскатель или должник либо же другое лицо, чье право или законный интерес нарушены постановлением должностного лица службы судебных приставов, его действиями или бездействием. Это лицо называется заявителем. Остальные лица, участвующие в деле, именуются заинтересованными лицами. Адвокат при этом считается лицом, содействующим осуществлению правосудия.

Рассмотрение заявления производится в соответствии с правилами производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, а именно общих правил гл. 23 и правил гл. 25 ГПК РФ, устанавливающих порядок производства по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих.

Из указанных норм ГПК РФ можно выделить следующие основные правила производства по рассмотрению заявлений об оспаривании постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия):

заявление должно быть рассмотрено в течение 10 дней;

формой разбирательства заявления является заседание суда;

о судебном заседании извещаются лицо, чье право или законный интерес предположительно нарушены постановлением должностного лица службы судебных приставов, взыскатель, должник, а также должностное лицо службы судебных приставов, чьи действия (бездействие) оспариваются;

неявка взыскателя, судебного пристава-исполнителя и должника, а также их представителей не является препятствием для проведения заседания и рассмотрения заявления;

в случае удовлетворения заявления решение суда в течение трех дней с момента вступления в законную силу направляется в соответствующую службу судебных приставов для исполнения.

В ходе производства по рассмотрению заявлений об оспаривании постановлений должностных лиц службы судебных приставов, их действий (бездействия) судом используются следующие презумпции:

презумпция добросовестности взыскателя, означающая, что при обращении в суд взыскателя обязанность доказывания правомерности собственных действий (бездействия) лежит на судебном приставе-исполнителе в полном объеме, а взыскатель предполагается действующим в соответствии с законом, пока не доказано обратное³⁰⁹;

презумпция вины должника, не исполнившего в установленный срок требования исполнительного документа и (или) требования судебного пристава-исполнителя, а также ненадлежащим образом исполнившего эти требования, в силу которой на должника возлагается обязанность обосновать допустимыми ст. 55 ГПК РФ средствами доказывания объективные причины неисполнения;

презумпция ответственности должника за действия его работников;

презумпция принадлежности должнику имущества, не требующего специальной регистрации прав, находящегося во владении должника и внутри помещений, которыми владеет должник.

Особенностью судебных решений по жалобам на действия судебных приставов-исполнителей является то, что такие решения воздействуют, в отличие от всех других решений судов общей юрисдикции, не на материальное правоотношение, как правило, впервые подвергающееся судебной защите, а на правоотношение исполнительное, являющееся по своей сути процессуальным.

³⁰⁹ Презумпция добросовестности взыскателя будет действовать и при прекращении исполнительного производства по результатам действий взыскателя (например, при отказе взыскателя от получения вещей, изъятых у должника, при исполнении исполнительного документа, содержащего требования о передаче этой вещи взыскателю).

Глава 22

Нравственные основы адвокатской деятельности

§1. Этические основы профессиональной деятельности адвоката

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». (Гр. Джаншиев. «Ведение неправых дел (Этюд по адвокатской этике)».)

В юридической литературе существует мнение, что «хорошая» адвокатура должна базироваться на трех китах — демократическая структура ее организации, гарантии независимости конкретного адвоката, свод этических правил профессии³¹⁰. Последняя составляющая данной триады особо актуальна.

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»³¹¹.

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.

³¹⁰ См.: Барщевский М.Ю. Адвокат, адвокатская фирма, адвокатура. — М., 1995.

³¹¹ Бойков А.Д. Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М., 1978.

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 этики³¹². 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»³¹³.

Далее следуют англичане, хотя и не имеющие подобных писаных кодексов, но выработавшие себе традиции, сходные с французскими и бельгийскими. Известный английский юрист XIX в. Р. Гаррис, к примеру, 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»³¹⁴.

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 несправедливым, 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, затаил 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 про-

³¹² 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.

³¹³ Цит. по: Троицкий Н.А. Адвокатура в России и политические процессы. 1866—1904 гг. — Тула, 2000. — С. 54.

³¹⁴ Гаррис Р. Школа адвокатуры: Пер. с англ. (Школа зарубежного права). — Тула, 2001. — С. 18.

цессе 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»³¹⁵.

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 гонорарий не заставит его взяться за дело нечистое»³¹⁶, — 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 предупреждать обращение к суду с неосновательными или несправедливыми домогательствами»³¹⁷.

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.

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 оценок³¹⁸.

Как полагает А.Г. Кучерена, в содержание адвокатской этики входят:

- 1) моральные принципы, которых должны придерживаться адвокаты в ходе осуществления адвокатской деятельности;
- 2) нормы морали и нравственности, выражающиеся в определенных правилах, складывающихся и действующих в различных сферах

³¹⁵ Васильковский Е.В. Указ. соч. — С. 63.

³¹⁶ Троицкий Н.А. Корифеи русской адвокатуры первого призыва // Сов. государство и право. — 1985. — № 9. — С. 103.

³¹⁷ Цит. по: Чельцов М. Об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры // Сов. государство и право. — 1940. — № 7. — С. 116.

³¹⁸ См.: Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник. — М., 2004. — С. 233.

профессиональной деятельности адвокатов и наполняющих принципы адвокатской этики содержанием, конкретизирующих их;

3) 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;

4) методы воплощения в жизнь адвокатским сообществом нравственных требований, разрабатываемых адвокатской этикой, способы обеспечения выполнения адвокатами этических правил³¹⁹.

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 неверно³²⁰.

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»³²¹.

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 професси-

³¹⁹ См.: Кучерена А.Г. Указ. соч. — С. 235.

³²⁰ Там же. — С. 236.

³²¹ Зинатуллин Т.З. Этические основы уголовно-процессуальной деятельности адвоката-защитника: Дисс. ... канд. юрид. наук. — Ижевск, 1999. — С. 25.

онал либо представляет свою профессию, либо воспринимается окружающими именно как представитель корпорации адвокатов.

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 поведения³²².

С такой позицией солидарны многие процессуалисты. В частности, по мнению Л.А. Демидовой и В.И. Сергеева, «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»³²³.

Как наука, — отмечает известный исследователь этических аспектов адвокатской деятельности А.Д. Бойков, — адвокатская этика 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 передерж-

³²² См.: Барщевский М.Ю. Адвокатская этика: 2-е изд., испр. — М., 2000. — С. 22, 23.

³²³ Адвокатура в России: Учебник / под ред. проф. Л.А. Демидовой, В.И. Сергеева. — М., 2004. — С. 425.

ки. И только она может дать адвокату оружие большой социально полезной силы, уберечь начинающего специалиста от глубоких разочарований, подсказать пути истинного морального удовлетворения деятельностью³²⁴.

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»³²⁵.

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»³²⁶.

Особую значимость нравственных качеств личности адвоката подчеркивали еще составители судебных уставов 1864 г. Так, статья 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. Причем определения о непринятии в сословие, основанные на нравственной оценке личности, обжалованию не подлежали³²⁷.

³²⁴ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 38, 39.

³²⁵ Кони А.Ф. Общие черты судебной этики // Адвокат. — 2005. — № 3. — С. 7.

³²⁶ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: Печат. по 3-у изд. (СПб., 1910) / Общ. ред. А.В. Смирнова. — СПб., 1996. — Т. 1. — С. 473.

³²⁷ 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.

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 структуру³²⁸.

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;

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 не менее значимая задача адвокатской этики — систематизировать и предложить в виде определенной совокупности те этические категории, которые лежат в основе адвокатской деятельности. Общепризнанными, 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 при-

³²⁸ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 50.

роды адвокатской этики, механизма ее функционирования, взаимодействия как с этикой юриста в целом, 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 соблюдением³²⁹.

Кроме того, нормы и принципы адвокатской этики способствуют конкретизации имеющихся правовых норм, заполнению пробелов в правовом регулировании³³⁰.

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»³³¹.

§2. Актуальность осознания и соблюдения адвокатской этики

В нынешних условиях особенно остро стоит вопрос о многократном увеличении числа специалистов, располагающих возможностями для оказания квалифицированной юридической помощи гражданам и организациям. Выше указывалось, что в настоящее время в мире

³²⁹ См.: Красникова Е.А. Этика и психология профессиональной деятельности: Учебник. — М., 2003. — С. 53, 54.

³³⁰ См.: Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник. — М., 2004. — С. 238.

³³¹ Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 39.

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 чуть больше 63 тыс. человек. 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, а также как защитника проворовавшихся чиновников от справедливого возмездия.

Вполне определенное представление об адвокатах сформировано и 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 выносят подсудимому оправдательный приговор.

Таковыми высказываниями подрывается престиж профессии адвоката, который определяется не внутренней самооценкой, а, напротив,

оценкой окружающих. Как объяснить людям, что, во-первых, адвокатов, подпадающих 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. Процвешают 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.

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»*³³². Предметом регулирования общей этики является нравственное поведение человека вообще, любой профессии, в любых обстоятельствах.

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 защитатах, 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.

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 вза-

³³² См.: Википедия. Этика.

имоотношений с судом и коллегами, добросовестного отношения к обязанностям, честности и откровенности, умеренности в вопросах назначения гонорара³³³.

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. В октябре 1993 г. принят Кодекс чести судьи РФ. В органах МВД также действует свой Кодекс чести. В Федеральном 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. 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.

³³³ См.: Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М.: 1977. — С. 27.

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. Баршевский выделяет три основных принципа, являющихся «краеугольными камнями» адвокатской профессии, это **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 своего поведения и своей позиции во взаимоотношениях с клиентом и судом, совместимого 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 такому того 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 добиваться 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 профессии³³⁴.

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, что во взаимоотношениях с доверителями наиболее часто адвокаты нарушают возложенную на них законом 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.)

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 3 декабря 2007 г. № 320-ФЗ)³³⁵ (далее — Закон об адвокатуре) предусматривает, что адвокат должен из-

³³⁴ Далее — КПЭА (с изм. и доп. от 8 апреля 2005 г.; от 5 апреля 2007 г.) // СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

³³⁵ СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

бегать действий, 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, таковыми 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 адвокатов³³⁶ 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)³³⁷.

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 средствами³³⁸.

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».

³³⁶ Приняты VIII конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке.

³³⁷ www.library.php?parent=82

³³⁸ Цит. по: Васильева А. «Июльская революция» в адвокатуре: преобразования и размышления // Преступление и наказание. — 2003. — № 8. — С. 19.

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»³³⁹.

Глубоко нравственное значение имеет законодательное установление о праве на адвокатскую тайну³⁴⁰, 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 Федерации³⁴¹ 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: «при отмене поручения адвокат должен незамедлительно возвратить доверителю все полученные от последнего подлинные документы 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 Опреде-

³³⁹ Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М., 1977. — С. 41.

³⁴⁰ Так, Указом Президента РФ № 188 от 6 марта 1997 г. утвержден перечень сведений конфиденциального характера. К ним, в частности, относятся также и сведения, составляющие адвокатскую тайну // СЗ РФ. — 1997. — № 10. — Ст. 1127.

³⁴¹ Далее — УПК РФ.

ления Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О³⁴², 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 непременных 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 свидетеля³⁴³.

Определенные исключения из правил о сохранении адвокатской тайны предусмотрены и в КПА. 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 РФ³⁴⁴, указанная возможность зачастую приводит к злоупотреблениям со стороны отдельных адвокатов.

Таким образом, следует признать, что вышеуказанное положение КПА необоснованно по ряду оснований. Во-первых, оно противоречит ряду международно-правовых актов, а также **Генеральным принципам этики адвокатов** Международной ассоциации юристов³⁴⁵, где установлено, что «адвокаты должны всегда соблюдать конфиденциальность в отношении бывших и настоящих клиентов».

Во-вторых, 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 области³⁴⁶, 93,2% респондентов полагают, что необходимость адвокатской тайны диктуется преимущественно соображениями о доверительном характере взаимоотношений между пред-

³⁴² «По жалобе гражданина Цицишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ» // СЗ РФ. — 2003. — № 21. — Ст. 2060.

³⁴³ Вестник Федеральной палаты адвокатов. — 2008. — № 2. — С. 96.

³⁴⁴ По данным, предоставленным Федеральной палатой адвокатов РФ, в 2007 г. был прекращен статус 21 адвоката именно за нарушение адвокатской тайны.

³⁴⁵ Российская юстиция. — 1996. — № 2. — С. 51.

³⁴⁶ Было опрошено 132 адвоката.

ставителем и представляемым, без чего само существование адвокатуры было бы невысказано. 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 КПА «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 обязал государство-ответчика выплатить заявителю 3000 евро в качестве компенсации морального вреда³⁴⁷.

Следует поддержать позицию свыше 69% опрошенных адвокатов, которые предлагают, во-первых, предусмотреть уголовную ответственность за действия должностных лиц, направленные на завладение адвокатской тайной, а также в отношении и самих адвокатов — за разглашение этой тайны (по мнению 12% респондентов).

³⁴⁷ 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.

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»³⁴⁸.

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 своей 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, 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.

³⁴⁸ 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.

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 комиссии³⁴⁹.

Генеральные принципы этики адвокатов устанавливают, что адвокаты всегда должны относиться к своим коллегам в духе уважения, сотрудничества и справедливости³⁵⁰.

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.

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.

5. Отношения между адвокатами не должны влиять на защиту интересов участвующих в деле сторон. Адвокат не вправе поступаться ин-

³⁴⁹ Обзор дисциплинарной практики АП г. Москвы (по сост. на 10.09.2008) // <http://www.businesspravo.ru>

³⁵⁰ Российская юстиция. — 1996. — № 2. — С. 51.

тересами 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»³⁵¹.

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.

Иногда к адвокату обращается клиент, который ранее обращался к другому адвокату. Согласно этическим представлениям, адвокат,

³⁵¹ Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М., 1977. — С. 59.

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, исключаяющая 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 обдуманные решения 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. Пункт 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.

Это правило, 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.

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, с тем чтобы он мог 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 подстрахует 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. По 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, Erskine, 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?»³⁵².

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»³⁵³.

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 — Васьковский, Мейер, 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**.

³⁵² Бентам И. О судоустройстве. — СПб., 1860. — С. 116, 117.

³⁵³ Пикар Э. Об адвокате. — М., 1898. — С. 83.

Избирательность в выборе дел все-таки существует, но критерий оценки находится в другой плоскости. Адвокат однозначно не должен выбирать дела, если:

- 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, в котором он указывает, что 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 сформу-

лировать 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 может 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 большинству 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, подписки на юридическую периодику, достойное содержание офиса.

Представляя интересы коммерческих богатых структур, имеющих прибавочную стоимость, адвокат вправе назначать высокие гонора-

ры, 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»³⁵⁴.

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 результата дела.

Данное правило не распространяется на имущественные споры, по которым вознаграждение может определяться пропорционально к цене иска в случае успешного завершения дела.

4. Адвокату запрещается делить гонорар, в частности под видом разделения обязанностей, с лицами, не являющимися адвокатами.

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;

³⁵⁴ 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.

в сопровождающих каждую операцию со средствами доверителя документах должно содержаться указание на совершение данной операции адвокатом по поручению доверителя;

выплаты какому-либо лицу из средств доверителя, осуществляемые от его имени или в его интересах, могут производиться только при наличии соответствующего непосредственного или опосредованного поручения доверителя, выраженного в письменной форме;

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. 30 ГПК РСФСР) обязывает добросовестно пользоваться своими правами лиц, участвующих в деле.

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.

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 и действиями и вполне допустимыми и 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.

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»*³⁵⁵.

Адвокатура, по большому счету, — саморегулирующаяся и независимая организация, профессиональный союз правозащитников. Особые права адвокатуры, естественно, подразумевают и особые обязанности. На адвокатуре лежит общественная обязанность

³⁵⁵ Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: Изд. дом «Юрист», 2002. — С. 29.

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.

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 обоснованными.

Адвокат, желающий выступить в интересах общества, должен поддерживать только те изменения, которые, по его убеждению, действительно направлены на изменения законодательства или судебной правовой системы в интересах большей части граждан.

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 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 сердцевиной деятельности каждого общества 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 договору об оказании юридической помощи или деликтная перед адвокатским образованием или судом, если, выполняя свои профес-

сиональные обязанности, адвокат причинит им имущественный вред (например, выступая в прениях, в порыве эмоций взмахнув рукой, неосторожно разобьет оконное стекло)³⁵⁶.

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).

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 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:

³⁵⁶ См.: Шаров Г.К. Ответственность адвокатов за вред, причиненный адвокатом // <http://www.dom-i-zakon.ru>

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 адвокатом³⁵⁷.

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.

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 может 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 труднодоказуемой является прямая причинная связь между убытками доверителя и неисполнением или ненадлежащим исполнением адвокатом своих обязанностей по соглашению об оказании юридической помощи.

³⁵⁷ См.: Шаров Г.К. Ответственность адвокатов за вред, причиненный адвокатом // <http://www.dom-i-zakon.ru>

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» 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)³⁵⁸.

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 будущем³⁵⁹.

Следует подчеркнуть, что на сегодняшний день не решен окончательно вопрос со страхованием адвокатом риска профессиональной имущественной ответственности, также имеющим непосредственное отношение 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.

³⁵⁸ СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

³⁵⁹ СЗ РФ. — 2007. — № 6. — Ст. 828.

Соответственно, данная статья 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», 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 ответственности адвокатов» разработаны рабочей группой Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации³⁶⁰.

Таким образом, сегодня 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. осуществлять страхование 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 уклонению от дачи показаний, заключения (ст. 309 УК РФ);

³⁶⁰ См.: Кудрявцев В.Л. Ответственность адвоката за неисполнение обязанностей // <http://www.dom-i-zakon.ru>

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.³⁶¹

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 суду³⁶².

В частности, 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 зло-

³⁶¹ См.: Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. — М.: Экзамен, 2005.

³⁶² Российское законодательство X—XX вв.: В 9 т. / Отв. ред. Б.В. Виленский. — М.: Юрид. лит., 1991. — Т. 8. Судебная реформа.

умышленников реализовать преступный план и снижает вероятность раскрытия такого преступления и изобличения виновных³⁶³.

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.

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 комбинации³⁶⁴.

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 клиен-

³⁶³ См.: Цветков Ю.А. Уголовная ответственность адвокатов // Уголовное право. — 2002. — № 4. — С. 50—52.

³⁶⁴ См.: Там же.

том, во-вторых, злоупотребление своими полномочиями, и 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.

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. Цветковым предлагается 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, на сегодняшний день 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 его ст. 19 предметом рассмотрения в дисциплинарном производстве является совершение адвокатом поступка, который порочит его честь и достоинство, умаляет авторитет адвокату-

ры, 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 Совет 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 Совет вице-президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим;

3) представление, внесенное в Совет органом государственной власти, уполномоченным в области адвокатуры;

4) сообщение суда (судьи) в адрес Совета.

Жалоба, представление, сообщение признаются допустимыми поводами к возбуждению дисциплинарного производства, если они поданы в письменной форме и в них указаны:

1) наименование адвокатской палаты, в Совет которой подается жалоба, вносятся представление, сообщение;

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 местонахождение, 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 сообщение;

5) фамилия, имя, отчество, а также принадлежность к соответствующему адвокатскому образованию адвоката, в отношении которого ставится вопрос о возбуждении дисциплинарного производства, реквизиты соглашения об оказании юридической помощи (если оно заключалось) и (или) ордера;

6) конкретные действия (бездействие) адвоката, в которых выразилось нарушение им профессиональных обязанностей;

7) обстоятельства, на которых лицо, обратившееся с жалобой, представлением, сообщением, основывает свои требования, и доказательства, подтверждающие эти обстоятельства;

8) перечень прилагаемых к жалобе, представлению, сообщению документов.

Президент адвокатской палаты субъекта Российской Федерации не позднее десяти дней со дня поступления 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 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 профессионального поведения адвокатов, 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.

Совет при принятии решения по дисциплинарному производству, помимо применения мер дисциплинарной ответственности, может обязать адвоката возместить ущерб, причиненный доверителю нарушением, повлекшим применение мер дисциплинарной ответственности.

Разбирательство по дисциплинарному производству осуществляется в Совете адвокатской палаты в закрытом заседании.

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, за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей в 2007—2008 г. к дисциплинарной ответственности привлечено 4376 адвокатов. Прекращен статус 938 адвокатам (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 удовлетворены³⁶⁵.

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.**

³⁶⁵ Отчет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2007 г. по апрель 2009 г. // <http://www.fparf.ru>

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 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»)»³⁶⁶.

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 поло-

³⁶⁶ СПС «КонсультантПлюс» по сост. на 10 января 2010 г.

жении 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 коллизий³⁶⁷.

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.

Примечание. К данной теме в конце книги имеется соответствующее приложение.

³⁶⁷ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. — М., 2006. — С. 59.

ГЛАВА 23

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 выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь;
- 4) порядок и размер компенсации расходов адвоката (адвокатов), связанных с исполнением поручения;
- 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 переуступле-

но 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.

За счет получаемого вознаграждения адвокат осуществляет профессиональные расходы 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.

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. Порядок компенсации расходов адвокату, оказывающему юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в порядке, установленном ст. 26 настоящего Федерального закона, определяется законами и иными нормативными правовыми актами субъектов 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, и порядок выплаты вознаграждения за оказание юридической помощи гражданам Российской Федерации бесплатно устанавливаются ежегодно советом адвокатской палаты.

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 их «платными»).

Б. На основе установленной Законом обязанности:

по обязательному участию защитника в уголовном судопроизводстве по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда;

по оказанию юридической помощи гражданам 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) и ст. 26 Закона об адвокатуре (оказание юридической помощи гражданам РФ бесплатно) отнесены 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; 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 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).

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 представителя-

ми. 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, прокурор или суд обеспечивают участие защитника в уголовном судопроизводстве, и такое участие относится к указанным в п. Б, т.е. бесплатным (для клиента).

2) По оказанию юридической помощи гражданам РФ бесплатно. В соответствии со ст. 26 Закона об адвокатуре юридическая помощь гражданам Российской Федерации оказывается бесплатно в следующих случаях:

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 и здесь необходимо иметь в виду, что не все перечисленные выше категории граждан РФ подпадают под признаки данного пункта. Бесплатно юридическая помощь для гражданина РФ будет лишь в том случае, если:

а) среднедушевой доход этого обратившегося за юридической помощью гражданина будет ниже величины прожиточного минимума, установленного законом соответствующего субъекта Российской Федерации;

б) если этим гражданином будут предъявлены адвокату документы, подтверждающие его правовой статус и финансовое состояние (среднедушевой доход). Перечень документов, необходимых для получения гражданами Российской Федерации юридической помощи бесплатно, а также порядок предоставления указанных документов будет определяться законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации.

Но не зависимо ни от экономического положения, ни от других факторов во всех случаях юридическая помощь будет бесплатной для несовершеннолетних, содержащихся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних.

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.

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**.

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 промедления 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 по-

могает. 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 возмездного 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.

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 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 адвокатуре. 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 представи-

теля, 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 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 статье 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.

В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника может быть допущен 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.

Защитник участвует в уголовном деле:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, за исключением случаев, предусмотренных п. 2—5;

2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;

3) с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях:

а) предусмотренных ст. 91 и 92 УПК РФ (основания и порядок задержания);

б) применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу;

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.

Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого.

Как указано выше, защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Подозре-

ваемый, обвиняемый вправе пригласить несколько защитников. По просьбе подозреваемого, обвиняемого участие защитника обеспечивается дознавателем, следователем, прокурором или судом.

В случае неявки приглашенного защитника в течение пяти суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа — принять меры по назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение пяти суток не может принять участие в производстве конкретного следственного действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное следственное действие без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных 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, приглашенного им, невозможна, то дознаватель, следователь или прокурор принимает меры по назначению защитника. 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.

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.

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, прокурора 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 установивший описанный выше порядок (начиная от заключения соглашений с доверителями и кончая 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, 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 (ч. 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, которыми 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, прокурора 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 равнялась вообще 25 руб. в день, да и она не выплачивалась). Ныне эта сумма тоже не очень большая. В разговорах с государственными чиновниками на эту тему можно услышать такие аргументы: «Не будет же Правительство устанавливать 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, высо-

кой 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. долларов 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 государство 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. 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.

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. Для гражданских дел ситуация 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 ее «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 ярких молодых адвокатов, объединенных в юридические конторы Корпорации. В 1981 г. Корпорация субсидировала 320 программ 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 сберечь дикие земли Аляски или протестующих против строительства атомных станций. Одни выступают в защиту землеройки и темнолапого хорька, другие борются за увеличение социальных пособий, третьи — отстаивают жертв дискриминации и пр. Кто оплачивает труд этих адвокатов? Кое-что предоставляет правительство, кое-что — 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 делают чудеса. Они останавливают гигантские предприятия, они отсрочили строитель-

ство нефтепровода на Аляске, закрыли атомные электростанции и проекты их строительства, нарушающие первозданную природу. Они заставляли правительство корректировать правления в корпорациях или менять программы во многих областях жизни. Они помогли революционизировать законодательство, регулирующие взаимоотношения жильцов и домовладельцев. Они следят за работой десятков учреждений, вызывающих интерес своей работой у общественности. Так организована юридическая помощь в США³⁶⁸.

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 российском же законодательстве вопрос бесплатной юридической помощи установлен только в Законе об адвокатуре и касается только адвокатов (см. приведенную выше ст. 26 Закона). Эта норма устанавливает достаточно небольшой перечень категорий граждан и перечень ситуаций, когда юридическая помощь оказывается бесплатно. Перечень документов, необходимых для получения гражданами Российской Федерации юридической помощи бесплатно, а также порядок предоставления этих документов по закону должен определяться законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации.

Надо сказать, что оказание бесплатной помощи должно касаться не только адвокатов.

В соответствии с ч. 3 ст. 1 упомянутого Закона не является адвокатской деятельностью юридическая помощь, оказываемая работниками юридических служб юридических лиц, работниками органов государственной власти и местного самоуправления и т.д. А поэтому данная норма, а также издаваемые в ее развитие нормативные правовые акты субъектов Федерации подлежат распространению и на указанные структуры, занимающиеся оказанием юридической помощи гражданам.

В связи с обсуждаемой проблемой существенное значение имеют указания Основных положений ООН о роли адвокатов (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*

³⁶⁸ См.: Лоуренс Фридман. Введение в американское право. — М.: Изд. группа «Прогресс», Универс, 1993. — С. 206, 207.

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

Вся 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 незакон-

ных привилегиях партгосноменклатуры. 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 куса 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 заведующих юридическими консультациями. Правда, здесь имелось множество исключений, когда адвокаты на своих собраниях решительно отказывались от предлагаемых райкомами партии и исполкомами кандидатов 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 безусловно-му 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 тихонько, 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 вытравили, 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 криминализированной 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 полити-

ческих баталиях — не ее миссия. Адвокатура — это профессиональная организация, 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 — 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 полутьму 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 защиту 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 имеет место игнорирование правоохранительными органами требований новых процессуальных законов, идет неприкрытый саботаж в выполнении УПК РФ, неизвестно, что ждет ГПК РФ, но предвидится и его нелегкая судьба, не лучшим образом сказывается на инициировании 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 адвока-

там властью кандидатурах. Адвокаты в большинстве своем проявляли молчаливое равнодушие к своей будущей 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 это делать 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.



Приложения

Приложение 1 (к главе 1)

СПИСОК НАИБОЛЕЕ ИСПОЛЬЗУЕМЫХ АДВОКАТАМИ И СТУДЕНТАМИ ИСТОЧНИКОВ ПО КУРСУ «АДВОКАТУРА»

Основные

Конституция Российской Федерации.

Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Адвокатская практика. — 2002. — № 3. — Ст. 35—48.

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

Кодекс профессиональной этики адвоката.

Примерное положение о помощнике адвоката.

Примерное положение о стажере адвоката и порядке прохождения стажировки.

Положение о мерах, основаниях и порядке поощрения Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации.

Рекомендации «По обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности».

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».

Меры по защите профессиональных прав адвокатов (Пособие для адвокатов).

Положение о порядке сдачи квалификационного экзамена на присвоение статуса адвоката.

Перечень вопросов для включения в экзаменационные билеты при приеме квалификационного экзамена от лиц, претендующих на присвоение статуса адвоката.

Учебники, учебные пособия, монографии, книги

Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Бурбина. — М.: Юстина, 2003.

Мельниченко Р.Г. Адвокатура: учебное пособие. — М.: ИТК «Дашков и К», 2009.

Смирнов В.Н., Смыкалин А.С. Адвокатура и адвокатская деятельность: Учебное пособие. — М.: Проспект, 2010.

Бойков А.Д., Капинус Н.И., Тарло Е.Г. Адвокатура в России. — М.: Камарон, 2010.

Кучерена А.Г. Адвокатура в условиях судебно-правовой реформы в Российской Федерации: Монография. — М.: Юркомпания, 2009.

Адвокатура. Государство. Общество: Сборник материалов IV Всероссийской научно-практической конференции. — М.: ФПА. ООО ИД «Новый учебник», 2007.

Бойков А.Д. Третья власть. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990—1996 гг. — М., 1997.

Доступность квалифицированной юридической помощи (материалы исследования). — М.: Изд-во «Юрист», 2009.

Мирза Л.С. Доступ к правосудию (уголовно-процессуальные аспекты): Монография. — М.: Изд-во «Юрист», 2009.

Грудцына Л.Ю. Адвокатская деятельность и адвокатура в России: Курс лекций — 2-е изд. — М.: Эксмо, 2008.

Кипнис Н.М., Михайлова Л.П., Лукьянова И.Н. и др. Адвокат: навыки профессионального мастерства / под ред. Л.А. Воскобитовой, В.А. Воскобитовой. — М.: Волтерс Клувер, 2006.

Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. — (Сер. «Высшее образование»). — Ростов-н/Д: Феникс, 2005.

Власов А.А., Куксин И.Н. Адвокат в судопроизводстве: Краткий учебный курс — (Сер. «Краткие учебные курсы юридических наук») — М.: НОРМА — ИНФРА-М, 2005.

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.

Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Адвокатура в Российской Федерации: Учебник для вузов. — М.: Норма, 2005.

Вайпан В.А. Настольная книга адвоката. Постатейный комментарий к Федеральному закону об адвокатской деятельности и адвокатуре. Нормативно-методические материалы. — М.: Юстицинформ, 2006.

Вайпан В.А. Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». — М.: ИД Юстицинформ, 2003.

Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. — Тула, 2000.

Барцевский М.Ю. Организационная деятельность адвокатуры. — М.: Профобразование, 2000.

- Барцевский М.Ю.* Адвокатская этика. — М., 2002.
- Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В.* Теория адвокатуры. — М., 2002.
- Галоганов А.П.* Адвокатура России сегодня // Российская юстиция. — 2000. — № 9. — С. 30.
- Гессен И.В.* Адвокатура, общество и государство (1864—1914) // История русской адвокатуры. — М., 1997. — Т. 1.
- Гаррис Р.* Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел — Тула: Автограф, 2001.
- Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики // под ред. проф. Ф.М. Рудинского. — Волгоград, 2004.
- Зашляпин Л.А.* Основные теории эффективной адвокатской деятельности. Прелиминарный аспект. — Екатеринбург: Изд-во Уральского государственного университета, 2006.
- Адвокатская деятельность и адвокатура. Сборник нормативных актов и документов / под общ. ред. президента Федеральной палаты адвокатов Е.В. Семьяко и первого вице-президента ФПА Ю.С. Пилипенко. — М., Юристь, 2005.
- Коробейник С.А., Сергеев В.И.* Адвокатская этика — основа основ адвокатской профессии // Адвокатская практика. — 2002. — № 4. — С. 31—39.
- Кони А.Ф.* Отцы и дети судебной реформы. — М., 1914.
- Коряковцев В.В., Питулько К.В.* Руководство адвоката по уголовным делам. — М.: Питер, 2006.
- Краев Н.В.* Защита от произвола. Как обжаловать незаконные решения государственных органов и их должностных лиц. — Киров, 1998.
- Лубшев Ю.Ф.* Адвокат в уголовном деле / под ред. И.Б. Мартковича. — М.: Юристь, 1997.
- Лубшев Ю.Ф.* Адвокатура в России. Учебник для студентов высших учебных заведений. — 2-е изд., испр. — М., 2002.
- Мирзоев Г.Б.* Юридическая защита предпринимательства в России // Закон и право. — М.: Юнити, 1997.
- Мирзоев Г.Б.* Презумпция справедливости. Записки адвоката. — М.: Юнити, 2003.
- Резник Г.М.* О проблемах российской адвокатуры. Основа профессии — это доверительные отношения адвоката и клиента // Закон. — 2007 — № 12. — С. 5—10.
- Баренбойм П., Резник Г., Мозолин В.* Правовая реформа XXI века и адвокатура. — М.: Юстицинформ, 2007.
- Сергеич П.С.* Искусство речи на суде. — М., 1988.
- Сергеич П.С.* Уголовная защита. — СПб., 1913.
- Сергеев В.И.* Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: ИГ Юрист, 2002.
- Сергеев В.И.* Адвокат и адвокатура. — М.: Юнити, 2003.
- 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.
- Сергеев В.И.* Комментарий к Положению об адвокатуре. — М., 2001.

Сергеев В.И. Независимость адвокатуры: концепция и реальность // Адвокатские вести. — 2002. — № 10—11. — С. 4—7, 16—20.

Адвокат в уголовном процессе // под ред. В.И. Сергеева. — М., Юнити. 2004.

Сергеев В.И. Такая странная взятка. Судебные речи адвоката. — М., 1998.

Сергеев В.И. Проблемы становления российской адвокатуры в условиях капиталистического развития государства // Закон — 2007. — № 12 — С. 13—20.

Стецовский Ю.И. Исторический очерк формирования адвокатуры в России: Монография. — М., 2001.

Стецовский Ю.И. Адвокатура в России: истоки, традиции, современность. — М., 2002.

Шаров Г.К. Ответственность адвокатов за вред, причиненный ненадлежащим исполнением профессиональных обязанностей // Закон. — 2007. — № 12. — С. 29—33.

Бардин Л.Н. К вопросу о страховании профессиональной деятельности адвоката // Закон. — 2007. — № 12. — С. 45—48.

Дополнительные

Устав ООН.

Всеобщая Декларация о Правах человека.

Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты VIII Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.).

Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г. с изменениями и дополнениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 25 марта 1992 г., 11 мая 1994 г.).

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.).

Рекомендация Комитета Министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. № R (81) 7 «Комитет Министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию».

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».

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.).

Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/33 от 10 декабря 1985 г.).

Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.).

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».

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».

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.».

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».

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».

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия».

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 9 «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных».

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».

Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24 мая 1994 г. «Право на защиту должно быть обеспечено обвиняемому на всех стадиях судебного процесса».

Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 10 марта 1999 г. «Следователь должен согласовать с обвиняемым замену адвоката».

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».

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».

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».

Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 24 июля 1996 г. «Судья, удовлетворяя частично заявление адвоката о выплате гонорара за осу-

шествление защиты осужденного в порядке статьи 49 УПК РСФСР, должен указать в постановлении мотивы отказа во взыскании всей суммы гонорара».

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».

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».

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.

Положение об адвокатуре в РСФСР, утвержденное Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г. // ВВС. — 1980. — № 48. — Ст. 1596.

Декрет о суде № 1 // СУ РСФСР. — 1917. — № 4. — Ст. 50.

Декрет о суде № 2 // СУ РСФСР. — 1918. — № 26. — Ст. 420.

Положение о народном суде РСФСР от 30 ноября 1918 г. // СУ РСФСР. — 1918. — № 85. — ст. 889.

Инструкция об организации обвинения и защиты на суде, утвержденная постановлением НКЮ от 23 ноября 1920 г. // СУ РСФСР. — 1920. — № 100. — Ст. 543.

УПК РСФСР 1922 г. // СУ РСФСР. — 1922. — № 306. — Ст. 424.

УПК РСФСР 1923 г. // СУ РСФСР. — 1923. — № 37. — Ст. 106.

УПК РСФСР 1961 г.

УПК РФ 2002 г. (с посл. изм.).

ГПК РФ 2002 г. (с посл. изм.).

Алексеев Н.С., Макарова З.В. Ораторское искусство в суде. — Л., 1989.

Адамов Е.А. Выдающиеся ораторы древнего мира и средних веков. — М., 1961.

Арсеньев К.К. Заметки о русской адвокатуре. — СПб., 1875.

Ария С.Л. Судебные речи. — М., 1993.

Ватман Д.П., Елизаров В.Ф. Адвокат в гражданском процессе. — М., 1969.

Ватман Д.П. Адвокатская этика. — М., 1997.

Васьковский Е. Организация адвокатуры. — СПб., 1893.

Васьковский Е. Основные вопросы адвокатской этики. — М., 1905.

Вопросы адвокатуры за 2000—2002 гг.

Владимиров Л.Е. Пособие для уголовной защиты. — СПб., 1911.

Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. — М., Экзамен. 2005.

Годунов И.В. Организованная преступность — знамение века или чума современности. — М., 2002.

Девликамов А.А. Слуга Фемиды и Гермеса. — М., 2004.

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.

Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России. — М.: Пенаты, 2002.

Никитин Н.В. Преступный мир и его защитники. — М.: Эксмо, 2002.

Милицейский беспредел. Как от него защититься? — М.: ИД «Собеседник», 2009.

Ивакина Н.Н. Профессиональная речь юриста. — М., 1997.

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

Питулько К.В., Коряковцев В.В. Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». — М.: Питер, 2002.

Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. — М., 1927.

Плевако Ф.Н. Избранные речи. — М., 1993.

Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века / Сост. И. Потанчук. — Тула, 1997.

Речи советских адвокатов по уголовным делам. — М., 1975.

Речи известных русских юристов / Сост. П.М. Захаров, Е.П. Черкашина. — М., 1985.

Сергеев В.И. Адвокат и юридическая служба предприятия: опыт практического взаимодействия // Право и экономика. — 1999. — № 11. — С. 82—88.

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.

Сергеев В.И. Кому нужна необразованная Россия? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9343.html>

Сергеев В.И. Залог успешной работы адвоката — наличие честного и справедливой суда. Проблемные вопросы судебной адвокатуры в России. «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9447.html>

Сергеев В.И. Отживший ли концепт «объективная истина»? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9667.html>

Сергеев В.И. Правовое государство, или Царство абсурда? Интернет-портал «АдвокатУра» <http://pravorub.ru/9720.html>

Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность. Нормы и действительность. — М.: Дело, 2000.

Судебные речи известных русских адвокатов. — М., 1996.

Уголовный процесс: Учебник / под ред. К.Ф. Гуценко. — 4-е изд., перераб. и доп. — М., 2000.

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.

Чистяков О.И. Российское законодательство X—XX веков. — М., 1991. — Т. 8.

Уильям Бернам. Правовая система Соединенных Штатов Америки. — М.: РИО «Новая юстиция», 2006.

Некоторые образцы адвокатских процессуальных документов

А. По уголовным делам

В Сосновский районный суд
гор. Пригорска

Изотова Алексея Васильевича,

проживающего: г. Пригорск,
ул. Народная, д. 8, кв. 51

ЖАЛОБА

на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела

22 июля 2002 г. мною было подано заявление о привлечении к уголовной ответственности Дремова А.В. и Гурова С.В., виновных в смерти моей дочери Изотовой Оксаны Алексеевны, которая утонула на реке Быстрая 21 июля 2002 г.

1 августа 2002 г. я получил копию постановления об отказе в возбуждении уголовного дела по основаниям, предусмотренным п. 2 ч. 2 ст. 24 УПК РФ. В данном постановлении указано, что Гуров С.В. и Дремов А.В. к смерти моей дочери непричастны, поскольку последняя утонула, так как не умела плавать. Никаких противоправных действий в отношении моей дочери Гуров и Дремов не совершали.

Я с данным постановлением согласиться не могу, поскольку полагаю, что моя дочь не утонула, а ее утопили. И сделали это Гуров С.В. и Дремов А.В., которых видели с моей дочерью 21 июля 2002 г. Оксана действительно не умела плавать, так как с детства боялась воды, и потому не могла сама войти в реку. Накануне она поссорилась с Гуровым (с которым ранее встречалась). К тому же жители дома, расположенного недалеко от места, где нашли труп моей дочери, слышали в тот вечер крики и плач девушки.

С учетом изложенного считаю, что постановление об отказе в возбуждении уголовного дела вынесено необоснованно. Прошу суд отменить указанное постановление, направить материалы для дальнейшей проверки.

А.В. Изотов

31 июля 2002 г.

В _____ областной (краевой) суд,
Верховный Суд _____ республики
защитника осужденного _____
(фамилия, имя, отчество)

КАССАЦИОННАЯ ЖАЛОБА

на приговор суда

Приговором _____ районного (городского) суда _____
области (края, республики) от « _____ » _____ 20__ года я признан
виновным в совершении _____

(указать какого преступления)

и осужден по ч. ____ ст. ____ УК РФ _____.
(указать меру наказания, определенную судом)

С приговором суда не согласен _____
(указать мотивы и привести имеющиеся доказательства,

подтверждающие мнение осужденного, что приговор неправоуиден)

В соответствии с п. 1 ст. 355 УПК РФ

ПРОШУ:

приговор _____ районного, краевого суда, Верховного
Суда _____ республики _____
(изменить, отменить и уголовное дело прекратить,

отменить и направить на новое судебное разбирательство в суд первой или

_____ апелляциионной инстанции)

дата

подпись

Следователю _____

от адвоката _____

(ФИО)

ХОДАТАЙСТВО

о приобщении документов к материалам уголовного дела

Ознакомившись в порядке ст. _____ УПК РФ в полном объеме с мате-
риалами уголовного дела № _____, обращаю Ваше внимание на следую-
щие обстоятельства.

1. Осмотр места происшествия проводился поверхностно и формально, в
нем не отражено _____.

В удовлетворении ходатайства о дополнительном осмотре места происше-
ствия было необоснованно отказано. В связи с этим: _____

_____ (что было дополнительно сделано)

2. Согласно показаниям признанного потерпевшим _____
_____. В связи с
этим был направлен запрос в _____. На запрос был по-
лучен официальный ответ за № _____ от « _____ » _____ 200__ г.

о том, что _____

Данная справка, помимо других представленных доказательств, свидетельствует о _____.

На основании изложенного, руководствуясь ст. _____ УПК РФ,

ПРОШУ:

Приобщить к материалам уголовного дела _____, а также _____.

Адвокат _____

(ФИО, подпись)

«___» _____ 200_ г.

В СО УВД г. _____

старшему следователю _____

(звание, ФИО)

от адвоката _____

(ФИО)

ХОДАТАЙСТВО

о назначении судебно-психиатрической экспертизы

В Вашем производстве находится уголовное дело № _____ по обвинению гр. _____ по ч. _____ ст. _____ УК РФ.

При общении с подзащитным гр. _____ я обратил внимание, что он ведет себя неадекватно: возбужден, безостановочно говорит по поводу предъявленного обвинения, вопросы не слушает и не отвечает на них.

В ходе допроса при предъявлении обвинения гр. _____ сообщил, что у него были травмы головы (автомобильное происшествие) и что он обращался за медицинской помощью в _____.

Из беседы с соседями, с родственниками подзащитного я узнал, что в период _____ он обнаруживал явные признаки психических расстройств, что могут подтвердить: _____.

Из характеристики с места работы гр. _____ установлено, что причиной его увольнения было неадекватное поведение в коллективе, в быту.

На основании изложенного, руководствуясь ст. _____ УПК РФ,

ПРОШУ:

Назначить гр. _____ амбулаторную судебно-психиатрическую экспертизу, поставив перед экспертами следующие вопросы:

1. Не отмечалось ли у гр. _____ в период инкриминируемого ему деяния признаков какого-либо психического расстройства, и мог ли он отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими при совершении инкриминируемого деяния?

ПРИЛОЖЕНИЯ

2. Каково психическое состояние гр. _____ в настоящее время, может ли он отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими?

3. Не страдает ли гр. _____ в настоящее время психическим заболеванием, если да, то каков характер этого заболевания, не нуждается ли он в связи с этим в применении мер медицинского характера?

Приложение:

Адвокат _____

(ФИО, подпись)

«___» _____ 200_ г.

В СО УВД г. _____

старшему следователю _____

(звание, ФИО)

от адвоката _____

(ФИО)

ХОДАТАЙСТВО

об изменении квалификации предъявленного обвинения

В Вашем производстве находится уголовное дело по обвинению гр. _____ по ч. _____ ст. _____ УК РФ.

(суть деяния)

Ознакомившись с материалами данного уголовного дела в порядке ст. _____ УПК РФ, обращаю Ваше внимание на следующие обстоятельства.

Объективная сторона инкриминируемого гр. _____ преступления состоит в том, что _____ . Однако гр. _____ не смог довести до конца начатое им деяние по не зависящим от него причинам, поскольку _____ , что свидетельствует о покушении на совершение преступления.

Из заключения криминалистической экспертизы документов, проведенной в отношении _____ , следует, что _____ .

Следовательно, _____ , а не _____ .

(определить, указать основания переквалификации)

Из допроса потерпевшего гр. _____ следует, что он затруднился ответить, является ли для него значительным причиненный ущерб _____ в рублевом эквиваленте.

Вместе с тем _____ .

На основании изложенного, руководствуясь ст. _____ УПК РФ,

ПРОШУ:

Вынести постановление о переквалификации действий гр. _____, обвиняемого по ч. ____ ст. ____ УК РФ, на ч. ____ ст. ____ УК РФ, и предъявить гр. _____ обвинение в соответствии с новой квалификацией содеянного.

Адвокат _____

(ФИО, подпись)

« ____ » _____ 200__ г.

В _____ суд

(наименование)

от _____

(процессуальное положение, ФИО)

ХОДАТАЙСТВО

о прекращении производства по делу

Уголовное дело № _____

В судебном производстве находится уголовное дело по обвинению гр. _____ по ст. ____ УК РФ, судья _____.

(ФИО)

Полагаю, что данное дело не может быть рассмотрено в суде и должно быть прекращено по следующим основаниям: _____

_____, в том числе по ст. _____ УК РФ, ст. _____ УПК РФ.

Анализ указанных материальных и процессуальных норм УК РФ, УПК РФ позволяет сделать однозначный вывод о том, что _____

_____.
Таким образом, _____

_____, предъявленное обвинение не имеет под собой оснований _____

_____, в связи с чем производство по настоящему делу должно быть прекращено.

На основании изложенного, в соответствии с _____,

ПРОШУ:

Производство по уголовному делу № _____ в отношении гр. _____ прекратить.

(процессуальное положение)

(ФИО, подпись)

« ____ » _____ 200__ г.

Следователю СО-2 СО при УВД г. Энска
лейтенанту юстиции Березнякову С.Ю.

**защитника — адвоката Энской коллегии
адвокатов Смирнова Романа Евгеньевича**
рег. № 00/333 в реестре адвокатов Энской области,
удостоверение № 333 выдано 10 сентября 2005 г.
г. Энск, ул. Ленина, д. 12
тел. (0712) 3261218

в защиту интересов Чурилова А.В., обвиняемого
в совершении преступления, предусмотренного
ст. 162 ч. 3 УК РФ

ХОДАТАЙСТВО

В Вашем производстве находится уголовное дело по подозрению Чурилова А.В. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 162 УК РФ.

20 марта 2006 г. мною заключено соглашение с Чуриловой З.Н. на участие в качестве защитника Чурилова А.В. на время предварительного следствия в СО при ОМ № 7 УВД г. Энска.

Исходя из изложенного и руководствуясь ст. 50—53 УПК РФ, прошу:

1. Допустить меня к участию в деле в качестве защитника Чурилова А.В. с момента приема настоящего ходатайства.

2. Известить учреждение ИЗ-00/1 УИН по Энской области, что мною осуществляется защита Чурилова А.В., для беспрепятственного посещения последнего, содержащегося под стражей.

3. Все следственные действия с Чуриловым А.В. производить с обязательным моим участием, о чем заблаговременно извещать телефонограммой.

4. Ознакомить меня с протоколами следственных действий, произведенных с участием Чурилова А.В., постановлениями о возбуждении уголовного дела, привлечении в качестве обвиняемого и об избрании меры пресечения, а также заключением эксперта и иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться Чурилову А.В.

5. В случае отказа Чурилова А.В. от моих услуг в качестве защитника оформить его письменно с обязательным моим участием.

Дата

Приложение: ордер.

Подпись

**Мировому судье судебного участка № 7
Центрального административного округа г. Энска
Волкову С.Г.**

**защитника — адвоката Энской коллегии адвокатов
Смирнова Романа Евгеньевича**
рег. № 00/333 в реестре адвокатов Энской области,
удостоверение № 333 выдано 10 сентября 2005 г.
*г. Энск, ул. Ленина, д. 12
тел. (0712) 3261218*

в защиту интересов Иванова Ивана Ивановича,
обвиняемого в совершении преступления,
предусмотренного ст. 158 ч. 1 УК РФ

ХОДАТАЙСТВО

о назначении предварительного слушания и о прекращении уголовного дела

Иванову И.И. предъявлено обвинение по ч. 1 ст. 158 УК РФ, 13 мая 2006 г. утвержден обвинительный акт по данному уголовному делу, который вручен обвиняемому 20 мая 2006 г.

Иванов И.И. совершил кражу, т.е. тайное хищение чужого имущества при следующих обстоятельствах.

Иванов И.И. 15 апреля 2006 г. примерно в 7 часов, находясь в квартире № 12 дома № 5 по улице Зеленой г.Энска, где он проживает вместе с матерью Ивановой А.А. и отцом Ивановым И.П., подошел к шкафу, который расположен в комнате квартиры с целью взять свою куртку. Из кармана пальто, которое висело в шкафу и принадлежало его матери Ивановой А.А., выпали деньги в сумме 2800 руб., принадлежащие последней. Иванов И.И., увидев деньги, по внезапно возникшему умыслу из корыстных побуждений решил совершить кражу чужого имущества. С этой целью он тайно похитил 2000 руб., принадлежащие его матери, а остальные 800 руб. положил обратно в карман пальто.

Свою вину в совершении преступления Иванов И.И. признает, в содеянном раскаивается.

30 апреля 2006 г. между ним и потерпевшей по уголовному делу Ивановой А.А. было достигнуто примирение.

В соответствии со ст. 25 УПК РФ, 76 УК РФ лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред.

В соответствии с ч. 1 ст. 229 УПК РФ суд по ходатайству стороны или по собственной инициативе при наличии оснований, предусмотренных частью второй указанной статьи, проводит предварительное слушание в порядке, установленном гл. 34 УПК РФ. В соответствии с ч. 2 ст. 229 УПК РФ предва-

рительное слушание проводится при наличии основания для приостановления или прекращения уголовного дела.

В соответствии со ст. 239 УПК РФ судья может также прекратить уголовное дело при наличии оснований, предусмотренных статьями 25 и 28 УПК, по ходатайству одной из сторон.

Учитывая, что преступление, совершенное Ивановым И.И., отнесено законом к категории преступлений небольшой тяжести, Иванов И.И. ранее не судим, к уголовной ответственности не привлекался, положительно характеризуется по месту жительства и месту работы, считаю имеются основания для проведения предварительного слушания и прекращения уголовного дела за примирением сторон.

На основании изложенного,

ПРОШУ:

Провести предварительное слушание и прекратить уголовное дело в отношении Иванова И.И. по ч. 1 ст. 158 УК РФ в связи с примирением с потерпевшей.

Приложение: ордер на ведение дела,
копия ходатайства,
заявления потерпевшей и обвиняемого о прекращении
уголовного дела

Дата

Подпись

**Мировому судье судебного участка № 7 Центрального
административного округа г. Энска
Волкову С.Г.**

потерпевшей Ивановой Анны Андреевны,
проживающей по адресу: г. Энск, ул. Зеленая, д. № 5,
кв. 12

ЗАЯВЛЕНИЕ

В связи с тем, что Иванов Иван Иванович добровольно и полностью загладил причиненный мне вред, на основании состоявшегося примирения между нами прошу прекратить уголовное дело № _____ от _____ по обвинению Иванова Ивана Ивановича по ч. 1 ст. 158 УК РФ в связи с примирением сторон.

Порядок и последствия прекращения уголовного дела, предусмотренные ст. 25 УПК РФ, 76 УК РФ, мне разъяснены и понятны.

Дата

Подпись

**Мировому судье судебного участка № 7
Центрального административного округа г. Энска
Волкову С.Г.**

обвиняемого Иванова Ивана Ивановича,
проживающего по адресу: г. Энск, ул. Зеленая, д. № 5,
кв. 12

ЗАЯВЛЕНИЕ

Я, Иванов Иван Иванович, не возражаю против прекращения в отношении меня уголовного дела № _____ от _____, возбужденного по ч. 1 ст. 158 УК РФ, в связи с примирением сторон.

Порядок и последствия прекращения уголовного дела, предусмотренные ст. 25 УПК РФ, 76 УК РФ, мне разъяснены и понятны.

Дата

Подпись

Следователю СО-2 СО при УВД г. Энска лейтенанту
юстиции Березнякову С.Ю.

**защитника — адвоката Энской коллегии адвокатов
Смирнова Романа Евгеньевича**
рег. № 00/333 в реестре адвокатов Энской области,
удостоверение № 333 выдано 10 сентября 2005 г.
г. Энск, ул. Ленина, д. 12
тел. (0712) 3261218

в защиту интересов Иванова Петра Ивановича,
обвиняемого в совершении преступления, преду-
смотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ, по уголовно-
му делу № 111116

ХОДАТАЙСТВО

о переквалификации обвинения

В Вашем производстве находится уголовное дело № 111116 по обвинению Иванова П.И. в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ. В ходе предварительного следствия было установлено:

15 октября 2006 г. гражданка Иванова Мария Кузьминична обратилась в ОМ № 2 УВД г. Энска с заявлением о привлечении к уголовной ответственности неизвестных ей лиц, которые 14 октября 2006 г. в период времени с 8-00 часов до 20-00 часов незаконно проникли в принадлежащую ей квартиру 7 дома 191 «А» по ул. Ухтомского г. Энска, откуда тайно похитили вазу хрустальную стоимостью 1500 руб. и продукты из холодильника: бутылку масла подсолнечного, емкостью 1 литр, стоимостью 60 руб., колбасу вареную, мас-

сой 500 грамм, стоимостью 100 руб., чем причинили ей значительный ущерб на сумму 1660 руб.

Опрошенная по существу заявления гр-ка Иванова М.К. показала, что 14 октября 2006 г. она вместе с мужем уехала на дачу в 8-00 часов и приехали примерно в 20-00 часов. По приезду с дачи она обнаружила, что на журнальном столе в комнате отсутствует ваза хрустальная, стоимостью 1500 руб., а также в холодильнике обнаружена отсутствие 1 бутылки подсолнечного масла, емкостью 1 литр, стоимостью 60 руб., колбасы вареной, массой 500 грамм, стоимостью 100 руб. Всего был причинен ущерб на сумму 1660 руб., который для нее является значительным. Кроме того, пояснила, что у нее есть внук Иванов П.И., который с ней не проживает. Внук злоупотребляет спиртными напитками. С 1997 по 2000 г. ее внук обучался в ПУ-27 и проживал в ее квартире, в это время он мог свободно находиться в квартире. В квартире есть вещи, принадлежащие ее внуку.

Как пояснил Иванов П.И., с февраля 2006 г. он проживает у сожительницы на ул. Новая, д. 333 г. Энска. В настоящее время он работает грузчиком на оптовом овощном складе в п. Ворошнево Энского района. Так как до 2000 года он проживал у бабушки в период обучения в ПУ-27 г. Энска, знал, что бабушка часто уезжает на дачу с ночевкой, тогда же она дала ему ключи от квартиры, а когда он переехал, то ключи от квартиры у него остались. В гости к бабушке приходил редко. 14 октября 2006 г. днем примерно в 11 часов приехал к бабушке, но дома никого не оказалось, тогда он своим ключом открыл дверь, вошел в квартиру, взял из холодильника продукты: 1 бутылку подсолнечного масла, емкостью 1 литр, чтобы пожарить рыбу, колбасы вареной, массой 500 грамм, на закуску, и вазу хрустальную с журнального стола, чтобы продать и купить водки. Потом пошел на рынок, где продал вазу за 300 руб., на вырученные деньги купил водки, сигарет и хлеба. Приехав к сожительнице, он сам поджарил рыбу. О том, что продукты он взял у бабушки без ее разрешения, сожительница не знала, а он сказал, что купил на рынке. Предупредить бабушку, что он был у нее, не смог, так как у бабушки нет телефона. Ущерб, причиненный бабушке, обещал возместить полностью.

Таким образом, в действиях Иванова П.И. отсутствуют признаки состава преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ, так как незаконного проникновения в жилище Ивановой М.К. со стороны ее внука не было: ключи от квартиры ему доверила сама бабушка Иванова М.К. Ущерб, причиненный от кражи имущества Ивановой М.К., составляет 1660 руб., размер ее пенсии составляет 4100 руб., а размер пенсии ее мужа 6800 руб. При таких обстоятельствах отсутствует такой квалифицирующий признак, как значительность причиненного ущерба, так как сумма ущерба менее 2500 руб.

На основании вышеизложенного,

ПРОШУ:

действия Иванова Петра Ивановича переквалифицировать на ч. 1 ст. 158 УК РФ.

Дата

Подпись

Следователю СО-2 СО при УВД г. Энска лейтенанту
юстиции Березнякову С.Ю.

**защитника — адвоката Энской коллегии адвокатов
Смирнова Романа Евгеньевича**

рег. № 00/333 в реестре адвокатов Энской области,
удостоверение № 333 выдано 10 сентября 2005 г.

г. Энск, ул. Ленина, д. 12

тел. (0712) 3261218

в защиту интересов Иванова Ивана Ивановича,
обвиняемого в совершении преступления, преду-
смотренного п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ, по уголовно-
му делу № 111116

ХОДАТАЙСТВО

о прекращении уголовного дела

В Вашем производстве находится уголовное дело № 111116 по обвинению
Иванова И.И. в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 159
УК РФ. В ходе предварительного следствия было установлено:

Иванов И.И. 25 июля 2005 г. предложил директору ООО охранные услу-
ги. В тот же день был заключен договор на оказание охранных услуг между
охранным предприятием и ООО. Согласно договору, охрannое предприятие
должно было обеспечивать сохранность движимого и недвижимого имуще-
ства ООО в течение двух календарных месяцев, а ООО, в свою очередь, долж-
но было принять и оплатить охранные услуги. Сумма оплаты по договору со-
ставила 122 000 руб. Иванов И.И. о заключении договора никого в охрannом
предприятии не поставил в известность. Охрану же ООО осуществляли охранны
охранного предприятия, которые должны были находиться на других
охраняемых объектах. Получив денежные средства в сумме 122 000 руб., Ива-
нов И.И. присвоил их себе.

Иванов И.И. работал в охрannом предприятии в должности заместителя
исполнительного директора. В круг его служебных полномочий не входило: за-
ключение от лица Общества каких-либо договоров на охрannую деятельность;
получение ТМЦ; получение денежных сумм оплаты по договорным обяза-
тельствам Общества; самостоятельная выплата заработной платы работникам Об-
щества; исполнение управленческих функций в Обществе.

Иванов И.И. никогда не имел права подписи документов Общества, не
имел доступа к печати и иным документам Общества.

В соответствии с трудовым законодательством служебные обязанности,
т.е. конкретная трудовая функция работника, являются существенным усло-
вием трудового договора, данная правовая норма закреплена в ст. 57 ТК РФ
и является обязательной для всех категорий работодателей; призвана устано-
вить вид и объем работы, которые работник обязан выполнять, в силу свое-
го служебного положения. В связи с чем действия работника, не отнесенные

трудовым договором и должностной инструкцией к его трудовой деятельности, нельзя расценить как действия, совершенные с использованием им своего служебного положения.

Квалификация по ч. 3 ст. 159 УК РФ может иметь место только в тех случаях, когда мошенничество совершается лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации либо должностным лицом.

Поэтому в действиях Иванова И.И. отсутствуют признаки состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 159 УК РФ, а именно:

предмет мошенничества определяется законодателем как чужое имущество или право на чужое имущество, где право на имущество — это права собственника или законного владельца имущества в отношении этого имущества, имеющие какую-либо форму выражения: форму документа или предмета материального мира.

Объективная сторона мошенничества заключается в хищении чужого имущества или приобретении права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием. Потерпевший в мошенничестве сам передает имущество или право на него виновному, что является основополагающим признаком, который позволяет классифицировать деяние как мошенничество.

Соответственно, УК РФ под мошенничеством понимает хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием, где под хищением понимается совершенные с корыстной целью противоправное безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу имущества. Обязательными признаками хищения является его безвозмездность и причинение ущерба собственнику.

Возможное причинение имущественного ущерба без наличия признаков хищения (ст. 165 УК РФ), следует разграничивать с мошенничеством. Совпадая по способам деяния (обману и злоупотреблению доверием) и по тому, что и то и другое преступление причиняет имущественный ущерб, они, тем не менее, существенно разнятся. В преступлении, предусмотренном ст. 165 УК РФ, признаки хищения отсутствуют. Кроме того, различна структура имущественного ущерба: в причинении имущественного ущерба — это упущенная выгода или неполученный доход, т.е. неувеличение имущества, которое должно было произойти.

В случае, когда имущество не перешло и не находится в собственности потерпевшего, соответственно добровольная его передача (изъятие имущества) невозможна и не происходит, а обстоятельства уголовного дела возможно предполагают причинение имущественного ущерба собственнику или иному владельцу имущества путем обмана или злоупотребления доверием при отсутствии признаков хищения, когда способ причинения ущерба нематериален, неосязаем, такое деяние подлежит квалификации исключительно по ч. 1 ст. 165 УК РФ.

Считаю, что возбуждение уголовного дела в отношении Иванова И.И. по подозрению в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 159 УК РФ, не основано на нормах права и закона. В действиях Иванова И.И. отсутствуют

признаки состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 159 УК РФ, что делает обвинение Иванова И.И. по ч. 3 ст. 159 УК РФ невозможным в силу закона.

В связи с изложенным выше

ПРОШУ:

прекратить уголовное дело по обвинению Иванова И.И. в совершении им преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 159 УК РФ, по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ.

Дата

Подпись

Следователю СО-2 СО при УВД г. Энска лейтенанту
юстиции Березнякову С.Ю.

**защитника — адвоката Энской коллегии адвокатов
Смирнова Романа Евгеньевича**

рег. № 00/333 в реестре адвокатов Энской области,
удостоверение № 333 выдано 10 сентября 2005 г.

*г. Энск, ул. Ленина, д. 12
тел. (0712) 3261218*

в защиту интересов Петрова Ивана Ивановича,
обвиняемого в совершении преступления, преду-
смотренного ч. 1 ст. 158 УК РФ, по уголовному делу
№ 111116

ХОДАТАЙСТВО

о прекращении уголовного дела

В Вашем производстве находится уголовное дело в отношении несовершеннолетнего Петрова И.И., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 158 УК РФ.

Как полагают органы следствия, несовершеннолетний обвиняемый Петров И.И. родился 15 февраля 1992 г., т.е. по дню составления и подписания акта судебно-медицинской экспертизы по установлению возраста несовершеннолетнего, в котором указано, что годом рождения несовершеннолетнего Петрова И.И. следует считать 1992 г.

Установлено, что деяние, в совершении которого обвиняется несовершеннолетний Петров И.И., он совершил в мае — июне 2006 г., т.е., как полагают органы следствия, после достижения четырнадцатилетнего возраста.

Однако с такой позицией следственных органов защита согласиться не может.

Как указано в ст. 421 УПК РФ, при производстве предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу о преступлении, совершенном несовершеннолетним, наряду с доказыванием обстоятельств, указанных в ст. 73 УПК РФ, должен устанавливаться возраст несовершеннолетнего, число, месяц и год рождения.

В части 2 п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 14 февраля 2000 г. № 7 «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних» дано разъяснение, что «при установлении судебно-медицинской экспертизой возраста подсудимого днем его рождения считается последний день того года, который назван экспертами, а при определении возраста минимальным и максимальным числом лет суду следует исходить из предполагаемого экспертами минимального возраста такого лица».

Таким образом, днем рождения несовершеннолетнего Петрова И.И. следует считать 31 декабря 1992 г. (последний день года, который назван экспертами), вследствие чего он является лицом, не достигшим установленного ч. 2 ст. 20 УК РФ возраста, с которого наступает уголовная ответственность.

С учетом изложенного и в соответствии с ч. 3 ст. 27 и п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ

ПРОШУ:

1. Прекратить уголовное дело в отношении несовершеннолетнего Петрова И.И., 15 июня 1992 года рождения за отсутствием в его деянии состава преступления.

2. Отменить в отношении Петрова И.И. меру пресечения — подписку о невыезде, избранную ему в ходе предварительного следствия.

Дата

Подпись

ПРОТОКОЛ ОПРОСА ЛИЦА С ЕГО СОГЛАСИЯ

г. Энск _____
(место составления)

« _____ » _____ 201 ____ г.

Опрос начат
« _____ » час « _____ » мин _____

Опрос окончен
« _____ » час « _____ » мин _____

Адвокат _____
(наименование адвокатского образования,

ФИО адвоката, рег. № в реестре адвокатов, № удостоверения адвоката,

№ ордера на ведение дела)

В _____
(место проведения опроса)

в соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 86, п. 2 ч. 1 ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и п. 2 ч. 3 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» опросил лицо, предположительно владеющее информацией по уголовному делу № _____, по которому адвокат оказывает юридическую помощь:

1. Фамилия, имя, отчество опрашиваемого _____
2. Дата рождения « _____ » _____ 19 ____ г.
3. Место рождения _____
4. Место жительства и (или) регистрации _____
5. Телефон _____

6. Гражданство _____

7. Образование _____

8. Семейное положение _____

9. Место работы или учебы _____

телефон _____

Сведения о себе подтверждаю _____

(подпись опрашиваемого лица)

На проведение опроса соглас _____

(подпись опрашиваемого лица)

Против применения технических средств _____

(каких именно, кем именно)

возражаю/ не возражаю _____

(подпись опрашиваемого лица)

Перед началом опроса мне разъяснены положения закона, предусмотренные пунктом вторым ч. 1 ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса российской Федерации: «Защитник вправе собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи в порядке, установленном частью третьей статьи 86 УПК РФ», пунктом вторым части третьей ст. 86 Уголовно-процессуального кодекса российской Федерации: «Защитник вправе собирать доказательства путем опроса лица с его согласия», и пунктом второй части третьей ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»: «Адвокат вправе опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь».

Опрашиваемый _____

(подпись)

Мне также разъяснено, что в соответствии со ст. 51 Конституции РФ я не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК РФ.

Опрашиваемый _____

(подпись)

По данному уголовному делу мне известно следующее:

Опрашиваемый _____

(подпись)

Протокол прочитан _____

(лично или вслух адвокатом)

Замечания к протоколу _____

(содержание замечаний либо указание на их отсутствие)

Опрашиваемый _____

(подпись)

Адвокат _____

(подпись)

Следователю (дознавателю) _____

адвоката _____

(наименование адвокатского образования, ФИО адвоката,
рег. № в реестре адвокатов, № удостоверения адвоката,
№ ордера на ведение дела)

в защиту интересов _____

(процессуальный статус, ФИО лица,
интересы которого представляет адвокат)

ХОДАТАЙСТВО о вызове и допросе свидетеля

В Вашем производстве находится уголовное дело № _____ по обвинению (*подозрению*) *Ф.И.О.* _____ в совершении преступления, предусмотренного (*квалификация деяния*) УК РФ.

В ходе производства по уголовному делу _____
(*следует указать обстоятельства дела, обуславливающие необходимость допроса лица в качестве свидетеля*)

например, обвиняемый Иванов И.И., будучи допрошенным в качестве обвиняемого, показал _____,
что свидетельствует о недостаточно _____.

В соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 86, п. 2 ч. 1 ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и п. 2 ч. 3 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» мною был опрошен с его согласия гр. *Фамилия, Имя, Отчество, год и место рождения, место жительства и (или) регистрации, телефон, место работы или учебы, телефон.*

В ходе опроса гр. *ФИО* сообщил следующее: _____
(*содержание сведений, сообщенных адвокату опрошенным*)

В соответствии со ст. 159 УПК РФ следователь обязан рассмотреть каждое заявленное по уголовному делу ходатайство в порядке, установленном главой 15 УПК РФ. При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 47, 86, 119—122, 159 УПК РФ,

ПРОШУ:

вызвать и допросить в качестве свидетеля гр. *ФИО* _____

Адвокат *ФИО* _____

_____ (подпись)

« _____ » _____ 20__ г.

**Заместителю Председателя СКП РФ —
руководителю Военного следственного управления
Сорочкину А.С.**

119160, Москва, Хользунов пер., 14

**от адвоката Центральной коллегии адвокатов Москвы
Сергеева В.И.**

119034, Москва, Всеволожский пер., д.3
Тел. 695-02-24, 695-02-25;
8-916-756-59-05

ЖАЛОБА

**по уголовному делу в отношении старшего следователя
Военного следственного управления СКП РФ
по гор. Москве майора юстиции Я-ва А.Н.
(дело № 24/00/0009-09)**

Уважаемый Александр Сергеевич! Вынужден обратиться к Вам в связи с действиями следственного органа, в ведении которого находится расследование вышеназванного уголовного дела, который намерен довести его расследование до стадии обвинения майора юстиции Я-ва А.Н. в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 130 УК РФ. Данное мнение сложилось не только из оценки всего хода предварительного следствия, но и в связи с тем, что **и сами следственные работники открыто проявляют тенденциозный и обвинительный уклон**, что и предопределяет аналогичную тактику следствия. В таких условиях заданности расследования на заранее предопределенный результат исключается какая-либо возможность очередного обращения в указанный следственный орган и вынуждает меня адресовать настоящую жалобу непосредственно Вам. А поэтому в настоящей жалобе перечисляю полный «букет» допущенных нарушений по делу:

1. По моему ходатайству для выяснения психологического состояния Я-ва в момент совершения правонарушения следователем была назначена ситуационно-психологическая экспертиза, на разрешение которой поставлены вопросы, перечисленные в самом ходатайстве и постановлении следователя о назначении экспертизы. Экспертизу с учетом несколько видоизмененного нервно-психологического статуса подследственного из-за воздействия на него ряда психотравмирующих факторов (военная служба в горячей точке, напряженная работа в следственном органе вкупе с негативной обстановкой, сложившейся в ДТП с его участием и другие обстоятельства, что подтверждено материалами уголовного дела) я **настоятельно просил назначить в военном экспертном учреждении, коим предлагал признать Военный университет Министерства обороны РФ.**

Заявляя такое ходатайство, я руководствовался тем, что в этом научном учебном заведении существует очень сильная кафедра психологии, что на этой кафедре производились различные психолого-ситуационные экспертизы по многим уголовным делам, имевшим общественный резонанс, и что научные (педагогические) работники этого вуза **прекрасно владеют армейской тематикой, достаточно подготовлены в вопросах, связанных с военной, в том числе боевой, спецификой психологии личности (только по «афганско-чеченскому синдрому» написано несколько серьезных научных работ, защищены диссертации).**

Однако без каких-либо законных оснований, совершенно немотивированно (!!!) и вопреки моему требованию **данная экспертиза была назначена частным лицам (!!!)** — сотрудникам Одинцовского гуманитарного института. Очевидно, следователь К. посчитал, что в этом неизвестном не только в России, но и в Москве только что созданном институте специалисты по своей квалификации намного выше, чем в военном университете, имеющем давнюю славу крупнейшего российского военно-научного учреждения. В то же время, даже несмотря на откровенное лоббирование этих экспертиз со стороны следователя К. (или его руководителей), сам же К. при моем ознакомлении с экспертными результатами вынужден был признать некоторые недоработки экспертов, которые, как я считаю, не только ставят под сомнение выполненное исследование, но и **дают мне полное основание заявить о недопустимости данного вида доказательства.**

О недопустимости данного доказательства свидетельствует следующее:

а) в ходе экспертизы с моим подзащитным эксперты посетовали, что таких мероприятий они еще ни разу в жизни не проводили и в данном виде научной деятельности совершенно не имеют никакого практического опыта, экспертное исследование проводят впервые и не имеют представления о том, как ее проводить и оформлять. Один из экспертов вообще на протяжении всего этого «опыта» с участием Я-ва посчитал, что им исследуется ДТП, а не поставленные на разрешение экспертов вопросы. Все это свидетельствует о низком профессионализме этих лиц и о том, что они вовсе не читали представленные на экспертизу документы. Я не ставлю под сомнение их педагогические качества и научные авторитеты, основанные на присвоенных ученых званиях и научных степенях. Однако для такого рода уголовного-процессуальной деятельности, какая им предлагалась, этого мало. Назначенные следователем эксперты оказались совершенно неподготовленными и с теоретической, и с практической точек зрения, а потому полученный в таких условиях научный результат не может быть признан за доказательство вины человека в совершении преступления;

б) о низком профессиональном уровне экспертов свидетельствует также перечень научных источников, которыми они руководствовались при проведении исследования. Во-первых, в этом перечне нет ни одного (!!!) фундаментального труда, в котором бы глубоко исследовались вопросы психологии в криминальных ситуациях (а ведь экспертиза-то ситуативная); во-вторых, в нем нет ни одного (!!!) источника по военной психологии (а это было одним из основных мотивов ее проведения); в-третьих, в нем нет ни одного (!!!) труда по тематике деформации психологии человека, побывавшего в горячих

точках (о так называемых «чеченском» и «афганском» синдромах). Таких работ ныне имеется в достаточном количестве (правда, с грифами ДСП), которые могли быть применены при экспертизе Я-ва, если бы она проводилась в Университете;

в) среди вопросов, стоявших перед экспертами (4 и 6, 7 постановления), четко просматривалась необходимость **анализа психологического статуса именно военного человека, побывавшего в Чечне, работающего в военно-следственном органе**. В материалах уголовного дела имеется наградной лист Я-ва, который подтверждает участие Я-ва в боевых операциях, выполнение им служебных обязанностей в условиях, связанных с реальной угрозой жизни. Между тем данные вопросы, предполагающие исследование военной и военно-следственной психофизической специфики, полностью обойдены вниманием. Умышленно ли или в силу отсутствия профессионального опыта экспертов, мне не известно. Однако в любом случае здесь **откровенно просматривается тенденция в подходах следствия к затенению оправдывающих подозреваемого факторов и явной подгонке полученных результатов под его обвинение**. О подобных случаях фабрикация настоящего дела я писал и в своих предыдущих жалобах на имя генералов Кемарского и Самусева;

г) что касается общего уровня экспертов, то, на мой взгляд, не может быть принято за квалифицированную работу их заключение и в силу **неряшливости оформления самого документа**. Об этом свидетельствует то, что список использованных экспертами научных источников составлен **с нарушением существующих нормативов, установленных Минобрнауки РФ**. Не мое дело учить профессионалов тому, чему они сами должны учить своих студентов при написании теми курсовых и дипломных работ. Однако указать хотя бы на то, что в перечне литературы обязательно должно называться общее количество страниц использованных источников, я должен, ибо ни одна из упомянутых экспертами работ такого указания не содержит, что ставит вообще под сомнение их наличие у экспертов;

д) ну и, наконец, следует заметить, что приняв к исполнению полученное Заключение, следователь не удосужился дать ему правовую оценку и с точки зрения процессуальной формы: что это — официальный документ учебного заведения, раз подан на бланке института и заверен его печатями, или же это Заключение все-таки частных лиц?

Если экспертиза поручалась институту, то тогда в соответствии со ст. 199 УПК РФ экспертов назначает руководитель заведения (где приказ о назначении?) и он же разъясняет требования об ответственности экспертов по ст. 307 УК РФ, о чем указывается в заключении. Однако об этом в Заключении, с которым я ознакомился, ничего не говорится. Кто предупредил экспертов об уголовной ответственности или они сами себя предупредили, также не известно? Если экспертиза поручалась учреждению, то само Заключение должно в таком случае направляться следователю руководителем учреждения (!), а не экспертами. Но и этого нет. Тогда должен возникнуть вопрос о служебном подлоге. Он налицо. Если же экспертов предупредил об уголовной ответственности следователь, то об этом составляется соответствующий

протокол, но и его нет. Значит, предупреждение об уголовной ответственности — липа. Более того, если экспертиза поручалась непосредственно частным лицам, при чем тут бланки и печати??? Значит это тоже служебный подлог. И он тоже налицо. Что же это за учреждение такое, если его печатью пользуются налево и направо частные лица, заверяют свои частные бумажки? Стоит ли доверять таким частным лицам в большом, если они даже в малом мухлюют? Меня такой уголовно-процессуальный документ в виновности Я-ва совершенно не убеждает. Ибо в его научной чистоте, законности и объективности, как Вы видите, закрадываются большие сомнения. Более того, он меня убеждает в обратном **и об этом я Вас прошу после тщательной проверки вынести свое соответствующее решение.**

2. **Утверждая, что вокруг моего подзащитного искусственно создается обстановка обвинения и все наши защитительные аргументы отбрасываются прочь,** я вынужден сослаться также на то, что без нашего ходатайства и неизвестно вообще, на каком основании, ситуационно-психологическая экспертиза была назначена и потерпевшему Н. Тем самым обвинительный уклон в отношении Я-ва, избранный следственным органом, многократно (!!!) усилился. Между тем при проведении и этой экспертизы допущены грубые нарушения закона, о которых я указал в своем протоколе об ознакомлении с Заключением от 29.01.2010 г. **Считаю, что Н. к данной экспертизе следователь К. «приклеил» специально, чтобы он «сбалансировал эффект позитивного воздействия» испытуемого Я-ва на экспертов.** Этот мотив выпирает наружу и папахивает, как минимум, дисциплинарным производством.

3. Я вынужден также обратить Ваше внимание на полный идиотизм (иного определения здесь не дашь), который можно лицеизреть при чтении Заключения эксперта Л.Н.В. от 20 января 2010 г. Сама Л.Н.В. свой документ назвала просто Заключением эксперта. Фактически же это, надо полагать, Заключение лингвистической судебной экспертизы. Опять из все того же Одиноцкого института. И опять то ли сам институт проводил экспертизу, то ли частное лицо Л.Н.В., нам совершенно не ясно. Нарушения — такие же, как и при проведении вышеназванных экспертиз. Но здесь вызывает неприятие больше откровенная предвзятость следователя и его **грубейшие нарушения принципов уголовного судопроизводства, перечисленные мною в протоколе об ознакомлении с этим Заключением от 29 января 2010 г.** Поэтому повторяться не буду. При проверке этот протокол можно посмотреть, на какие аргументы я в нем ссылался.

3.1. В настоящей же жалобе я хотел обратить Ваше внимание на самой так называемой экспертизе. В соответствии с п. 1 ст. 57 УПК РФ экспертом является лицо, обладающее специальными знаниями. В данном случае предполагалось, что знаниями в области лингвистики обладает частное лицо — доцент Одиноцкого гуманитарного института Л.Н.В., перед которой следователем К. поставлены вопросы о наличии в направленной ей на исследование фонограмме слов, выраженных в неприличной форме, **и оскорблений Н.** По поводу второго вопроса об оскорблении — чуть ниже. **А сейчас — о неприличной форме, а точнее — о нецензурных выражениях.**

3.2. Надо сказать, вопросы ненормативной (обценной) лексики ныне находятся в центре многих лингвистических исследований теоретиков русского языка. Поэтому предполагалось, что если уж назначается лингвистическая экспертиза, то она с многосторонних научных позиций поможет следователю уяснить вопросы, в которых может разобраться только лицо, обладающее специальными знаниями. Но что же мы видим в действительности? Мы видим всего лишь 6 (шесть) словарей (!!!), на которых эксперт и построила свои выводы. Точнее, это не выводы, а выписки из самих словарей. Никакой иной научно-теоретической базы в Заключение не приведено и никаких вообще научных (специальных) познаний в области лингвистики не продемонстрировано. Кроме цитирования значения тех или иных слов из популярных книжек. При этом эксперт буквально дословно и **с почти любовным смакованием** воспроизводит всю нецензурную лексику, почерпнутую ею из аудиозаписи, и рядом дает пояснения, которые к этим словам даются в словарях. Даже у меня, повидавшего не одну дребедень среди всяких там «исследований», не поворачивается рука повторить эти ее «научные экзерсисы». Все, дальше весь потенциал этой «исследовательши» исчерпан. Высший класс!!! Верх научного мастерства!!! Дать звание академика, минуя профессора, присудить доктора наук без защиты диссертации!!! Шутка, конечно, хотя горькая и не смешная.

У меня вопрос в связи с этим: а что, солдатик из охраны следственного управления, которым руководит генерал Кемарский, разве не мог выполнить эту работу при хорошем объяснении, что ему надо делать и как? На мой непредвзятый взгляд, отвечаю: мог. Даже лучше бы сделал. Да еще и сократил бы бюджетные средства, выделяемые на проведение экспертизы. Почему же все-таки не назначили эту экспертизу в Военном университете? Почему нам в этом ходатайстве немотивированно отказали? Очевидно, следователь К. и здесь решил, что в Университете отсутствует надлежащая научная база для таких экспертиз. А что, в Одинцовском институте она лучше — из 6 лингвистических словарей? Осмелюсь предположить, что именно такая издевательская, с позволения сказать, экспертиза и требовалась из этого Института. Следственному управлению другой не нужно. В Университете постыдились бы писать такую галиматью, которую написала Л.Н.В. Вот почему так приглынулся этот одинцовский «светоч науки» следователю К.

А почему все экспертизы, представленные на ознакомление, датированы одним числом, а лингвистическая экспертиза даже не имеет своего номера!? И опять — да потому же. В связи с этим невольно в голове крутятся всякие сомнительные мысли: может быть, у господина К. или кого-либо из его начальников в этом институте работает кто-то из знакомых или имеется иная заинтересованность? Я прошу в связи с этим поручить проверить данный сигнал, чем заодно было бы обеспечено исполнение актуального ныне антикоррупционного законодательства. Здесь я не шучу. Действительно, прошу поручить проверить такую не основанную на деловом партнерстве связь!

И еще: почему в заключении не указано, имеет ли Л.Н.В. ученое звание, кем и когда оно было ей присвоено? То, что указано на ее служебную должность доцента, еще ничего не говорит о ее принадлежности к науке. Доцентом в учеб-

ном заведении может работать и не обязательно ученый, достаточно педагогического или даже специального образования. Если же у Л.Н.В. вообще нет ученого звания, то тогда эта экспертиза — не просто липа, а полная липа. И скрывший такой существенный факт майор юстиции К. должен понести за это соответствующее наказание.

3.3. Таким образом, эксперт Л.Н.В.полнила перечень необходимых для обвинения Я-ва доказательств, «пришив» ему все произнесенные фразы с ненормативной лексикой как неприличные и оскорбляющие достоинство потерпевшего. То есть, по сути, никакого экспертного заключения не было, а от научного лингвистического анализа диалога Я-ва с Н. Л.Н.В. попросту уклонилась. **Но обвинительная конструкция, тем не менее, удивительным образом состряпана.** В таком случае я сам вынужден проанализировать эти лингвистические тонкости, о которых Л.Н.В., как и любой гуманитарий, как и Вы, и как и я, конечно же, знает, но умолчала. Ведь их упоминание было бы невыгодно для заказчика, который уже давным-давно сконструировал уголовное обвинение невинного человека.

3.4. Итак, специалисты называют различные функции употребления ненормативной лексики в речи, а не только как форму оскорбления. Это: повышение эмоциональности речи; разрядка психологического напряжения; демонстрация раскованности, независимости говорящего; демонстрация пренебрежительного отношения к системе запретов; демонстрация принадлежности говорящего к «своим» и т.п. Нецензурная лексика в нашей стране, хотя и не одобряется некоторыми салонными и паркетными интеллигентами, однако она занимает значительное место в межличностном общении, в культуре народа, в живописи и скульптуре (например, в надписях к некоторым картинам М. Шемякина и др.), литературе (сказочник Афанасьев, поэты Лермонтов, Пушкин, Барков, писатели Юз Алешковский, Ерофеев, Пелевин, Довлатов и др.), кино, телевидении, театре, эстраде и других разговорных жанрах. Не говоря уж о таком жанре, как речь военных на плацу, в казарме, в кабинете, при расследовании уголовных дел, по телефону, в боевой обстановке и т.д., и т.п. Сюда же можно отнести и перебранку между водителями личного транспорта при выяснении отношений во время ДТП. По своей первой военной специальности мне приходилось служить под началом такого матерщинника, который матом не просто выражался, он «на нем разговаривал». Из диамата знал только мат. И адресовал он свою «обценную лингвистику» всем, в том числе и вышестоящим начальникам. И это не мешало ему быть лучшим командиром разведполка во всех ВВС, Героем Советского Союза. Светлой памяти полковник Алятин его воинское звание и фамилия.

Полагаю, товарищ генерал, такой же «лирикой» можете воспользоваться и Вы, как минимум, при чтении настоящей моей жалобы. Я сам, пройдя все муки следственной и прокурорской работы, даже не удивлюсь этому. Даже если Вы примените ее, «лирику», при встрече со мной известным «трехэтажным способом». Но поверьте, я не побегу писать на Вас после этого жалобу Вашему руководителю о привлечении Вас к уголовной ответственности по ст. 130 УК РФ. Ибо обценная лексика — это не оскорбление.

3.5. Лингвист В.И. Жельвис, на которого не посчитала нужным сослаться эксперт Л.Н.В., выделяет множество функций ненормативного словаря. (Жельвис В.И. Поле брани. — М., 2001. — С. 121 и сл.). Все не называю. Приведу лишь некоторые: *как средство установления контакта между равными людьми; средство дружеского подтрунивания или подбадривания; «дуэльное» средство; для самоподбадривания; представить себя «человеком без предрассудков»; реализация «элитарности культурной позиции через ее отрицание»; привлечение внимания; «сбить с толку»; магическая функция; патологическое сквернословие; как междометие.* Для каждого лингвиста подобное значение ненормативной лексики известно еще со студенческой скамьи. Если, конечно, студент хорошо учится, а не гоняет балду. Однако эти значения в применении к Я-ву почему-то или «позабылись», или умышленно не упомянуты. А документ-то называется «Заключением эксперта».

3.6. **Издевательство это, товарищ генерал, а не Заключение, скажу я Вам. Прикрытые наглою избиения человека громким процессуальным словом!!!** Полагаю, что гражданка Л.Н.В. и следователь К. должны ответить за такое «научное творчество». И если, может быть, Вы не найдете основания для своего негодования в части профессиональности эксперта и фальсификации обвинения следователем К., то уж за то, что одна использует гербовую печать учреждения на частном документе, а второй принимает всю эту липу за доказательство, то за одно уже это спросить по закону Вы обязаны. Ведь доцентам кафедр, даже если они и имеют ученое звание, такого права пользоваться гербовой печатью нигде не дано, как и следователю не дано права принимать такие документы, **чтобы «схарчить» своего невинного собрата.**

3.7. **Ну и, наконец, а на каком основании следователь ставит эксперту правовой вопрос «в каких словах и выражениях содержатся оскорбления Н.?»** Вопрос восприятия тех или иных слов как оскорблений — это сугубо личный, индивидуальный вопрос, зависящий от личности, а не от того, как это слово трактуется объективно. Сам Н. в допросе на очной ставке назвал всего три слова-фразы, которые его оскорбили. Почему же следователь, используя эксперта, расширяет этот перечень субъективного восприятия Н. произнесенных в его адрес слов до неимоверных размеров, перечисленных в Заключении Л.Н.В? **Почему происходит такая процессуальная инквизиция?** Кто ее санкционирует в управлении генерала Кемарского? Убедительно прошу Вас, господин генерал, разобратся с этим и не дать разрастаться такой порочной тактике.

4. Наряду с вышеназванными фактами нарушений прав моего подзащитного хотел бы обратить Ваше внимание также и на многочисленные другие нарушения.

В частности, ни в материалах доследственной проверки, проведенной майором юстиции К., ни в последующих, вынесенных им актах, не указаны существенные обстоятельства по делу, которые могли совершенно по-другому квалифицировать правонарушение Я-ва в той, конкретной обстановке ДТП, в которой он оказался. В частности, следствием проигнорировано то, что:

совершенные Я-вым действия были сыницированы и грубо спровоцированы самим Н. Цель данной провокации просматривалась в откровенном сборе и фиксации журналистского материала для радио-шоу под названием «Право руля» на радиостанции «Маяк». **В качестве подтверждения данной версии служат имеющиеся в материалах проверки:**

данные о том, что «потерпевший» имеет непосредственное отношение к этой радиостанции и программе, в которой после «инцидента» и были озвучены результаты устроенной им провокации. При этом следует признать, что действия Н. (судя по аудиозаписи) постоянно корректировались по телефону знакомым ему человеком (ориентировочно — ведущим шоу-программы «Право руля» журналистом Т.);

объяснения Я-ва о поведении Н., который своими провокационными действиями умышленно вызывал негативную ответную реакцию и создавал скандальный фон в отношениях сторон дорожного инцидента (высказывание отрицательного мнения «о людях в погонах»; заявление о том, что «таких ублюдков вообще надо доить»; обман, связанный с отказом от намерений не вызывать ГИБДД после получения 5000 руб.; совершение механических движений, направленных в сторону Я-ва; громкие и неадекватные крики об избииении и т.д.). Данные объяснения последовательны, присутствуют с самого первого общения Я-ва с представителями следственного органа, коррелируются с создавшейся ситуацией, логически вытекают из характера возникших взаимоотношений сторон конфликта, а поэтому оснований им не доверять не имеется;

объективные действия «потерпевшего» накануне происшествия и после него: сначала пропустил перед своей машиной автомобиль Я-ва, а когда увидел в нем водителя в военной форме, «подставился» под нее, чем допустил водительскую некорректность и «подвел другую сторону под статью» КоАП, а себя обратил в пострадавшего, а также последующие действия Н., связанные с получением «совета» у ведущего программы в радио-шоу Т., нахождением в машине Я-ва (как он там оказался и, главное, — зачем?), тенденциозно задаваемыми вопросами Я-ву, в содержании которых уже усматривались элементы лжи и провокационности (напр. «У вас что, принято пугать?», хотя никакого запугивания не было и т.д.), передача в радиопрограмму пленки аудиозаписи, которая велась вне зависимости от характера поведения Я-ва и задолго до его эмоционального «взрыва»;

участие в данном инциденте под «псевдонимом Чахов». Согласно Википедии **псевдоним** (греч. — «ложное имя») — имя (антропоним), используемое человеком **в той или иной публичной деятельности** вместо настоящего (данного при рождении, зафиксированного в официальных документах). Прошу заметить — именно в публичной деятельности, а не в частной. Из аудиозаписи, приложенной Н. к своему заявлению, видно, что он представился правоохранителю Т. фамилией «Чахов». В западной культуре, как, впрочем, и в России, псевдонимами чаще всего пользуются деятели литературы и искусства. **В данном случае наличие псевдонима с абсолютной неопровержимостью свидетельствует, во-первых, о работе Н. в качестве штатного корреспондента СМИ, выполняющего функции по сбору информации, компрометирующей правоохра-**

нительные органы и их сотрудников, а во-вторых, о его публичной, а не частной деятельности в момент происшедшего инцидента;

объяснения журналиста Т. о давнем сотрудничестве (!!!) с Н. Но для такого сотрудничества необходимо постоянно «выдавать на гора» актуальный и свежий материал для подготовки шоу-программ о водителях, чиновниках и сотрудников ГИБДД. Подобная необходимость нередко приводит к провоцированию ситуаций на дорогах для изготовления «смотрибельных» или приемлемых для скандальных радиопостановок сюжетов. Кроме того, данное сотрудничество, использование псевдонима в публичной деятельности при производстве скрытой аудиозаписи **свидетельствует об информационной журналистской направленности действий Н., которые в описанном выше случае, хотим мы того или не хотим, но попадали под действие Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 24 июля 2007 г.);**

переработка аудиопленки в редакции радио с целью ее воспроизведения в эмоционально разоблачительном русле, т.е. в духе самой программы и целей ее деятельности, что и было продемонстрировано в радиопередаче, а затем в прессе (газета «Известия»);

объяснение звукорежиссера на радио «Маяк» С.Ю. о том, что **программа «Право руля» призвана освещать негативную ситуацию, возникающую между участниками ДТП и сотрудниками ГИБДД**, а также о том, что аудиозапись разговора участников ДТП Я-ва и Н. ей была передана редакцией «Право руля». «Эту аудиозапись продолжительностью примерно 12 минут в редакцию предоставил участник ДТП Н»;

скандальный характер озвучиваемых сюжетов в названном радио-шоу.

Как усматривается из теории уголовного права, **смысловым содержанием провокации признается подстрекательство кого-либо к заведомо вредным для него действиям** (См.: Словарь иностранных слов. — М., 1990. — С. 410.). По определению русского юриста Н.С. Таганцева, провокатор — «это тот, кто возбуждал к преступлению с целью предать совершителя правосудию и подвергнуть его ответственности» (Таганцев Н.С. Русское уголовное право. — Т. 1. — СПб., 1902. — С. 769.).

Так же понимали деятельность провокатора и другие видные русские ученые (См.: Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. — М., 1912. — С. 389; Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. — Киев, 1904. — С. 215; Пусторослев П.П. Русское уголовное право. — Т. 1. — Юрьев, 1907. — С. 499.). Немецкие криминалисты Гласер и Гепп провокатором предлагали считать того, кто определил другого к преступлению с единственной целью — предать его в руки правосудия (См.: Glaser. Zum Lehre vom Dolus bei Austifter Gerichtsaal. 1858. S. 33; Hepp. Neues Archiv. 1848. S. 306.).

Таким образом, в действиях Н. невооруженным глазом обнаруживаются признаки самой откровенной журналистской (именно журналистской) провокации, совершенной им по всем правилам психологической техники с целью вывести другую сторону в дорожном инциденте (личность заведомо неуважаемую «потерпевшим» — человека в погонах и сотрудника правоохранительных органов) на запредельно эмоциональный уровень скандала, а затем использовать этот скандал

в очередной скандальной же радиопередаче и Интернет-сайте. И чтобы не увидеть всего этого, следствию необходимо быть или абсолютно ангажированным лицом, или выполнять чей-то заказ, чтобы «расчистить место в Москве для своего человека», используя для этого формальный повод для расправы с Я-вым.

При расследовании дела совершенно не дается никакой оценки ни этому обстоятельству, ни тому факту, что Н. именно «собирал» информацию или использовал каждый «подходящий» для этого момент в целях ее использования для скандальной передачи, о чем также свидетельствуют: — *нахождение в постоянной «боевой готовности» имеющейся у него спецаппаратуры; — пользование так называемым журналистским «псевдонимом», — объективное поведение Н. по вызову в свой адрес негативной реакции (дважды садился в автомобиль Яковлева, чем вторгался в его частную жизнь, провоцировал «развитие» событий; записывал тайно, т.е. без согласия владельца автомобиля, разговор с ним); высказывал оскорбительные фразы; старался инициировать драку и возбуждал сотрудника милиции к жалости и защите и т.д. О мотивировке провокации и явном сборе журналистских сведений свидетельствуют также проскальзываемые в аудиозаписи слова Н. следующего содержания: «Я в форуме выложу...» (имелась в виду целевая установка на раздувание скандала и намерение разместить запись разговора на сайте Интернета, а также намечавшиеся перспективы размещения информации по времени «А если в четверг она выйдет?» и т.д.*

В нашей стране со времен разоблачения незаконной деятельности органов НКВД не культивируется подобная нелегальная «активность» граждан. Даже правоохранительным органам, проводящим оперативно-розыскную деятельность, и тем запрещено «подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий». (См. Федеральный закон от 1 августа 2007 г. о внесении изменений и соответствующей поправки в Закон «Об оперативно-розыскной деятельности»). Но если совершение провокаций запрещено официальным органам, то почему эти провокации должны использоваться на бытовом уровне или в журналистской практике и почему правоохранительные органы должны их поощрять, тем более, когда речь заходит даже о провокации в отношении собственного работника и его уголовным преследовании?

5. Основным доказательством при расследовании уголовного дела следователем признается аудиопленка с записью на магнитофон происшедшего разговора между Я-вым и Н. Все остальные имеющиеся в деле доказательства вины Я-ва являются производными от основного, а поэтому в качестве допустимых доказательств приниматься не должны.

С точки зрения норм закона о доказательствах (ст. 74, 84 УПК РФ) подобная пленка не могла быть положена в основу допустимых оснований для возбуждения дела, поскольку не относилась и не относится ни к одному из указанных в данных нормах предметов (и документов). Кроме того, произведенная подобным образом диктофонная запись не является доказательством и потому, что, во-первых, она добыта способом, не предусмотренным УПК РФ, а, во-вторых, правомерность ее производства вызывает сомнение (по делу не известно, кто, когда, в какое время, какой аппаратурой (шпионской или бы-

товой) производил аудиозапись, между кем и кем велся записываемый разговор, когда начата запись разговора и когда закончена, почему на пленке просматриваются большие перерывы, резкая смена режимов звучания, данная запись вообще никак не «привязана» к происшедшему событию — ДТП и т.д.).

Выше я указал, что Н. действовал под журналистским псевдонимом «Чархов» и, ведя тайную (скрытую) запись разговоров с Я-вым, откровенно собирал информацию для радиопередачи в «Право руля». **Между тем в соответствии с п. 3 ст. 50 Закона «О средствах массовой информации» распространение сообщений и материалов, подготовленных с использованием скрытой аудиозаписи, допускается только, если демонстрация записи производится по решению суда.**

Поскольку такового у Н. не имелось, в соответствии с ч. 3 ст. 7 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением норм УПК о познавательной деятельности, предшествующей уголовно-процессуальному доказыванию или сопровождающей ее, являются недопустимыми. **Познание, результаты которого имеют доказательственное значение, должно осуществляться в строгом соответствии с нормами УПК (Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. — М.: Наука, 1968. — С. 296).**

Пункт 1 ст. 86 УПК РФ гласит: «Собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства путем проведения следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим кодексом. В части 2 данной нормы указано, что потерпевший также вправе собирать и представлять письменные документы и предметы — но не вести запись переговоров для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

Принимая полующую «потерпевшим» Н. аудиозапись как основание для признания Я-ва подозреваемым по делу следственным органом, к сожалению, не было учтено, что указанная аудиозапись проведена лицом, не имеющим права осуществлять процессуальные действия по уголовному делу, а значит, является недопустимым доказательством по смыслу п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ.

Согласно ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» запрещается проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных) для негласного получения информации лицами, не уполномоченными на это законом. Не допускается такая деятельность и агентами средств массовой информации, даже если они и имеют оперативный «псевдоним».

Статья 23 Конституции РФ определяет, что каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничения этого права допускаются только в судебном порядке на основании решения суда. **Пункт 11 ч. 2 ст. 29 УПК РФ** прямо предусматривает, что только суд правомочен принимать решения о контроле и записи телефонных и иных переговоров.

В данном случае запись разговора с Я-вым была произведена в его личной машине, что свидетельствует о вероломном вторжении Н. в частную жизнь другого человека. Произведенная Н. запись определила к тому же ее некачественный уровень, что может, кроме всего прочего, существенным обра-

зом с учетом вышеизложенного мотива на эту запись привести к непоправимой ошибке в юридической квалификации действий Я-ва и процессуальному произволу.

В целом произведенная подобным образом запись вызывает сомнение еще и потому, что лицо, ее производившее, записало (а затем воспроизвело на радио) только те отрезки разговора, которые выгодны ему, и не воспроизвело (оставило за пределами записи) эпизоды, которые ему не выгодны. **В том числе оставлен «за кадром» разговор с Я-вым, предшествующий записи, в том числе о неуважительном отношении Н. к людям в погонах и сотрудникам правоохранительных органов, о том, что «таких ублюдков надо доить» и другие обидные и задающие самолюбие военного человека выражения.** А поэтому, исходя из вышеизложенного, следует заключить, что содержание записи разговора подогнано под желаемый Н. и его консультантам по радио результат, а значит, она должна быть признана сфальсифицированной.

Она не может быть принята в качестве доказательства и потому, что выполнена скрытно от другой стороны. С точки зрения этической, скрытая запись уже ставит одного человека по сравнению с другим в неравное положение: один знает, что все сказанное может быть использовано против него, а другой — нет. Негласность в данном деле и состоит именно в том, что записываемый не был предупрежден о ведущейся записи, как это делается при совершении уголовно-процессуальных действий.

И если подобное совершенно недопустимо при расследовании уголовных дел, то почему оно должно признаваться допустимым, если совершается на бытовом уровне. Всякая подобная запись, выполненная вне рамок уголовного процесса, конечно, на бытовом уровне использована может быть (да и то с определенным допуском, ограничивающимся законом о защите частной жизни граждан). Но она никак не может использоваться в качестве правомерного доказательства при решении вопроса об уголовном преследовании человека.

При возбуждении дела действия Н. по осуществлению тайной записи разговора с Я-вым следственным органом по РВСН были признаны частными, а потому, дескать, они не подпадали под нормы законов (УПК и «О средствах массовой информации»). Однако такое признание является необоснованным и незаконным.

Ведь в данном деле мы видим не частные, а именно публичные действия Нювикова: запись разговора с целью ее публичного освещения в СМИ. Публичные же действия подлежат регулированию законом (УПК и «О СМИ»). Ну а уж коль они признаны следствием частными, то почему же тогда они переведены в разряд публичных и используются в официальном государственном публичном уголовном преследовании человека. То, что здесь речь ведется о деле частного обвинения Я-ва, нисколько не должно влиять на правовую природу квалификации публичных действий Н. Нельзя мешать одно с другим.

Если же следственному органу все же хочется эти действия Н. считать частными, то пусть бы он тогда и использовал сделанную запись на своей кухне, в разговорах с соседками или с «правозащитниками» в скандальных, или в иных частных целях. Но никак не в публичном обвинении человека. Для публично-

го обвинения нужно соблюдать закон, в том числе и о допустимости предьявленных доказательств.

Здесь же допущена явная логическая и доктринальная подмена понятий, чего не должно быть в подобных делах, тем более в делах высшего следственного органа. **На то у нас в теории и существует разделение на частное право и публичное право. И путать эти понятия, на мой взгляд, было бы не к лицу.**

6. На мой взгляд, и с объективной, и с субъективной сторон следствие базируется **на формальных данных, внешне лишь напоминающих признаки оскорбления Н.**, что зафиксировано в аудиозаписи его разговора с Я-вым. Если же рассматривать возникшую ситуацию более подробно, то для вывода о действительно надлежащем основании для подозрения (обвинения) Я-ва необходимо было бы иметь данные о признании представленной «потерпевшим» аудиозаписи допустимым доказательством; о признании того, что назвавшийся в аудиозаписи разговор Чаховым человеком на самом деле является не Чаховым, а Н.; о признании того, что Н. не исполнял журналистские обязанности по сбору материала для радиопередачи и не провоцировал создавшуюся ситуацию после ДТП и записанный им разговор в целях демонстрации сфабрикованного скандала в СМИ. И, наконец, необходимо было иметь данные о признании того, что сказанные Я-вым в разговоре с Н. слова произнесены именно с целью нанести оскорбление человеку, унижить его честь и достоинство в неприличной форме. То есть необходимо было установить прямой или косвенный умысел. Однако ничего из перечисленного при вынесении постановления о возбуждении уголовного дела не имелось.

Между тем мы отчетливо видим, что **мотивом данных действий Я-ва являлось не стремление оскорбить человека, а иное волевое содержание его реплик с Н.** Несмотря на, казалось бы, внешне наступательный характер «общения» Я-ва с Н., его некоторая бестактность (что в конечном счете и ввело следствие, в заблуждение и направляет его по наиболее легкому пути) на самом деле является чистейшей воды психологической «обороной» беззащитного человека от цинизма провокатора, нагло обманувшего и оскорбившего честь Я-ва (на слатное жаргоне это называется «развел пацана на бабки»).

Психологическая неустойчивость состояния Я-ва в тот момент (неприятность от ДТП, за которое может наступить дисциплинарная ответственность, абсолютная невиновность в этом ДТП при формальном наличии вины в нарушении ПДД, выплата, можно сказать, ни за что 5000 руб. при существующем невыплаченном огромном кредите) привели его психику в состояние полной незащищенности от такой «тихой наглости» Н. и его координаторов, а также подспудное ощущение потенциальной вины за ДТП перед лицом своего руководства создали на образовавшемся психологическом фоне экстремальную ситуацию. При этом следственным органом почему-то не дается совершенно никакой оценки тому факту, что фактически перебранка между водителями по поводу ДТП и высказанные Я-вым в адрес Н. слова **носили обоюдно бестактный характер.** (Как отмечено выше, оснований не доверять показаниям Я-ва совершенно не усматривается, хотя провокационность Н. и не зафиксирована в целенаправленно собранной им информации.) Представля-

ется здесь очень важным, что даже сам Н. признавал в беседе с правозащитником Т. то, что «мы уже час друг с другом материмся», имея при этом в виду обоюдный скандал с Я-вым.

7. В ходе следствия до настоящего времени не дана критическая оценка показаниям Н., на мой взгляд, преждевременно признанного потерпевшим по уголовному делу. В результате этого следственным органом все процессуальные документы составляются, основываясь только на показаниях этого лица. Между тем в действительности все заявления и показания Н. являются надуманными, провокационными и не соответствующими фактическим обстоятельствам. Делаются же они Н. с целью опорочивания Я-ва, дискредитации органов Следственного комитета при прокуратуре РФ, выставлении себя мнимым пострадавшим.

Так, согласно заявлению и показаниям Н., 21 июля 2009 г. около 20 часов он попал в ДТП на своем автомобиле, который столкнулся с автомобилем Я-ва. После ДТП, со слов Н., в его адрес моим доверителем беспричинно были высказаны угрозы и оскорбления. Однако считаю, что этим заявлениям оснований для доверия нет. Об этом свидетельствует то, что в ходе очной ставки Н. заявил, что денежных средств в размере 5000 (пять тысяч) руб. за возможность неразглашения и неоформления факта данного ДТП с Я-ва он не требовал и не собирался этого делать. Однако в представленной Н. аудиозаписи четко слышны слова «...пятерочку ты получишь...», что свидетельствует о том, что со стороны Н. все же высказывания о передаче ему денежных средств были.

Кроме того, свидетель по делу — инспектор ДПС З.М.Н. в своих показаниях на очной савке подтвердил, что по приезду на место ДТП он от Н. узнал, что деньги ему уже везут два часа, и он больше ждать не намерен. Также свидетели, которым звонил Я-ев., подтверждали, что в ходе телефонных разговоров он просил привезти денежные средства в размере 5000 руб., так как у него их требовал Н. для того, чтобы разехать без оформления ДТП.

Исходя из изложенного, уже необходимо было бы прийти к выводу, что, как минимум, в данной части показания Н. не соответствуют действительности и являются насквозь лживыми. Кроме того, до настоящего времени не дана оценка тем фактам, что Н. сказал Я-ву А.Ю. в автомобиле, принадлежащем Я-ву, такие фразы: «Таких, как ты, свиней в погонах вообще доить надо»; «Я рад, что не служил в армии, так как в ней одни дебилы», которые являются оскорблениями не только в адрес самого Я-ва, но и вообще в адрес всех военных.

Свидетельством того, что Н. при развитии конфликтной ситуации умело провоцировал ее развитие, помимо вышеизложенного, свидетельствует также то, что: после получения от знакомого Я-ва денежных средств и невыполнения своих обязательств, а точнее после циничного обмана Я-ва со стороны Н., последний неоднократно подходил к нему и, видя его недовольство таким поступком, продолжал провоцировать конфликт фразами: «Я же законопослушный человек и ничего не совершил», тем самым показывая свое пренебрежение сотруднику правоохранительного органа и к тому, что он его обманул, взяв денежные средства и не выполнив своих обязательств. А выраже-

нием «А как же честь офицера» — показал, что он не придает значения своему бесчестному поступку.

При дальнейшем развитии конфликтной ситуации Н. с целью выставления себя эдакой жертвой «прокурорского произвола» и формирования выгодного для него общественного мнения неоднократно искажал факты и предоставлял лживую информацию в средства массовой информации, на страницах интернет-ресурса «Праворуля» и следствию. Так, после начала служебной проверки сотрудником ООСБ и СП ВСУ СКП РФ для получения объяснения по существу конфликта между Я-вым и Н. была поставлена задача о корректном вызове (приглашении) Н. в ВСУ СКП РФ сотрудниками ВСО по Подольскому гарнизону.

После получения данного поручения, два офицера ВСО по Подольскому гарнизону прибыли по адресу проживания Н. в гор. Подольске Московской области в военной форме одежды, на служебном автомобиле и общались только с соседями Н., а его самого дома не застали. Однако Н. после визита сотрудников ВСО по Подольскому гарнизону к нему домой беспричинно, лживо и голословно обвинил Я-ва в средствах массовой информации и в Интернете в том, что данные сотрудники были подсланы Я-вым, угрожали ему и его жизни. Это в очередной раз свидетельствует о том, что Н. не чурается преподнести лживую и несоответствующую действительности информацию для достижения своих целей и создания общественного резонанса вокру сложившейся ситуации.

Также, после опубликования Я-вым на сайте «Праворуля» своих извинений и направлении данных извинений в адрес Н., последний написал, что принимает извинения, убедился в том, что они написаны именно Я-вым и будет думать 70 суток. Однако буквально в тот же день Н. начата акция о том, что данные извинения написаны не Я-вым, а пиар-специалистами с целью «отмазать» его от ответственности. Подобное заявление «потерпевшего» также подтверждает лживость всех его слов, заявлений и показаний и несоответствие их реальности.

С целью подогреть общественный интерес к собственной персоне Н. дана также лживая информация журналисту газеты «Известия» Э. В-ву о том, что Я-ев якобы оскорблял Н., подсылая к нему двух сотрудников ВСО по Подольскому гарнизону на служебном автомобиле ПКЛ с целью оскорблений в адрес Н. и угроз его жизни. После этого Э. В-вым без должной проверки данная информация была использована в печати, что причинило Я-ву существенный вред, сказалось на его репутации и репутации его семьи. Кроме того, этим создан нездоровый ажиотаж вокруг сложившегося конфликта и сформировано незаслуженное негативное мнение вокруг самого Я-ва и правоохранительных органов. По всем правилам следственной тактики и методики все это должно было найти отражение в выносимых следователем процессуальных документах. Однако в реальности ничего такого не просматривается и в помине.

В связи с изложенным имеются все основания считать заявления и показания Н. не соответствующими действительности, явно лживыми и направленными на дискредитацию Я-ва и его имени с целью вымогательства у него

денежных средств и выставления себя как мученика и мнимого потерпевшего от действий правоохранительных органов.

8. На взгляд защиты Я-ва, все действия упомянутого «деятеля журналистики и правозащитной структуры» не укладываются в критерии общегуманного измерения из-за его откровенных антиобщественных установок (циничное высказывание о людях в погонах, сотрудников правоохранительных органов, уклонение от службы в армии и откровенное бравирование этим), **что само по себе уже вынуждало к адекватной реакции любого нормального человека.** Лично я бы в описанной ситуации этому «правозащитнику» хорошенько начистил физиономию, несмотря на мой пожилой возраст. Полагаю, что такая деятельность, которая сопровождалась всевозможными инсинуациями, многочисленными натяжками и откровенными наглыми выпадами против сотрудников правоохранительных органов не может быть поощряема самими же правоохранительными органами.

Перечисленные в настоящей жалобе обстоятельства свидетельствуют о том, что возникший инцидент между Я-вым и Н. **следовало бы отнести к мало-значительному происшествию**, совершенному, кроме того, **в состоянии нервно-психической перегрузки Я-ва.** А это согласно ч. 2 ст. 14 и ч. 2 ст. 28 УК РФ **исключает уголовную ответственность.** В этой связи вывод следственного органа о том, что «в действиях Я-ва содержатся признаки преступления», и соответственная этому выводу следственная тактика изначально неверны.

Сообщая об изложенном, я вынужден констатировать, что при производстве предварительного следствия **следственный орган демонстрирует явную трусость перед нахальным правозащитником-журналистом, уступая ему и поддаваясь психологическому напору явно враждебно настроенного к правоохранительным органам СМИ.** Названные в настоящей жалобе нарушения закона свидетельствуют о правовом произволе следователя над моим подзащитным в угоду напугавшим его шантажистам. Хотя я уже неоднократно просил остановить это процессуальное безумие. **Незначительный скандал, возникший в дорожной стычке двух водителей машин, не может быть предметом такого значительного разбирательства.** По природе самих вещей и по здравой логике. Почему ни на один мой аргумент не дано положительного и мотивированного на законе ответа, почему следствие по такому плевому вопросу ведется уже почти четыре месяца, что мешает его прекратить и ограничиться теми мерами, которые уже были приняты в отношении Я-ва (значительная потеря заработка, квартальной и годовой премий, строгое наказание по служебной линии, отстранение от должности, жуткий моральный удар). Что же еще хотят с ним сделать ребята из следственного управления РВСН?

Как защитник Я-ва. считаю, что непредвзятое рассмотрение Вами этого дела позволит принять объективное решение и прекратить уголовное преследование вашего подчиненного по любым реабилитирующим основаниям. Такие меры с Вашей стороны позволят сохранить в кадрах Вооруженных сил и правоохранительных органах этого порядочного и честного человека, высокопрофессионального юриста и достойного офицера, имеюще-

го опыт участия в расследовании сложных дел в условиях боевой обстановки в «горячей точке».

На основании изложенного, а также в связи с тем, что ни на одно мое ходатайство следственный орган не отреагировал должным образом, прошу Вас затребовать данное уголовное дело в центральный аппарат для изучения и лично вникнуть в него, чтобы не дать свершиться акту несправедливости в отношении моего подзащитного. Буду Вам признателен за беспристрастное участие и справедливое решение. Заранее благодарен за ответ в коллегиию адвокатов. Мой ордер на защиту интересов Я-ва находится в уголовном деле.

С глубоким уважением,
защитник подозреваемого, адвокат
_____ В.И. Сергеев

3 февраля 2010 г.

Примечание. Постановлением следственного органа настоящее уголовное дело в отношении Я-ва от 17 мая 2010 г. было прекращено за отсутствием состава преступления.

Б. По гражданским делам

Мировому судье Судебного участка № 3
город Серов, ул. Я. Свердлова, 26.

Истцы:

Романова Лиана Васильевна,
Романов Андрей Юрьевич,
Романов Андрей Андреевич,
проживающие по адресу:
г. Серов, ул. Ленина, д.170, кв. 40.

Ответчик:

ООО «Интерс»,
юр адрес: 107139, г. Москва, Орликов пер., д. 3, корп. 1;
адрес для переписки: 107996, г. Москва,
ул. Садовая-Черногрозская, д.10/25.

Третье лицо:

ООО ТА «Счастливый тур-Плюс»
г. Серов, ул. Л.Толстого, 23

Возражение относительно исковых требований

23 ноября 2009 г. истцами к ответчику, являющемуся туроператором в организации их туристической поездки по странам Европы в июле 2009 г., в связи с якобы допущенными нарушениями прав потребителей, в том числе по неинформированию туристов о турпродукте, подан иск о взыскании с ответчика материального ущерба, возмещении морального вреда, взыскании штрафных санкций и выполнении иных требований, **всего 10 пунктов на 15 страницах искового заявления.**

С данными требованиями не согласны по следующим основаниям:

I. Юридическая сторона.

1.1. Основаниями для своего иска (см. исковое заявление, стр. 12) истцы избрали ряд норм Закона РФ «О защите прав потребителей», ст. 131 и 52 ГПК РФ. Однако в исковом заявлении почему-то не указано ни одной нормы материального права, нарушенного ответчиком, за что мы и должны понести судебную ответственность. В связи с этим в настоящем Возражении ответчик вынужден обратить внимание суда на неверную трактовку истцами Закона о защите прав потребителей и попытку распространить его влияние на «все случаи жизни», где имеется потребитель, как таковой.

Между тем **применение данного Закона возможно лишь там, где установлены факты состоявшихся правоотношений сторон, а таковыми согласно ГК РФ, могут быть лишь отношения, основанные на сделке (гражданско-правовом договоре) или на деликте.**

Иных оснований для применения Закона о защите прав потребителей, т.е. минуя ГК РФ, ни сам закон, ни судебная практика не знают. А поэтому в связи с изложенным мы поясняем некоторые положения гражданского права в их применении к туристской деятельности, без чего невозможно юридически правильно разрешить возникшую коллизию и принять законное решение по настоящему делу.

Действительно, в соответствии со ст. 9 Федерального закона «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ (с изм., внесенными Законом от 5 февраля 2007 г. № 12-ФЗ) (далее — Закон о туризме) — туроператор отвечает перед туристами или иными заказчиками за действия (бездействие) третьих лиц.

Однако в соответствии с этой же нормой такая ответственность наступает, если федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации не установлено, что ответственность перед туристами несет третье лицо. Также туроператор отвечает перед туристами и (или) иными заказчиками за действия (бездействие), совершенные от имени туроператора его турагентами. Но и здесь такая ответственность может быть возложена на него лишь в пределах своих обязанностей (полномочий).

В подтверждение своих требований и в нарушение ст. 56 ГПК РФ истцы не предъявили суду никаких доказательств того, что в их правоотношениях по организации туристической поездки и в причинах возникших при этом недостатков выполненной услуги виновен туроператор и при этом в причинах об-

разования недостатков тура отсутствует вина третьих лиц. Кроме того, стороной истца не доказано, что требования к туроператору при осуществлении туристских услуг не выходят за пределы его полномочий. Ведь обязанность доказывания обстоятельств, на которые ссылается сторона истца как на основание своих требований вины ответчика в соответствии с ч. 1 ст. 56 ГПК РФ лежит на стороне истца.

1.2. Как видно из искового заявления и приложенных к нему документов, туристские услуги стороне истцов непосредственно были предоставлены ООО ТА «Счастливый тур-Плюс», **являющейся в данном деле турагентом. Именно с этой организацией истцы непосредственно и состояли в гражданско-правовых отношениях по предоставлению туристских услуг.** Фирма же ООО «Интерс» лишь формировала пакет этих услуг и предоставляла их туристскому агенту для реализации **неопределенному кругу лиц.** Непосредственно с истцами-туристами ООО «Интерс» в правоотношения не вступало, никаких договоров с ними не заключало и обязательств перед ними не принимало.

1.3. В соответствии с вышеназванным законом продвижение и реализация туристского продукта турагентом осуществляются на основании договора, заключаемого между туроператором и турагентом. **Турагент осуществляет продвижение и реализацию туристского продукта от имени и по поручению туроператора, а в случаях, предусмотренных договором, заключаемым между туроператором и турагентом, — от своего имени.**

1.4. Таким договором в нашем деле является **Агентский договор № 472 от 10 декабря 2008 г.**, заключенный между туроператором ООО «Интерс» и турагентом ООО ТА «Счастливый тур-Плюс». **Согласно п. 3.1 данного Договора** Принципал (ООО «Интерс») поручает, а Агент (ООО ТА «Счастливый тур-Плюс») **принимает на себя обязательство по реализации от своего имени**, но за счет Принципала туристских услуг, организуемых Принципалом. По сделкам, совершенным Агентом с третьими лицами от своего имени и за счет Принципала, **Агент приобретает права и становится обязанным, несмотря на то, что Принципал был назван в сделке или вступил в непосредственные отношения по ее исполнению.** Сделка Агента с третьими лицами считается совершенной после получения Агентом от Принципала листа бронирования и поступления на счет Принципала полной оплаты за тур.

Указанное обстоятельство составляет юридическую основу возражения ответчика против предъявленной именно к нему ответственности якобы за невыполнение им своих обязательств перед третьими лицами (туристами). Хотя, как указано выше, туроператор ни в какие сделки и договорные отношения с ними (третьими лицами) не входил и никаких обязательств перед ними не принимал. Более того, обязанным перед ними в силу вышеназванных норм Договора, а также в силу **требований ст. 153, 420, 425, 1005 ГК РФ** становится Агент. Так, в соответствии с **п. 1 ст. 1005 ГК** по агентскому договору одна сторона (агент) **обязуется** за вознаграждение совершить по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия **от своего имени**, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

В данном случае Агент — ООО ТА «Счастливый тур-Плюс» действовал от своего имени и потому стал обязанным перед туристами именно он (!!!).

1.5. В соответствии со ст. 10 Закона о туризме реализация туристского продукта осуществляется на основании договора, заключаемого в письменной форме между туроператором и туристом и (или) иным заказчиком, а в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом, — между турагентом и туристом и (или) иным заказчиком. Указанный договор должен соответствовать законодательству Российской Федерации, в том числе законодательству о защите прав потребителей. Таким образом, турагент — ООО ТА «Счастливый тур-Плюс» должен был заключить соответствующий договор с туристом и тем самым принять на себя обязательство по реализации турпродукта.

1.6. В соответствии с п. 4.1.5 вышеназванного агентского договора от 10 декабря 2008 г. № 472 Агент при продаже тура своему клиенту на маршруты Принципала в обязательном порядке заключает с клиентом (туристом) договор на условиях типового «Договора о предоставлении туристских услуг ООО «Интерс»», который является неотъемлемой частью агентского договора и приложением к нему под № 3.

Между тем при реализации оспоренного тура истцам Агент нарушил указанные требования агентского договора и не заключил с ними предусмотренного приложением № 3 договора на предоставление туристских услуг. Вместо этого Агент заключил с туристами (истцами) не предусмотренный ни ГК РФ, ни Законом о туризме, ни Агентским договором Договор поручения от 15 июня 2009 г. № RD-8080. Предметом данного договора явилось выполнение поручения туристов по бронированию и оплате комплекса услуг и получению выездных документов (ваучера, авиабилета, страховки) для осуществления туристской поездки. Однако на данный вид договорных отношений с клиентами Агент не был уполномочен и в этом случае он неправоммерно уклонился от своих обязательств, предусмотренных вышеназванными нормами ГК РФ и Агентского договора.

1.7. В соответствии с Правилами оказания услуг по реализации туристского продукта, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 18 июля 2007 г. № 452, если исполнителем является турагент, то он обязан сообщить потребителю наряду с информацией, указанной в пунктах 5, 7 и 8 настоящих Правил, сведения о полномочиях турагента совершать юридические и фактические действия по реализации туристского продукта.

По требованию потребителя турагент предоставляет потребителю информацию о существенных условиях договора, заключенного между туроператором и турагентом, реализующим туристский продукт, сформированный туроператором. В соответствии с п. 10 Правил при заключении договора о реализации туристского продукта исполнителем доводятся до сведения потребителя настоящие Правила, а также иная предусмотренная информация.

1.8. В соответствии с разделом IV Правил установлен соответствующий Порядок заключения, исполнения, изменения и прекращения договора о реализации туристского продукта. Однако требования данного раздела Агентом также были нарушены. В соответствии с п. 12 Правил договор о реализации туристского продукта между исполнителем и потребителем считается заключенным, если

между сторонами в письменной форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям этого договора. Фактически же правоотношения между Турагентом и туристами, связанными с реализацией турпродукта, сформированного ООО «Интерс», состоялись, поскольку в реальности турпродукт был реализован и Агент выполнил свои агентские обязательства перед туристами. **В то же время, как мы считаем, в результате злонамеренного акта сторон (туристов и турагента) соответствующий договор о предоставлении туристам туристских услуг был подменен не предусмотренным законом договором поручения, чем сделана умышленная попытка переложить всю ответственность по договору с турагента на туроператора. В данном случае мы вполне обоснованно усматриваем в действиях истцов откровенное злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ).**

1.9. При этом отсутствие надлежащего договора привело к тому, что стороны при возникновении непредвиденных обстоятельств не смогли реализовать положения п. 20 Правил, который гласит: «Каждая из сторон договора о реализации туристского продукта вправе потребовать его изменения или расторжения в связи с существенными изменениями обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении этого договора. К существенным изменениям обстоятельств относятся: ухудшение условий путешествия, указанных в договоре о реализации туристского продукта и туристской путевке; изменение сроков совершения путешествия; непредвиденный рост транспортных тарифов; невозможность совершения потребителем поездки по не зависящим от него обстоятельствам (болезнь потребителя, отказ в выдаче визы и другие обстоятельства). Порядок и условия изменения или расторжения договора о реализации туристского продукта в связи с существенными изменениями обстоятельств, из которых стороны исходили при его заключении, а также последствия для сторон такого изменения или расторжения (в том числе распределение между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением такого договора), определяются гражданским законодательством Российской Федерации».

Данное нарушение Агентом своих обязательств, предусмотренных Агентским договором, ГК РФ и **Правилами оказания услуг по реализации туристского продукта** привело к усугублению создавшейся нестандартной ситуации в туре, на что ссылаются истцы, и повлекло сбой в его выполнении, связанные с некоторыми временными ограничениями и регламентом тура.

1.10. В соответствии со ст. 9 Федерального закона от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (с изм., внесенными Федеральным законом от 5 февраля 2007 г. № 12-ФЗ) туроператор отвечает перед туристами и (или) иными заказчиками также за действия (бездействие), совершенные от имени туроператора его турагентами в пределах своих обязанностей (полномочий). Это значит, что, во-первых, туроператор отвечает перед туристами лишь в тех случаях, когда договор о туристском обслуживании (предоставлении туристских услуг) был заключен от его имени. Здесь же мы видим, что такой договор должен был заключаться от имени Агента. А, во-вторых, такая ответственность может быть возложена на туроператора лишь в пределах его (своих) обязанностей (полномочий).

1.11. **Обязанности и полномочия туроператора изложены в Агентском договоре от 10 декабря 2008 г. № 472.** Эти обязанности ООО «Интерс» нарушены не были. В этом же договоре предусмотрена и ответственность Агента. Так, согласно п. 6.1. Агент несет ответственность за ненадлежащее выполнение условий настоящего Договора, в том числе, но не ограничиваясь, за непредоставление или представление недостоверной информации о туре своему клиенту (туристу). Всю ответственность за исполнение договора о реализации туристского продукта, заключенного между Агентом и клиентом, несет Агент. **Если неисполнение договорных обязательств Агента перед клиентом произошло по причинам, за которые отвечает Принципал, Агент вправе адресовать Принципалу соответствующие требования клиента.** Однако никаких требований Агента по поводу недостатков выполненной услуги со стороны Агента Принципалу (ООО «Интерс») за весь период до рассмотрения данного дела в суде не поступало. В соответствии же с п. 6.2 Агентского договора объем ответственности Принципала за предоставленные клиенту услуги определяется с учетом условий Типового «Договора о предоставлении туристских услуг ООО «Интерс»» (см. разд. 6 Типового договора).

1.12. Также туроператор освобождается от ответственности в случае форс-мажорных обстоятельств, о чем имеются ссылки в Агентском договоре (п. 6.3, 6.4 Агентского договора). Об этом более подробно указано ниже в п. 2.4. настоящего Возражения.

Таким образом, изложенные выше обстоятельства свидетельствуют **об отсутствии необходимой юридической базы (норм материального права),** при нарушении которой могла бы наступить гражданско-правовая ответственность туроператора (ООО «Интерс») в соответствии с Законом «О защите прав потребителей».

II. Фактические обстоятельства.

2.1. Истец обвиняет туроператора — ответчика по настоящему делу — во множестве нарушений Закона о туризме, на которые, впрочем, в исковом заявлении совершенно не ссылается. При этом основное обвинение заключается в том, что ответчик при организации тура, **выступая исполнителем,** испортил отдых туристам, чем причинил материальный и моральный вред. Учитывая изложенные выше фактические обстоятельства дела, хотелось бы остановиться на определении понятия «исполнитель тура». В соответствии с Правилами оказания услуг по реализации туристского продукта под **исполнителем** понимаются туроператор, **который заключает с потребителем договор о реализации туристского продукта или от имени которого заключается этот договор, а также (!!!) турагент, действующий на основании договора со сформировавшим туристский продукт туроператором и заключающий с потребителем договор о реализации туристского продукта от своего имени, но по поручению и за счет туроператора** в соответствии с Федеральным законом «Об основах туристской деятельности Российской Федерации» и Гражданским кодексом Российской Федерации.

Итак, в настоящем деле туроператор никак не может выступать в качестве Исполнителя тура, поскольку он:

- а) не заключал с потребителем договор о реализации туристского продукта;
- б) от его имени также никем не заключался этот договор;
- в) туроператором не поручалась такая сделка по заключению договора на оказание услуг по реализации туристского продукта от его имени.

Поэтому какие-либо претензии к нему как Исполнителю тура со стороны истцов абсолютно беспочвенны и не основаны на законе.

2.2. Туристы (истцы) в нарушение фактически состоявшихся правоотношений с Турагентом, связанным с реализацией им турпродукта, выводят его из «игры», привлекая его к настоящему делу лишь в качестве третьего лица. Ну что ж, это их личное дело. Мало ли какими интересами они при этом руководствуются. Между тем в соответствии с вышеназванными Правилами и приведенным определением (понятием) **именно Агент является Исполнителем по реализации описанного в исковом заявлении турпродукта**, поскольку:

а) он действовал на основании договора со сформировавшим туристский продукт туроператором (Агентский договор от 10 декабря 2008 г. № 472 и приложение № 3 к нему — Типовой договор на предоставление туристских услуг);

б) именно он непосредственно заключил с потребителем договор, содержанием которого была реализация туристского продукта от своего имени, но по поручению и за счет туроператора;

в) то, что в целях избежания ответственности, Агент назвал договор с туристом другим именем (договором поручения), совершенно не имеет никакого юридического значения, поскольку правовая природа от изменения названия договора и его содержания несколько не изменилась. **Фактически — это договор на предоставление туристских услуг.**

Итак, в настоящем деле выступает в качестве Исполнителя тура именно Агент. На которого и должна была быть возложена ответственность перед туристом за изложенные им недостатки тура.

2.3. **Что касается самих недостатков**, то истцами они изложены в крайне эмоциональном, бестактном тоне и гипертрофированном виде, без ссылок на нормы материального права (договорные нормы и нормы Закона о туризме). Более того, безапелляционность претензий истцов к туроператору, применяемая ими в своих письмах, нами не могла быть воспринята как норма делового общения (при том в отсутствие гражданско-правовых отношений). Это — грубые, оскорбительные жесты, напоминающие императивные требования прокурора перед проверяемым лицом, обвиняемым к тому же в серьезных правонарушениях.

Такие наскоки после соответствующих консультаций с известными российскими юристами **нами вполне обоснованно восприняты как недопустимое обращение в деловой этике.** Считаем, что в данном случае прокурорско-повелительный тон и демонстрация своей «позиции силы», которые истцы применили по отношению к ответчику, **являются еще одним показателем слабости их правовой позиции в данном деле и попыткой путем угроз воспользоваться отсутствующие законные аргументы.** (Интересно, неужели они подобными же методами действуют и в своей профессиональной деятельности? В таком случае — горе тому региону, в котором правят такие вот «правоохранители».)

2.4. Для информации суду фактически ситуация с реализацией тура, где семья Романовых являлась туристами, развивалась следующим образом. Данная ситуация излагается по отчету гр-ки И. Тимоховой, которая выполняла обязанности гида (что входило в пакет турпродукта) в период с 10 июля по 25 июля 2009 г.

Итак, туристская группа, состоящая из 16 человек, оказалась ненабранной, что давало право туроператору в соответствии с п. 4.2.4 Агентского договора в случае недобора группы перенести дату начала тура или аннулировать его. (За неполный набор группы несет ответственность турагент.) Однако по просьбе клиентов (туристов) было принято решение не отменять тур, а пойти им навстречу. В таком случае им был предоставлен не огромный автобус, а современный микроавтобус на 16 мест марки «Мерседес», а не «Газель», как утверждают истцы в своих претензиях. Некоторые члены группы от поездки сначала отказались. Но так как большинством голосов было принято решение все же передвигаться на «Мерседесе» до его замены на автобус, согласились и они. В последующие дни был предоставлен автобус, претензий не было, экскурсии проводились, недовольства туристов не проявлялось. 14 июля в связи с празднованием в Париже Дня взятия Бастилии все музеи и другие культурные учреждения оказались закрыты, автомобильное движение по городу остановлено. Состоялось только путешествие группы на речных кораблицах. Однако недовольства туристов не было.

В последующие дни за некоторыми неувязками и тонкостями тур проходил также в нормальном эмоционально-психологическом режиме. Однако после 23 июля в связи с огромными дорожными «пробками», возникшими из-за проливных дождей (ливней) и в связи с другими погодными условиями, ритмичность движения по Европе была нарушена, а в ряде мест парализована. Это вызвало непредвиденные сбои в туре и множество замечаний со стороны туристов.

Именно во второй половине июля 2009 г. в большинстве стран Центральной Европы (Германия, Чехия, Польша и ряд других) произошли крупные дожди и ураганы, в связи с чем данные обстоятельства вполне правомерно были отнесены к форс-мажорным. Данные события являлись общеизвестными и не нуждающимися в доказывании, так как по всем средствам массовой информации, в том числе электронным, в РФ, Еврорыбос и по всем каналам телевидения, в том числе в Германии, Чехии, Польше, данная ситуация широко освещалась. В некоторых случаях последствия стихии были намного более неприятные, нежели те, которые произошли с истцами.

А поэтому в силу наличия форс-мажорных обстоятельств как природного, так и техногенного или социального характера (§1—3 Положения об обстоятельствах, освобождающих стороны от ответственности (форс-мажорная оговорка), утвержденного Торгово-промышленной палатой РФ в 1997 г. и Конвенции ООН по договорам международной купли-продажи товаров 10 марта — 11 апреля 1980 г.) стороны по любым договорам освобождаются от ответственности, а значит, таковая не может на них возлагаться и в судебном порядке.

Однако, даже несмотря на эти обстоятельства, многие туристы оставили в фирме свои положительные отзывы о туре, **которые нами прилагаются к настоящему Возражению**, как доказательство того, что не все было так мрачно, как это отобразилось в неудовлетворенном воображении истцов. Фактически, как и всякая автобусная экскурсия, где невозможно предусмотреть абсолютно все случающиеся сюрпризы, данный тур был достаточно интересным, познавательным, плодотворным. В то же время необходимо иметь в виду, что любой гражданин, решающийся на автобусные экскурсии и путешествия, должен понимать, что они связаны как с трудностями передвижения по чрезвычайно перегруженным европейским дорогам, так и с неувязками по времени, с множеством других моментов, которые зависят от динамичности самого такого вида отдыха и которые не всегда можно предусмотреть организаторам. В отличие от стационарного пребывания в санатории или пансионате, где таких неувязок, нестыковок и других проблем не возникает.

2.5. Не может быть принято во внимание и голословное утверждение истцов о том, что ответчик отказал им в ответе на претензии. Такой ответ им был дан 21 августа 2009 г. (исх. № 51).

Таким образом, истцами совершенно не доказано ни с юридической, ни с фактической стороны, что именно ответчик причинил им материальный и моральный вред. Поскольку истцы не состояли с ответчиком в договорных отношениях, постольку у них отсутствуют какие-либо правовые основания для предъявления к нему исковых требований. Нет в настоящем деле и деликтных отношений. Ведь в соответствии со ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный личности, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. А в п. 2 указанной нормы установлено, что лицо освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине, а в результате действий третьих лиц либо иных обстоятельств. В данном же деле истцами вообще не предоставлено никаких доказательств причинения вреда в результате деликта, как и не просматривается никакой вины ООО «Интерс» в совершении такого деликта.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 35 и п. 2 ч. 2 ст. 149 ГПК РФ, — **прошу:** в иске Романовой Лиане Васильевне, Романову Андрею Юрьевичу и Романову Андрею Андреевичу **ОТКАЗАТЬ**.

От ответчика — генеральный директор ООО «Интерс»
_____ **Т.С. Козловская**

Приложение: Отзывы о туре на _____ листах;
Копии настоящего возражения для ответчиков и третьего лица.

Примечание. Настоящее возражение учтено мировым судьей и в иске к турфирме было полностью отказано. Апелляционная инстанция решение мирового судьи оставила в силе, а апелляционную жалобу истцов без удовлетворения.

Председателю Верховного Суда Российской Федерации
Лебедеву В.М.

Истец:

Б-нов Эрнест Викторович,
125284, г. Москва, ул. Беговая, д.11, кв. 129

Представитель истца:

Адвокат Центральной коллегии адвокатов гор. Москвы
Сергеев Владимир Иванович
119034, г. Москва, Всеволожский пер., дом 3

Ответчица:

Б-нова Анна Васильевна,
г. Москва, пер. Васнецова, д. 11, кв. 74

Надзорная жалоба

(гражданское дело № 2-3288/09)

Решением Мещанского районного суда гор. Москвы от 15 июля 2009 г. истцу отказано в удовлетворении иска об установлении факта принятия наследства в виде объектов авторского права и исключительных прав. Кассационным определением Коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 11 августа 2009 г., Определениями надзорной инстанции Московского городского суда от 4 декабря 2009 г. и судьи Верховного Суда РФ Горшкова В.В. от 13 января 2010 г. данное решение оставлено в силе, в удовлетворении жалоб Б-нова Э.В. отказано. С данными решениями не согласны по следующим основаниям.

Обстоятельства дела нами изложены в предыдущей надзорной жалобе в Верховный Суд РФ, которую просим изучить вместе с настоящей жалобой.

Все судебные инстанции, рассматривавшие настоящий спор, не усмотрели грубых нарушений норм материального права (ст. 128, 1110, 1112, п. 2 ст. 1153 ГК РФ), повлиявших на исход дела. Однако без устранения этих нарушений невозможно восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов истца, являющегося наследником Б-нова В.С. по закону в связи с фактическим принятием не завещанного наследства — авторского права его отца. При этом выводы судей Московского городского суда Князева А.А. и Верховного Суда РФ Горшкова В.В. о том, что наши надзорные жалобы не отвечают требованиям принципа правовой определенности, совершенно противоречат материалам дела и приведенным доводам и являются надуманными. Более того, судья Горшков В.В. вообще отказался от исследования наших аргументов и ни на один из поставленных в надзорной жалобе в Верховный Суд РФ вопросов не дал конкретного ответа, сославшись на то, что таковые являлись предметом предыдущих рассмотрений дела и они правильно признаны необоснованными.

Подобный подход к проверке доводов надзорной жалобы противоречит п. 4, 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12 февраля 2008 г. № 2

«О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ». В частности, в соответствии с п. 6 указанного Постановления отмена или изменение судебного постановления в порядке надзора допустимы лишь в случае, если без устранения судебной ошибки, имевшей место в ходе предшествующего разбирательства и повлиявшей на исход дела, невозможно восстановление и защита существенно нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защищаемых законом публичных интересов. Установленный принцип правовой определенности предполагает, что суд не вправе пересматривать вступившее в законную силу постановление только в целях проведения повторного слушания и получения нового судебного постановления. Мы же в своих надзорных жалобах просили отменить незаконные судебные решения, поскольку они вынесены вопреки требованиям норм материального права, а без устранения этих нарушений невозможно восстановить нарушенные права истца. Правовой же неопределенностью, наоборот, страдают судебные решения, поскольку в них перепутаны как логическое, так и материальное понимание наследственного и гражданского права вообще, а также права интеллектуальной собственности, в частности.

Поскольку судья Горшков В.В. не ответил ни на один из наших доводов, мы вынуждены вновь повторить их, поскольку они имеют существенное значение для правильной юридической оценки всех обстоятельств настоящего дела.

Как мы указали ранее, авторское право при рассмотрении настоящего дела не было выделено в самостоятельный объект в системе объектов гражданского права. Отсюда произошли и последующие ошибки в оформлении наследства и в принятии судебных решений. Недаром, следуя этой ошибке, суды приняли за доказательство выданное ответчице свидетельство о праве на наследство, в котором ни слова не говорится о наследовании авторских прав. Как видно из данного документа, наследство, на которое выдано это свидетельство состоит лишь из долей в двухкомнатной квартире (л.д. 180). Нигде в данном документе не идет речи об авторских правах. Как не шло речи о них и в самом завещании наследодателя Б-нова В.С. (л.д. 73). Несмотря на это, все судебные инстанции признали именно Б-нову А.В. наследницей авторских прав умершего, **неправомерно применив здесь принципы признания авторского права имуществом и универсальности наследственного правопреемства.** Позволительно спросить, а на основании какой нормы материального права это сделано?

Ошибочность данных выводов заключается в том, что здесь авторские права, как интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства, отождествлены с вещными правами, что в свою очередь и привело к неверным акцентам в определении наследства. Ведь в соответствии со ст. 128 ГК РФ к объектам гражданского права относятся: — вещи, включая имущественные права; ... — результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); — нематериальные блага. А это говорит о том, что интеллектуальная собственность, а значит, и авторское право так же, как и вещи, все же является самостоятельным видом объектов гражданских прав и к вещному праву не относится. Наука гражданско-

го права именно в связи с этим и делится на четыре равнозначные подотрасли цивилистики: вещное право; обязательственное право; право интеллектуальной собственности и наследственное право.

Говоря в ст. 1112 ГК РФ о том, что в наследство входит «иное имущество, в том числе имущественные права», на что ссылаются и суды, законодатель не имел при этом в виду объекты интеллектуальной деятельности, в том числе авторское право, которое в состав имущества не входит и таковым не является по своей природе. Объясняется это тем, что законодатель проводит различие между институтом «право собственности» в вещном праве (т.е. право владения, пользования и распоряжения) и институтом «право интеллектуальной собственности». Право интеллектуальной собственности возникает на результаты, например, творческой деятельности, а не на имущество, и, хотя и относится к имущественным правам, но оно имеет отношение только к авторскому, а не к вещному праву. Право интеллектуальной собственности имеет также и особую отличительную черту в своем содержании — личные неимущественные права. **Следуя такому подходу, авторское право при наследовании по закону переходит по наследству не в соответствии со ст. 1112 ГК РФ, а в соответствии со специальной правовой нормой, т.е. в порядке ст. 29 ранее действовавшего до вступления в силу четвертой части ГК РФ Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах».** Ибо зачем тогда в закон введена эта специальная норма?

Кроме того, прошу обратить внимание на ошибочность выводов судебных инстанций о том, что к гр-ке Б-новой А.В. авторское право перешло в порядке универсального правопреемства. Ошибка заключается в том, что при наследовании по завещанию правопреемство распространяется только на тот предмет наследства, который указан в самом завещании. Универсального же правопреемства при завещании чего-то конкретного не происходит. Все остальное имущество, имущественные права и интеллектуальная собственность, не указанные в распоряжении завещателя (завещании), подлежат разделу в общем порядке в соответствии с требованием ГК о наследовании по закону (гл. 63 ГК РФ) и принципом универсальности правопреемства.

А вот при наследовании по закону наследование осуществляется действительно в порядке универсального правопреемства (т.е. принятие наследником части наследства означает принятие всего причитающегося ему, в чем бы оно ни заключалось и где бы оно ни находилось — см. абз. 1 п. 2 ст. 1152 ГК РФ). В данном случае истец — сын умершего — гр-н Б-нов Э.В. фактически принял наследство своего отца — переданные ему на хранение объекты авторского права вместе с самим авторским правом, **не входившими в предмет завещания.** Судами были тщательно исследованы доказательства, предъявленные Б-новым, о том, что фактическое принятие им наследства в виде авторских прав состоялось. Об этом свидетельствует то, что он **обеспечил их сохранность и в силу этого стал наследником того наследства, которое не вошло в имущество, перечисленное в завещании.** При этом, если такими же объектами (полотнами, скульптурами и т.д.) по праву фактического принятия наследства стала владеть и наследница по завещанию, то это нисколько не исключает прав на наследство сына умершего, как другого наследника по закону.

Однако, несмотря на это, судебными решениями наследственные права сына художника, принявшего наследство по праву фактического вступления в него и сохранившего значительную часть трудов своего отца, серьезно ущемлены. Его намерениям, связанным с благородным желанием пропагандировать творчество мастера, издавать его произведения, популяризировать их и знакомить с ними российской и международную общественность, тем самым обогащая культуру русского народа, поставлен заслон.

Подобные судебные постановления **создали совершенно недопустимую юридическую неопределенность**, связанную с нерешенностью вопросов об использовании результатов интеллектуальной деятельности умершего. Ведь культурное-то наследие и интеллектуальная собственность автора в настоящее время правомерно находятся все-таки у самого истца: он его не украл, не нагло захватил, не присвоил, оно ему передано на вечное сохранение самим мастером. В надежде на воскрешение после смерти в доброй памяти народной. **В виде добротных альбомов, организации массовых выставок, экспозиций в известных музеях и т.д.** Но если сына художника, являющегося ныне, как бы там ни было, но реальным и фактическим наследником, обладающим значительными запасами, каталогами и другим наследием своего отца, отстранить от работы, связанной с изданием авторских трудов наследодателя, то **кроме него ведь не сможет без свидетельства о праве на наследство интеллектуальной собственностью сделать подобную работу никто.** И тогда великий мастер умрет вторично (!!!). И на этот раз его имя уже навсегда забудется в памяти людей. **Неужели российский закон призван охранять именно такие абсурдистские вещи?**

Полагаем, что российское гражданское и наследственное законодательство, которому столько много места в виде цитат отведено в оспариваемых судебных решениях, не имело в виду такое толкование, каким нам его демонстрируют московские судьи и судья Верховного Суда РФ Горшков В.В. и которое в корне противоречит как правовой природе интеллектуальной собственности, так и здравому смыслу вообще. По общему правилу, в закон вложена высшая нравственная составляющая общества, а поэтому и его применение не должно противостоять этой составляющей.

На основании изложенного, в связи с существенными нарушениями норм материального права, повлиявшими на исход дела, руководствуясь ст. 128 и п. 2 ст. 1153 ГК РФ, ст. 29 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», ст. 3, 376, 377, 378, 387 ГПК РФ, — прошу:

Затребовать для изучения в Верховном Суде РФ гражданское дело по настоящему иску, после чего передать нашу жалобу для рассмотрения в судебном заседании суда надзорной инстанции с целью отмены вступивших в силу решения Мещанского районного суда г. Москвы от 15 июля 2009 г., Кассационного определения от 11 августа 2009 г. и Определения надзорной инстанции Московского городского суда от 4 декабря 2009 г. и Определения судьи Верховного Суда РФ Горшкова В.В. от 13 января 2010 г. № 5-Ф09-4297 по иску Б-нова Э.В. «Об установлении факта принятия наследства в виде объектов авторского права и исключительных прав на все творческое наследие Б-нова В.С.».

Приложение:

1. Ордер адвоката;
2. Копия решения Мещанского районного суда гор. Москвы от 15 июля 2009 г.;
3. Копия кассационного определения от 11 августа 2009 г.;
5. Копия определения надзорной инстанции Московского городского суда от 4 декабря 2009 г.;
6. Копия Определения судьи Верховного Суда РФ Горшкова В.В.;
7. Копия настоящей жалобы для ответчицы.
8. Доверенность представителя.

Представитель истца:

адвокат Центральной коллегии адвокатов г. Москвы

_____ **Сергеев В.И.**

29 января 2010 г.

Примечание. В удовлетворении настоящей жалобы отказано.

Учебно-методический комплекс по курсу «Адвокатура»

**Московский гуманитарно-экономический
институт**

АДВОКАТУРА

**Учебно-методический комплекс
по специальности 030501.65 Юриспруденция**

- **Учебная программа**
- **Тематический план**
- **Планы семинарских занятий**
- **Вопросы для подготовки к экзамену**

Автор: Сергеев В.И.

Адвокатура: Учебно-методический комплекс. — М.: МГЭИ, 2010. — 26 с.
Одобрено кафедрой гражданского и уголовного права и процесса. Протокол заседания кафедры от 25 января 2010 г. № 11. Для студентов Московского гуманитарно-экономического института, обучающихся по специальности 030501.65 Юриспруденция.

Рецензент Савин Н.А., декан юридического факультета МГЭИ, кандидат юридических наук, профессор. МГЭИ, 2010.

Предисловие

На протяжении многих веков во всех странах мира юридическое образование являлось одной из разновидностей образования гуманитарного. 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 определением «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. А поскольку и общекультурные науки, и юридические дисциплины считались гуманитарными, юрист всегда был гуманитарием — профессионалом, проявляющим лю-

бовь, внимание к человеку, уважение к человеческой личности, доброе отношение ко всему живому, защитником человеческого и человека.

Предмет «Адвокатура» относится к специальным курсам, формирующим у студентов профессиональные знания, умения и навыки юридического консультирования граждан и оказания им правовой помощи. В МГЭИ курс преподается по соответствующей программе, включенной в учебник «Адвокатура в России» под редакцией ректора института профессора Л.А. Демидовой и профессора В.И. Сергеева. В частности, в качестве дидактических 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, добровольность вступления в адвокатуру и членства в ней, самоуправление адвокатуры, гласность в деятельности адвокатов, независимость адвокатуры. В проблему, имеющую весьма важное значение для юриста любой специализации 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, служащими и в целом с самим государством. Последними изменениями к ГОС потребовано программы 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, как 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 принятием 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.

Сегодня роль и значение адвоката в общественной жизни должны становиться все более и более осязаемыми 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. Общая задача курса, таким образом, — 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 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, политологии.

Особое место в процессе обучения отводится семинарским занятиям. Предлагаемые планы семинарских занятий содержат перечень важнейших вопросов, изучаемых в рамках курса, перечень основной литературы и других источников по курсу, которыми, однако, не следует строго ограничиваться, ибо с развитием института адвокатуры появляются новые и более совершенные публикации по изучаемым темам, в том числе в многочисленных юридических журналах, газетах, в электронных средствах. Тематическими планами 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 источникам по вопросам прав человека, оказания адвокатской помощи, деятельности современной адвокатуры в России. Кроме того, приведены некоторые международные нормы и судебные акты, без которых изучение стоящих перед студентами вопросов будет неполным.

По завершении курса обучения студент обязан: *иметь представление* о месте и роли адвокатуры, как гуманитарной структуры в гражданском обществе и государстве; *знать* содержание основных международных и российских правовых источников, раскрывающих адвокатскую деятельность; *уметь* использовать полученные знания по учебной дисциплине, *обладать навыками* в работе с документами, правовыми актами, а также в практической работе с гражданами и организациями при оказании им юридической помощи и консультировании по правовым вопросам. А главное — он должен стать гуманистом в высшем понимании этого слова.

ТЕМАТИЧЕСКИЙ ПЛАН
учебного курса «Адвокатура»
Очная форма обучения. Срок обучения 5 лет. 9 семестр

№ темы	ТЕМА	Всего часов	Учебных часов	В том числе лекций	Семинарских занятий	Практических занятий	Самостоятельная работа
1	2	3	4	5	6	7	8
1	Предмет и метод курса «Адвокатура в России». Зарождение и развитие института адвокатуры. Становление и развитие адвокатуры в России, СССР и РФ	10	6	4	2	—	4
2	Адвокатура и государство в уголовном и гражданском процессе. Свобода и независимость адвокатской деятельности	10	6	4	2	—	4
3	Адвокатура — институт гражданского общества. Ее задачи и значение	10	6	4	2		4
4	Организационное устройство российской адвокатуры. Статус адвокатских образований	18	8	4	—	4	10
5	Членство в адвокатуре. Приобретение и лишение статуса адвоката	8	4	2	—	2	4
6	Участие адвоката в уголовном процессе	22	10	4	—	6	12
7	Участие адвоката по гражданским делам в судах общей юрисдикции	22	10	4	—	6	12
8	Роль адвоката в защите бизнеса и предпринимательства. Участие в арбитражном процессе	30	16	8	—	8	14
9	Нравственные основы адвокатской деятельности. Адвокат и гражданин — договорный характер правоотношений	16	8	2	2	4	8
10	Судебные прения. Участие адвоката в судебных прениях. Речь адвоката в суде	14	6	2	—	4	8
11	Проблемы применения Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»	8	4	2	2	—	4
	Экзамен						
	Всего по курсу:	168	84	40	10	34	84

ПРОГРАММА КУРСА

Тема 1

Предмет и метод учебной дисциплины «Адвокатура». Возникновение и развитие адвокатуры в России

Предмет и метод дисциплины.

Краткий экскурс и историю мировой адвокатуры*.

Адвокатура России в дореформенный период. Подготовка судебной реформы 1864 г. и проблемы создания российской адвокатуры. Судебные уставы от 20 ноября 1864 г. и организация адвокатуры. Присяжные поверенные и частные поверенные. Формирование российской адвокатской школы в 60—70-е гг. XIX в. Выдающиеся представители адвокатского сословия: Ф.Н. Плевако, В.Д. Спасович, Д.В. Стасов, С.А. Андреевский, П.А. Александров и др. Участие адвокатов в политических процессах*. Дело Веры Засулич. Изменение судебных уставов в 1866, 1869, 1871 гг. Последствия судебных контрреформ для деятельности адвокатов. Упразднение дореволюционной адвокатуры и создание адвокатуры в РСФСР (1917—1958 гг.). Декрет о суде от 22 ноября 1917 г. № 1, Декрет о суде от 7 марта 1918 г. № 2, Положение об адвокатуре от 26 мая 1922 г., Положение об адвокатуре от 16 августа 1939 г.

Действовавшее до принятия Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» законодательство об адвокатуре. Положение об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 г., УПК РСФСР от 27 октября 1960 г. с последующими изменениями. Становление российской адвокатуры после государственного переворота 1991 г. и роль адвокатуры на современном этапе. Попытки властей превратить адвокатуру в декоративный атрибут судебно-следственной системы в стране. Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. о праве на получение квалифицированной юридической помощи. Конституционные декларации и реальность.

Необходимость совершенствования организации и деятельности адвокатуры*.

Тема 2

Адвокатура и государство. Стремление к процессуальному партнерству в уголовном и гражданском процессе. Свобода и независимость адвокатской деятельности

Диалектика отношений государства и адвокатуры.

Цивилизационная и гуманитарная миссия адвокатуры.

Независимость адвокатуры от государства как основное условие декларируемого равенства сторон в судебном процессе. Предпосылки установления независимости адвокатуры. Государственное регулирование в вопросах обеспечения прав и свобод граждан и доступности квалифицированной юридической помощи.

Конституционная гарантия на получение квалифицированной юридической помощи — обязанность государства перед гражданами.

Соотношение независимости адвокатуры и государственного регулирования. Требования по обеспечению равных прав государственного обвинения и защиты по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации.

Адвокатура и чрезвычайное положение*.

Гарантии независимости адвоката.

Адвокатура и политика. Политический нейтралитет адвокатуры*.

Тема 3

Адвокатура — институт гражданского общества. Ее задачи и значение

Публичность института правозащиты. Понятия и дефиниции «адвокатура», «адвокат», «адвокатское сообщество», «гражданское общество», «государство». Адвокатура и гражданское общество на Западе и в России. О соотношении понятий «гражданское общество», «общественные объединения», «партии», «некоммерческие организации», «адвокатские образования», «государство». Противоречия формирования гражданского общества и его институтов в условиях капиталистического развития России. Адвокатская деятельность: свобода, независимость, необходимость. Реализация на практике независимости адвокатуры и адвоката при осуществлении адвокатской деятельности.

Законодательство об адвокатской деятельности. Роль международных актов о правах человека и адвокатской деятельности в жизни адвокатуры России. Основные функции адвокатуры Российской Федерации. Социально-правовая необходимость адвокатуры. Нравственная необходимость адвокатуры. Культурная необходимость адвокатуры*.

Обеспечение подозреваемому, обвиняемому, подсудимому права на защиту — конституционный принцип уголовного процесса.

Оказание бесплатной юридической помощи. Роль государства в осуществлении указанного принципа. Место адвокатуры в реализации конституционных гарантий на получение квалифицированной, в том числе бесплатной, юридической помощи*.

Правовая природа адвокатуры: независимая, негосударственная, некоммерческая, добровольная организация юристов-профессионалов, созданная для содействия адвокатам в оказании квалифицированной юридической помощи всем, кто в ней нуждается.

Задачи адвокатов — защита с использованием всех указанных в законе средств и способов прав и интересов лиц, обратившихся за юридической помощью, а равно содействие осуществлению правосудия*.

Принципы организации и деятельности адвокатуры: законность, независимость, самоуправление, корпоративность, а также принцип равноправия адвокатов.

* Дидактические единицы, отмеченные знаком*, изучаются студентами самостоятельно.

Тема 4

Организация адвокатуры. Статус адвокатских образований. Виды адвокатской деятельности

Профессиональные объединения адвокатов и их органы. Адвокатские палаты. Советы адвокатских палат. Всероссийский съезд адвокатов. Собрания (конференции) адвокатов. Прежние и нынешние коллегии адвокатов, их понятие и понятие адвокатских бюро, адвокатских кабинетов.

Традиционные и параллельные коллегии адвокатов в период до издания Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»*.

Общее собрание (конференция), президиум, ревизионная и иные комиссии коллегий адвокатов, адвокатских бюро и их полномочия.

Виды адвокатских образований, их создание и организация работы.

Юридические консультации как муниципальные учреждения адвокатуры. Организация работы в них и роль заведующего юридической консультацией*.

Виды адвокатской деятельности и юридической помощи, оказываемой адвокатами гражданам и организациям. Почему юридическая помощь не является возмездным оказанием юридических услуг?

Филиалы адвокатских образований.

Имущество объединений адвокатов и адвокатских образований*.

Учредительные документы адвокатских образований*.

Общественные объединения адвокатов*.

Соотношение понятий «некоммерческая организация», «общественное объединение», «адвокатское объединение», «адвокатская деятельность», «предпринимательская деятельность»*.

Тема 5

Членство в адвокатуре.

Приобретение и лишение статуса адвоката

Требования, предъявляемые к кандидатам в адвокаты. Порядок их принятия в адвокатуру, приобретение, приостановление и лишение статуса адвоката, отчисление и исключение из коллегии адвокатов и адвокатского бюро. Квалификационные комиссии, квалификационные экзамены. Реестры адвокатов, присяга адвоката. Сохранение статуса адвоката.

Права и обязанности адвоката как члена: адвокатской палаты, коллегии адвокатов, адвокатского бюро, юридической консультации и как участника судопроизводства. Права и обязанности адвоката, работающего в адвокатском кабинете.

Оплата труда адвокатов*.

Меры поощрения за добросовестную работу. Дисциплинарная ответственность, виды взысканий, порядок их наложения и снятия*.

Нравственные начала в адвокатской деятельности. Этические требования, предъявляемые к адвокату, участвующему в рассмотрении дела. Моральные

условия применения адвокатом средств защиты. Адвокатская тайна. Коллизионная защита. Этические принципы взаимоотношения участников уголовного и гражданского процессов.

Стажер и помощник адвоката, их правовой статус, соотношение с понятием «практикант»*.

Тема 6

Участие адвоката в уголовном процессе

Роль и значение уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации в закреплении конституционных прав и свобод граждан, в том числе права на получение квалифицированной юридической помощи, права на судебную защиту, в том числе права на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей. Роль в реализации этих положений адвокатуры и адвоката.

Допуск адвоката-защитника к участию в уголовном деле, приглашение, назначение, замена, отказ обвиняемого от защитника.

Отвод адвоката. Обязательное участие защитника в уголовном процессе.

Процессуальное положение адвоката-защитника в производстве по уголовным делам.

Участие адвоката в доказывании. Определение им круга необходимых доказательств. Способы собирания материалов, могущих быть доказательствами. Стратегия и тактика предъявления их на предварительном следствии и в суде. Выбор адвокатом линии защиты и согласование ее с клиентом.

Участие адвоката-защитника в предварительном следствии и дознании. Полномочия адвоката в этой стадии. Особенность участия адвоката в следственном действии. Методика ознакомления адвоката с материалами уголовного дела.

Участие адвоката-защитника в судебном разбирательстве. Методика подготовки адвокатом материалов для рассмотрения дела в суде. Особенности работы адвоката в различных частях судебного разбирательства и по делам о преступлениях несовершеннолетних. Реализация принципа состязательности в суде. Особенности участия адвоката в суде присяжных, у мирового судьи.

Участие адвоката-защитника в апелляционной и кассационной инстанциях. Методика и тактика обжалования приговора: изучение приговора и протокола судебного заседания, беседа с осужденным и решение вопроса о принесении апелляционной, кассационной жалобы, составление жалобы и порядок представления ее, а также дополнительной жалобы и дополнительных материалов в апелляционную, кассационную инстанцию*.

Методика составления жалобы в порядке надзора. Анализ нарушений, допущенных на предыдущих стадиях уголовного процесса. Возможность участия адвоката в судебном заседании при рассмотрении жалобы (представления) в порядке надзора*.

Адвокат-представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика в уголовном процессе*.

Правовые основания участия адвоката-представителя в процессе по уголовным делам и его права*.

Тема 7

Участие адвоката в производстве по гражданским делам в судах общей юрисдикции

Роль и значение гражданского процессуального законодательства Российской Федерации в закреплении конституционных прав и свобод граждан, в том числе права на получение квалифицированной юридической помощи; права на судебную защиту, в том числе права на единоличное или коллегиальное рассмотрение дела судом. Роль в реализации этих положений адвокатуры и адвоката-представителя.

Допуск адвоката к участию в гражданском деле, приглашение, замена, отказ от адвоката-представителя.

Понятие и значение представительства. Полномочия адвоката-представителя в гражданском процессе.

Подготовка адвоката к ведению дела. Составление досье клиента. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу: копии искового заявления и возражения на него, выписки из приобщенных к делу документов, копии письменных ходатайств, план или тезисы выступления адвоката по делу, выписка из протокола судебного заседания, копия решения суда, копия апелляционной, кассационной жалобы и др.*

Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции, апелляционном, кассационном рассмотрении гражданского дела и надзорном производстве.

Методика составления апелляционной, кассационной жалобы и жалобы в порядке надзора по гражданским делам*.

Тема 8

Роль адвоката в защите бизнеса и предпринимательства.

Участие адвоката в арбитражном процессе

История рыночных отношений в современной России. Роль малого и среднего бизнеса и предпринимательства в жизни общества, государства и граждан России. Олигархический бизнес в России как капиталистический монополист и дестабилизатор общественных отношений. Способы защиты имущества и имущественных прав граждан и организаций и участие в такой защите адвокатов-представителей. Участие адвоката в защите неимущественных прав организаций. Формы участия адвокатов в оказании квалифицированной юридической помощи организациям.

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации как процессуальная основа защиты бизнеса и предпринимательства. Место и роль адвоката в арбитражном процессе*.

Формы участия адвоката при рассмотрении экономических споров в арбитражных судах первой и второй инстанций, в кассационном и надзорном судопроизводстве.

Особенности судебного разбирательства хозяйственных дел с участием адвокатов в арбитражных судах.

Законодательство о третейском производстве по хозяйственным спорам. Роль и место адвоката в процессе третейского рассмотрения хозяйственных споров*.

Участие адвоката в переговорном процессе при разрешении споров, возникших из хозяйственных взаимоотношений субъектов предпринимательства.

Участие адвоката в юридической помощи предпринимательским структурам и правовом обеспечении хозяйственной деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства.

Значение гражданского, налогового, предпринимательского, коммерческого, финансового, земельного права и иных юридических наук для защиты малого и среднего бизнеса и предпринимательства*. Пределы взаимоотношений адвоката с олигархическим бизнесом и алгоритм поведения с организациями, занимающимися уклонением от налогов, отмыванием денежных средств, незаконной предпринимательской деятельностью, другой незаконной экономической деятельностью.

Значение экономических знаний адвоката при осуществлении представительства хозяйствующих субъектов в государственных структурах и арбитражном судопроизводстве*.

Тема 9

Нравственные основы адвокатской деятельности.

Адвокат и гражданин — договорный характер правоотношений

Спасаящая функция адвокатуры. Духовные аспекты адвокатуры. Актуальность осознания и соблюдения адвокатской этики. Адвокатская этика, общие понятия и принципы. Этические правила поведения адвокатов в различных сферах деятельности. Общественно значимые обязанности адвоката.

Проблемы адвокатской этики на современном этапе развития общества и государства: совесть и закон; профессиональная этика и правила профессии; кодекс адвокатской этики; стандарты профессионального поведения.

Соотношение требований закона «адвокат не вправе принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случае, если оно имеет незаконный характер», «адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты», «адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем» между собой и с требованиями адвокатской этики.

Значение договорного права во взаимоотношениях между адвокатом и доверителем. Договоры (соглашения) между адвокатами и доверителями. Роль гражданско-правовых норм в регулировании отношений адвоката и доверителя.

Правовое основание участия адвоката в качестве представителя в конституционном, гражданском, административном судопроизводстве, в качестве представителя или защитника-доверителя в уголовном судопроизводстве и судопроизводстве по делам об административных правонарушениях, а также по представительству интересов доверителя в органах государственной власти, органах местного самоуправления, в отношениях с физическими лицами*.

Правовое основание участия адвоката при оказании иных видов юридической помощи*.

Тема 10

Судебные прения. Участие адвоката в судебных прениях.

Речь адвоката в суде

Понятие судебных прений. Методика подготовки и произнесения адвокатом защитительной речи по уголовному делу и речи по гражданским делам.

Подготовка адвоката к судебным прениям: план и тезисы речи, структура речи, анализ доказательств, характеристика личности подсудимого и другие вопросы.

Формы и содержание защитительной речи. Особенности речи адвоката в судебных заседаниях апелляционной, кассационной и надзорной инстанций, выступлений адвоката в иных стадиях судебного процесса.

Использование художественной литературы и опыта лучших дореволюционных и современных адвокатов при произнесении защитительной речи*.

Реплика адвоката*.

Тема 11

Проблемные вопросы деятельности адвокатуры в Российской Федерации

Прогрессивная роль Закона об адвокатуре и адвокатской деятельности в жизни общества и адвокатуры.

Некоторые особенности и противоречия при применении норм Закона в процессе осуществления адвокатами адвокатской деятельности.

Попытки государства усилить регулятивные функции по управлению адвокатурой и лишить ее независимого статуса.

Правовые способы разрешения возникающих коллизий.

Роль и значение юридической науки, изучающей адвокатуру России, в формировании должного отношения к этому институту гражданского общества и совершенствовании законодательных основ регулирования адвокатской деятельности.

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — 576 с.

Дополнительная

Грудцына Л.Ю. Адвокатская деятельность и адвокатура в России: Курс лекций. — 2-е изд. — М.: Эксмо, 2008. — 417 с.

Кипнис Н.М., Михайлова Л.П., Лукьянова И.Н. и др. Адвокат: навыки профессионального мастерства / под ред. Л.А. Воскобитовой, В.А. Воскобитовой. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 570 с.

Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации. — (Сер. «Высшее образование»). — Ростов-н/Д: Феникс, 2005. — 450 с.

Власов А.А., Куксин И.Н. Адвокат в судопроизводстве: Краткий учебный курс — (Сер. «Краткие учебные курсы юридических наук») — М.: НОРМА — ИНФРА-М, 2005. — 510 с.

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. — 590 с.

Стешенко Л.А., Шамба Т.М. Адвокатура в Российской Федерации. Учебник для вузов. — М.: Норма, 2005. — 520 с.

Вайтан В.А. Настольная книга адвоката. Постатейный комментарий в Федеральному закону об адвокатской деятельности и адвокатуре. Нормативно-методические материалы. — М.: Юстицинформ, 2006. — 704 с.

Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. — М., 2002.

Коробейник С.А., Сергеев В.И. Адвокатская этика — основа основ адвокатской профессии // Адвокатская практика. — 2002. — № 4. — С. 31—39.

Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: ИГ Юрист, 2002. — 206 с.

Сергеев В.И. Адвокат и адвокатура. — М.: Юнити, 2003. — 174 с.

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.

Сергеев В.И. Комментарий к положению об адвокатуре. — М., 2001. — 112 с.

Сергеев В.И. Независимость адвокатуры: концепция и реальность // Адвокатские вести. — 2002. — № 10—11. — С. 4—7, 16—20.

Нормативные правовые акты

Конституция Российской Федерации.

Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Основные положения о роли адвоката, принятые на IX конгрессе ООН, по предупреждению преступлений (август 1990 г., Нью-Йорк) // Советская юстиция. — 1990. — № 20.

Устав ООН.

Всеобщая Декларация о Правах человека.

Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.).

Основные положения о роли адвокатов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности в августе 1990 г. в Нью-Йорке).

Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г. с изменениями и дополнениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 25 марта 1992 г., 11 мая 1994 г.).

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.).

Рекомендация Комитета Министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. № R (81) 7 «Комитет Министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию».

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».

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.).

Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/33 от 10 декабря 1985 г.).

Международный Пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.).

Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24 мая 1994 г. «Право на защиту должно быть обеспечено обвиняемому на всех стадиях судебного процесса».

ПЛАНЫ СЕМИНАРСКИХ ЗАНЯТИЙ

Семинарское занятие по теме 1 «Зарождение и развитие института адвокатуры. Становление и развитие адвокатуры в России, СССР и Российской Федерации»

Вопросы для обсуждения:

1. Дореформенный период (до 1867 г.); пореформенный период (до 1917 г.).
2. Развитие адвокатуры в СССР.
3. Адвокатура в России после 1991 г.

Тема доклада: История русской адвокатуры в лицах.

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — С. 47—69.

Дополнительная

Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. — Тула: Автограф, 1997.

Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: Изд. группа «Юрист», 2002.

Российская адвокатура на рубеже веков. — М.: Домашний адвокат, 2002.

Гернет М.Н. История русской адвокатуры: В 2 т. — М., 1914—1916.

Гессен И.В. История русской адвокатуры: адвокатура, общество и государство, 1864—1914 гг. — Петроград: Изд. Совета присяжных поверенных, 1914.

Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / под ред. В.Н. Бурубина. — М.: Юстина, 2005, 2006.

Семинарское занятие по теме 2 «Адвокатура и государство в уголовном и гражданском судопроизводстве»

Вопросы для обсуждения:

1. Принципы адвокатской деятельности в РФ.
2. Независимость адвокатуры от государства как декларируемое условие равенства сторон в судебном процессе.
3. Государственное регулирование в вопросах обеспечения прав и свобод граждан и доступности профессиональной юридической помощи в России.

Темы докладов:

1. Конституционная гарантия на получение квалифицированной юридической помощи — обязанность государства перед гражданами.

2. Независимость адвокатуры и государственное регулирование. Точки соприкосновения.

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — С. 71—101.

Дополнительная

Конституция РФ.

Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Уголовно-процессуальный кодекс РФ.

Гражданско-процессуальный кодекс РФ.

Арбитражно-процессуальный кодекс РФ.

Сергеев В.И. Проблемы становления российской адвокатуры в историческом контексте судебных реформ XIX—XX веков // Российский судья. — 2001. — № 11. — Ст. 39—47.

Сергеев В.И. Независимость адвокатуры от государства — необходимое условие защиты прав человека // Адвокатская практика. — 2002. — № 4.

Мирзоев Г.Б. Эволюция содержания понятий «юридическая защита» и «государственная поддержка» в российском и зарубежном правоведении. Лекция. — М., 1997.

Семинарское занятие по теме 3

«Адвокатура — институт гражданского общества»

Вопросы для обсуждения:

1. Гражданское общество, что это такое?
2. Кому служит адвокатура — государству или гражданскому обществу?
3. Правовые нормы, обеспечивающие независимость адвокатуры от государства.

Темы докладов:

1. Предпосылки законодательного закрепления независимости адвокатуры.
2. Институты гражданского общества как независимые структуры, защищающие права и свободы граждан.
3. Тоталитарные режимы и адвокатура. Совместимы ли эти понятия?

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — С. 27—47.

Дополнительная

Устав ООН.

Всеобщая Декларация прав человека.

Международный пакт о гражданских и политических правах.

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах.

Декларация об основных принципах юстиции для жертв преступления и превышения власти.

Основные положения о роли адвокатов, принятые в августе 1990 г. в Нью-Йорке восьмым Конгрессом ООН, по предупреждению преступлений.

Федеральный закон от 23 февраля 1996 г. № 19-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к уставу Совета Европы».

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и Протоколы к ней.

Конституция РФ.

Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. — М.: Изд. группа «Юрист», 2002.

Баршевский М.Ю. Организационная деятельность адвокатуры. — М.: Профобразование, 2000.

Семинарское занятие по теме 9

«Нравственные основы адвокатской деятельности.

Адвокат и гражданин — договорный характер правоотношений»

Вопросы для обсуждения:

1. Соглашение адвоката с клиентом на оказание юридической помощи.
2. Гонорар адвоката — что это такое?
3. Бесплатная юридическая помощь, как она осуществляется?

Темы докладов:

1. Нравственная позиция адвоката — залог успеха в защите людей и организаций.

2. Виды соглашений, заключаемых с адвокатом на оказание юридической помощи.

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — С. 423—443.

Дополнительная

Гражданский кодекс РФ. Части первая и вторая.

Сергеев В.И. Адвокат — зеркало общества. Что же оно отражает? // Юридический вестник. — 2000. — № 11.

Семинарское занятие по теме 11

«Проблемы применения Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”»

Вопросы для обсуждения:

1. Закон об адвокатуре как результат процесса в обеспечении прав человека.
2. Противоречия правовых норм в Законе об адвокатуре — повод для дальнейшего законодательного совершенствования и создания новой практики адвокатской деятельности.

Тема доклада:

1. Проблемы правоприменения по Закону об адвокатуре.

Рекомендуемая литература

Основная

Адвокатура в России: Учебник / под ред. В.И. Сергеева, Л.А. Демидовой. — М.: Юстицинформ, 2005. — С. 464—473.

Дополнительная

Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Вайпан В.А., Сергеев В.И. Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». — М.: Изд. Дом «Юстицинформ», 2003.

Сергеев В.И. Адвокат и адвокатура. — М.: Юнити, 2003.

Журналы «Российский адвокат», «Адвокатские вести», «Адвокат», «Адвокатская практика», «Вопросы адвокатуры» за 2002—2003 гг.

Контрольные задания для студентов-заочников

Методические рекомендации

Выполнение студентами письменных работ является одной из составных частей учебного процесса. Письменная работа по дисциплине «Адвокатура» прививает студентам навыки самостоятельной работы над правовыми актами и другими источниками, вырабатывает умение найти и собрать в них необходимый материал и лаконично изложить его в рамках логически стройной схемы, а также способствует углубленному изучению дисциплины и является одной из форм проверки знаний.

Контрольные задания включают рекомендации по написанию письменной работы и сами задания (задачи).

К выполнению контрольного задания студент приступает лишь после тщательного изучения всего материала курса. Для этого следует использовать программу и прилагаемый список литературы.

Письменная работа должна содержать ответы на вопросы и решение задач, рекомендованных преподавателем.

Ответы на задания должны быть обоснованными и мотивированными, не допускающими двойного толкования. При решении задач необходимо делать ссылки на те или иные положения правовых актов.

Не следует злоупотреблять цитатами, так как одной из задач контрольного задания является творческое изложение почерпнутых из источников положений.

Если письменная работа не соответствует предъявляемым к ней требованиям, она считается незачтенной. В этом случае студент знакомится с заме-

чаниями, устраняет их и исправленную работу предъявляет преподавателю до сдачи экзамена.

Сроки для сдачи и проверки исполненной работы устанавливаются деканатом.

Задание 1.

1. Кто такие «стряпчие», кого называли «ябедниками» в дореформенном судопроизводстве XIX в., что такое институт «иверских юристов», почему его так называли? Кого называют в адвокатском корпусе стряпчими в наше время?

2. Формы собственности адвокатских образований, как они закрепляются и в каких правовых актах?

3. Гражданину Иванову сосед порекомендовал обратиться за юридической помощью по интересующему его вопросу к знакомому юристу. Полученная Ивановым юридическая консультация у этого юриста, как выяснилось впоследствии, оказалась неквалифицированной, в результате чего Иванов пропустил срок давности для обращения в суд. После этого в связи с истечением срока Иванов обратился в адвокатское бюро «Ваш адвокат». Какие действия по оказанию квалифицированной юридической помощи гражданину должен осуществить адвокат? Как должен действовать адвокат в связи с предложением Иванова получить «задним числом» листок о нетрудоспособности для обоснования причины пропуска срока и подачи ходатайства о восстановлении (продлении) срока для обращения в суд?

Задание 2.

1. Как оказывалась юридическая помощь в дореформенной России в XVIII—XIX вв.?

2. Что такое «муниципальная адвокатура» по закону 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в России»?

3. Членом коллегии адвокатов Кацем заключен договор поручения на выполнение представительских услуг в уголовном процессе, где его доверитель признан потерпевшим. Однако последним не выполнено взятое обязательство по ежемесячной оплате оказываемых услуг. Какие действия адвоката могут быть совершены в связи с такими обстоятельствами? Вправе ли адвокат Кац расторгнуть договор поручения с доверителем во время судебного процесса?

Задание 3.

1. Назвать основные акты судебной реформы 1864 г., касающиеся института присяжных поверенных.

2. В чем отличие коллегии адвокатов от адвокатского бюро?

3. По окончании юридического вуза Степанов изъявил желание работать адвокатом, выдержал квалификационный экзамен, приобрел статус адвоката, внесен в региональный реестр адвокатов субъекта Федерации, получил удостоверение адвоката. Однако заключенные им договоры поручения и об оказании возмездных услуг по юридическому сопровождению хозяйственной деятельности предприятия налоговой инспекцией были признаны ничтожны-

ми и адвокат привлечен к налоговой ответственности. Правильно ли поступили адвокат и налоговый орган? Какие нормы закона и кем были нарушены в данной ситуации?

Задание 4.

1. Каким содержанием характеризовались преобразования в адвокатском корпусе и адвокатской деятельности в ходе судебной реформы 1864 г.?

2. Договор по предоставлению квалифицированной юридической помощи: когда и кем они заключаются. Какие существуют условия указанных правоотношений, порядок изменения и расторжения договора.

3. Два юриста, получив статус адвокатов, решили совместно заняться адвокатской деятельностью, для чего приобрели нежилое помещение, мебель, компьютеры, научную литературу. Как им следует действовать далее, чтобы привести свои желания в соответствие с законами?

Задание 5.

1. В чем заключалась суть контрреформ судебной системы в конце XIX — начале XX вв.? Как контрреформы повлияли на деятельность адвокатуры?

2. Кому оказывается юридическая помощь в Российской Федерации бесплатно? Какой порядок предоставления бесплатной юридической помощи?

3. Гражданка Савельева изъявила желание заняться адвокатской деятельностью в городе Н. Однако из-за того, что ни одно из адвокатских образований, зарегистрированных в городе, не пожелало принять Савельеву в свои члены, а образовать адвокатский кабинет она не смогла в силу отсутствия собственного или арендованного жилища или нежилого помещения для организации офиса, в совете адвокатской палаты ей предложили выехать в поселок городского типа В. для работы адвокатом образованной там юридической консультации. Вправе ли Савельева отказаться от работы в юридической консультации по назначению совета адвокатской палаты? Какие меры могут быть применены к Савельевой за отказ от работы в другом населенном пункте? Каким образом она может обжаловать действия Совета в случае нарушения своих прав? Может ли Савельева реализовать свое право заниматься адвокатской деятельностью при указанных выше обстоятельствах и отказе работать в поселке В.?

Задание 6.

1. Каковы последствия ликвидации адвокатуры в 1917 г.? Какой существовал порядок осуществления судебной защиты граждан в период революции и гражданской войны в России?

2. Что означает формулировка в законе о том, что адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления?

3. Члены — учредители адвокатского бюро «Лекс», оказавшись не в состоянии оплачивать арендные платежи за снимаемый ими офис, решили реор-

ганизовать свою организацию в юридическую фирму коммерческой направленности (общество с ограниченной ответственностью), чтобы иметь возможность зарабатывать средства иной, чем адвокатская, юридической деятельностью. Правильное ли решение возникло у адвокатов? Как им предстоит решить свою проблему, чтобы выйти из затруднительного финансового положения?

Задание 7.

1. Каковы были особенности в деятельности адвокатов советского периода? Какой была роль местных Советов в образовании и деятельности адвокатских структур? В каких правовых источниках эта роль закреплалась?

2. Является ли работа адвоката в качестве штатного помощника директора по юридическим вопросам в крупной нефтяной компании адвокатской деятельностью? Как необходимо оформить отношения адвоката и компании, чтобы его работа в ней соответствовала закону?

3. Трое адвокатов учредили коллегию адвокатов, в которую впоследствии приняли еще десять адвокатов в качестве членов коллегии. Согласно принятому еще в ходе учреждения коллегии уставу прием других членов в коллегию осуществляется по решению Президиума коллегии, т.е. исполнительного органа коллегии. Имеются ли нарушения принципов адвокатской деятельности в данном уставе? Каков порядок принятия иного учредительного документа в коллегии адвокатов? Можно ли в данном случае обойтись без судебного обжалования не устраивающего адвокатов устава коллегии?

Задание 8.

1. Каковы были взаимоотношения властей и адвокатуры в период ее существования в России? Показать на конкретных примерах. Проанализировать правовые источники.

2. С какого времени адвокатура официально в государственном законодательном акте объявлена независимым от государственных структур институтом? Как в нынешнем российском законодательстве об адвокатуре гарантируется независимость адвоката?

3. Гражданин Петров обратился к адвокату за юридической консультацией, сообщив ему, что если он предъявит такую консультацию (в письменном виде, разумеется) своему руководству, то оно удовлетворит его требования, поскольку «им нужна только какая-нибудь бумага с печатью». Несмотря на то, что из поставленного Петровым вопроса вытекало, что его руководство поступало верно, отказывая в удовлетворении требований работника, адвокат написал за вознаграждение нужную для Петрова «бумагу» и руководство предприятия удовлетворило требования Петрова, сославшись на «квалифицированное юридическое заключение адвоката». Однако впоследствии в ходе проверки предприятия вскрылись незаконные действия руководства и Петрова, а также неквалифицированный характер действий адвоката. Какие меры и с

чьей стороны должны последовать в отношении недобросовестного адвоката? Может ли он быть лишен статуса адвоката?

Задание 9.

1. На основании каких источников и сил поддерживалась независимость русской адвокатуры XIX в., если учесть, что она являлась по сути государственным органом, так как состояла при судебных инстанциях, являющихся государственными структурами. Какие качества адвокатов того времени питали и поддерживали дух свободы и независимости? Каких адвокатов прошлого вы знаете? Назвать фамилии.

2. В чем заключается страхование риска ответственности адвоката? Какие законы при этом должны применяться и в каком порядке?

3. Гражданка Сидорова обратилась к адвокату Вельтману с просьбой осуществить защиту ее сына в ходе предварительного следствия по уголовному делу об убийстве, где ее сын подозревался в совершении данного преступления. Однако адвокат отказался от заключения с Сидоровой договора, сославшись на то, что он является адвокатом-хозяйственником и по делам об убийстве не специализируется. Правомерен ли отказ адвоката? Нет ли в данном отказе нарушения требования закона о запрещении адвокату отказываться от принятой на себя защиты?

Задание 10.

1. Каковым было организационно-правовое устройство адвокатуры в послевоенный период XX столетия? На каком правовом основании в деятельность адвокатуры могли вмешиваться партийные и местные органы власти? Могла ли реализовываться в таких условиях принципиальная позиция адвоката в судебном процессе и на следствии? Как вынуждены были поступать адвокаты того времени, защищая граждан в политических и иных процессах, где усматривалась вина государственных органов?

2. Правомерно ли зарегистрирована юридическая фирма «Оптима», в названии которой имеется слово «адвокатура»? Какой правовой нормой следовало руководствоваться при регистрации такой фирмы? Кто и в каком порядке может обжаловать указанные действия?

3. В коллегии адвокатов поступила жалоба на адвоката Ступина. В ходе проверки сведения о том, что адвокат грубо нарушил нормы адвокатской этики и фактически уклонился от выполнения взятых на себя обязательств перед доверителем, хотя оплату за работу получил в полном объеме согласно заключенному договору, подтвердились. Решением общего собрания коллегии адвокатов Ступин привлечен к ответственности согласно уставу адвокатского образования. Деньги доверителю были возвращены в полном объеме. Однако через некоторое время по новой жалобе доверителя в совет адвокатской палаты адвокат Ступин был вызван в квалификационную комиссию для дачи объяснения по существу жалобы. Вправе ли была квалификационная комиссия вызывать адвоката при указанных выше обстоятельствах? Может ли быть адвокат вновь привлечен к ответственности, теперь уже советом

адвокатской палаты, и если да, то к какой именно? Как в указанном выше случае следует поступать?

Задание 11.

1. Чем характеризовалась борьба между старыми и новыми течениями во все периоды исторического развития адвокатуры? Что такое «традиционные» и «альтернативные, или параллельные» коллегии адвокатов? Когда возникло такое деление и в связи с чем? Что повлияло на принятие нового законоположения о необходимости формирования одного адвокатского объединения в субъекте Федерации?

2. Каков порядок формирования квалификационной комиссии? Каковы права и обязанности квалификационной комиссии?

3. В юридическую консультацию обратился оленевод Бардыков, сообщивший, что его олени, находившиеся в общем стаде по договору Бардыкова с кооперативом, по вине председателя кооператива погибли от переохлаждения и недоедания. Бардыков просил помочь составить исковое заявление в суд к председателю о взыскании с него стоимости погибших оленей и упущенной выгоды. Однако адвокат, осуществлявший прием, отказался от составления искового заявления, сославшись на отсутствие доказательств вины председателя и кооператива, необходимых для заявления иска. На основании каких правовых норм действовал адвокат? Правильно ли он поступил? Какую консультацию должен был дать адвокат оленеводу? Законно ли были получены деньги с оленевода за юридическую консультацию?

Задание 12.

1. Какова роль в осуществлении и закреплении результатов судебной реформы XIX в. таких известных юристов, как К.П. Победоносцев, А.Ф. Кони, С.И. Зарудный, В.Д. Спасович, Д.В. Стасов, К.К. Арсеньев, М.И. Доброхотов, П.А. Александров, С.А. Андреевский, Ф.Н. Плевако, Д.Н. Набоков?

2. Каков порядок открытия и регистрации на территории России иностранных адвокатских структур? Какой нормой права этот порядок установлен?

3. К члену коллегии адвокатов Томчину обратилась компания «Альфа и Омега» с просьбой об оказании постоянной юридической помощи по составлению договоров и ведению иной правовой деятельности, связанной с сопровождением заключаемых сделок на рынке ценных бумаг, участием в качестве представителя фирмы в заседаниях саморегулируемой организации участников рынка ценных бумаг и проч. При этом адвокату был предложен достаточно солидный ежемесячный гонорар и премиальные от результатов деятельности фирмы. Не являясь специалистом в данной области, Томчин все же заключил с фирмой договор о возмездном оказании услуг. Однако вскоре фирма вынуждена была отказаться от услуг адвоката в силу его полной некомпетентности и непрофессионализма. Какие нормы были нарушены адвокатом? Как совершенно бесконфликтно можно было бы исправить подобную ситуацию, если бы Томчин состоял в адво-

катском бюро и договор с фирмой был заключен от имени нескольких или всех адвокатов бюро?

Задание 13.

1. Каковы причины возникновения контрреформ в российском судоустройстве XIX в., почему были предприняты попытки уничтожения суда присяжных, адвокатуры и некоторых других прогрессивных завоеваний в общественном устройстве России? Роль в организации контрреформ К.П. Победоносцева и значение его антипода А.Ф. Кони в истории юридического свободомыслия и прогресса.

2. Каковы права и обязанности адвоката в уголовном, гражданском и арбитражном судопроизводстве? Каковы права и обязанности адвоката при осуществлении иной адвокатской деятельности?

3. Адвокатское бюро осуществляет юридическое сопровождение бизнеса в крупной коммерческой структуре, в связи с чем последняя выплачивает на счет бюро вознаграждение за проводимую работу. Управляющий партнер адвокатского бюро, исходя из вклада каждого адвоката в дела фирмы, составляет ведомости на начисление вознаграждения конкретным адвокатам. При этом двое членов адвокатского бюро, не принимающие участия в работе фирмы, в денежную ведомость не включаются, поскольку их деятельность связана с постоянным выполнением распоряжений управляющего партнера об участии в защите обвиняемых по назначению дознавателя, следователя, прокурора и суда. Правомерны ли действия управляющего партнера адвокатского бюро, если учесть, что члены бюро, работающие в фирме, освобождены благодаря энтузиазму двух своих коллег от участия в малооплачиваемой работе в качестве защитников по назначению? Как следует решать данную ситуацию с учетом принципов справедливости, равноправия адвокатов, а также такта и корректности?

Задание 14.

1. Какие были предпосылки установления независимости адвокатуры от государственных структур при принятии Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (Закон об адвокатуре)?

2. Какова роль международных актов о правах человека и адвокатской деятельности в жизни адвокатуры России? Назовите эти акты.

3. Выпишите из Закона об адвокатуре и других законодательных актов об адвокатуре положения, содержащие морально-этические правила поведения. Проанализируйте их.

Задание 15.

1. Существуют ли в настоящее время какие-либо противоречия формирования адвокатуры в России? Связаны ли эти противоречия с противоречиями формирования российского гражданского общества и экономическими проблемами государства?

2. Каковы требования, предъявляемые законом к кандидатам в адвокаты? Порядок принятия в адвокатуру и основания лишения статуса адвока-

та. Чем отличаются термины «лишение статуса адвоката» и «приостановление статуса адвоката»?

3. Проанализируйте содержание афоризма «Ложь кормится истиной, на ней она расцветает, но жизнь ее недолга» применительно к деятельности недобросовестных адвокатов, ориентирующихся в своей практике на сомнительные дела, пронирыливость, внеслужебные связи с работниками правоохранительных органов и судов. Какой тип адвоката вам больше всего импонирует: честный, принципиальный, высокообразованный и культурный или беспринципный, бесчестный, хотя и в меру образованный и культурный?

Задание 16.

1. Каковы, на ваш взгляд, роль и значение уголовно-процессуального, гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательств в закреплении конституционных прав и свобод граждан, в том числе права на получение квалифицированной юридической помощи, права на судебную защиту?

2. Перечислите полномочия адвоката на предварительном следствии и в ходе производства дознания.

3. В учебно-методическом пособии «Практикум по гражданско-правовым дисциплинам» (В.Н. Васин. Российская академия адвокатуры им. Ф.Н. Плевако. — М., 2001. — С. 143) приведены такие строки из высказываний мыслителей Древней Индии: «Даже о правде следует умолчать, если она принесет несчастье», «Говори правдивое и приятное; не говори правдивого, но неприятного; не говори приятного, но неправдивого — вот извечная заповедь». Как эти изречения согласуются с адвокатской деятельностью? Согласуются ли эти истины с осуществлением правосудия и установлением истины по делу? И наконец, как это согласуется с нормами гражданского процессуального права?

Задание 17.

1. Какова роль бизнеса и предпринимательства в жизни российского общества, государства и граждан? Какие существуют способы защиты имущества и имущественных прав граждан и организаций и формы участия в такой защите адвокатов?

2. Как осуществляется подготовка адвоката к ведению дела? Что такое досье клиента? Составьте краткое досье клиента.

3. Адвокат Николенко при ознакомлении с материалами уголовного дела в отношении гражданина Федькина, обвиняемого в совершенном краже, установил, что рапорт сотрудника милиции об обнаружении признаков преступления, протокол осмотра места происшествия, а также протокол выемки похищенных обвиняемым вещей составлены с грубыми нарушениями соответствующих приложений к УПК РФ. Обвиняемый свою вину в хищении некоторых вмененных ему в вину вещей отрицал. Как поступит адвокат? Изложите содержание документа, который должен составить адвокат по результатам обнаружения им нарушений закона.

Задание 18.

1. Как осуществляется допуск адвоката к участию в гражданском деле в суде?

2. Каковы формы участия адвоката в третейском разбирательстве хозяйственных споров между организациями? Может ли адвокат выступать в роли судьи третейского суда? Какими правовыми нормами это предусмотрено?

3. Архонт Салон, говоря о законах, признавал, что они подобны паутине: если в них попадаете бессильный и легкий, то такая паутина выдержит, а если большой, то он разорвет все законы и вырвется. Дайте юридическую и морально-нравственную оценку этому высказыванию с точки зрения российского законодательства об адвокатуре и адвокатской деятельности.

Задание 19.

1. Каковы формы участия адвоката в юридическом обслуживании предпринимательских структур и правовом обеспечении деятельности субъектов предпринимательских структур?

2. Как соотносятся понятия «политический нейтралитет адвокатуры» и «адвокат — депутат Государственной Думы»? Можно ли считать, что участие некоторых адвокатов в деятельности парламента, политических партий и иных политических мероприятиях противоречит природе адвокатуры как «нейтральной» структуры общества?

3. Широко распространено среди некоторой части населения мнение о том, что тот, кто защищает виновного, сам навлекает на себя обвинение. Как вы понимаете это высказывание и относитесь к такому мнению?

Задание 20.

1. Что Вам известно об уголовном деле Веры Засулич, чем оно поучительно?

2. В какой форме может участвовать адвокат в переговорном процессе при разрешении споров, возникших из хозяйственных правоотношений субъектов предпринимательства?

3. В одной из поэм Н.А. Некрасова есть такие слова:

На Литейном такое есть здание,
Где виновного ждет наказание,
А невинен — отпустят домой,
Окативши ушатом помой.
Я там был.
Не последнее бедствие,
Доложу вам, судебное следствие, —
Юный пристав меня истерзал;
Прокурор, посевший во бдении,
Так копался в моем поведении,
Что с натуги в истерику впал.
Не щадят ни заслуги, ни звания.
Адвокатам одним только рай:
За лишение состояния —

И за то теперь деньги отдай.
И содрав гонорар неумеренный,
Воскликнул мой присяжный поверенный:
«Перед Вами стоит гражданин
Чище снега альпийских вершин».

Какие мысли вызывает у вас это стихотворение? Можно ли провести какую-либо аналогию в высказываниях поэта о судебной системе и об адвокатах тех лет с современностью? Что, на ваш взгляд, из описанного могло бы быть принято российской юстицией XXI в.?

Задание 21.

1. В чем заключается теоретически и проявляется на практике публичность института правозащиты?

2. Каковы принципы адвокатской деятельности по Закону об адвокатуре 2002 г.? Перечислить и дать пояснения по каждому из них.

3. Адвокат Свицерский, представляя интересы своего доверителя в переговорах с бизнесменом Болотовым и его адвокатом Семиным, допустил неслучайные высказывания в адрес своего коллеги Семина, назвав подготовленный им документ (возражение на претензию к Болотову) «туфтой», а самого Болотова — «деятелем, по которому тюрьма давно плачет». Дайте оценку действиям Свицерского с точки зрения требований этических норм и адвокатской этики. Как следовало вести себя адвокату в конфликтной ситуации с противоположной стороной по делу (спору)? Допустимы ли подобные высказывания адвоката о своих коллегах по адвокатуре и о своем процессуальном противнике?

Задание 22.

1. Какова методика составления адвокатом кассационной (апелляционной) жалобы по гражданскому делу?

2. В каких случаях адвокат, участвуя в уголовном судопроизводстве, не является защитником?

3. Адвокат Мирутов, представляя интересы своего доверителя — истца в арбитражном процессе, предъявил суду выданную тем доверенность на представительство. При этом в силу отсутствия ордера на представительство, выданного юридическим образованием, он умолчал о том, что является адвокатом, и процесс завершился победой доверителя Мирутова. Однако адвокат проигравшей стороны Степин обжаловал судебное решение арбитражного суда на том основании, что Мирутов, будучи адвокатом, неправомерно представлял интересы истца. Каким будет судебное решение апелляционной инстанции (сошлитесь на правовую норму)? Охарактеризуйте с точки зрения адвокатской этики поведение адвоката Степина. Как в подобной ситуации должна поступить адвокатская палата (палаты), членами которой (ых) являются адвокаты Степин и Мирутов?

Задание 23.

1. Что такое адвокатская тайна? Вправе ли следователь вызвать и допросить адвоката, даже не участвующего в расследуемом деле, в качестве свиде-

теля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему на доследственной стадии гражданина или в связи с оказанием этому гражданину юридической помощи на доследственной стадии уголовного судопроизводства?

2. Что означает принцип самоуправления в адвокатуре? Как он соотносится с работой адвоката в юридической консультации по направлению соответствующих органов?

3. В соответствии с ч. 3 п. 1 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат вправе 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, а также иных организаций. Руководствуясь этой нормой Закона, адвокат Петров собрал сведения о том, что его доверитель (садовое товарищество) в проверенный налоговой инспекцией период никакой коммерческой деятельностью не занимался, а вывод, сделанный инспекцией, которая привлекла товарищество к налоговой ответственности за неуплату налога на добавленную стоимость с предпринимательской деятельности, ошибочен. Каковы алгоритмы дальнейшего поведения адвоката и его доверителя по отстаиванию законных интересов товарищества?

Задание 24.

1. Являются ли международные юридические нормы источниками права, регламентирующего деятельность адвокатуры в России, если в ст. 4 Закона об адвокатуре эти нормы не названы? Перечислите известные вам международные акты, относящиеся к деятельности адвокатуры.

2. В каких случаях не допускаются к оказанию юридической помощи на территории России адвокаты иностранных государств?

3. Адвокат Нестеров, руководствуясь ч. 3 п. 2. ст. 6 Закона об адвокатуре, опросил с их согласия соседей и знакомых своего доверителя — гражданина Д. и установил, что в момент инкриминируемого ему следователем и прокурором преступления Д. находился совершенно в другом месте и это преступление никак не мог совершить. Как должен поступить защитник, чтобы добытые им сведения стали допустимыми доказательствами по уголовному делу?

Задание 25.

1. Вправе ли адвокат делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает? Как должен поступить во взаимоотношениях с журналистами, требующими у него интервью, адвокат, защищающий гражданина, совершившего автодорожное происшествие, повлекшее гибель другого лица, если этот гражданин не признает себя виновным?

2. Как вы понимаете принцип корпоративности, предусмотренный в Законе об адвокатуре?

3. Адвокат Макаров с 10 июня 2002 г. по 15 августа 2002 г. являлся защитником гражданина Федькина, обвинявшегося в мошенничестве и грабежах. 15 августа 2002 г. адвокатской палатой статус адвоката Макарова был пре-

крашен, и, соответственно, с этого времени были прекращены и его полномочия защитника гражданина Федыкина. Согласно постановлению о производстве оперативно-розыскных мероприятий, основанному на соответствующем судебном решении, с 15 мая 2002 г. по 15 июля 2002 г. телефонные разговоры Федыкина прослушивались и записывались службами, ведущими оперативно-розыскную деятельность. Среди записанных оказался и разговор Федыкина с адвокатом от 9 июня 2002 г., в котором Федыкин сообщал, что он «нагрел на штуку баксов» (т.е. обманул на одну тысячу долларов) гражданку Сидорову и просил Макарова осуществить его защиту в процессе предварительного следствия. На следующий день, приняв защиту Федыкина, адвокат по поручению последнего возвратил Сидоровой деньги в сумме одной тысячи долларов и получил от нее расписку с отметкой о получении денег и о том, что она никаких претензий к Федыкину не имеет. Адвокат оставил эту расписку у себя, а Сидоровой порекомендовал дать показания в пользу Федыкина и сообщить следователю о том, что у нее с подозреваемым были лишь гражданско-правовые отношения и тот ее не обманывал. Сидорова так и сделала. Однако во время третьего допроса, произошедшего 5 сентября 2002 г., т.е. после прекращения статуса адвоката Макарова, Сидорова рассказала о своем разговоре с адвокатом и выданной ею расписке, содержание которой воспроизвела для следствия и приобщила к протоколу своего допроса. Правомерным (допустимым) ли доказательством по уголовному делу в отношении Федыкина будут записанные телефонные разговоры с адвокатом, третьи показания Сидоровой и приобщенный ею дубликат расписки? Проанализируйте данную ситуацию с точки зрения требований ч. 2 п. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре, УПК РФ, Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

ВОПРОСЫ ДЛЯ ПОДГОТОВКИ К ЭКЗАМЕНУ

1. Обеспечение подозреваемому, обвиняемому, подсудимому права на защиту — конституционный принцип уголовного процесса.
2. Правовая природа адвокатуры. Задачи адвокатуры.
3. Подготовка судебной реформы 1864 г. и проблема создания российской адвокатуры. Судебные уставы от 20 ноября 1864 г. и организация адвокатуры. Присяжные поверенные и частные поверенные.
4. Формирование российской адвокатской школы в 60—70-е гг. XIX в. Выдающиеся представители адвокатского сословия.
5. Участие адвокатов в политических процессах. Дело Веры Засулич.
6. Изменение судебных уставов в 1866, 1869, 1871 гг. Последствия судебных контрреформ для деятельности адвокатов.
7. Упразднение дореволюционной адвокатуры и создание адвокатуры в РСФСР (1917—1958 гг.). Декрет о суде от 22 ноября 1917 г. № 1, Декрет о суде от 7 марта 1918 г. № 2, Положение об адвокатуре от 26 мая 1922 г., Положение об адвокатуре от 16 августа 1939 г.

8. Советское законодательство об адвокатуре. Положение об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 г., УПК РСФСР от 27 октября 1960 г. с последующими изменениями.

9. Становление российского государства и роль адвокатуры на современном этапе. Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. о праве на получение юридической квалифицированной помощи.

10. Необходимость совершенствования организации и деятельности адвокатуры, принятие нового Закона об адвокатуре 2002 г.

11. Профессиональные объединения адвокатов и их органы.

12. Понятие коллегий адвокатов и порядок их образования.

13. Перспективы развития адвокатуры в России.

14. Общее собрание (конференция) адвокатов, исполнительные органы адвокатских объединений и их полномочия.

15. Квалификационные коллегии и их полномочия.

16. Юридические консультации. Организация работы адвокатов в юридических консультациях и роль заведующего юридической консультацией.

17. Бюро, фирмы, кабинеты частнопрактикующих адвокатов, не входящих в коллессию адвокатов.

18. Адвокатские образования по закону об адвокатской деятельности и адвокатуре.

19. Виды юридической помощи, оказываемой адвокатами гражданам и организациям.

20. Требования, предъявляемые к кандидатам в адвокаты. Порядок их принятия в адвокатуру.

21. Права и обязанности адвоката как члена коллегии и как участника судопроизводства.

22. Оплата труда адвокатов.

23. Меры поощрения за добросовестную работу.

24. Нравственные начала в адвокатской деятельности. Этические требования, предъявляемые к адвокату, участвующему в рассмотрении уголовного дела. Моральные условия применения адвокатом средств защиты. Адвокатская тайна. Этические принципы взаимоотношения участников уголовного и гражданского процессов.

25. Допуск адвоката-защитника к участию в уголовном деле, приглашение, назначение, замена, отказ обвиняемого от защитника.

26. Отвод адвоката. Обязательное участие защитника в уголовном процессе.

27. Процессуальное положение адвоката-защитника по уголовным делам.

28. Участие адвоката в доказывании. Определение им круга необходимых доказательств. Способы собирания материалов, могущих быть доказательствами. Стратегия и тактика предъявления их на предварительном следствии и в суде. Выбор адвокатом линии защиты и согласование ее с клиентом.

29. Участие адвоката-защитника в предварительном следствии и дознании. Полномочия адвоката в этой стадии. Особенность участия адвоката в следственном действии. Методика ознакомления адвоката с материалами уголовного дела.

30. Участие адвоката-защитника в судебном разбирательстве. Методика подготовки адвокатом материалов для рассмотрения дела в суде. Особенности работы адвоката в различных частях судебного разбирательства и по делам о преступлениях несовершеннолетних.

31. Участие адвоката-защитника в кассационной инстанции. Методика и тактика обжалования приговора: изучение приговора и протокола судебного заседания, беседа с осужденным и решение вопроса о принесении кассационной жалобы, составление жалобы и порядок представления ее, а также дополнительной жалобы и дополнительных материалов в кассационную инстанцию.

32. Методика составления жалобы в порядке надзора. Анализ нарушений, допущенных на предыдущих стадиях уголовного процесса. Возможность участия адвоката в судебном заседании при рассмотрении протеста в порядке надзора.

33. Адвокат-представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика в уголовном процессе. Правовые основания участия адвоката-представителя в уголовных делах и его права.

34. Понятие и значение представительства. Полномочия адвоката-представителя в гражданском процессе.

35. Подготовка адвоката к ведению дела. Составление досье. Примерный перечень обязательных материалов по каждому делу: копии искового заявления и возражения на него, выписки из приобретенных к делу документов, копии письменных ходатайств, план или тезисы выступления адвоката по делу, выписка из протокола судебного заседания, копия решения суда, копия кассационной жалобы и др.

36. Участие адвоката в рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции, апелляционном и кассационном рассмотрении гражданского дела.

37. Методика составления апелляционной и кассационной жалобы и жалобы в порядке надзора по гражданским делам.

38. Методика подготовки и произнесения адвокатом защитительной речи по уголовному делу и речи по гражданским делам.

39. Подготовка адвоката к судебным прениям: план и тезисы речи, структура речи, анализ доказательств, характеристика личности подсудимого и другие вопросы.

40. Формы и содержание речи. Использование художественной литературы и опыта лучших дореволюционных и современных адвокатов при произнесении защитительной речи.

41. Декларация независимости адвокатуры от государства в законе об адвокатской деятельности как предпосылка к равенству сторон в судебном процессе.

42. Соотношение независимости адвокатуры и государственного регулирования.

43. Адвокатура и политика. Политический нейтралитет адвокатуры.

44. Публичность института правозащиты.

45. Гражданское общество и адвокатура, взаимозависимость и взаимодействие.
46. Роль международных актов о правах человека в адвокатской деятельности.
47. Принципы организации и деятельности адвокатуры.
48. Социально-правовая, нравственная и культурная необходимость адвокатуры.
49. Противоречия формирования гражданского общества в России и связанные с этим проблемы адвокатуры.
50. Место и роль адвоката в защите бизнеса и предпринимательства.
51. Формы участия адвоката в арбитражном процессе.
52. Формы участия адвокатов в оказании квалифицированной помощи организациям.
53. Участие адвоката в переговорном процессе при разрешении споров, возникших из хозяйственных правоотношений субъектов предпринимательства.
54. Участие адвоката в юридическом обеспечении предпринимательской деятельности.
55. Значение гражданского, налогового, предпринимательского, коммерческого, финансового, земельного права и иных юридических наук для защиты бизнеса и предпринимательства.
56. Значение договорного права во взаимоотношениях между адвокатом и доверителем.
57. Роль гражданско-правовых норм в регулировании отношений адвоката и доверителя.
58. Особенности выступления адвоката в судебных заседаниях кассационной и надзорной инстанций.
59. Реализация принципа состязательности в суде. Особенности участия адвоката в суде присяжных.
60. Дисциплинарная ответственность адвокатов, виды взысканий, порядков их наложения и снятия.

Из судебной и дисциплинарной практики адвокатов

1. Судья Верховного Суда Российской Федерации Б.А. Горохов, рассмотрев истребованное по надзорной жалобе Молоканова А.Г. дело по иску Молоканова А.Г. к Адвокатской палате Владимирской области об оспаривании заключения квалификационной комиссии и решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области, восстановлении статуса адвоката,

установил:

Молоканов А.Г. с 1999 г. являлся адвокатом Владимирской областной коллегии адвокатов № 2 «Адвокатская Лига», а с 2003 г. избрал новую форму адвокатского образования — адвокатский кабинет с местом работы в г. Коврове.

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 11 августа 2005 г., принятым на основании заключения Квалификационной комиссии Адвокатской палаты Владимирской области от 4 августа 2005 г., к Молоканову А.Г. применена мера дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката с 11 августа 2005 г.

Истец полагает вышеназванные заключение и решение, вынесенные в отношении него, незаконными и необоснованными и обратился в суд с иском об их отмене и восстановлении его статуса адвоката. Ответчик иск не признал.

Решением Ленинского районного суда г. Владимира от 16 января 2006 г., оставленным без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам Владимирского областного суда от 21 февраля 2006 г., в удовлетворении иска отказано.

В надзорной жалобе Молоканов А.Г. просит отменить состоявшиеся по данному делу судебные постановления и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Определением заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации от 2 марта 2007 г. дело истребовано в Верховный Суд Российской Федерации.

Оснований для передачи дела для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции не имеется. В соответствии со ст. 387 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права.

Таких нарушений при вынесении обжалуемых судебных постановлений допущено не было.

12 июля 2005 г. в отношении истца Президентом Адвокатской палаты Владимирской области возбуждено дисциплинарное производство на основании представления вице-президента Адвокатской палаты Владимирской области от 11 июля 2005 г. (л.д. 22—23).

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 11 августа 2005 г. «за нарушение адвокатом Молокановым А.Г. требований п. 2, 4 ст. 7 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре»

ре в Российской Федерации”, выразившемся в неисполнении требования об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве Ковровского городского суда 2 июля 2005 г. по назначению суда, в неисполнении решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области по обеспечению оказания гражданам Российской Федерации юридической помощи бесплатно, а также юридической помощи по назначению от 10 июля 2003 г.» к адвокату Молоканову А.Г. применена мера дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката с 11 августа 2005 г.

В соответствии с п. 2, 4 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат обязан исполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора, или суда, а также оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом; соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката и исполнять решения органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, принятые в пределах их компетенции.

Согласно п. 7 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат обязан участвовать лично или материально в оказании юридической помощи бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, или по назначению органа дознания, органа предварительного следствия, прокурора или суда в порядке, определяемом адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 10 декабря 2002 г. члену Совета Горбунову Г.Г. поручено составлять графики дежурств адвокатов ковровских юридических образований (л.д. 37—38).

10 июля 2003 г. Советом Адвокатской палаты Владимирской области принято решение по обеспечению оказания гражданам Российской Федерации на территории Владимирской области юридической помощи бесплатно, а также юридической помощи по назначению (л.д. 34—35).

Согласно графику дежурств адвокатов ковровских юридических образований за июль 2005 г. адвокат Молоканов А.Г. должен был оказывать юридическую помощь по назначению 2 июля 2005 г. (л.д. 39).

В указанный день истец не явился в Ковровский городской суд для рассмотрения ходатайств об избрании меры пресечения, в связи с чем для участия в судебных заседаниях был вызван другой адвокат, что было затруднительно, поскольку заседание проходило в выходной день, и повлекло за собой нарушение нормальной работы суда.

Данное обстоятельство подтверждается сообщениями судьи Ковровского городского суда Ершова А.Ф. (л.д. 24, 25), копиями процессуальных документов (л.д. 26, 27).

Довод о том, что Молоканов А.Г. не был надлежащим образом извещен о предстоящем дежурстве 2 июля 2005 г., несостоятелен, поскольку истец рабо-

тал в качестве адвоката в г. Коврове с 1999 г. и не мог не знать о сложившейся практике ежемесячных дежурств по оказанию бесплатной юридической помощи, что не отрицал в ходе судебного заседания, а также на заседаниях Квалификационной комиссии и Совета Адвокатской палаты Владимирской области.

Процедура привлечения Молоканова А.Г. к дисциплинарной ответственности, предусмотренная Кодексом профессиональной этики адвоката, была соблюдена.

Решение Совета Адвокатской палаты Владимирской области принято путем тайного голосования в соответствии со ст. 24, 25 Кодекса профессиональной этики адвоката (л.д. 84—88); применена мера дисциплинарной ответственности, предусмотренная ст. 18 названного Кодекса.

При таких обстоятельствах суд правомерно отказал истцу в удовлетворении заявленных требований.

Доводы надзорной жалобы основанием для отмены в порядке судебного надзора законных судебных постановлений по данному делу быть признаны не могут.

На основании изложенного, руководствуясь статьей 383 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации

определил:

в передаче дела по иску Молоканова А.Г. к Адвокатской палате Владимирской области об оспаривании заключения квалификационной комиссии и решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области, восстановления статуса адвоката для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции отказать.

Судья Верховного Суда Российской Федерации Б.А. Горохов³⁶⁹.

II. В Адвокатскую палату г. Москвы обратилась С. с жалобой на действия адвоката П., в которой она сообщила, что она в феврале 2007 г. заключила соглашение с адвокатом П., поручив ему вести ее гражданское дело в Б. районном суде г. Москвы. Для осуществления полномочий она выдала адвокату доверенность и оплатила гонорар в 50 000 руб. Адвокат потребовал от нее, чтобы она зарегистрировала его в своей квартире, а также составила на его имя завешание, что она и сделала. Поскольку адвокат попросил ее заключить с ним договор аренды на эту квартиру или заключения с ним договора купли-продажи по цене 1 000 000 руб. С этого момента гр. С. поняла, что связалась с адвокатом, который хочет завладеть ее имуществом, и расторгла соглашение об оказании ей юридической помощи, отозвала доверенность, отменила завешание, уведомила суд и потребовала от адвоката, чтобы он выписался из ее квартиры. Она является инвалидом 2-й группы по заболеванию сосудов головного мозга и сердца, в связи с чем у нее произошло снижение памяти, интеллекта и ей нужен был адвокат. Она просит решить вопрос о законности действий адвоката и обязать адвоката выписаться из квартиры.

³⁶⁹ Определение от 3 июля 2007 г. № 86-В07-10 / Федеральная палата адвокатов РФ // <http://www.fparf.ru>

11 декабря 2007 г. Президентом Адвокатской палаты г. Москвы на основании ст. 31 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» было возбуждено дисциплинарное производство в отношении адвоката П. (распоряжение № 193), материалы которого направлены на рассмотрение Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы.

С. подтвердила в заседании Квалификационной комиссии все изложенное ею в жалобе. Адвокат П., подтверждая свои письменные объяснения, сообщил, что с заявительницей он заключил два соглашения на представление ее интересов в Б. районном суде г. Москвы по двум искам, что подтверждается имеющимися в материалах дисциплинарного производства копиями соглашений от 20 декабря 2006 г. и от 22 января 2007 г. По каждому из соглашений С. внесла по 15 000 руб. Она выдала ему доверенность на представление ее интересов. Действительно составила завещание на его имя и прописала его на свою жилую площадь, так как ему срочно нужна была регистрация. В настоящее время он подал в паспортный стол заявление о выписке. Все документы С. возвращены и у нее не было претензий к адвокату на момент расторжения соглашений. Внесенные доверительницей денежные средства адвокатом полностью отработаны.

Выслушав доводы жалобы С., объяснения адвоката П., изучив письменные материалы дисциплинарного производства, Квалификационная комиссия, проводя голосование именными бюллетенями, пришла к следующим выводам.

Адвокат при осуществлении профессиональной деятельности обязан честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять обязанности, отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами; соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката (п. 1 и 4 п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката). За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (п. 2 ст. 7 названного Закона).

Анализируя представленные документы, в том числе выписку из домовой книги, из которой следует что адвокат действительно прописан на площади заявительницы, копии соглашений на оказание юридической помощи, их содержание не соответствует требованиям закона, так как в их тексте отсутствует ответственность адвоката, помимо этого в п. 5.2 указано, что спор о размере возвращаемого вознаграждения решается «президиумом Адвокатской палаты г. Москвы». В заседание комиссии адвокат П. представил копию заявления о выписке с площади заявительницы.

Комиссия считает, что в материалах дисциплинарного производства имеется достаточно доказательств того, что адвокат П. оказывал юридическую помощь С., руководствуясь соображениями собственной выгоды, прописавшись на ее площадь, чем нарушил подп. 1 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката. (Адвокат не вправе действовать вопреки законным инте-

ресам доверителя, оказывать ему юридическую помощь, руководствуясь соображениями собственной выгоды, безнравственными интересами или находясь под воздействием давления извне.)

Нарушение адвокатом требований законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвоката, совершенное умышленно или по грубой неосторожности, влечет применение мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодексом профессиональной этики адвокатов (п. 1 ст. 18 Кодекса).

На основании изложенного Квалификационная комиссия Адвокатской палаты города Москвы, руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и подп. 1 п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, выносит заключение о нарушении адвокатом П. при обстоятельствах, описанных в жалобе С., подп. 1 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката, выразившемся в оказании адвокатом П. юридической помощи С., руководствуясь соображениями собственной выгоды, прописавшись на ее площадь.

Совет согласился с заключением квалификационной комиссии и вынес решение о прекращении статуса адвоката П.³⁷⁰

III. В Адвокатскую палату г. Москвы обратился представитель фирмы «Т.» К. с жалобой на действия адвоката Х., в которой он сообщил, что 16 августа 2006 г. между фирмой «Т.» и адвокатом Х. был заключен договор на оказание юридической помощи № 115. По условиям поручения адвокат Х. приняла на себя обязательство оказать юридическую помощь, результатом которой должна была стать государственная регистрация права собственности Доверителя на ряд объектов недвижимости. Срок исполнения поручения начинал течь с момента оплаты вознаграждения. 22 августа 2006 г. Доверитель перечислил на р/счет налогового агента адвоката Х. 667 625 руб. За весь этот период Доверитель пытался получить от адвоката, которому был передан ряд копий документов и один подлинник, сведения о выполнении поручения, однако адвокат на запросы Доверителя не реагировал, до настоящего времени Доверитель не получил от адвоката каких либо уведомлений, в том числе и об отказе от исполнения поручения и (или) от отступления от первоначальных условий. Срок исполнения поручения в соответствии с п. 1.4 Договора истек 22 августа 2007 г. Таким образом, поручение адвокатом Х. выполнено не было. Предусмотренное Договором обязательство Адвоката вернуть ранее полученное вознаграждение в случае просрочки исполнения также не выполнено. Доверитель просит оценить бездействие адвоката Х. и помочь в получении правоустанавливающих документов, оставшихся у адвоката.

2 ноября 2007 г. Президентом Адвокатской палаты г. Москвы на основании ст. 31 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» было возбуждено дисциплинарное производство в отношении адвоката Х. (распоряжение № 151), материалы которого направлены на рассмотрение Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы.

³⁷⁰ Закония: Информационно-правовой портал //http://www.zakonia.ru

В заседание квалификационной комиссии адвокат Х. не явилась, письменных объяснений не представила, о дне, месте и времени рассмотрения Комиссией дисциплинарного производства надлежащим образом извещалась, со своей электронной почты прислала сообщение без подписи о том, что ее врач сообщает, что она срочно легла в больницу для прохождения курса химиотерапии, поэтому просит слушание дела отложить. Интересы заявителя по доверенности в заседании комиссии представляла А.

В силу п. 3 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката неявка кого-либо из участников дисциплинарного производства не является основанием для отложения разбирательства; в этом случае квалификационная комиссия рассматривает дело по существу по имеющимся материалам и заслушивает тех участников производства, которые явились в заседание комиссии.

Представитель заявителя гр. А., в своих пояснениях, данных в заседании Комиссии, подтвердила изложенное в письменном заявлении, указав, что 16 августа 2006 г. между фирмой «Т.» и адвокатом Х. был заключен договор на оказание юридической помощи № 115. По условиям поручения адвокат Х. приняла на себя обязательства оказать юридическую помощь, результатом которой должна была стать государственная регистрация права собственности Доверителя на ряд объектов недвижимости. Часть документов она должна была собрать сама, и затем все документы сдать на регистрацию. Срок исполнения поручения начинал течь с момента оплаты вознаграждения. 22 августа 2006 г. Доверитель перечислил на р/счет налогового агента адвоката Х. 667 625 руб. За весь этот период Доверитель пытался получить от адвоката, которому был передан ряд копий документов и один подлинник, сведения о выполнении поручения, однако адвокат на запросы Доверителя не реагировал, до настоящего времени Доверитель не получил от адвоката каких-либо уведомлений, в том числе и об отказе от исполнения поручения и (или) от отступления от первоначальных условий. Срок исполнения поручения в соответствии с п. 1.4 Договора истек 22 августа 2007 г. Таким образом, поручение адвокатом Х. выполнено не было. Предусмотренное Договором обязательство Адвоката вернуть ранее полученное вознаграждение в случае просрочки исполнения также не выполнено. Доверитель просит оценить бездействие адвоката Х. и помочь в получении правоустанавливающих документов, оставшихся у адвоката.

Изучив материалы дисциплинарного производства, Квалификационная комиссия, проведя голосование именными бюллетенями, пришла к следующим выводам.

Анализируя документы, имеющиеся в материалах дисциплинарного производства, в том числе копию договора об оказании юридической помощи от 16 августа 2006 г., копию платежного поручения от 22 августа 2006 г. № 452 о перечислении 667 625 руб., копии представленных комиссии писем Доверителя Адвокату с просьбой проинформировать Доверителя о ходе выполнения поручения, на которые ответ адвокатом дан не был, отсутствие письменных объяснений адвоката Х., комиссия считает, что поручение адвокатом Х. выполнено не было.

По условиям договора на оказание услуг от 16 августа 2006 г. № 115 адвокат Х. приняла на себя обязательства оказать юридическую помощь фирме «Т.», результатом которой должна была стать государственная регистрация права собственности Доверителя на ряд объектов недвижимости. Срок исполнения обязательств наступал не позднее 12 месяцев с момента перечисления денежных средств доверителем. Денежные средства в размере 667 625 руб. были перечислены доверителем на р/счет налогового агента адвоката Х. 22 августа 2006 г., что подтверждается платежным поручением от 22 августа 2006 г. № 452. Таким образом, срок исполнения обязательства по договору наступает 22 августа 2007 г.

Представленные представителем заявителя письма от 4 апреля 2007 г., 8 мая 2007 г., 24 июля 2007 г., 12 сентября 2007 г., адресованные адвокату Х. и заведующему адвокатской конторой коллегии адвокатов г. Москвы К., подтверждают доводы заявителя о невыполнении адвокатом Х. принятых на себя обязательств по договору от 16 августа 2006 г. № 115. В соответствии с п. 1 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации осуществляется на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства; участники дисциплинарного производства с момента его возбуждения имеют право, в том числе, представлять доказательства (подп. 3 п. 5 ст. 23 Кодекса).

Адвокат Х. не представила доказательств, опровергающих доводы заявителя и подтверждающих выполнение ею принятых обязательств по договору об оказании юридической помощи.

Таким образом, Квалификационная комиссия приходит к выводу, что поручение об оказании юридической помощи доверителю адвокатом Х. выполнено не было.

Адвокат Х. также не выполнила предусмотренное п. 3.7 Договора № 115 обязательство вернуть ранее полученное вознаграждение в случае просрочки исполнения обязательства.

Адвокат при осуществлении профессиональной деятельности обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами, соблюдать Кодекс профессиональной этики адвоката и исполнять решения органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, принятые в пределах их компетенции. За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (подп. 1 и 4 п. 1 ст. 7; п. 2 ст. 7 названного Закона).

На основании изложенного, руководствуясь ст. 33 п. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», и подп. 1 п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката Комиссия приходит к заключению о наличии в действиях (бездействии) адвоката Х. нарушения п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», выразившееся в том, что адвокат, не исполнив поручение доверителя, вела себя нечестно, неразумно и недобросовестно.

Совет согласился с заключением квалификационной комиссии. Вынесено решение о прекращении статуса адвоката³⁷¹.

IV. Распоряжением президента Адвокатской палаты г. Москвы № 171 от 5 ноября 2008 г. в отношении адвоката Г. было возбуждено дисциплинарное производство. Основанием для его возбуждения явилась жалоба адвоката У. В своей жалобе адвокат У. сообщает обстоятельства, которые, по ее мнению, свидетельствуют о грубом нарушении кодекса профессиональной этики адвокатом Г. Адвокат Г. с целью отстранения адвоката У. от участия в качестве представителя ответчицы Ш. по гражданским делам о выселении и об определении места жительства ребенка через секретариат коллегии, в которой состоит заявительница, «под видом материалов по делу» передал для нее диск и письмо, порочащие ее доверительницу.

После этого адвокат Г. направил заявительнице СМС-сообщение, содержащее вопрос о перспективе ее дальнейшего участия в гражданском процессе.

Со слов доверительницы Ш. адвокату У. известно, что в отсутствие Ш. был заменен замок входной двери в спорную квартиру, в которой проживает доверительница. После этого адвокат Г. вместе со своим помощником Р. в присутствии неизвестных заявительнице лиц, обозначенных в качестве понятых, в отсутствие Ш. проникли в квартиру и произвели опись находившегося в квартире имущества доверительницы.

Ксерокопию данного документа вручили Ш. и предложили ей подписать данный документ. Через некоторое время в адрес ее сестры пришла объемная посылка с личными вещами доверительницы, упакованными в полиэтиленовые мешки для мусора.

Указанные незаконные действия были предприняты при отсутствии вступившего в законную силу решения о выселении Ш., о чем Г. было достоверно известно. Таким образом, адвокат счел возможным возложить на себя функции суда и судебного пристава-исполнителя.

Со слов доверительницы заявительнице известно, что адвокат Г. периодически по телефону пытается убедить ее в том, что адвокат У. все равно рано или поздно откажется с ней работать, что Ш. ничего не сможет добиться, ее признают психически больной, малолетнего ребенка его материально обеспеченный отец отправит за границу, и она его никогда больше не увидит.

Кроме того, адвокат Г. появлялся по месту работы Ш., и после его появления к ней резко изменилось отношение ее руководства. Ш. считает, что Г. намеренно порочит ее также с целью лишения работы. Полагая, что данные действия не только выходят за пределы полномочий адвоката, но и являются грубым нарушением Кодекса профессиональной этики адвоката, адвокат У. просит привлечь адвоката Г. к дисциплинарной ответственности...

Выслушав стороны дисциплинарного производства, исследовав представленные ими письменные доказательства и проголосовав именными бюллетенями, Квалификационная комиссия приходит к заключению о наличии в действиях адвоката Г. состава дисциплинарного проступка.

³⁷¹ Закония: Информационно-правовой портал // <http://www.zakonia.ru>

У. Делая такой вывод, квалификационная комиссия исходила из следующего: На основании ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации осуществляется устно, на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства. Квалификационная комиссия должна дать заключение по возбужденному дисциплинарному производству в том заседании, в котором состоялось разбирательство по существу, на основании непосредственного исследования доказательств, представленных участниками производства до начала разбирательства, выслушивания их объяснений. Согласно п. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном этим Федеральным законом, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию.

На основании ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката при осуществлении профессиональной деятельности адвокат честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполняет обязанности, активно защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и настоящим Кодексом; уважает права, честь и достоинство лиц, обратившихся к нему за оказанием юридической помощи, доверителей, коллег и других лиц.

В соответствии с п. 1 ст. 10 Кодекса профессиональной этики адвоката 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.

Высказанные доверителем Б. пожелания того, чтобы адвокат Г. «в случае отсутствия гражданки Ш. в квартире и невозможности установления ее местонахождения» осуществил самостоятельное вскрытие квартиры, а также осуществил опись имущества Ш., являлись незаконными.

Объяснения адвоката Г., что срочная необходимость проникновения в жилище была связана с произошедшей в квартире аварией, в результате которой была залита расположенная под ней квартира, представляется в значительной степени надуманной. О такого рода аварийной ситуации ничего не упоминается в составленных адвокатом и сопровождавшими его лицами, которых он именует «понятыми», документах («Акте вскрытия помещения» и «Описи имущества»). В качестве одного из «понятых» в составленных адвокатом документах фигурирует некто М., который согласно поручению собственника квартиры Б. в качестве подрядчика должен был произвести в квартире ремонт. Несмотря на присутствие подрядчика, каких-либо срочных мероприятий по части ликвидации залива и ремонта квартиры в день вскрытия квартиры (3 августа 2008 г.) не производится. Квартира запирается имевшимися у Г. ключами и опечатывается его личной печатью. Только через три дня, 6 ав-

густа 2008 г., после установления контакта с проживавшей в квартире и зарегистрированной в ней постоянно Ш., адвокат Г. вновь проникает в квартиру. Ш. предлагается расписаться в некоторых местах документа под названием «Опись имущества», а часть вещей Ш. перевозится на съемную квартиру ее сестры. Другая же часть вещей Ш. была отправлена ей почтовой посылкой. Таким образом, по мнению Квалификационной комиссии, истинная цель проникновения в квартиру не была связана с необходимостью срочного ее ремонта, а объяснялась стремлением фактического освобождения квартиры от вещей Ш., что и было осуществлено. При этом адвокату Г. было достоверно известно, что в связи со сменой замков, произведенной собственником квартиры, проникнуть в квартиру и вновь разместить в ней свои вещи Ш. не сможет. По указанной причине, как указано в объяснении адвоката Г., «фактически Ш. не проживает по указанному адресу с конца июля 2008 г.».

Описанные действия были осуществлены адвокатом Г., несмотря на то, что спор между Ш. и собственником квартиры по поводу снятия последней с регистрационного учета не был разрешен и вступившего в законную силу судебного постановления не имелось. Между тем в соответствии со ст. 25 Конституции Российской Федерации жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения. В связи с этим Квалификационная комиссия не может не усматривать в вышеуказанных действиях адвоката Г. состава дисциплинарного проступка.

Что же касается претензий заявительницы к Г. в том отношении, что «под видом материалов по делу» адвокат передал для нее диск и письмо, поручающие ее доверительнице, то, по мнению Квалификационной комиссии, состава дисциплинарного проступка в указанных действиях не содержится. Как пояснил адвокат Г., на диске, который он действительно передал для адвоката У., запечатлены обстоятельства негативного (жесткого) поведения Ш. по отношению к сыну и к его отцу Б. Данная информация зафиксирована находящейся в квартире системой видеонаблюдения и передана адвокату Г. его доверителем Б. — бывшим гражданским мужем Ш., По словам Г., целью данной акции было убедить адвоката У. в том, что в интересах малолетнего сына сторон его лучше оставить у отца. Содержание находящейся на диске информации, а также сформулированная Г. цель передачи диска и письма адвокату У. последней не опровергнута.

По итогам рассмотрения дисциплинарного производства Квалификационная комиссия приходит к следующему заключению.

Проникновение адвоката Г. в квартиру, в которой на основании «Договора вселения и безвозмездного пользования квартирой» проживала и была постоянно зарегистрирована доверительница адвоката У. — Ш., сопровождавшееся описью и удалением из квартиры имущества последней при отсутствии вступившего в законную силу судебного акта о снятии Ш. с регистрационного учета, является незаконным и содержит в себе состав дисциплинарного проступка.

Квалификационная комиссия Адвокатской палаты г. Москвы, руководствуясь п. 4 п. 1 ст. 7, п. 2 п. 2 ст. 17, п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об ад-

вокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ст. 8, п. 1 ст. 10, п. 1 ст. 18 и п. 1 п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, по результатам рассмотрения жалобы адвоката У. выносит заключение о наличии в действиях адвоката Г. нарушения норм Кодекса профессиональной этики адвоката.

Совет согласился с заключением Квалификационной комиссии и вынес адвокату взыскание в форме замечания³⁷².

VI. Одним из распространенных оснований для привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности является нарушение адвокатом установленного порядка оказания бесплатной юридической помощи. По данному вопросу приводится следующее судебное решение: Судья Верховного Суда Российской Федерации Б.А. Горохов, рассмотрев истребованное по надзорной жалобе Молоканова А.Г. дело по иску Молоканова А.Г. к Адвокатской палате Владимирской области об оспаривании заключения квалификационной комиссии и решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области, восстановлении статуса адвоката,

установил:

Молоканов А.Г. с 1999 г. являлся адвокатом Владимирской областной коллегии адвокатов № 2 «Адвокатская Лига», а с 2003 г. избрал новую форму адвокатского образования — адвокатский кабинет с местом работы в г. Коврове.

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 11 августа 2005 г., принятым на основании заключения Квалификационной комиссии Адвокатской палаты Владимирской области от 4 августа 2005 г., к Молоканову А.Г. применена мера дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката с 11 августа 2005 г.

Истец полагает вышеназванное заключение и решение, вынесенные в отношении него, незаконными и необоснованными и обратился в суд с иском об их отмене и восстановлении его статуса адвоката. Ответчик иск не признал.

Решением Ленинского районного суда г. Владимира от 16 января 2006 г., оставленным без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам Владимирского областного суда от 21 февраля 2006 г., в удовлетворении иска отказано.

В надзорной жалобе Молоканов А.Г. просит отменить состоявшиеся по данному делу судебные постановления и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Определением заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации от 2 марта 2007 г. дело истребовано в Верховный Суд Российской Федерации.

Оснований для передачи дела для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции не имеется. В соответствии со ст. 387 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права.

³⁷² Обзор дисциплинарной практики Адвокатской палаты г. Москвы (март — апрель 2009 г.).

Таких нарушений при вынесении обжалуемых судебных постановлений допущено не было. 12 июля 2005 г. в отношении истца Президентом Адвокатской палаты Владимирской области возбуждено дисциплинарное производство на основании представления вице-президента Адвокатской палаты Владимирской области от 11 июля 2005 г. (л.д. 22—23).

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 11 августа 2005 г. «за нарушение адвокатом Молокановым А.Т. требований п. 2, 4 ст. 7 Федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”», выразившемся в неисполнении требования об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве Ковровского городского суда 2 июля 2005 г. по назначению суда, в неисполнении решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области по обеспечению оказания гражданам Российской Федерации юридической помощи бесплатно, а также юридической помощи по назначению от 10 июля 2003 г.» к адвокату Молоканову А.Г. применена мера дисциплинарной ответственности в виде прекращения статуса адвоката с 11 августа 2005 г.

В соответствии с пунктами 2, 4 статьи 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат обязан исполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора, или суда, а также оказывать юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом; соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката и исполнять решения органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, принятые в пределах их компетенции.

Согласно пункту 7 статьи 15 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат обязан участвовать лично или материально в оказании юридической помощи бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, или по назначению органа дознания, органа предварительного следствия, прокурора или суда в порядке, определяемом адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

Решением Совета Адвокатской палаты Владимирской области от 10 декабря 2002 г. члену Совета Горбунову Г.Г. поручено составлять графики дежурств адвокатов ковровских юридических образований (л.д. 37—38).

10 июля 2003 г. Советом Адвокатской палаты Владимирской области принято решение по обеспечению оказания гражданам Российской Федерации на территории Владимирской области юридической помощи бесплатно, а также юридической помощи по назначению (л.д. 34—35).

Согласно графику дежурств адвокатов ковровских юридических образований за июль 2005 г. адвокат Молоканов А.Г. должен был оказывать юридическую помощь по назначению 2 июля 2005 г. (л.д. 39).

В указанный день истец не явился в Ковровский городской суд для рассмотрения ходатайств об избрании меры пресечения, в связи с чем для участия в судебных заседаниях был вызван другой адвокат, что было затрудни-

тельно, поскольку заседание проходило в выходной день, и повлекло за собой нарушение нормальной работы суда.

Данное обстоятельство подтверждается сообщениями судьи Ковровского городского суда Ершова А.Ф. (л.д. 24, 25), копиями процессуальных документов (л.д. 26, 27).

Довод о том, что Молоканов А.Г. не был надлежащим образом извещен о предстоящем дежурстве 2 июля 2005 г., несостоятелен, поскольку истец работал в качестве адвоката в г. Коврове с 1999 г. и не мог не знать о сложившейся практике ежемесячных дежурств по оказанию бесплатной юридической помощи, что не отрицал в ходе судебного заседания, а также на заседаниях Квалификационной комиссии и Совета Адвокатской палаты Владимирской области.

Процедура привлечения Молоканова А.Г. к дисциплинарной ответственности, предусмотренная Кодексом профессиональной этики адвоката, была соблюдена.

Решение Совета Адвокатской палаты Владимирской области принято путем тайного голосования в соответствии со ст. 24, 25 Кодекса профессиональной этики адвоката (л.д. 84—88); применена мера дисциплинарной ответственности, предусмотренная ст. 18 названного Кодекса.

При таких обстоятельствах суд правомерно отказал истцу в удовлетворении заявленных требований.

Доводы надзорной жалобы основанием для отмены в порядке судебного надзора законных судебных постановлений по данному делу быть признаны не могут.

На основании изложенного, руководствуясь статьей 383 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации

определил:

в передаче дела по иску Молоканова А.Г. к Адвокатской палате Владимирской области об оспаривании заключения квалификационной комиссии и решения Совета Адвокатской палаты Владимирской области, восстановления статуса адвоката для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции отказать.

Судья Верховного Суда Российской Федерации Б.А. Горохов³⁷³.

VII. По результатам обобщения дисциплинарной практики адвокатских палат субъектов РФ за неисполнение либо ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей при осуществлении защиты по уголовным делам в порядке ст. 50 и 51 УПК РФ в 2007—2008 гг. к дисциплинарной ответственности привлечено 445 адвокатов, в отношении 31 статус был прекращен. Органы адвокатского самоуправления наряду с мерами дисциплинарной ответственности стали чаще применять практику реагирования адвокатских сообществ Европы — отстранять от ведения дел по назначению адвокатов, допу-

³⁷³ Определение от 3 июля 2007 г. № 86-В07-10 / Федеральная палата адвокатов РФ // <http://www.fparf.ru>

сивших серьезные нарушения норм профессиональной этики и неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств перед своими доверителями³⁷⁴.

Весьма существенное значение имеют изложенные в КПЭА правила, развещающие и уточняющие требования УПК РФ и Закона об адвокатуре, о недопустимости отказа от защиты.

Так, ч. 2 ст. 13 предусматривает, что «адвокат, принявший в порядке назначения или по соглашению поручение на осуществление защиты по уголовному делу, не вправе отказаться от защиты, кроме случаев, указанных в законе, и должен выполнять обязанности защитника, включая, при необходимости, подготовку и подачу кассационной жалобы на приговор суда в отношении своего подзащитного.

Адвокат, принявший поручение на защиту в стадии предварительного следствия в порядке назначения или по соглашению, не вправе отказаться без уважительных причин от защиты в суде первой инстанции».

В соответствии с ч. 4 ст. 13 адвокат-защитник обязан обжаловать приговор:

- 1) по просьбе подзащитного;
- 2) при наличии оснований к отмене или изменению приговора по благоприятным для подзащитного мотивам;
- 3) как правило, в отношении несовершеннолетнего, если суд не разделил позицию адвоката-защитника и назначил более тяжкое наказание или наказание за более тяжкое преступление, чем просил адвокат.

Однако нарушения данных положений в адвокатской практике распространены широко и повсеместно. Пример:

4 апреля 2005 г. гражданка Ш. обратилась в Адвокатскую палату г. Москвы с жалобой (заявлением; вх. № 621 от 5 апреля 2005 г.), указав, что между нею и А., с одной стороны, и Московской коллегией адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр» в лице генерального директора П., с другой стороны, 8 февраля 2005 г. был заключен договор об оказании юридических услуг, согласно условиям которого коллегия адвокатов обязалась защищать Ш. и А. по уголовному делу, возбужденному по ч. 2 ст. 116 УК РФ, представлять их интересы во всех судах, службах судебных приставов, кассационной инстанции, надзорной инстанции, ВС РФ. Уголовное дело было рассмотрено мировым судьей Б. и 15 марта 2005 г. в отношении Ш. и А. был вынесен обвинительный приговор. Интересы подсудимых Ш. и А. от Московской коллегии адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр» представлял адвокат В. Заявительница указывает, что после вынесения обвинительного приговора адвокат В., в нарушение п. 2.2.1, 2.2.6, 2.2.7 Договора, отказался от дальнейшего предоставления услуг и обещал вернуть деньги за невыполненную работу. Ш. с А. неоднократно приезжали, и В. предлагал им подписать какую-то расписку о получении денег и только через какое-то время забрать деньги. Также заявительница указала, что в соответствии со ст. 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» соглашение заключается между доверителем и адвокатом; в нарушение закона договор заключен с П., а фактически

³⁷⁴ Отчет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации за период с апреля 2007 г. по апрель 2009 г. // <http://www.fparf.ru>

защиту в суде осуществлял адвокат В. Заявительница просит рассмотреть заявление и принять меры.

Адвокат В. в заседание Квалификационной комиссии не явился, письменных объяснений не представил, хотя о поступлении жалобы Ш., о дне, месте и времени рассмотрения Комиссией дисциплинарного производства был надлежащим образом извещен.

Выслушав объяснения заявительницы Ш., показания свидетеля А., изучив материалы дисциплинарного производства, обсудив доводы жалобы (заявления) гражданки Ш. от 4 апреля 2005 г., Квалификационная комиссия, проведя голосование именными бюллетенями, пришла к следующим выводам.

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 Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Существенными условиями соглашения 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 выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь; 4) порядок и размер компенсации расходов адвоката (адвокатов), связанных с исполнением поручения; 5) размер и характер ответственности адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения. 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 (ст. 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Из представленных заявительницей Ш. документов усматривается, что договор № 1195 об оказании юридических услуг был заключен ею и А. 8 февраля 2005 г. не с адвокатом В., сведения о котором внесены в реестр адвокатов г. Москвы, а с Московской коллегией адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр» в лице ее генерального директора П., который адвокатом не является. При этом адвокат В. является соучредителем и членом Московской коллегии адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр», в этой коллегии он осуществляет адвокатскую деятельность.

Коллегия адвокатов является некоммерческой организацией, основанной на членстве и действующей на основании устава, утверждаемого ее учредителями, и заключаемого ими учредительного договора. Коллегия адвокатов является юридическим лицом. Члены коллегии адвокатов не отвечают по ее обязательствам, коллегия адвокатов не отвечает по обязательствам своих

членов. Соглашения об оказании юридической помощи в коллегии адвокатов заключаются между адвокатом и доверителем и регистрируются в документации коллегии адвокатов. Ничто в положениях ст. 22 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не может рассматриваться как ограничение независимости адвоката при исполнении им поручения доверителя, а также его личной профессиональной ответственности перед последним (см. п. 2, 9, 12, 15, 16 ст. 22 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

В договоре от 8 февраля 2005 г. № 1195 отсутствует указание на то, что юридическая помощь в объеме, определенном в п. 1 (Предмет договора) договора, будет оказана гражданам Ш. и А. адвокатами, в том числе адвокатом В.

Однако из объяснений заявительницы Ш. и показаний свидетеля А. следует, что юридическую помощь Ш., обвинявшейся в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 116 УК РФ, — ее защиту в судебном заседании по уголовному делу, рассматривавшемуся мировым судьей, — осуществлял адвокат В. Мировому судье адвокат В. представил удостоверение адвоката и ордер от 9 февраля 2005 г. № 000170, выданный ему МКА «ИнтеполКриминалЦентр» на осуществление с 11 февраля 2005 г. защиты Ш.; основанием выдачи ордера явилось соглашение от 8 февраля 2005 г. № 1195. Ссылка на участие адвоката В. в качестве защитника Ш. в судебных заседаниях, проводившихся мировым судьей, имеется в протоколе судебного заседания и в приговоре мирового судьи от 15 марта 2005 г.

В соответствии с ч. 4 ст. 49 УПК РФ «адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера».

Приведенные доказательства, по мнению Комиссии, свидетельствуют о том, что В. принял договор № 1195 об оказании юридических услуг от 8 февраля 2005 г., заключенный Московской коллегией адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр» в лице Генерального директора П. с гражданами Ш. и А., к исполнению как адвокат в части исполнения обязательств представителя по указанному договору перед Ш., поскольку он получил и представил мировому судье ордер на защиту Ш., участвовал в судебных заседаниях в качестве защитника Ш., т.е. совершил юридически значимые действия, позволяющие Комиссии констатировать возникновение между адвокатом В. и обратившейся за оказанием юридической помощи Ш. правоотношений по типу «адвокат-клиент».

В силу ст. 1, 2, 7 п. 1 и 4 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ст. 8 п. 1 Кодекса профессиональной этики адвоката на адвокате как лице, оказывающем на профессиональной основе квалифицированную юридическую помощь, лежит обязанность осуществлять адвокатскую деятельность в строгом соответствии с предписаниями законодательства Российской Федерации, в том числе Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Принятие адвокатом В. на себя обязательств по договору об оказании юридических услуг, заключенному с доверителем не адвокатом, а коллегией адво-

катов, свидетельствует о наличии в действиях адвоката В. нарушениям норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, а именно ст. 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами; соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката (п. 1 и 4 п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Приняв на себя обязательства перед доверителем Ш. по договору № 1195 об оказании юридических услуг от 8 февраля 2005 г., адвокат В. был обязан соблюдать его условия, в том числе п. 2.2.1, 2.2.6, 2.2.7, согласно которым представитель обязался представлять интересы Ш. по уголовному делу, возбужденному по ч. 2 ст. 116 УК РФ, «во всех судах, службах судебных приставов, кассационной инстанции, надзорной инстанции, ВС РФ», «готовить процессуальные документы, жалобы, претензии, исковые заявления и др., необходимые для выполнения обязательства по договору», защищать интересы Ш. по проблеме, изложенной в п. 1.1. Договора [«1. Предмет договора. 1.1. Защита клиентов по уголовному делу, возбужденному по ч. 2 ст. 116 УК РФ» — Примечание Комиссии].

Ш. указывает, что адвокат В. в нарушение п. 2.2.1, 2.2.6, 2.2.7 Договора после вынесения обвинительного приговора отказался от дальнейшего предоставления услуг; деньги за невыполненную работу не вернул; апелляционную жалобу на обвинительный приговор мирового судьи не написал и не помог Ш. написать такую жалобу от своего имени, в связи с чем последняя была вынуждена обратиться за оказанием юридической помощи к адвокату К. и понесла дополнительные расходы; в суде апелляционной инстанции защиту Ш. осуществлял назначенный судом адвокат.

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 (ч. 2 ст. 48 Конституции РФ).

Как следует из Постановления Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П, закрепленное в ст. 48 (ч. 2) Конституции РФ право пользоваться помощью адвоката (защитника) является одним из проявлений более общего права, гарантированного статьей 48 (ч. 1) Конституции РФ каждому человеку, — права на получение квалифицированной юридической помощи. Поэтому положения ч. 2 ст. 48 Конституции Российской Федерации не могут быть истолкованы в отрыве и без учета положений ч. 1 этой же статьи. Гарантируя право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство, во-первых, обеспечивает условия, способствующие подготовке квалифицированных юристов для оказания гражданам различных видов юридической помощи, в том числе в уголовном судопроизводстве, и, во-вторых, устанавливает с этой целью определенные профессиональные и иные квалификационные требования и критерии. Критерии квалифи-

цированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве, исходя из необходимости обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон, закрепленного в ст. 123 (ч. 3) Конституции РФ, законодатель устанавливает путем определения соответствующих условий допуска тех или иных лиц в качестве защитников.

В законодательстве об адвокатуре формулируются определенные профессиональные требования к адвокатам, призванные обеспечивать квалифицированный характер оказываемой ими юридической помощи с учетом высокой значимости для личности и общества в целом принимаемых в уголовном судопроизводстве решений (см. п. 2—4 мотивировочной части названного Постановления Конституционного Суда РФ).

Таким образом, наличие института адвокатуры рассматривается как государственная гарантия конституционного права на квалифицированную юридическую помощь. Оказание адвокатом неквалифицированной юридической помощи, а равно отказ, при отсутствии указанных в законе оснований, от оказания или продолжения оказания доверителю юридической помощи не соответствует требованиям Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодекса профессиональной этики адвоката.

Из имеющихся в материалах дисциплинарного производства и исследованных Комиссией доказательств следует, что Ш. виновной себя в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 116 УК РФ, не признала полностью, в судебном заседании дала показания о непричастности к совершению преступления — причинению потерпевшей К. телесных повреждений; просила адвоката В. обжаловать в апелляционном порядке вынесенный в отношении нее обвинительный приговор.

Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты (подп. 6 п. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

В соответствии с положениями ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката (в первоначальной редакции от 31 января 2003 г., действовавшей на 15 марта 2005 г.) «адвокат, принявший... по соглашению поручение на защиту по уголовному делу, не вправе отказаться от защиты и должен выполнять обязанности защитника до стадии подготовки и подачи кассационной жалобы на приговор суда по делу его подзащитного» (ч. 1 п. 2); «адвокат-защитник должен обжаловать приговор, вынесенный в отношении своего подзащитного, по его просьбе, а также... если имеются правовые основания для смягчения приговора» (ч. 1 п. 4); «адвокат-защитник, как правило, должен обжаловать приговор, вынесенный в отношении своего подзащитного: если суд в приговоре не разделит позицию адвоката-защитника и назначил более тяжкое наказание или за более тяжкое преступление, чем просил адвокат; если адвокат усматривает наличие правовых оснований для смягчения приговора» (п. 2 и 3, ч. 2 п. 4).

Мировой судья признал Ш. виновной в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 116 УК РФ, и назначил ей наказание в виде исправительных работ на срок два года с удержанием 10% от заработной платы в доход государства, т.е. назначил ей наказание более строгое, чем предусмотре-

но соответствующей статьей Особенной части УК РФ, на что было обоснованно указано в апелляционной жалобе осужденной Ш., подготовленной для нее адвокатом К.

В силу п. 3 ч. 1 ст. 369 и п. 3 ст. 382 УПК РФ назначение осужденному наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ, свидетельствует об очевидной и безусловной незаконности приговора в данной части и требует, как минимум, его изменения. Рассмотрев в апелляционном порядке уголовное дело по апелляционным жалобам осужденных Ш. и А., районный суд г. Москвы приговором от 26 мая 2005 г. изменил приговор мирового судьи от 15 марта 2005 г. в части меры наказания осужденной Ш. — снизил срок наказания в виде исправительных работ до одного года, с удержанием 10% заработка в доход государства.

Квалификационная комиссия считает, что, не обжаловав как адвокат-защитник вопреки просьбе доверительницы — подзащитной Ш. — обвинительный приговор мирового судьи от 15 марта 2005 г., не оказав Ш. юридической помощи в составлении апелляционной жалобы от имени осужденной (притом, что Ш. в судебном заседании виновной себя не признала, дала показания о непричастности к совершению преступления, а назначенное ей судом наказание было более строгим, чем предусмотрено в санкции ч. 2 ст. 116 УК РФ), отказавшись от дальнейшей работы по делу (в том числе участия в заседании суда апелляционной инстанции), адвокат В. не только нарушил п. 2.2.1, 2.2.6 и 2.2.7 принятого им к исполнению Договора № 1195 об оказании юридических услуг Ш. от 8 февраля 2005 г., но и нарушил подп. 6 п. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (отказался от принятой на себя защиты Ш.), а также ч. 1 п. 2, ч. 1 и подп. 2, 3 ч. 2 п. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката (в редакции от 31 января 2003г.), поскольку, приняв по соглашению поручение на защиту Ш. по уголовному делу, не выполнял обязанности защитника до стадии подготовки и подачи кассационной жалобы на приговор суда по делу его подзащитной, не обжаловал приговор, вынесенный в отношении своей подзащитной Ш., хотя последняя высказала адвокату просьбу об этом, суд в приговоре не разделил позицию Ш. и ее защитника адвоката В. о невиновности подсудимой, а также при наличии по делу безусловных правовых оснований для смягчения приговора.

Адвокат обязан честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами, руководствуясь Конституцией РФ, законом и Кодексом профессиональной этики адвоката; соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката. За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (подп. 1 и 4 п. 1, п. 2 ст. 7 Федерального закона; п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Нарушение адвокатом требований законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвоката, совер-

шенное умышленно или по грубой неосторожности, влечет применение мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодексом профессиональной этики адвоката (ст. 18 п. 1 Кодекса).

На основании изложенного, руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и подп. 1 п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, Квалификационная комиссия Адвокатской палаты города Москвы выносит заключение о наличии в действиях (бездействии) адвоката В. нарушения:

ст. 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», выразившегося в принятии В. на себя обязательств как адвокатом-защитником перед Ш. по договору об оказании юридических услуг от 8 февраля 2005 г. № 1195, заключенному с доверителем не адвокатом, а Московской коллегией адвокатов «ИнтерполКриминалЦентр»;

подп. 6 п. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ч. 1 п. 2, ч. 1 и подп. 2, 3 ч. 2 п. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката (в редакции от 31 января 2003 г.), выразившегося в том, что адвокат В. не обжаловал как адвокат-защитник вопреки просьбе доверительницы — подзащитной Ш. — обвинительный приговор мирового судьи от 15 марта 2005 г., не оказал Ш. юридической помощи в составлении апелляционной жалобы от имени осужденной (притом, что Ш. в судебном заседании виновной себя не признала, дала показания о непричастности к совершению преступления, а назначенное ей судом наказание было более строгим, чем предусмотрено в санкции ч. 2 ст. 116 УК РФ), отказался от дальнейшей работы по делу (в том числе, участия в заседании суда апелляционной инстанции), т.е. отказался от принятой на себя защиты обвиняемой Ш.³⁷⁵.

VIII. 26 ноября 2007 г. в Адвокатскую палату г. Москвы обратился с жалобой С. В своей жалобе он просит рассмотреть вопрос о привлечении адвоката Х., осуществляющего адвокатскую деятельность в адвокатском кабинете, к дисциплинарной ответственности, указав следующее.

В отношении С. УВД Московской области по факту конфликта между ним и его соседями по улице в пос. В., во время которого С. избил соседа П. и нанес ему поверхностное ножевое ранение, было возбуждено уголовное дело. Для защиты своих интересов С. пригласил адвоката Х. и заключил с ним соглашение на участие в уголовном деле на предварительном следствии и в суде первой инстанции. Сумма гонорара была оговорена и выплачена заявителем в размере 60 тыс. руб. Примерно через месяц соглашение было расторгнуто по инициативе С., так как он был недоволен работой своего защитника. Адвокат Х. официально участвовал только в одном следственном мероприятии — его допросе. А далее стал предпринимать действия, не согласованные с заявителем и искажающие его положение: писал без ведома С. жалобы в Генеральную прокуратуру, в Администрацию Президента РФ, в ООН. После расторжения соглашения о юридической помощи адвокат Х. не возвратил С. часть гонорара,

³⁷⁵ Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. — 2005. — № 7—8.

хотя участия в суде первой инстанции по его уголовному делу не принимал, да и самого судебного разбирательства еще не было. Как указано в жалобе, после расторжения соглашения адвокат Х. вопреки закону об адвокатуре, вопреки Кодексу профессиональной этики адвоката стал писать жалобы в органы прокуратуры и ФСБ, используя полученную от С. как его бывшего доверителя информацию, требуя, чтобы отменили постановление о приостановлении производства по уголовному делу, возобновили предварительное расследование и осудили С. за покушение на убийство, хотя следствие такого обвинения не предъявляло. С. указывает, что тем самым адвокат Х., его бывший защитник, превратился в его самого активного обвинителя. Заявитель считает, что адвокат, который требует привлечь к уголовной ответственности своего бывшего доверителя, поступает аморально и противозаконно, умаляет честь и достоинство адвокатского сообщества.

К своей жалобе С. приложил ксерокопии различных документов общим объемом 60 страниц, свидетельствующих, по его мнению, о дисциплинарном проступке адвоката Х.

28 ноября 2007 г. президент Адвокатской палаты г. Москвы, руководствуясь ст. 31 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», возбудил дисциплинарное производство в отношении адвоката Х. (распоряжение № 164), материалы которого направил на рассмотрение Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы.

В своих письменных объяснениях адвокат Х. привел следующие доводы, непосредственно относящиеся к сути жалобы С. В частности, соглашение на оказание юридической помощи С. было заключено 10 августа 2005 г. Оплата труда адвоката в размере 60 000 руб. была внесена С. и помещена адвокатом на свой счет в Сбербанке, имеются копии соответствующих приходных кассовых ордеров. На соглашении имеется запись С. от 23 сентября 2005 г. о том, что он претензий к работе адвоката не имеет. Далее имеется запись адвоката о том, что соглашение расторгнуто письменно 06.10.2005 по заказному письму С. Далее адвокат Х. указывает, что после расторжения соглашения С., его супруга и друг их семьи Ф., представляющийся подполковником ФСБ, стали осуществлять в отношении адвоката и его семьи различные незаконные действия. В частности, он стал получать от С. «подлинные письма-угрозы», «С. и его друзья подъехали на машине к дому, где живет адвокат, и выкрикивали националистические лозунги, производили выстрелы из пистолета и т.д.».

Х. 07.10.2005 проинформировал о подобных угрозах со стороны С. ОВД «Алексеевский», органы прокуратуры г. Москвы, ФСБ и др. инстанции.

Х. также указывает, что клеветнические письма от С. поступали в различные инстанции и после октября 2005 г., С. по-прежнему осуществлял в отношении адвоката Х. различные противозаконные действия, а также требовал от Х. возврата 5 тыс. долларов США, якобы переданных адвокату за его работу. Адвокат Х., полагая, что в действиях С. содержатся признаки преступления, неоднократно обращался с заявлениями в различные правоохранитель-

ные органы. В этих заявлениях он просил возбудить против С. уголовное дело и, в частности, указывал, что он в августе 2005 г. (см. соглашение от 10.09.2005) оказывал С. юридическую помощь и как адвокат установил факты, свидетельствующие о совершении последним преступления.

В частности, им (адвокатом) установлен прямой очевидец преступления С. — его сосед гр-н Л., чьи показания изменяют квалификацию преступления со ст. 119 УК РФ на более тяжкую — покушение — на ст. 105 УК РФ, гр. С. ранее уже был дважды судим за хищение и поджог, 37 раз доставлялся в медвытрезвитель. После того, как С. узнал о «новых» фактах, установленных адвокатом по его уголовному делу (август 2005 г.), он стал обманывать следствие, пытался подкупить адвоката и т.д. Последнее заявление Х. о возбуждении уголовного дела датировано 17 марта 2007 г.

В целях защиты своих прав и законных интересов Х. обратился в Д. городской суд с иском о признании недействительным решения суда в иске Х. отказа — прим. Кв. комиссии).

К своим объяснениям Х. приложил ксерокопии различных документов, писем, обращений в различные организации и т.д. объемом 97 страниц.

Адвокат Х. на заседание Квалификационной комиссии не явился, представил заявление с просьбой рассмотреть дисциплинарное производство в его отсутствие, так как он был болен.

В силу п. 3 ст. 23 КПЭА неявка кого-либо из участников дисциплинарного производства не является основанием для отложения разбирательства; в этом случае Квалификационная комиссия рассматривает дело по существу по имеющимся материалам и заслушивает тех участников производства, которые явились на заседание комиссии.

Заявитель жалобы С., явившись на заседание комиссии, подтвердил доводы, изложенные в своей жалобе. Дополнительно пояснил, что о движении его уголовного дела (август 2005 г.) ничего не знает, конфликтная ситуация с адвокатом возникла после того, как С. обратился с письмом от 27 сентября 2005 г. к адвокату с просьбой расторгнуть договор, так как, по его мнению, адвокат ничего не делал, избрал неверную форму защиты, объявив везде, что С. — политический диссидент.

Выслушав объяснения заявителя жалобы С., изучив письменные материалы дисциплинарного производства, Квалификационная комиссия, проведя голосование письменными бюллетенями, пришла к следующим выводам.

Адвокат при осуществлении профессиональной деятельности обязан честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять обязанности, отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами, соблюдать Кодекс профессиональной этики адвоката (подп. 1 и 4 п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката). За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным зако-

ном «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (п. 2 ст. 7 названного Закона).

10 августа 2005 г. адвокат Х. заключил соглашение с гр-ном С. на оказание последнему юридической помощи. Предметом соглашения являлось оказание юридической помощи в суде первой инстанции (Д. гор. суд Московской области), на предварительном следствии. 27 сентября 2005 г. С. обратился с письмом к адвокату Х., в котором выразил желание расторгнуть это соглашение ввиду неудовлетворительной работы адвоката. На бланке соглашения имеются следующие записи:

1. Претензий к работе адвоката не имеется. Подпись С., датированная 23 сентября 2005 г.

2. Договор расторгнут устно, а письменно 6 октября 2005 г. по заказному письму гр. С. (от 7 октября 2005 г. — мною направлено заявление о возбуждении уголовного дела против гр. С. по вымогательству, мошенничеству и др. ст. УК РФ в СУ при УВД Д. района Московской области. Имеется подпись адвоката Х.).

С. в своей жалобе и устных пояснениях, данных им на заседании Квалификационной комиссии, также указывал, что действительно обращался к адвокату Х. за оказанием юридической помощи в связи с тем, что Д. УВД Московской области в отношении него было возбуждено уголовное дело по факту конфликта между С. и его соседями по улице в пос. В. Московской области, во время которого он избил своего соседа и нанес ему поверхностные ножевые ранения. Впоследствии в конце сентября, будучи неудовлетворенным работой адвоката, С. выразил желание расторгнуть соглашение об оказании ему юридической помощи.

В связи с истечением сроков давности привлечения к дисциплинарной ответственности Квалификационная комиссия не рассматривала доводы, приведенные в жалобе С., о ненадлежащем исполнении адвокатом Х. своих профессиональных обязанностей перед доверителем.

Вместе с тем Квалификационная комиссия отмечает, что исследованные материалы дисциплинарного производства, письменные объяснения адвоката Х., устные пояснения, данные в заседании комиссии заявителем жалобы С., неопровержимо свидетельствуют о том, что адвокат Х. оказывал юридическую помощь своему доверителю С. в период с 10 августа 2005 г. (дата заключения соглашения) по 23 сентября 2005 г. и в соответствии со ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката являлся носителем адвокатской тайны в отношении своего доверителя С.

В своей жалобе С. указывает, что после расторжения соглашения с адвокатом Х. последний стал писать жалобы на С. в органы прокуратуры и ФСБ, используя полученную от него как от бывшего доверителя информацию. В частности, требовал отменить постановление о приостановлении производства по уголовному делу С., возобновить предварительное расследование и осудить С. за покушение на убийство, хотя следствие такого обвинения ему не предъявляло. По мнению С., его бывший защитник Х. превратился в его самого активного обвинителя.

Исследуя представленные материалы дисциплинарного производства в этой части жалобы С., Квалификационная комиссия констатирует следующее.

Адвокат Х., полагая, что против него С. совершаются различного рода противозаконные действия и, опасаясь за свою жизнь, здоровье и личную безопасность, неоднократно обращался в правоохранительные органы, суд и различные государственные органы с заявлениями, жалобами, просьбами возбудить в отношении С. уголовное дело, оградить его от оскорблений С. и т.д. В частности, Х. обращался с заявлением в ОВД «Алексеевский» 16 октября 2005 г., 9 июля 2006 г., 17 марта 2007 г. с просьбой возбудить уголовное дело против С. и его супруги, подавал в Д. городской суд Московской области исковое заявление о защите чести и достоинства, деловой репутации, компенсации морального вреда (ответчик С.).

В своих заявлениях, обращениях и жалобах, направленных в различные правоохранительные и государственные органы, и заявлениях от имени Х. как адвоката, осуществляющего адвокатскую деятельность в адвокатском кабинете, Х. излагает и приводит факты, которые, по его мнению, свидетельствуют о противоправном поведении С.

Вместе с тем Квалификационная комиссия отмечает, что в ряде подобных документов, подготовленных и подписанных Х., содержатся сведения, полученные им от своего бывшего доверителя, информация о доверителе, ставшие известные адвокату в процессе оказания юридической помощи. Например, в заявлении о преступлении, адресованном 17.03.2007 в ОВД «Алексеевский», Х. указывает: «...в процессе моего адвокатского расследования был выявлен прямой очевидец преступления гр. С. — гр. Л., сообщивший обо всех деталях преступления гр. С...»; в исковом заявлении, поданном в Д. городской суд 1 ноября 2007: «...однако С-вы от меня скрыли факты о прошлых «заслугах» С., которые я стал выявлять в ходе своего адвокатского расследования... А именно: С. был осужден судом за кражу и хищение..., осужден за умышленный поджог дома». Далее он указывает, что, проводя адвокатское расследование, «установил очевидца преступления С. — Л. и провел с ним профилактическую беседу, акцентируя внимание на уголовной ответственности граждан РФ за сокрытие преступления, соучастие в преступлении. После этой беседы Л. подробно рассказал адвокату, как он был очевидцем преступления С., так как стоял от него в 10 шагах».

Изложенное приводит Квалификационную комиссию к выводу о том, что адвокат Х. как гражданин РФ вправе был принимать адекватные действия защиты при наличии каких-либо угроз, оскорблений в его адрес, защищать свои честь, достоинство и деловую репутацию. Вместе с тем в компетенцию Квалификационной комиссии не входит как исследование доказательств, свидетельствующих о противоправных действиях, как утверждает адвокат Х., совершенных со стороны его бывшего доверителя С., так и способов и методов избранной Х. защиты себя, своей семьи и своего имени.

Однако Квалификационная комиссия вынуждена согласиться с доводами заявителя о том, что, используя различные методы и способы своей защиты, адвокат Х. нарушил требования ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской

деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 2—5 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката. В частности, адвоката Х. его доверитель не освобождал от обязанности хранить профессиональную тайну. Использование адвокатом Х. без согласия своего бывшего доверителя, а срок хранения тайны не ограничен во времени, сведений, сообщенных ему бывшим доверителем, для обоснования своей позиции по гражданскому делу в Д. городском суде вряд ли можно признать разумно необходимым. Раскрытие адвокатом сведений недопустимо ни при каких обстоятельствах. Профессия адвоката призвана защищать в том числе и преступника, но делать это только не запрещенными законом средствами. Изобличать лицо в совершении преступления не является и не может являться задачей адвокатуры (см.: «Адвокатская тайна» / под ред. В.Н. Буробина, 2006 г.).

На основании изложенного Квалификационная комиссия Адвокатской палаты города Москвы, руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и подп. 1 п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, выносит заключение о нарушении адвокатом Х. при обстоятельствах, описанных в жалобе С., требований ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 2—5 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката.

Совет согласился с мнением Квалификационной комиссии и вынес адвокату Х. дисциплинарное взыскание в форме предупреждения³⁷⁶.

IX. 3 апреля 2008 г. перед началом судебного разбирательства по гражданскому делу № 2-86/05 по заявлению О. об отмене решения о признании гражданина безвестно отсутствующим адвокат И. через экспедицию суда подал ходатайство об отводе председательствующего судьи, изложив его в 70 заявлениях, полностью идентичных одно другому и дублирующих друг друга слово в слово, при этом адвокат И. потребовал, чтобы каждое его заявление суд рассматривал отдельно, т.е. 70 раз удалялся в совещательную комнату и вынес 70 определений по его ходатайству об отводе.

Квалификационная комиссия АП г. Москвы пришла к следующему мнению: сам факт составления, подписания адвокатом И. и последующей подачи 3 апреля 2008 г. в С. районный суд г. Москвы (через экспедицию суда) заявления об отводе федерального судьи С., содержащего в соответствии с подп. 3 п. 1 ст. 16 ГПК РФ указание на такое основание для отвода, как «иные обстоятельства, вызывающие сомнение в его объективности и беспристрастности», представляет собой реализацию представителем лица, участвующего в деле, своего процессуального права и не может быть расценен как нарушение норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной этики адвоката.

Однако если реализация представителем лица, участвующего в деле, предоставленного ему законом процессуального права сама по себе не может свидетельствовать о нарушении адвокатом норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной эти-

³⁷⁶ Обзор дисциплинарной практики АП г. Москвы (по сост. на 30 июня 2008 г.) // <http://www.businesspravo.ru>

ки адвоката, то форма реализации данного права может быть предметом проверки на соответствие действий (бездействия) адвоката нормам законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной этики адвоката.

С учетом отмеченного, Квалификационная комиссия считает возможным оценить на предмет соответствия адвокатской этике форму, в которой адвокатом И. было сделано заявление об отводе председательствующего по делу — федерального судьи С. районного суда г. Москвы С.

В частности, все 70 заявлений об отводе от 3 апреля 2008 г., приложенных к ходатайству от 3 апреля 2008 г., являются текстуально идентичными (за исключение номера в заголовке), что свидетельствует о том, что на момент заявления отвода федеральному судье С. у адвоката И. как представителя заявителя О. имелось лишь одно основание для заявления отвода судье. Соответственно, не имеющее никакого процессуального, т.е. законного, смысла заявление адвокатом И. одновременно 70 идентичных отводов федеральному судье С. и не имеющее никакого процессуального, т.е. законного, смысла требование «если судья откажет в первом отводе, ...рассматривать, следующее каждое по отдельности заявление об отводе, т.е. по каждому из заявлений необходимо соблюдать ГПК РФ, удаляться в совещательную комнату, т.е. с начала рассмотреть первое, потом второе, потом третье и т.д.» свидетельствует о том, что адвокат И. вопреки п. 1 ст. 35 ГПК РФ пытался недобросовестно воспользоваться принадлежащим ему процессуальным правом (правом заявлять отводы), что свидетельствует о нарушении адвокатом И. предписаний ч. 1 ст. 12 Кодекса профессиональной этики адвоката, согласно которой, участвуя или присутствуя на судопроизводстве, адвокат должен соблюдать нормы соответствующего процессуального законодательства, проявлять уважение к суду.

Квалификационная комиссия не может согласиться с данным адвокатом И. объяснением о том, что второе заявление об отводе было мотивировано тем, что факт отказа в удовлетворении первого заявления об отводе сам по себе явился новым иным обстоятельством, вызывающим сомнение в объективности и беспристрастности судьи. Текстуально второе и все последующие 68 заявлений об отводе не отличаются от первого заявления.

В итоге, Совет АП согласился с мнением квалификационной комиссии и вынес адвокату И. дисциплинарное взыскание в форме предупреждения³⁷⁷.

Х. 4 марта 2009 г. адвокат Г. обратилась в Адвокатскую палату г. Москвы с жалобой на действия адвоката Адвокатской палаты г. Москвы Р., выразившиеся в нарушении им норм Кодекса профессиональной этики адвоката, а также в ненадлежащем исполнении им своих обязанностей, указав, что: адвокат Р. заключил соглашение на представление интересов К. в споре с адвокатом Г. и 27 февраля, 3 марта 2009 г. принял участие в судебных заседаниях Т. районного суда г. Москвы по гражданскому делу, где истцом являлась Г.; при этом адвокат Р. не уведомил Совет Адвокатской палаты г. Москвы в соответствии с п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, чем нарушил поло-

³⁷⁷ Обзор дисциплинарной практики АП г. Москвы (по сост. на 10 сентября 2008 г.) // <http://www.businesspravo.ru>

жения настоящего Кодекса, устанавливающего обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности; адвокат Р. в нарушение положений ст. 4, ч. 2 ст. 8, п. 7 ст. 9, п. 2 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката во время судебного заседания 3 марта 2009 г. в Т. районном суде г. Москвы вел себя некорректно по отношению к адвокату Г., оскорбительно выражался в ее адрес...; все некорректные высказывания адвоката Р. в адрес адвоката Г. занесены в протокол судебного заседания от 3 марта 2009 г., копия которого будет Г. представлена; адвокат Р. во встречном исковом заявлении, подписанным им собственноручно, изложил заведомо недостоверные сведения, а именно: имея подлинник Соглашения адвоката Г. с доверителем К. от 14 декабря 2008 г., указал, что адвокатом Г. был обещан и гарантирован положительный результат по делу, что не соответствует тексту Соглашения; далее он указал, что не может определить принадлежность адвоката Г. к адвокатскому образованию, в то время как в Соглашении и в доверенности указаны полностью все реквизиты адвоката, включая принадлежность к адвокатскому кабинету, регистрационный номер и т.д.

Заявитель просил возбудить в отношении адвоката Р. дисциплинарное производство и дать надлежащее заключение о действиях адвоката Р. Выслушав объяснения заявителя — адвоката Г., адвоката Р., изучив материалы дисциплинарного производства, обсудив доводы жалобы адвоката Г. от 4 марта 2009 г., Квалификационная комиссия, проведя голосование именными бюллетенями, пришла к следующим выводам. 11 декабря 2008 г. гражданка К. выдала адвокату Г. доверенность на представительство ее интересов и ведение ее дел в государственных, коммерческих и общественных организациях и судебных органах (доверенность была выдана сроком на 2 года с правом передоверия, удостоверена нотариусом г. Москвы А.).

14 декабря 2008 г. гражданка К. заключила с адвокатом Г. в простой письменной форме Соглашение об оказании юридической помощи — представительстве интересов доверителя по гражданскому делу в районном суде первой инстанции г. Москвы. Пунктом 4.1 Соглашения предусмотрено, что за оказание юридической помощи в рамках настоящего Соглашения доверитель выплачивает адвокату гонорар в размере 850 000 руб., п. 4.2 Соглашения предусмотрено, что оплата в соответствии с п. 4.1 Соглашения производится путем перечисления денежных средств на расчетный счет адвоката в течение трех банковских дней с момента подписания настоящего Соглашения либо наличными. В разделе «Особые условия» Соглашения указано, что предоплата в сумме 425 000 руб. производится доверителем в соответствии с п. 4.2 настоящего Соглашения, а вторая часть гонорара в сумме 425 000 руб. производится доверителем в момент получения решения по данному гражданскому делу. 28 января 2009 г. адвокат Г. в Б. районном суде г. Москвы принимала участие в рассмотрении гражданского дела по иску К. к ООО о возврате денежных средств и взыскании убытков. В этот день судом было утверждено мировое соглашение, по условиям которого истец отказался от своих требований к ответчикам в полном объеме, а соответчик ОАО в срок до 17 марта 2009 г. обязался выплатить истцу К. семью траншами денежные средства по оплате векселя.

В феврале 2009 г. Г. обратилась в суд с иском к К. о взыскании денежных сумм по договору — 425 000 руб., в обоснование заявления, указав, что 14 декабря 2008 г. она заключила с ответчиком К. Соглашение об оказании юридической помощи адвокатом по гражданскому делу, во исполнение Соглашения ею было составлено и подано в суд исковое заявление от имени К. к ООО о взыскании денежных средств. По указанному делу было достигнуто и подписано мировое соглашение, по которому К. получает всю сумму векселя 8 499 865 руб. по частям еженедельно по 1071 409 руб. Первую часть гонорара ответчик К. перечислила на расчетный счет Г. 15 декабря 2008 г. 28 января 2009 г. в заседании с согласия К. было подписано мировое соглашение и вынесено определение об утверждении мирового соглашения, которое вступило в законную силу 9 февраля 2009 г. Данное определение в установленный законом срок К. обжаловано не было. К. уклоняется от выплаты второй части гонорара, что послужило основанием для обращения с иском в суд. Не позднее 19 февраля 2009 г. к адвокату Р. обратилась гражданка К., пояснив, что она является ответчицей по иску о взыскании денежных средств по Соглашению об оказании юридической помощи адвокатом Г., который рассматривается в Т. районном суде г. Москвы. 19 февраля 2009 г. гражданка К. выдала адвокату Р. доверенность на представительство ее интересов в суде. 25 февраля 2009 г. адвокатом Р. было заключено Соглашение об оказании юридической помощи с К., подготовлен встречный иск о применении последствий недействительности сделки к Соглашению об оказании юридической помощи адвокатом от 14 декабря 2008 г., заключенному между Г. и К., поскольку оно, по мнению адвоката Р., не соответствовало требованиям ст. 25 Федерального закона № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». 27 февраля 2009 г. адвокат Р. подал в Т. районный суд г. Москвы от имени К. встречный иск и ходатайство об обеспечении иска — аресте автомашин, принадлежащих Г.

3 марта 2009 г. в Т. районном суде г. Москвы под председательством федерального судьи М. состоялось судебное заседание по гражданскому делу по заявлению Г. к К. о взыскании денежных сумм по договору — 425 000 руб., встречному заявлению К. к Г. о применении последствий недействительности сделки, взыскании полученных по сделке 425 000 руб. Решением суда иск Г. был удовлетворен, в удовлетворении встречного иска К. было отказано.

4 марта 2009 г. Г. обратилась в Адвокатскую палату г. Москвы с жалобой на действия адвоката Р. как представителя ответчицы К. по гражданскому делу, по которому адвокат Г. была истцом. Среди доводов жалобы содержалась и ссылка на нарушение адвокатом Р. требований п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката.

20 марта 2009 г. в Совет Адвокатской палаты г. Москвы от адвоката Р. поступило Уведомление (исх. № 787), которым он, в порядке п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, сообщил, что в настоящее время в соответствии с Соглашением от 25 февраля 2009 г. по поручению гр. К. представляет ее интересы в споре с адвокатом Адвокатской палаты г. Москвы Г. по иску Г. к К. в Т. районном суде г. Москвы.

Адвокат при осуществлении профессиональной деятельности обязан соблюдать Кодекс профессиональной этики адвоката (п. 4 п. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (п. 2 ст. 7 названного Закона).

Согласно п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокат обязан уведомить совет адвокатской палаты, членом которой он является, о принятии поручения на ведение дела против другого адвоката в связи с профессиональной деятельностью последнего. Адвокат Р. пояснил, что, по его мнению, в ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката не установлен четкий срок, в течение которого адвокат должен уведомить совет адвокатской палаты, членом которой он является, о принятии им поручения на ведение дела против другого адвоката в связи с профессиональной деятельностью последнего; адвокат Р. полагает, что уведомление должно быть сделано в разумных пределах — до вступления решения суда в законную силу.

Такое толкование положений п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката Квалификационная комиссия считает ошибочным. Положения рассматриваемой нормы имеют своей целью сбалансировать возможные проблемы между членами адвокатского сообщества, а также позволить органам адвокатского корпоративного самоуправления, при необходимости, контролировать возникший между двумя адвокатами конфликт в целях недопущения дестабилизации внутрикорпоративных взаимоотношений между адвокатами. Поэтому, по смыслу п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, названное в этой норме Уведомление должно быть направлено адвокатом в совет адвокатской палаты в кратчайшие сроки и, во всяком случае, до вынесения по делу итогового судебного акта.

Между тем гражданка К. обратилась к адвокату Р. за оказанием юридической помощи не позднее 19 февраля 2009 г. (в этот день она выдала адвокату Р. доверенность). Из предъявленного Г. к К. иска было ясно, что Г. взыскивает с К. невыплаченное ей доверительницей вознаграждение за оказанную Г. как адвокатом юридическую помощь по Соглашению от 14 декабря 2008 г. 27 февраля 2009 г. адвокат Р. встретился с адвокатом Г. в судебном заседании в Т. районном суде г. Москвы, предъявил от имени К. встречный иск.

Таким образом, адвокат Р. располагал достаточным временем для того, чтобы направить предписанное п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката уведомление в Совет Адвокатской палаты г. Москвы до вынесения по гражданскому делу итогового решения 3 марта 2009 г. и до подачи 4 марта 2009 г. адвокатом Г. в Адвокатскую палату г. Москвы жалобы на действия адвоката Р., среди доводов которой было и указание на нарушение адвокатом Р. требований п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката.

При изложенных обстоятельствах Квалификационная комиссия считает, что адвокатом Р. были нарушены требования п. 4 ст. 15 Кодекса професси-

ональной этики адвоката, поскольку уведомление о принятии поручения на ведение дела против другого адвоката в связи с профессиональной деятельностью последнего было направлено им в Совет Адвокатской палаты г. Москвы спустя длительное время после принятия такого поручения и после вынесения по гражданскому делу итогового судебного акта...

При осуществлении профессиональной деятельности адвокат придерживается манеры поведения, соответствующей деловому общению (п. 2 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката).

При этом Квалификационная комиссия отмечает, что ссылки адвоката Р. то, что 3 марта 2009 г. в судебном заседании поведение адвоката Г. было «низким, недостойным, отвратительным», не могут повлиять на юридическую оценку действий адвоката Р., поскольку в силу п. 7 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката «адвокат не вправе допускать в процессе разбирательства дела высказывания, умаляющие честь и достоинство других участников разбирательства, даже в случае их нетактичного поведения».

Не влияют на юридическую оценку действий адвоката Р. и ссылки на то, что он «выражался на литературном русском языке», поскольку в литературном языке существуют разные стили, при этом адвокатом Р. был использован недопустимый в деловом общении разговорный низкий стиль речи. Однако обстоятельство, на которое ссылается адвокат Р., по мнению Комиссии, может быть учтено Советом Адвокатской палаты г. Москвы при определении меры дисциплинарной ответственности (см. абз. 2 п. 4 ст. 18 Кодекса профессиональной этики адвоката). Адвокат Г. также указала в жалобе, что адвокат Р. во встречном исковом заявлении, подписанном им собственноручно, изложил заведомо недостоверные сведения, а именно: имея подлинник Соглашения адвоката Г. с доверителем К. от 14 декабря 2008 г., указал, что адвокатом Г. был обещан и гарантирован положительный результат по делу, что не соответствует тексту Соглашения; далее он указал, что не может определить принадлежность адвоката Г. к адвокатскому образованию, в то время как в Соглашении и в доверенности указаны полностью все реквизиты адвоката, включая принадлежность к адвокатскому кабинету, регистрационный номер. Квалификационная комиссия отмечает, что доводы, изложенные адвокатом Р. в подготовленном им для доверителя К. встречном исковом заявлении, по своей правовой природе являются мнением, выраженным при осуществлении адвокатской деятельности. Данные доводы напрямую были связаны с предметом судебного разбирательства, встречное исковое заявление было принято судом, поскольку удовлетворение встречного иска исключало полностью удовлетворение первоначального иска (см. ст. 138 ГПК РФ). Удовлетворив первоначальный иск и отказав в удовлетворении встречного иска, Т. районный суд г. Москвы дал правовую оценку обоснованности/необоснованности доводов К., чьи интересы представлял адвокат Р. В этой связи Квалификационная комиссия напоминает адвокату Г., что адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам и не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда

не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии) (п. 1 ст. 2, абз. 1 п. 2 ст. 18 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

По поводу содержащихся в сообщении заявителя утверждений о том, что адвокат Р. оскорбительно выразился в адрес адвоката Г., Квалификационная комиссия отмечает, что в ее компетенцию не входит решение вопроса о наличии в действиях адвокатов признаков уголовно наказуемых деяний (см. ст. 130 УК РФ). 22 апреля 2009 г. адвокат Г. подала в Квалификационную комиссию Адвокатской палаты г. Москвы Дополнение к жалобе, указав, что 3 марта 2009 г. адвокат Р. в нарушение п. 2 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ч. 5 ст. 53 ГПК РФ не представил в судебное заседание по гражданскому делу ордер на исполнение поручения, выдаваемый соответствующим адвокатским образованием, а предоставил только доверенность, что, по мнению адвоката Г., свидетельствует о том, что тем самым адвокат Р. нарушил положения п. 1 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», запрещающего адвокату вступать в трудовые отношения в качестве работника.

В этой связи Квалификационная комиссия обращает внимание адвоката Г. на то, что дисциплинарное разбирательство в Квалификационной комиссии осуществляется в пределах тех требований и по тем основаниям, которые изложены в жалобе, представлении, сообщении; изменение предмета и (или) основания жалобы, представления, сообщения не допускается (п. 4 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката). Кроме того, в рассматриваемой части дополнение к жалобе адвоката Г. не может быть признано допустимым поводом к возбуждению дисциплинарного производства, поскольку, как неоднократно отмечали Квалификационная комиссия и Совет Адвокатской палаты г. Москвы, по смыслу Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», претензии в неисполнении или ненадлежащем исполнении адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем вправе предъявить лишь последний, а адвокат Г. доверителем адвоката Р. не является, форма идентификации адвокатом Р. себя как представителя К. перед Т. районным судом г. Москвы сама по себе никакого отношения к адвокату Г. не имеет. Поскольку Дополнение к жалобе было подано адвокатом Г. 22 апреля 2009 г. после возбуждения Президентом Адвокатской палаты г. Москвы дисциплинарного производства по ее жалобе от 4 марта 2009 г., то вынесение отдельного заключения о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства в рассматриваемой части не требуется, так как дисциплинарное производство в отношении адвоката Р. в этой части Президентом Адвокатской палаты г. Москвы не возбуждалось (см. п. 4 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката).

На основании изложенного Квалификационная комиссия Адвокатской палаты г. Москвы, руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адво-

катской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 1, 2, п. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, выносит заключение: о нарушении адвокатом Р. п. 4 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, выразившемся в ненаправлении им, до вынесения Т. районным судом г. Москвы по гражданскому делу по иску Г. к К. итогового судебного акта 3 марта 2009 г., уведомления в Совет Адвокатской палаты г. Москвы о принятии поручения на ведение дела против другого адвоката в связи с профессиональной деятельностью последнего; о нарушении адвокатом Р. п. 2 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката («при осуществлении профессиональной деятельности адвокат придерживается манеры поведения, соответствующей деловому общению»), что выразилось в употреблении адвокатом Р. (как представителем ответчицы и истицы по встречному иску К.) по отношению к адвокату Г. в связи с недовольством поведением (несогласием с манерой, стилем поведения) последней в судебном заседании Т. районного суда г. Москвы 3 марта 2009 г. просторечных инъективных (грубых) выражений...; о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката Р. вследствие отсутствия в его действиях, выразившихся во включении в подготовленное им в процессе оказания юридической помощи своему доверителю К. встречное исковое заявление доводов о несоответствии Соглашения об оказании юридической помощи адвокатом от 14 декабря 2008 г., заключенного между К. и адвокатом Г., требованиям ст. 25 Федерального закона № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной этики адвоката.

Совет согласился с мнением Квалификационной комиссии и вынес адвокату Р. дисциплинарное взыскание в форме замечания³⁷⁸.

XI. Заключение Квалификационной комиссии Адвокатской палаты Красноярского края, г. Красноярск, 11 января 2008 г.

Квалификационная комиссия Адвокатской палаты Красноярского края, рассмотрев в закрытом заседании материалы дисциплинарного производства, возбужденного решением президента Адвокатской палаты Красноярского края Мальцова С.Н. в соответствии с ч. 1 ст. 21 Кодекса профессиональной этики адвоката на основании представления вице-президента Адвокатской палаты Красноярского края Кривоколеско И.И. и жалобы гражданки К.Т.В., которая надлежащим образом оформлена и в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката является поводом для начала дисциплинарного производства в отношении адвоката Р.Ю.В., зарегистрированной в реестре адвокатов Красноярского края, осуществляющей свою профессиональную деятельность в коллегии адвокатов Красноярского края³⁷⁹...

Описательная часть заключения должна содержать указание на предмет жалобы или представления (сообщения), объяснения адвоката.

³⁷⁸ Обзор дисциплинарной практики Адвокатской палаты г. Москвы (май — июнь 2009 г.)// <http://www.advodom.ru>

³⁷⁹ Профессиональная этика адвоката: Сб. мат-лов / Сост. Н.М. Кипнис. — М.: ООО «Вариант», 2008. — С. 244.

УСТАНОВИЛА:

В адвокатскую палату Красноярского края поступили представление вице-президента Адвокатской палаты Красноярского края и жалоба гражданки К.Т.В, в которых указано, что адвокат Р.Ю.В. приняла участие по уголовному делу по обвинению К.Т.В. вопреки требованиям действующего законодательства об адвокатуре и Порядку оказания юридической помощи по назначению, утвержденному решением Совета Адвокатской палаты Красноярского края.

Согласно жалобе гражданки К.Т.В., она, будучи привлеченной к уголовной ответственности, для осуществления своей защиты заключила соглашение с адвокатом Т.В.В. 7 ноября 2007 г. заявительница была уведомлена о необходимости явиться 8 ноября 2007 г. к 9.00 к следователю К.М.А., в производстве которой находилось уголовное дело, однако вечером того же дня была доставлена в РОВД. Состояние ее здоровья было крайне неудовлетворительным, что потребовало оказания неотложной медицинской помощи и повлекло невозможность самостоятельно без помощи приглашенного ею защитника участвовать в следственных мероприятиях. Несмотря на это следователь К.М.А. объявила о нежелании ждать прибытия адвоката Т.В.В. и обязала ее, К.Т.В. явиться 8 ноября 2007 г. для предъявления обвинения. На ее сообщение о занятости адвоката заявила, что пригласит для участия в следственном мероприятии дежурного адвоката.

8 ноября 2007 г. в присутствии приглашенного следователем адвоката Р.Ю.В. заявительнице было предъявлено обвинение. К.Т.В. настаивала на пригласении адвоката Т.В.В., от дачи показаний отказалась.

Адвокат Р.Ю.В. с заявительницей наедине по делу не беседовала; адвокат Т.В.В. и сыну заявительницы о проводимых следственных мероприятиях и назначенном на следующий день судебном заседании по рассмотрению ходатайства об избрании меры пресечения, несмотря на просьбы заявительницы, не сообщила; мер по представлению в суд необходимых медицинских документов о состоянии здоровья, на чем настаивала заявительница, не приняла.

Поведение адвоката Р.Ю.В. заявительница К.Т.В. считает недопустимым, нарушающим ее право на защиту, просит привлечь адвоката к дисциплинарной ответственности.

В материалах дисциплинарного производства имеется график дежурств и работы адвокатов за ноябрь 2007 г. Согласно данному графику 8 ноября 2007 г. дежурство осуществляли адвокаты Ш.Н.М., Ф.А.А., Ф.А.В. и А.Р.А. Указанный документ свидетельствует о том, что адвокат Р.Ю.В. не являлась дежурным адвокатом 8 ноября 2007 г.

В материалах дела также имеется ордер 910 от 8 ноября 2007 г. на ее имя, согласно которому адвокату Р.Ю.В. поручена защита К.Т.В. В ордере указано, что основанием его выдачи является постановление следователя.

В материалах дисциплинарного производства имеется постановление следователя о назначении адвоката в порядке ст. 49, 50, 51 УПК РФ от 8 ноября 2007 г., в котором указано, что адвокат Т.В.В., являющийся защитником К.Т.В. по соглашению согласно ордеру от 29 июля 2007 г. №9016426, был уведомлен о

необходимости проведения следственных действий, однако не явился, в связи с чем назначен дежурный адвокат Р.Ю.В.

Адвокат Р.Ю.В. надлежащим образом уведомлена о рассмотрении материалов дисциплинарного производства, на заседание квалификационной комиссии не явилась, письменных пояснений не предоставила³⁸⁰.

Рассмотрев материалы дисциплинарного производства, квалификационная комиссия приходит к следующим выводам.

В силу п. 4 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», п. 6 ст. 15 КПЭА адвокат обязан соблюдать Кодекс профессиональной этики адвоката.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами.

Согласно п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката, при осуществлении профессиональной деятельности адвокат честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполняет свои обязанности, активно защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и Кодексом.

Согласно п. 1 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, адвокат строит свои отношения с другими адвокатами на основе взаимного уважения и соблюдения их профессиональных прав.

Согласно п. 6 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, адвокат обязан выполнять решение органов адвокатской палаты и органов Федеральной палаты адвокатов, принятые в пределах из компетенции.

Согласно п. 7 ст. 15 Кодекса профессиональной этики адвоката, адвокат обязан участвовать лично или материально в оказании юридической помощи бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, или по назначению органа дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда в порядке, определяемом адвокатской палатой субъекта Российской Федерации.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат обязан выполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда.

Порядок участия адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда имеет две составляющие — процессуальную (регламентированную УПК РФ) и организационную (регламентированную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

³⁸⁰ Профессиональная этика адвоката: Сб. мат-лов / Сост. Н.М. Кипнис. — М.: ООО «Вариант», 2008. — С. 244, 245.

Обязанность адвоката выполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда должна исполняться адвокатом не произвольно и не по произвольному желанию правоохранительных органов, а в порядке, определенном действующим законодательством.

В силу п. 1.6 ст. 9 КПЭА адвокат не вправе навязывать свою помощь лицам и привлекать их в качестве доверителей путем использования личных связей с работниками судебных и правоохранительных органов, обещанием благополучного разрешения дела и другими недостойными способами.

Решением Совета Адвокатской палаты Красноярского края от 26 мая 2005 г. (протокол № 17/05) утвержден Порядок оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению на территории г. Красноярска и Красноярского края.

Согласно данному Порядку основанием для вступления адвоката в уголовное дело в качестве защитника является мотивированное постановление соответствующего должностного лица. данное постановление направляется в соответствующее адвокатское образование и становится обязательным для конкретного адвоката по прямому указанию своего руководителя лишь в том случае, если был включен в график дежурств. То есть адвокат не вправе принимать на себя защиту по назначению органов предварительного расследования и суда исключительно по рекомендации (персональному назначению) дознавателя, следователя, прокурора или судьи (п. 2.7, 3.2, 3.3 Порядка).

Материалы дисциплинарного производства свидетельствуют о том, что адвокат Р.Ю.В., не исполнив Порядок оказания юридической помощи адвокатами, участвующими в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению на территории г. Красноярска и Красноярского края, утвержденный Решением Совета Адвокатской палаты Красноярского края от 26 мая 2005 г. (протокол № 17/05), грубо нарушила перечисленные требования законодательства об адвокатуре.

Квалификационная комиссия пришла к выводу, что адвокат Р.Ю.В., была не вправе давать свое согласие на участие в предъявлении обвинения К.Т.В. ни руководителю адвокатского образования, в котором она состоит, ни следователю, вынесшему постановление о назначении ее защитником. Адвокат обязана была мотивировать свой отказ тем обстоятельством, что график дежурств, в нарушение которого ее выделили для защиты, является частью обязательного для них действующего порядка оказания юридической помощи по назначению в уголовном судопроизводстве (подп. 5 п. 3 ст. 31 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Кроме того, квалификационная комиссия считает, что, незаконно приняв на себя обязанности по защите К.Т.В., адвокат Р.Ю.В. исполнила свой долг формально, играла роль статиста, не реагируя на просьбы своей подзащитной и не предпринимая никаких действий в защиту ее интересов. К тому же, зная о том, что у К.Т.В. есть адвокат по соглашению (Т.В.В.), она поступила

по отношению к нему крайне неэтично: не поставила в известность о своем участии в деле и просьбах его доверительницы.

Нарушение адвокатом Р.Ю.В. законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, норм Кодекса профессиональной этики, неисполнение решения Совета Адвокатской палаты, ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей перед доверителем — свидетельствует о зависимости адвоката Р.Ю.В. от следователя, что порочит честь и достоинство, умаляет авторитет адвокатуры.

Таким образом, поведение адвоката Р.Ю.В. следует расценивать как недостойное: она приняла участие по уголовному делу по обвинению К.Т.В. вопреки требованиям действующего законодательства об адвокатуре и Порядку оказания юридической помощи по назначению, утвержденному решением Совета Адвокатской палаты Красноярского края, допустила нарушение норм Кодекса профессиональной этики адвоката и не исполнила решение Совета Адвокатской палаты, свои обязанности выполнила ненадлежащим образом.

В соответствии с требованиями ч. 2 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную действующим законодательством.

В соответствии с требованиями п. 1 ст. 18 Кодекса профессиональной этики адвоката нарушение адвокатом требований законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса профессиональной этики адвоката, совершенное умышленно или по грубой неосторожности, влечет применение мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», п. 1 ч. 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката Квалификационная комиссия Адвокатской палаты Красноярского края³⁸¹,

РЕШИЛА:

ПРИЗНАТЬ наличие в действиях адвоката Р.Ю.В. нарушение норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвоката³⁸². (Не позднее двух месяцев с момента вынесения заключения квалификационной комиссии **Совет адвокатской палаты** принимает решение по каждому дисциплинарному производству, обеспечив приглашение на свое заседание его участников.)

ХП. 9 февраля 2009 г. в Адвокатскую палату г. Москвы с жалобой обратилась А., в которой указала, что в отношении нее было возбуждено уголовное дело ст. следователем СО по М. району СУ СК при прокуратуре РФ по г. Москве И. по ч. 3 ст. 286 УК РФ. 22 июля 2008 г. в 23 часа 30 минут она была задержана. Сразу заявила ходатайство следователю о вызове адвоката В., с которой 21 июля 2008 г. было заключено соглашение на ее защиту. Ходатайство

³⁸¹ Профессиональная этика адвоката: Сб. мат-лов / Сост. Н.М. Кипнис. — М.: ООО «Вариант», 2008. — С. 245—247.

³⁸² Там же.

следователем было отклонено. 24 июля 2008 г. при предъявлении обвинения с участием адвоката В. она обнаружила, что при задержании была допрошена с участием неизвестного ей адвоката П., чего в действительности не было. В материалах уголовного дела ордер адвоката П. отсутствовал. О данном факте она собственноручно сделала заявление в протоколе допроса в качестве обвиняемой. При ознакомлении с материалами уголовного дела по окончании предварительного следствия обнаружила ордер адвоката П., в котором дата выдачи была указана 23 июля 2008 г., а выполнение поручения — 22 июля 2008 г. Следователь И. никаких доказательств о назначении защитника не выносил и в адвокатские образования не обращался.

К жалобе А. приложены протокол ее допроса в качестве подозреваемой от 22 июля 2008 г., в котором, как она указала, отсутствуют фамилия, имя и отчество адвоката, его регистрационный номер, даты выдачи удостоверения и ордера; а также протокол допроса в качестве обвиняемой, в котором она собственноручно произвела запись о том, что ее допрос в качестве подозреваемой сфальсифицирован и адвоката П. она не видела.

А. в жалобе просит возбудить в отношении П. дисциплинарное производство и рассмотреть вопрос о прекращении статуса адвоката.

Адвокат П., не согласившись с доводами жалобы, в своих письменных объяснениях пояснил, что 22 июля 2008 г. ему позвонил следователь И. и спросил о возможности участия в следственных действиях в ночное время. Он выразил согласие, но при этом разъяснил следователю о необходимости направления им в коллегии адвокатов постановления о назначении адвоката. В этот день он прибыл в следственный отдел по М. району СК при прокуратуре РФ по г. Москве. Перед допросом А. в качестве подозреваемой он побеседовал с ней наедине. Она сообщила ему, что показания давать не желает, и он порекомендовал ей воспользоваться правом, предусмотренным ст. 51 Конституции РФ. О ее требовании вызова адвоката по соглашению он не знал, иначе бы заявил ходатайство следователю и записал в протокол допроса. А. отказалась подписывать протокол ее допроса в качестве подозреваемой, а он подписал, так как представил ордер следователю и не имел права отказаться от подписи. Квалификационная комиссия, изучив письменные материалы дисциплинарного производства, обсудив доводы, изложенные в жалобе, проведя голосование именными бюллетенями, пришла к следующим выводам.

Адвокат при осуществлении профессиональной деятельности обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами, соблюдать кодекс профессиональной этики адвоката. За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (п. 1 и 4 п. 1 ст. 7; п. 2 ст. 7 названного Закона). Из жалобы А. и объяснений, данных ею в заседании Комиссии, следует, что, оспаривая факт участия адвоката П. в процессуальных действиях, проводившихся 22 июля 2008 г. старшим следователем СО по М. району СУ СК при прокуратуре РФ по г. Москве И. по уголовному делу, которого она якобы не видела и который в ее

отсутствие подписал 22 июля 2008 г. процессуальные документы как выполненные с ее участием, А., по существу, ставит вопрос о наличии в действиях следователя и адвоката признаков уголовно наказуемых деяний.

Если версию А., изложенную в ее жалобе и объяснениях, считать обоснованной, то следует признать, что указание в процессуальных документах по уголовному делу, датированных 22 июля 2008 г., на участие в производстве процессуальных действий адвоката П., а равно подписание адвокатом П. процессуальных документов могло быть осуществлено только при наличии договоренности между соответствующим должностным лицом и адвокатом. Однако установление в действиях адвокатов признаков уголовно наказуемых деяний не входит в компетенцию дисциплинарных органов адвокатской палаты субъекта Российской Федерации.

Квалификационная комиссия не вправе давать оценку доказанности указанных в жалобе и объяснениях А. действий (бездействия) адвоката П., поскольку эти действия (бездействие), при условии их доказанности, будучи связаны с действиями должностного лица, в производстве которого находилось уголовное дело, с объективной стороны образуют состав уголовно наказуемого деяния, а не дисциплинарного проступка.

Указанное обстоятельство стало очевидным в ходе рассмотрения Квалификационной комиссией настоящего дисциплинарного производства на основе принципов устности и непосредственности, поскольку жалоба А., ввиду ее краткости, не позволяла Президенту Адвокатской палаты г. Москвы в момент принятия решения о возбуждении дисциплинарного производства сделать вывод о неподведомственности дисциплинарным органам Адвокатской палаты г. Москвы вопроса о действиях (бездействии), якобы совершенных адвокатом П. 22 июля 2008 г. при осуществлении полномочий защитника подозреваемой А. по уголовному делу, находившемуся в производстве старшего следователя СО по М. району СУ СК при прокуратуре РФ по г. Москве И.

Сделав по результатам разбирательства вывод о неподведомственности вопроса, поставленного в жалобе заявителя, дисциплинарным органам Адвокатской палаты г. Москвы, Квалификационная комиссия обязана вынести заключение о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства.

На основании изложенного Квалификационная комиссия Адвокатской палаты г. Москвы, руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и п. 6, 9 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката, выносит заключение о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката П. вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства. Совет АП г. Москвы согласился с заключением Квалификационной комиссии³⁸³.

³⁸³ Обзор дисциплинарной практики Адвокатской палаты г. Москвы (май — июнь 2009 года) // <http://www.advodom.ru>

ХIII. РЕШЕНИЕ Совета Адвокатской палаты Самарской области по дисциплинарному производству в отношении адвоката А³⁸⁴.

31 января 2008г. Совет Адвокатской палаты Самарской области в составе..., рассмотрев в закрытом заседании заключение Квалификационной комиссии в отношении действий адвоката А. (в Реестре адвокатов Самарской области), осуществляющего адвокатскую деятельность в коллегии адвокатов «А.», УСТАНОВИЛ:

В Адвокатскую палату Самарской области поступило частное постановление судьи Самарского областного суда Б. в отношении действий адвоката А., в котором указано, что адвокат А., осуществляющий защиту интересов М. и ранее привлеченный к дисциплинарной ответственности за систематическое нарушение порядка судебного заседания и неподчинение законным требованиям председательствующего в данном судебном процессе, выводов для себя не сделал, продолжал нарушать порядок судебного заседания. В частном постановлении поставлен вопрос о необходимости принятия соответствующих мер к адвокату А.

18 декабря 2007 г. президентом Адвокатской палаты Самарской области Бутонченко Т.Д. по результатам рассмотрения указанного выше частного постановления как сообщения судьи в соответствии со ст. 21 Кодекса профессиональной этики адвоката вынесено постановление № 07-164 о возбуждении дисциплинарного производства в отношении адвоката А.

Во исполнение ст. 19, 20 и 21 Кодекса профессиональной этики адвоката адвокату А. направлено постановление о возбуждении в отношении него дисциплинарного производства с предложением представить в Квалификационную комиссию объяснения по фактам, изложенным в сообщении.

О дате, времени и месте рассмотрения дисциплинарного производства Квалификационной комиссией ПАСО участники дисциплинарного производства извещены надлежащим образом. Адвокатом А. получены копии постановления от 18 декабря 2007 г. № 07-164 о возбуждении дисциплинарного производства и уведомление от 18 декабря 2007 г., о чем в материалах дисциплинарного производства имеется почтовая квитанция от 9 января 2008 г. о вручении заказного письма адресату.

18 декабря 2008 г. адвокат А. представил объяснения по существу сообщения, в котором указал, что при осуществлении защиты М. он вел себя в суде в строгом соответствии с требованиями процессуального законодательства, судебный порядок не нарушал, в пререкания с председательствующим не вступал. Считает действия судьи в части отстранения адвоката от защиты М. и замены его на другого адвоката по назначению незаконными, нарушающими права подсудимого на защиту. Адвокат также указывает на несоответствие сообщения судьи действительности в части привлечения адвоката А. к дисциплинарной ответственности за систематическое нарушение порядка в судебном заседании. Решением Совета от 30 августа 2007 г. по дисциплинарному производству адвокат не привлекался к дисциплинарной от-

³⁸⁴ Профессиональная этика адвоката: Сб. мат-лов / Сост. Н.М. Кипнис. — М.: ООО «Вариант», 2008. — С. 326—329.

ветственности за нарушение норм УПК РФ при осуществлении защиты М. Сведения, сообщенные судьей Б. о том, что адвокат умышленно нарушал порядок судебного заседания в ходе рассмотрения дисциплинарного производства ничем не подтверждены.

В материалах дисциплинарного производства имеются следующие документы, принятые и рассмотренные Квалификационной комиссией в заседании для вынесения заключения по существу сообщения судьи Б.:

1. Копия частного постановления судьи Б.;

2. Постановление № 07-164 о возбуждении дисциплинарного производства и уведомление.

3. Копии протоколов судебных заседаний Самарского областного суда по уголовному делу № 02-3/07 по обвинению М. от 14 ноября 2007 г., 19 ноября 2007 г., 20 ноября 2007 г., 28 ноября 2007 г., 3 декабря 2007 г., 4 декабря 2007 г.

4. Объяснения адвоката по обстоятельствам дисциплинарного производства.

В заседании Квалификационной комиссии адвокат А. дал дополнительные устные объяснения по существу частного постановления, сообщив, что с 20 ноября 2007 г. он был незаконно отстранен от защиты судьей и с этого момента не являлся стороной по делу. После того как в связи с его заменой судом он не был допущен в зал судебного заседания, куда он хотел пройти для дачи устной консультации до начала судебного заседания подсудимому, с которым у него заключено и до настоящего момента не расторгнуто соглашение на защиту, во избежание предъявления каких-либо претензий со стороны как суда, так и его доверителя по поводу неявки защитника, он привлек внимание своих коллег-адвокатов, находившихся в коридоре суда возле входа в зал судебного заседания и в корректной форме сообщил им о данном обстоятельстве. Подобное поведение адвокат не расценивает как митинг, сообщение судьи считает беспредметным. В дальнейшем по докладной записке судьи Б. и распоряжению заместителя председателя Самарского областного суда Ш. его не пускали в помещение Самарского областного суда, в связи с чем он был лишен доступа к правосудию, так как не смог принять участие в судебном заседании, где являлся стороной, а также был лишен возможности исполнять свои профессиональные обязанности и надлежащим образом оказать юридическую помощь доверителю по соглашению, так как не смог принять участие в судебном заседании как представитель потерпевшего. Помимо этого по распоряжению судьи Б. администрация ФГУ Из-63/1 не пропустила его для свиданий с подзащитным М. На старшину присяжных заседателей он не воздействовал, только спросил его о дате проведения очередного судебного заседания, однако никакого ответа не получил.

Заслушав доклад члена Квалификационной комиссии Адвокатской палаты Самарской области по обстоятельствам дисциплинарного производства, изучив находящиеся в материалах дисциплинарного производства документы, Квалификационная комиссия Адвокатской палаты Самарской области сочла установленными следующие фактические обстоятельства.

Адвокат А. осуществляет по соглашению защиту М., уголовное дело по обвинению которого с 17 июля 2007 г. рассматривается Самарским областным

судом. 20 ноября 2007 г. председательствующим по делу судьей Б. адвокат по соглашению А. заменен на адвоката по назначению судьи. Действия адвоката А., с которыми судья Б. связывает нарушение им норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и норм профессиональной этики адвоката, имели место после его замены на адвоката по назначению, т.е. когда адвокат А. уже не являлся стороной по уголовному делу М. и свои профессиональные обязанности защитника не выполнял.

В соответствии с требованиями ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката сообщения, основанные на действиях адвоката, не связанных с исполнением им профессиональных обязанностей, не могут являться допустимым поводом для возбуждения дисциплинарного производства.

Однако в соответствии с правилами адвокатской профессии, обязательными для каждого адвоката, адвокаты при всех обстоятельствах должны сохранять честь и достоинство, присущие их профессии, вследствие чего Квалификационная комиссия адвокатской палаты Самарской области считает возможным оценить действия адвоката А., с которыми заявитель связывает нарушения вышеуказанных правил.

Квалификационная комиссия проанализировала с использованием современных словарей русского языка лексическое значение слова «митинг», использованного в сообщении судьи в качестве оценки действий адвоката. Согласно данному анализу, слово «митинг» — массовое собрание для обсуждения политических, злободневных вопросов (примеры словоупотребления «собраться на митинг протеста», «митинг в защиту демократии»). Изучив материалы дисциплинарного производства, учитывая содержание частного постановления и объяснения адвоката, Квалификационная комиссия пришла к выводу, что использование данного слова в оценке действий адвоката было стилистически неоправданно и создает лишь негативную эмоционально-оценочную окраску.

Квалификационная комиссия не расценила обращение адвоката А. к старшине присяжных заседателей с вопросом о дне назначения очередного заседания как попытку воздействия на участников уголовного судопроизводства.

При указанных обстоятельствах Квалификационная комиссия не нашла оснований для привлечения адвоката А. к дисциплинарной ответственности.

При вынесении Заключения Квалификационная комиссия руководствовалась следующими правилами профессиональной этики адвоката:

1. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», «адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном настоящим Федеральным законом физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию».

2. В соответствии со ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката «при осуществлении адвокатской деятельности адвокат: 1) честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполня-

ет свои обязанности, активно защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и Кодексом профессиональной этики адвоката».

Руководствуясь п. 7 ст. 33 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ст. 18, 20—23 Кодекса профессиональной этики адвоката, Квалификационная комиссия Адвокатской палаты Самарской области путем голосования именными бюллетенями вынесла заключение о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката А. вследствие отсутствия в действиях адвоката нарушений норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвокатов.

31 января 2008 г. Совет Адвокатской палаты Самарской области, рассмотрев материалы дисциплинарного производства, не пересматривая Заключение Квалификационной комиссии в части установленных фактических обстоятельств, не считая установленными не установленные ею фактические обстоятельства, не выходя за пределы жалобы, руководствуясь ч. 5 ст. 18, ст. 19—24, п. 4 ст. 25 Кодекса профессиональной этики адвоката, путем голосования РЕШИЛ:

Прекратить дисциплинарное производство в отношении адвоката А. вследствие отсутствия в действиях адвоката нарушений норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса профессиональной этики адвокатов.

Решение может быть обжаловано в федеральный суд Железнодорожного района г. Самары.

Судебные речи

Тезисы судебной речи на выступление защитника осужденного Грабового Григория Петровича —

члена Центральной коллегии адвокатов гор. Москвы Сергеева В.И.
в Коллегии по уголовным делам Московского городского суда
при рассмотрении кассационной жалобы
на приговор Таганского районного суда гор. Москвы

Уважаемые члены Коллегии! Приговором Таганского районного суда гор. Москвы от 7 июля 2008 г. Грабовой Г.П. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ, т.е. в том, что *он совместно с неустановленными лицами, действуя согласно отведенной ему роли в составе организованной группы и имея умысел на хищение чужого имущества, путем обмана с использованием обещаний воскрешения их умерших родственников или выздоровления от болезни похитили принадлежащие потерпевшим Стародубцеву В.А., Зубенко Л.Ф., Волковой И.Б., Сатюковой С.Н., Кривенцевой М.С., Ключниковой Г.Г., Аникеевой Л.А., Панкратовой Ж.К., Мартюченко Н.А., Ворсробину В.В., Седовой Т.Г. денежные средства, причинив им значительный ущерб.*

С этим приговором не согласны не только сам осужденный и мы, его адвокаты. Приговор Таганского суда оказался непонятым сотням и тысячам граждан по всему миру, которым довелось знать осужденного лично или быть знакомыми с его трудами, религиозной и общественной деятельностью. Совершено какое-то вопиющее заблуждение, в которое волей или неволей оказались вовлеченными правоохранительные органы, политики, суд. Так легко в нашей стране оказалось лишить человека свободы, возможности творить на благо людей, заниматься наукой и проповедовать разумное, доброе, вечное. Как сказала почти сто лет назад Елена Блаватская, воззрения которой разделял и Григорий Петрович Грабовой: *«...Заблуждение катится по наклонной плоскости, тогда как истина с трудом прокладывает свой путь в гору»*. Прошу Вас предоставить мне достаточное время, чтобы с грузом обнаруженных судебных ошибок я смог преодолеть гору в нашем деле и показать Вам тот путь к ее вершине, где затаилась истина о невиновности этого человека.

Анализируя вмененную осужденному норму закона, следует заметить, что, по смыслу ст. 159 УК РФ, мошенничество, как одна из форм хищения, предполагает незаконное безвозмездное обращение с корыстной целью чужого иму-

щества в свою пользу и отличается от других преступлений против собственности способом завладения имуществом потерпевших, который предполагает их обман (или злоупотребление доверием). При этом в процессе мошенничества потерпевший, будучи введенным в заблуждение посредством обмана (или злоупотребления доверием), сам передает имущество виновному. Таких обстоятельств, в частности, обмана граждан, передачи денежных средств Грабовому Г.П., незаконного безвозмездного обращения им с корыстной целью чужого имущества в свою пользу, по делу не установлено. В судебном заседании были исследованы все доказательства, представленные стороной обвинения, в подтверждение вины Грабового Г.П.

Однако: никто из потерпевших и свидетелей обвинения прямо или косвенно не подтвердил факты безвозмездного обращения Грабовым Г.П. в свою пользу оплаченных ими в бухгалтерию юридического лица денежных средств; никто из потерпевших и свидетелей обвинения не подтвердил фактов незаконной оплаты ими денежных средств в фирмы, содействующие продвижению идей и учения Грабового Г.П.; никто из потерпевших и свидетелей обвинения не подтвердил фактов незаконного получения Грабовым Г.П. заработной платы в организациях, с которыми он состоял в трудовых отношениях, и авторских гонораров за издание своих книг.

Как установлено судебным следствием, все проплаты денежных средств в бухгалтерию, в том числе и названными потерпевшими, осуществлялись согласно заключаемым целевым гражданско-правовым договорам с организациями, оплата денежных средств производилась согласно протоколам согласования работ по договорам, в частности, за оцифровку предоставляемых дисков, стоимость самих дисков и другие услуги, в том числе предоставление литературы — см. показания потерпевших, а также свидетелей Ганеевой Г.В., Баженовой А.М., Козленко И.Л., Мухтаровой А.В., Комаровой С.Л., Морозкиной Н.Р. и других и приобщенные к их показаниям документы (т. 2, 14).

Как описывается в самом приговоре, *«в ходе личных встреч с гражданами Грабовой Г.П. выдавал диски и числовые ряды, с которыми надо было работать. Как именно надо было ими пользоваться, человек узнавал из литературы, которая также выдавалась. Числовые ряды составлялись для того, чтобы можно было быстрее освоить технологии учения... а диск предназначался для заочного обучения...»* (стр. 9 приговора).

При этом все описанные выше действия Грабового Г.П. совершались в период проведения им соответствующих семинаров, на которых им доводились уникальные знания по разработанному учению. Что касается якобы совершенного обмана со стороны Грабового Г.П., касающегося его обещаний телесно воскресить умерших людей, то и здесь реальная ситуация представляется так, как, например, показала в ходе допроса от 15.01.2008 г. потерпевшая Сатюкова С.Н. В частности, на вопросы адвоката, говорил ли Грабовой о каких-либо расценках на свои услуги, она ответила отрицательно, а по поводу воскрешения потерпевшая показала: *«О том, что Грабовой может воскресить внучку, мне сказали Карева и Богданова. О стоимости семинара в размере 39 500 руб. сказали также они»*. Аналогичные показания дали и другие потер-

певшие, а также свидетели обвинения. После этого позволительно задать вопрос: «И где же здесь обман?»

По этому же поводу дала показания в суде на допросе от 3 и 4 декабря 2007 г. свидетель Пригорицкая Ю.Ю., которая являлась секретарем в ООО «Геовояжер»: «На участие в семинаре Грабового Г.П. заключались договоры, участникам семинаров выдавались квитанции на оплату авторских встреч, в бухгалтерии даже был установлен кассовый аппарат. Консультации посетителям в ООО «Геовояжер» давали консультанты. Эти консультации также оплачивались». На вопрос председательствующего, с какой целью люди стремились попасть на консультации к Грабовому Г.П., если на все вопросы могли ответить консультанты, свидетель ответила: «Это было личное желание людей встретиться с Грабовым Г.П.». На вопрос судьи, по какой причине у людей было такое желание, последовал ответ: «Люди хотели у Грабового Г.П. учиться!»

Таким образом, вся исследованная по делу картина свидетельствует о том, что в реальности никакого обмана граждан, как способа хищения, со стороны Грабового Г.П. не было, незаконной передачи денежных средств Грабовому Г.П. не зафиксировано, безвозмездного обращения им с корыстной целью чужого имущества в свою пользу также не установлено, поскольку на самом деле ситуация складывалась именно так, как о ней сказал в суде сам подсудимый, свидетели защиты, потерпевшие (если отбросить эмоциональный фон) и свидетели обвинения.

Однако судом всем этим доказательствам дана ненадлежащая, крайне тенденциозная и предвзято негативная правовая оценка и в приговоре необоснованно указано о юридических основаниях для квалификации действий Грабового Г.П. по статье о мошенничестве. При этом показания потерпевших по делу приведены без учета описанной выше реальной (объективной) картины происшедшего. При вынесении приговора судом были взяты за основу лишь эмоциональные оценочные отношения и суждения потерпевших о Грабовом Г.П., возникшие из их личных переживаний и неудовлетворенности от встреч с последним.

В то же время совершенно выброшено за пределы юридических оценок то, что одни и те же действия Грабового Г.П. в одних случаях признаются преступлением, а в других нет. В деле имеются сведения о том, что, помимо потерпевших, на семинарах Грабового Г.П. или на личных приемах, в том числе связанных и с воскрешением, побывали сотни и тысячи других граждан России и зарубежья. И, как свидетельствуют исследованные по делу материалы, его действия заслужили величайшее признание и достойную моральную и профессиональную оценку общественности, в частности научной и религиозной. Об этом дали свои показания в суде свидетеля защиты, среди которых имелись доктора и кандидаты наук, ученые в естественнонаучных областях знаний, врачи, общественные и религиозные деятели, писатели, журналисты и другие достаточно образованные и подготовленные граждане. Данные показания во внимание судом не приняты.

О высокой степени доверия к Грабовому Г.П. свидетельствуют приобщенные к делу материалы о мировом признании заслуг Грабового Г.П., в том числе в США (Грабовой Г.П. признан действительным членом Нью-Йоркской

академии наук), что начисто отвергнуто при вынесении приговора. Необоснованно и даже без объяснения мотивов не приняты судом показания по этому вопросу специалистов Соломахиной В.Т., имеющей специальность психиатра, а также социолога Санкт-Петербургского государственного университета Зибровой Г.П., доктора физико-математических наук Полетаева А.И., патентоведа Дагунц Е.Е., аудитора Хохловой В.И., данные в пользу Грабового Г.П. (они только упоминаются на стр. 42 приговора). О признании заслуг Грабового Г.П. свидетельствуют также многочисленные акты поддержки подсудимого в настоящем суде, протесты, пикеты и даже голодовки людей против преследования его властью, многочисленные заявления в суд о поручительстве за него и другие коллективные публичные мероприятия, направленные на защиту Грабового Г.П. от нападок, необъективности, травли. В настоящем деле находятся целые тома таких обращений граждан из различных стран в поддержку Грабового Г.П. и его учения.

Следует заметить, что судом не только отвергнуто, но и совершенно не дано никаких объяснений собственным мотивам, по которым он, признавая преступными проведение семинаров и иных действий с 11 потерпевшими, не признал таковыми аналогичные мероприятия, проведенные Грабовым Г.П. с другими лицами. А ведь его не только поддерживали, но случалось и не признавали, особенно те, в отношении которых могло случиться не всегда благополучное решение их вопросов. Ибо излечение и воскрешение — это прежде всего концентрация воли и сознания на вере в благоприятный исход, что дано не каждому. Только ли в наличии заявлений потерпевших кроется здесь загадка? Или привлечение Грабового Г.П. к уголовной ответственности связано с другими мотивами, лишь прикрытыми заявлениями потерпевших? Во всяком случае проявленная судом однобокость и избирательность в оценках даже не скрывается сколько-нибудь приемлемой правовой и житейской логикой.

Подобная однобокость и избирательность в оценках ученого допустима в частных бытовых разговорах и суждениях, но никак не может быть признана и санкционирована судом. К сожалению, в оспариваемом приговоре все выглядит именно так и виной допущенной однобокости и предвзятости является в том числе и то, что суд уклонился от объективного изучения содержания как самого учения Грабового Г.П., так и его личности. Эта личность человека, обладающего же не только экстрасенсорными способностями и медицинскими познаниями, но и огромным опытом действительного излечения людей от многих болезней и духовного воскрешения умерших, заслуживала того, чтобы ее изучили и дали ей достойную судебную оценку.

Ведь Грабовой Г.П. на самом деле является крупным ученым в области гуманитарных, естественных и религиозных наук. Он состоит в ряде российских и иностранных академий, имеет серьезные труды и заслуги, широко известен своими научными разработками и публикациями, в том числе в области имманентного воскрешения людей. В ходе судебного следствия озвучивались многочисленные доказательства того, что Грабовой Г.П. создал гениальное учение о спасении и гармоничном развитии человека, предотвращении катастроф, насилия и терроризма. На собственном опыте он продемон-

стрировал безграничные возможности человеческого сознания и процесс перехода от обыденного мировоззрения к космическому миропониманию. Об этом суду было известно, помимо показаний его сторонников, также их находящихся в деле трудов Судакова В., супругов Тихоплазов В.Ю. и Т.С., работам врачей — участников судебного процесса Морозкиной Н.Р. и Морозкиной М.В. и других доказательств.

Суд же, лишь формально признавал факт наличия у Грабового Г.П. отмеченных способностей и, соответственно, многочисленных наград. Однако он тут же снисвелировал его заслуги и статус как известного ученого. В приговоре категорически отвергнуто наличие у него научных академических званий и это мотивируется всего лишь приведением названий государственных академий наук РФ, к которым Грабовой Г.П., дескать, не имеет никакого отношения (см. стр. 44, 45 приговора). **Между тем суду не следовало бы забывать, что в Российской Федерации есть не только само государство и государственная система. В ней также существует и современное общество, которое имеет собственную разветвленную структуру, в том числе общественные научные учреждения, свои академии наук, институты. Эти структуры вместе с общественными объединениями и самим народом, населяющим нашу страну, принято называть гражданским обществом, которое, судя по оценке суда, в настоящем деле не имеет равным счетом никакого значения.**

Но, независимо от такого мнения суда, общественные институты, академии и другие ячейки общества, документы которых приобщены к делу, все же являются вполне законными образованиями. Они зарегистрированы и работают на совершенно легальной основе. К тому же за свою активную научную и общественную позицию они заслужили авторитет и признание у граждан. Этому, к сожалению, Таганский суд при вынесении приговора Грабовому Г.П. не счел необходимым дать надлежащую правовую оценку. Суду следовало бы учесть, что Грабовой Г.П. как раз и является признанным в российском обществе ученым, академиком ряда академий, о чем говорят его многочисленные ученые степени, научные звания, дипломы, аттестаты, награды, и другие свидетельства высшего общественного признания. Суд же, продемонстрировав большое пренебрежение к такому статусу подсудимого, соответственно, с недоверием отнесся и к его показаниям в суде, объясняющим существо происшедшего и отсутствие в данном деле как объекта и субъекта преступления, так и объективной и субъективной стороны вмененного ему деяния.

В этой связи для восполнения допущенного в приговоре (но не в самом уголовном деле) пробела хочу заметить, что учение Григория Грабового, помимо теории воскрешения, состоит из ряда и других взаимосвязанных и взаимозависимых друг от друга разделов, среди которых: наука, образование, религия, прогнозирование, культура и искусство, управление в области политики, экономики и социальной сфере, здравоохранение. Подобная многоаспектная и неординарная деятельность ученого, небывалая широта его научных интересов и направленность этой деятельности на спасение и гармоническое развитие человечества, на проникновение в «тонкий мир» и непознанную человечеством материю привлекали к нему огромные массы людей.

Они видели в Грабовом Г.П. представителя высшего сознания народа, своего рода носителя космической истины. Эти люди стремились к Грабовому Г.П. не в силу обмана, как сделал вывод суд, а потому что «хотели у него учиться». Кстати, очень похвальное обоюдное стремление. Именно в силу этих обстоятельств деятельность Грабового Г.П. требовала прежде всего глубочайшей и адекватной оценки его личности, трудов и конкретных действий. Во всяком случае, по делу явно диктовалась необходимость в проведении не простой и формальной социально-психологической экспертизы (оценка которой мной будет дана чуть позже), **а комплексного науковедческого исследования с привлечением грамотных специалистов из различных областей научных знаний, в том числе, религиозных, гуманитарных, философских наук.**

Однако судом этого совершенно не сделано. Проведенная же экспертиза оказалась тенденциозной и непрофессиональной. Экспертами, и близко не обладающими специальными познаниями в указанных выше областях, дано заключение, **«урезанное» до уровня их собственного понимания (а скорее — непонимания) возникшей ситуации, к выводам которых и было подогнано все предварительное и судебное следствие.** Эксперты и суд, на основе показаний всего лишь нескольких обиженных Грабовым Г.П. или специально организованных лиц, уголовно-правовыми средствами попытались дать заведомо узкую оценку результатам научной деятельности человека, который стоял у истоков новых прикладных и фундаментальных наук и вел за собой десятки тысяч последователей.

Учение Грабового Г.П., интеллектуальная составляющая его деятельности, по оценкам некоторых ученых, привлеченных защитниками в качестве консультантов по делу, оказались сложными для понимания и объективного анализа правоохранительной и судебной системой районного звена. *Как раз именно к такому случаю могут быть применимы слова русского поэта Е.А. Баратынского: «Немногим избранным понятен / Язык поэтов и богов».* С людьми подобного Грабовому Г.П. уровня и склада требовалась иная форма разбирательства, чем это делается в правоохранительных органах для обычной плеяды уголовников, воров и шулеров.

Обосновывая свои выводы на совершенно не понятом экспертами, следствием и судьями «языке поэтов и богов», а точнее — на теории воскрешения, суд сделал **абсолютно неверный вывод о том, что указанная теория является одной из составных частей мошенничества, якобы изобретенного Грабовым Г.П. и его соучастниками в целях обмана народа.** Между тем указанная теория Грабового Г.П. отнюдь не взята им, как говорится, «с потолка». Она опирается на глубочайшие исследования и научный опыт **основоположника русского космизма Н.Ф.Федорова (1829—1903 гг.)** Его исследования в области имманентного воскрешения, воскрешения как уплаты долга и высшей степени нравственности работы по вопросам поиска путей воскрешения и преображения человека и мира получили в конце XIX в. высокую научную оценку и признание у многих столпов русской и зарубежной науки.

На выводы Федорова Н.Ф. ориентировались в своих научных поисках Циолковский К.Э., Вернадский В.И., Чижевский А.Л., Рерих Н.К. и многие уче-

ные последующих направлений русского космизма. Однако следует признать, что данная тема в научном сообществе является чрезвычайно сложной даже для многих ученых. В силу ее умышленной оборванности в 30-е годы прошлого столетия эта теория долгое время не получала своего дальнейшего практического развития. А теоретики просто «боялись» к ней прикасаться из-за отсутствия ближайших перспектив и наличия оснований для многочисленных обвинений в лженауке в своем же сообществе. Именно так, как видим, поступили в начале XXI в. с академиком РАЕН Грабовым Г.П.

В этой связи хочу отметить, что, будучи ученым новой волны космизма в российской науке, естествоиспытатель и религиовед Грабовой Г.П. на новом историческом витке познания мира вновь обратился к теории воскрешения и идеям Федорова Н.Ф. В их (идеях) соединении с собственными научными взглядами он стал развивать религиозное направление воскрешения, основываясь на высокомо понимании силы познания и гармонического развития личности и общества. В своих показаниях, данных в суде, Грабовой Г.П. вкратце пояснил суть его учения и объяснил, что оно никоим образом не связано с какими-либо реальными намерениями телесного воскрешения. Это учение исключительно опирается на научное и религиозное представление о воскрешении. Именно об этом говорится не только в трудах других ученых, но и в источниках христианской религии. Теоретические выводы ученого изложены в опубликованных им специальных научных источниках.

Достаточно просто обратиться, чтобы увидеть своими глазами, что ни в этих, ни в других трудах автора нет ни слова о телесном воскрешении людей, а также его (Грабового Г.П.) намерениях на создание и культивирование системы психологического воздействия в целях обмана народа, о чем говорится в заключении экспертов и приговоре суда. **Но данные труды Грабового Г.П. не очень-то и глубоко изучались следователями, экспертами и судьями.** Развивая свое учение, Грабовой Г.П., помимо научного примера Федорова Н.Ф. и других ученых-космистов, во всем следовал духовным воззрениям на этот счет. Будучи религиозным, глубоко верующим человеком, он никак не мог в силу своего склада убеждений, веры и характера добиваться пересмотра евангельских положений о воскресении, которые предполагают именно духовное воскресение, а не телесное, материальное.

До глубины души воспринимая все христианские заветы, Грабовой ставил целью своей науки приблизить к людям изображенные в Евангелии картины жизни, а, значит, в практической реализации задуманного ему никак нельзя было обойти вопросы воскрешения, о которых идет речь в этом источнике. Воскрешение здесь подразумевается бестелесное, духовное, на уровне высшего сознания и духа. Такое же, как, например, в Евангелии от Марка (гл. 12 стих 25) говорится: *«Ибо когда из мертвых воскреснут (...) будут как Ангелы на небесах»*. Ангелы же, как известно, бестелесны, они имеют духовное, а не физическое происхождение. Аналогичным образом трактуется воскресение в Евангелии от Луки. Про воскресенных Иисус сказал следующее: *«И умереть уже не могут, ибо они равны Ангелам и суть сыны Божи, будучи сынами воскресения»* (гл. 20, стих 36).

Именно о таком воскрешении говорил и сам Грабовой Г.П. О том, что в его учении и практической деятельности хоть где-либо речь велась не о духовном, а именно о физическом воскрешении, в деле нет ни одного доказательства, как нет об этом ни одного абзаца в изданных им книгах и других научных источниках. Между тем выводы суда совершенно бесосновательно свидетельствуют о том, что в учении Грабового Г.П. речь велась исключительно о телесном воскрешении и тем самым люди якобы вводились им в заблуждение.

Об этом говорится, в частности, в приговоре. Читаем: — Грабовым Г.П. совместно с соучастниками была создана система психологического воздействия под общим названием «Учение Григория Грабового», представляющая собой комплекс специальных методик воздействия на психику и поведение человека, ориентированная на группу населения, испытывающую острое социопсихическое неблагополучие в связи со смертью близких людей, больных тяжелыми заболеваниями и лиц, находящихся в состоянии стресса, повышенной психологической уязвимости в связи с тяжелой жизненной ситуацией; — в число методов, составляющих данную систему воздействия входили: а) прямое и косвенное внушение; б) конверсия (методичное целенаправленное искажение) нормативных языковых понятий; в) методы, использующие и поддерживающие состояние психической травмы и вызывающие искажение в процессах мышления, восприятия и понимания; г) методы несанкционированного контроля сознания — воздействия на волевою сферу; — Грабовой Г.П. с целью придания видимой законности и распространения своего учения создал устойчивую организованную группу и, действуя с неустановленными лицами и с единым умыслом при неустановленных обстоятельствах совместно с неустановленными соучастниками, собирал денежные средства с граждан, подвергнутых психологическому воздействию «Учения Григория Грабового» и желающих воскресить умершего человека либо излечить себя или других лиц от тяжелых заболеваний. Полученные деньги Грабовой и соучастники распределяли между собой в соответствии с достигнутой договоренностью.

Данная судебная констатация, лишь искусственно подкреплена заведомо сконструированным под обвинительный уклон заключением комплексной социально-психологической судебной экспертизы и эмоциональными показаниями потерпевших. Однако этим доказательствам обвинения совершенно не дана должная юридическая оценка, которая могла бы стать действительно объективной и непредвзятой, если бы суд ее построил во взаимосвязи с самим учением Грабового Г.П., его фактической реализацией среди сотен и тысяч граждан России и зарубежья, а также во взаимосвязи с показаниями подсудимого и доказательствами защиты.

Из реально существующих теоретических трудов Грабового Г.П., а также его лекций на семинарах, записанных на вещественных доказательствах — дисках, совершенно не усматривается, что в число методов его обучающих программ и литературы входили: а) прямое и косвенное внушение о физическом (телесном) воскрешении; б) конверсия (методичное целенаправленное искажение) нормативных языковых понятий; в) использование и поддержание им состояния психической травмы и вызывающих искажение в процессах мышления, восприятия

и понимания; г) несанкционированный контроль сознания — неправомерное воздействие на волевую сферу.

Указание об этом в заключении экспертизы и приговоре суда совершенно ни на чем не основано и, более того, полностью противоречит всему существу тех обстоятельств, которые были исследованы по данному делу. Если принять во внимание имеющиеся в деле многочисленные доказательства того, что Грабовой Г.П. являлся ученым многоаспектной научной квалификации, если признать его глубокие религиозные познания и практику, если учесть его экстрасенсорные способности по диагностированию не только авиатехники, но и человеческого организма, если добавить к этому громадную работоспособность ученого и направление этой работы в созидательное русло, а не на разрушение человечества (а ведь никто этих качеств в деятельности Грабового Г.П. в суде не опроверг), то получится что у экспертов не было совершенно никаких, даже элементарных оснований для своих выводов о деструктивности учения академика, направленного на обман граждан.

Таким образом, суд должен был учесть, что экспертное заключение, о котором идет речь, было построено не на доказательствах вообще, а на домыслах, подтасовках и других проявлениях научной недобросовестности экспертов. Так, например, на л. 48 приговора приводится случай из медицинской практики Грабового Г.П. об излечении от рака гр-ки Антиповой Г.С., которая в судебном заседании опровергла роль в своем исцелении Грабового Г.П. Между тем данный случай взят из контрафактной книги, которая Грабовым Г.П. не издавалась и потому не должна была использоваться в качестве доказательства в силу множества недостатков, допущенных в ней издателем при отсутствии в этом какого-либо участия автора.

В ходе судебной социально-психологической экспертизы указанные выше выводы экспертов сделаны на ряде изъятых следствием литературных источников, якобы принадлежащих Грабовому Г.П. Между тем данные источники с научных позиций никем не изучались, в ходе предварительного следствия они не осматривались и принадлежат ли они перу Грабового Г.П. или издааны, как многие в их ряду, контрафактно, следствием и судом не выяснялось. Например, в заключении экспертизы приведена книга, якобы изданная Грабовым Г.П., под названием «Иррациональные методы предотвращения катастроф, представляющих угрозу всему миру». Однако Грабовому Г.П. эта книга не принадлежит, хотя имеет указание на его авторство. Поскольку эту книгу готовили без участия автора, он ее издавать запретил в силу множества концептуальных и иных неточностей. Однако ни эксперты, ни суд не проверили наличие авторского согласия на издание книги и приняли ее за надлежащее доказательство вины Грабового Г.П. в совершении преступления. Как известно по делу, Грабовой Г.П. выдавал гражданам специально подготовленные диски, которые также должны были быть проанализированы в ходе экспертного исследования по предмету обвинения. Кроме того, в деле упоминалось несколько действительно печатных изданий, принадлежавших Грабовому Г.П. с описанием его теорий, различными расчетами, математическими обоснованиями и так далее.

Однако ни содержанию дисков, ни научным воззрениям, изложенным в действительно изданных с участием самого ученого книгах, никакой экспертной, следственной и судебной оценки не дано. Более того, ни эти книги, ни даже те, на которых основаны выводы экспертизы, не признаны вещественными доказательствами, и в ходе судебного заседания они не исследовались, поскольку даже не приобщены к делу в качестве вещественных доказательств и при вынесении приговора не решена их судьба. Где они сейчас, одному Богу известно. На допросе в суде в качестве свидетеля следователь Бреев на вопросы адвоката Грабового Г.П., где находятся эти доказательства, ответил, что диски и книги Грабового Г.П. приобщены к надзорному производству прокуратуры(!).

Правдивость слов этого свидетеля никто не проверял, никаких запросов о направлении доказательств в суд не делалось. Что, впрочем, не помешало построить на них незаконное обвинение и осудить человека. В последующем после возвращения уголовного дела для устранения имеющихся недостатков некоторые книги Грабового Г.П. (Иррациональные методы предотвращения глобальных катастрофических процессов, представляющих угрозу миру» (как указано выше, изданная вопреки воле автора), «Методы воскрешения», «Методы концентрации», «Воскрешение людей и вечная жизнь — отныне наша реальность», а также книга В. Судакова «Спаситель. Феномен тысячелетий Григорий Грабовой») только 16 января 2007 г., т.е. уже после проведения экспертизы, были осмотрены как предметы (документы) и появились в деле, хотя и в этот раз они не были признаны вещественными доказательствами и даже не приобщены к протоколу осмотра (т. 8, л.д. 81—83).

Такое следственное действие должно было быть признано судом незаконным, а полученные доказательства недопустимыми, что влекло за собой автоматически признание недопустимым и основанного на перечисленных книгах заключения комплексной судебной социально-психологической экспертизы. К сожалению, у суда на этот счет имелось иное мнение, что способствовало вынесению незаконного приговора.

Отмечая тенденциозность и предвзятость при формировании доказательственной базы по делу в сторону обвинения Грабового Г.П., следует отметить, что доказательства, собранные стороной защиты, судом всячески отвергались и в расчет не брались. Так, например, свидетель защиты Стрижак М.Г. предъявила в ходе допроса по делу приобретенный ею и активированный диск, полученный от Грабового Г.П., и просила суд приобщить его к делу, проведя соответствующую экспертизу. Несмотря на то, что диск обладал всеми необходимыми свойствами, прошел аппаратно-цифровую обработку, в удовлетворении ходатайства было отказано. Были представлены по делу диски свидетелями Острецовым А.А. и некоторыми другими допрошенными лицами. Однако к делу они также не приобщены, так как свидетельствовали в пользу подсудимого. Мерк запросу из прокуратуры имевшихся там доказательства и их осмотру, научному и фактологическому анализу судом не предпринято и в последующем, и все оставлено на усмотрение экспертов и суда.

На странице 42 приговора перечислены допрошенные в суде более 40 свидетелей защиты и несколько специалистов, о которых уже упоминалось выше. Показания этих свидетелей и специалистов полностью подтверждали объяснения происшедшего, данные в судебном процессе и самим подсудимым. Более того, из показаний этих лиц усматривалось, что в действиях ни Грабового, ни других его сподвижников и партнеров по общественному объединению и коммерческим структурам, где он являлся учредителем, в том числе ближайших к нему лиц, не было никакого сговора на совершение преступления, полностью отсутствовал какой-либо умысел на обман граждан и присвоение в свою собственность их денежных средств, полученных за проводимые семинары.

Недаром следователем в отношении указанных граждан (Калашников А.В., Герашенко Т.В., Бабицкий К.Э., Пригорицкая О.Ю.) было отказано в возбуждении уголовного дела за отсутствием состава преступления (т. 8, л.д. 77—80). Однако оценка этих доказательств дана необъективная и предвзятая. Если ближайшие сподвижники Грабового Г.П. и партнеры по бизнесу оказались непричастными к преступлению, то каким образом Грабовой Г.П. мог совершить это преступление в составе организованной группы с другими неустановленными лицами. Кто эти лица, откуда они взялись в фирме Грабового Г.П., не с неба же свалились, и куда так бесследно исчезли потом? Почему о них никто не знает, никакой информацией не обладает и даже в постановлении о выделении материалов уголовного дела об их именах и фамилиях не сказано ни слова?

Аналогичным образом не были учтены и другие сведения, полученные в пользу Грабового Г.П. Например, свидетель Юршин Б.Я (л. 46 приговора) заявил, что знает лично многих людей, воскрешенных по методикам Грабового Г.П. Однако, несмотря даже на это, в приговоре делается вывод о том, что объяснение Грабового Г.П. и его книгу в целом суд расценивает как лишнее подтверждение выводов экспертов о наличии в учении Грабового Г.П. такой методики психологического воздействия, как конверсия (методическое целенаправленное искажение языковых нормативных понятий). В общем, получается: при подобном понимании состязательности процесса и равенства сторон, что ни скажи Грабовой Г.П. и его свидетели, все будет против них: и так и этак.

Суд не разобрался и перепутал понятия, когда констатировал на л. 53 приговора в 1-м абзаце вину Грабового Г.П. в том, что он участвовал в получении денег с граждан, ссылаясь на программу «1С», которая по существу является электронной бухгалтерской программой. Суд отверг объяснения Грабового Г.П. о том, что оплата людьми производилась именно за предоставленные им диски и предоставленные цифровые ряды, хотя это подтверждено показаниями свидетеля Бабицкого К.Э. Подтверждено это также наличием в офисе самой электронной программы, которую суд назвал «1С», хотя в реальности в офисе для учета выданных дисков и их аппаратно-цифровой обработки была установлена программа «1S» (т.е. с латинской, а не русской буквой «S»). Такая обучающая программа действительно находилась и широко использовалась в офисе, а поэтому ни о каких деньгах за воскрешение не могло

быть и речи и Грабовой Г.П. к ним никакого отношения в действительности не имел. И этого не подтвердил ни один из сотрудников фирмы, а также проверяющих организацию по поручениям следствия должностных лиц из государственных органов.

В то же время позиция потерпевших, купивших программу и диск, могла бы просматриваться более отчетливо, если бы суд признал, что в основе их стремления к «разоблачению» Грабового Г.П. лежало исключительно потребительское отношение к его учению, желание вернуть свои уплаченные деньги, которых просто стало жалко за какой-то не понятый ими обучающий семинар. Всем ведь известна привычка получать все «на халяву», которая так живуча в нашем народе. И в этом защите Грабового Г.П. видится гораздо больше сермяжной правды, чем в тех «социально-психологических» мотивах, которые нарисовали эксперты. Тем более, ни в какие ворота не идет эпизод с откровенной провокацией против Грабового Г.П., устроенный корреспондентом «Комсомольской правды» Ворсобиным В.В. Оценка этой провокации судом не дана совершенно никакая, а эпизод с Ворсобиным В.В., который сам ввел Грабового Г.П. в заблуждение и нагло обманул относительно мотивов своих действий, признан мошенничеством. Хотя обманщиком здесь должен был выступать сам Ворсобинов А.В., а не Грабовой Г.П.

Суд не дал оценку и другим не названным мною грубым нарушениям закона. Не оценены с точки зрения многочисленных отступлений от УПК ни постановление о назначении комплексной социально-психологической экспертизы, ни само ее проведение. А ведь данная экспертиза положена в основу всего обвинения и явилась главным стержнем незаконного приговора. Например, не дано оценки нарушениям ст. 195 УПК РФ: не указаны имя, отчество экспертов; поставлен на разрешение экспертов правовой вопрос и фактически возложены на них функции следствия — выявить организацию, распространяющую разработанные Грабовым Г.П. технологии воздействия на человека; эксперты не предупреждены следователем под роспись об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложного заключения.

Из постановления и экспертного Заключение усматривается, что в распоряжение экспертов было предоставлено: пять печатных работ, основная из которых — «Воскрешение людей отныне наша реальность». Однако эта работа не имеет никакого отношения к Грабовому Г.П. Ее реальное авторство не установлено. Более того, в вышеназванном протоколе осмотра предметов (документов) указанная работа названа «Воскрешение людей и вечная жизнь — отныне наша реальность», что говорит о совершенно другом труде, издание которого требовало выяснения в ходе судебного следствия и экспертизы соответствия. Также называются две другие работы, которые принадлежат авторству сторонних людей. Видеозаписи экспертам предоставлены не были. Также представлены материалы уголовного дела Грабового Г.П. в 3 томах. Однако при этом не указан их объем. Позднее защитники обвиняемого (подсудимого) в этих томах выявили документы, датированные во время проведения экспертизы либо после ее завершения. Объяснений этому нет.

Как уже мною было отмечено, учение Григория Грабового охватывает множество наук: математику, психологию, психиатрию, нетрадиционную медицину, технические науки, философию, теологию, прогнозную и экстрасенсорную практику. Следователь предоставил экспертам только две опубликованные работы Грабового Г.П. соответственно по вопросам воскрешения (небольшую брошюру) и по предотвращению глобальных катастроф. Но ни в постановлении о назначении КСПЭ, ни в Заключении нет ни одного пояснения, почему следствие заинтересовало влияние на «психологическую сферу человека» именно двух работ о воскрешении, а не все «Учение Григория Грабового» в целом. В соответствии с ч. 1 ст. 57 УПК РФ, основное требование к эксперту — это обладание специальными знаниями. В постановлении о назначении комплексной социально-психологической экспертизы определено, что эксперты должны обладать познаниями в области общей и социальной психологии, психологии влияния, организационной психологии, социологии организаций. Проведение экспертизы поручено: научному сотруднику Института психологии Российской Академии наук Прокопишину Р.А., не имеющему ученой степени, закончил факультет психологии МГУ по специальности «общая психология», стаж работы 10 лет; Кудеяровой Н.Ю., кандидату исторических наук, старшему научному сотруднику Института Латинской Америки РАН, окончила факультет социологии МГУ, позиционирует себя как специалист в области социологии организаций и социологии управления, социологии массовых движений. Стаж работы 12 лет без подтверждения специальности — история или социология. Указанные специализации эксперты документально не подтвердили, однако и заявленные ими не охватывают всех областей познаний, перечисленных следователем в постановлении, как необходимых для проведения экспертизы. В уголовном деле имеется неудовлетворенное следователем ходатайство защитника Грабового Г.П. об истребовании подтверждений относительно квалификации экспертов.

Эксперты на основании ч. 5 ст. 199 УПК РФ были вправе возратить без исполнения постановление следователя, учитывая, что представленных материалов явно не доставало для ответов на вопросы следствия и они не обладали достаточными знаниями для проведения комплексной социально-психологической судебной экспертизы, научно-методические основы которой еще не разработаны. По форме и содержанию Заключение КСПЭ в значительной мере напоминает материал статьи по результатам журналистского расследования с определенным домыслом и недопустимыми «вольностями» в использовании терминологии. В частности, Заключение изложено на 65 страницах. **Эксперты не сумели сгруппировать, классифицировать материал, придать ему форму экспертного исследования. На титульной странице проставлены печати учреждений, которым не поручалось проведение судебной экспертизы.**

Эксперты сами себя «предупредили» об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения. Они исказили поставленные следователем вопросы для ответов. Так, из вопросов № 1—3 экспертизы исключили видеоматериалы как объекты экспертного исследования. В вопросе № 5 они заменили слово «технологии» на словосочетание «систему воздействия», что изменяет

суть вопроса. В дальнейшем эксперты не разъяснили, понимают ли они «технологии» и «систему воздействия» как идентичные понятия. Эксперты также указали, что следователь в их распоряжение предоставил книгу Грабового Г.П. «Восстановление организма человека концентрацией на числах» (М., 2001). Ни в постановлении о назначении КСПЭ, ни в других материалах уголовного дела подтверждения этому нет.

Эксперты не выполнили требования ч. 2 ст. 201 УПК РФ, в частности, не указали, в каком объеме провел исследование каждый из них, какие факты установил и к каким выводам пришел. В части 1 Заключения только указано, что для исследования вопросов 1—4, сформулированных в постановлении следователя, использовались методы общей психологии и психолингвистики, а также критерии Классификации психических и поведенческих расстройств МКБ-10. В качестве научно-методической базы для ответов на вопросы № 2 и 3 постановления следователя использованы глава из переводной книги «Психика и ее лечение: психоаналитический подход», книга Ф.Е. Василюка «Психология переживаний» и две журнальных статьи, название издания одной из которых не указано. Книги изданы в 1984 г., т.е. 24 года назад. Авторы не объяснили свой выбор этих, возможно, устаревших изданий. В уголовном деле нет данных о специализации экспертов в области психолингвистики и психиатрии. Методы, подходы к исследованию вопроса № 5 в части 1 Заключения не отражены.

В Заключении эксперты воспроизводят вопрос следователя, затем излагают исследовательский материал. Однако в конце исследования не дают ответа на поставленный вопрос. Эксперты попытались дать ответы на вопросы следователя в конце Заключения, однако они снова свелись к рассуждениям (стр. 60—65 Заключения). Статья 201 УПК РФ установила, что каждый эксперт, участвующий в производстве комплексной судебной экспертизы, подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований, и несет за нее ответственность. В нарушение этой нормы, исследования вопросов № 1—4 без ответов на них подписал психолог Прокопишин Р.А., а вопрос № 5 (социологический) без ответа на него — и Кудерова Н.Ю., и Прокопишин Р.А., хотя последний является социологом.

Расплывчатые ответы-рассуждения на шесть (вместо пяти) вопросов следователя (раздел «Выводы по результатам экспертизы») подписали, не будучи специалистами, оба эксперта. На это нарушение, как и на все другие, не обратили внимание ни следователь, ни суд, хотя только по этой причине Заключение не может быть доказательством по уголовному делу. Приведенный в Заключении материал исследования по форме изложения, как уже отмечалось, напоминает статью и не содержит конкретики и профессиональных экспертных обоснований.

Использование методов психиатрии, двух, причем устаревших, изданий как научно-методической основы исследования, корректировка вопросов следователя, ссылка на публикацию, авторство которой неизвестно (Воскрешение людей отныне наша реальность), на одну работу Грабового Г.П., не указанную в постановлении следователя, а также на отсутствующие в уго-

ловном деле уставы, планы, рекламные буклеты, газетные публикации, выступления по радио, телевидению и на 12-м Учредительном съезде политической партии «ДРУГГ», на другие многочисленные материалы неизвестного происхождения лишает Заключение силы доказательства, т.е. оно является недопустимым.

Выполняя задание следователя... «выявить организацию, распространяющую данную технологию», а в редакции экспертов «распространяющую данную систему воздействия» (вопрос № 5), последние вместо следователя фактически провели собственное произвольное «расследование» и «установили», что «социальное явление, именуемое “Учением Григория Грабового”, имеет под собой сложную организационную структуру», что это «Корпорация» Грабового Г.П., которая использует технологию психологического воздействия на человека (стр. 33—35), хотя в первой части Заключения эксперт Прокопишин Р.А. приходил к выводу, что имеют место только элементы технологии.

Эксперты приводят идеологизированное определение корпорации, взятое из словаря Политиздата за 1989 г., указывая, что это «организованная группа, характеризующаяся замкнутостью, максимальной централизацией и авторитарностью руководства, противопоставляющая себя другим социальным общностям, на основе своих индивидуалистических интересов» (стр. 34). Политиздат бывшего СССР в буквальном смысле вынес приговор «Учению Григория Грабового». **Эксперты полностью отказывая в доверии подсудимому, приняли за достоверные показания потерпевших, всецело доверяя им, без какой бы то ни было проверки и сомнения. Между тем в Заклчении не дано совершенно никакой оценки тому факту, что потерпевших в данном деле, где посетителями семинаров Грабового Г.П. и последователями его учения были многие тысячи жителей страны, набралось всего десять недовольных граждан и один — наглый провокатор.**

Таким образом, судом, кроме голословных обвинений и бездоказательной судебной экспертизы, объективно ничем не подтверждено, что Грабовой Г.П. целенаправленно воздействовал на психику и поведение потерпевших, что он был ориентирован на группу населения, испытывающую острое социопсихическое неблагополучие в связи со смертью близких людей, больных тяжелыми заболеваниями и лиц, находящихся в состоянии стресса, повышенной психологической уязвимости в связи с тяжелой жизненной ситуацией, и что потерпевшие относились именно к такой группе.

В то же время установлено, что сами потерпевшие являются достаточно подготовленными людьми, которых не так то и просто обмануть. Некоторые имеют высшее, в том числе юридическое, образование и в полной мере владеют как собой, так и обстановкой. Все они адекватно реагировали и руководили проходящими в их жизни событиями и процессами, сообразуясь со здравым смыслом, имеющимися знаниями и опытом, а также полученной информацией, в том числе и во время семинаров Грабового Г.П. **В подтверждение их «податливости» психологическому влиянию Грабового Г.П. ни следствием, ни судом не добыто каких-либо неопровержимых и объективных доказательств. Нет также подтверждений того, что они не вылечились после обращения к Грабовому Г.П.**

Эти лица не были освидетельствованы медицинским путем, как не проверены и другие обстоятельства их незаинтересованности и истинных причин в подаче заявлений о привлечении подсудимого к уголовной ответственности.

Весьма трудно, например, поверить в «податливость методам воздействия Грабового» бывшей работницы прокуратуры потерпевшей Кривенцовой М.С., потерпевшего Стародубцева В.А., у которых, по их заявлению, не улучшилось здоровье. Не дано оценки и тому факту, что по заявлению Кривенцовой М.С., поданному сразу в Генеральную прокуратуру РФ, в тот же день в прокуратуре ЦАО гор. Москвы был дан ход. А ведь в нашей стране многие заявления граждан валяются в правоохранительных органах неделями и месяцами без какого-либо реагирования. Трудно поверить и в то, что находящиеся в здравом уме опытные взрослые люди, умеющие управлять собой, вдруг решили, что Грабовой Г.П. может за 39 тыс. руб. телесно воскресить их детей или родственников и представить их пред очи страждущих. И суд на слово поверил в эту галиматью, даже не поинтересовавшись, все ли у них в порядке с психикой, если они питали такие надежды на телесное воскрешение.

Почему-то не было дано надлежащей оценки и тому факту, что уголовное дело в отношении Грабового Г.П. возбуждалось не о мошенничестве в отношении названных потерпевших (по отношению к этим фактам уголовное дело вообще не возбуждалось (!)), а о мошенническом обмане граждан, пострадавших во время теракта в Беслане. Но ни в ходе доследственной проверки, ни во время предварительного следствия, ни в суде ни один житель Беслана, подчеркиваю — ни один (!!!) не сделал каких-либо заявлений о преступлении. А потому суд должен был признать, что постановление о возбуждении уголовного дела в этой части было самой откровенной и кощунственной прокурорской фальшивкой, основанной только на нескольких газетных публикациях. И этой фальшивкой оказалось введенным в заблуждение все население нашей страны. В деле имеется материал, когда представитель общественной организации «Матери Беслана» гр-ка Сусанна Дудиева официально заявила о том, что Грабовой Г.П. никогда в Беслане не был, никаких денег от матерей Беслана не получал и никого из них не обманывал, а использование их (матерей) является недостойной и бесчеловечной акцией недобросовестных лиц и средств массовой информации.

Что же касается упомянутого гр-на Ворсобина В.В., который, наряду с «матерями Беслана», также фигурирует в постановлении о возбуждении уголовного дела, то «присвоение» ему статуса потерпевшего при той ситуации, когда он сам устроил провокацию, и без какого-либо участия в этом Грабового Г.П. оплатил деньги в кассу организации, то здесь вообще все откровенно подогнано следствием под уголовное дело. Ну какой, позвольте спросить, Ворсобин В.В. потерпевший, если он описанную в приговоре обстановку сконструировал и организовал сам? Здесь потерпевшим, скорее, надо было признавать Грабового Г.П., а не переворачивать все с ног на голову и не доводить ситуацию до абсурда. Ну впрямь впору восклицать: *«Да здравствуют герои Кафки!»*

В связи с изложенным защита Грабового вправе предположить версию об откровенном заказном характере настоящего уголовного преследования. Приобрет-

ший мировую и всероссийскую популярность ученых кому-то перешел дорогу, а потому он должен был быть убран. Защита небезосновательно считает, что вся якобы криминогенная ситуация вокруг Грабового Г.П. создана искусственно и в ней использованы в качестве статистов некоторые недовольные Грабовым Г.П. и беспринципные граждане.

Подобное случилось, возможно, в целях устранения Грабового Г.П. с политической арены в связи с созданием и деятельностью получившей массовую поддержку политической партии ДРУГГ и ее намерениями участвовать в президентских выборах. Возможно также устранение из науки в связи с внедрением Грабовым Г.П. новых научных знаний и методов, не понятых большинством традиционных ученых и не соответствующих современному уровню научного развития. Не исключена версия об устранении его из религии, поскольку подсудимый по широте своих знаний, которые он пытался принести человечеству, сравнивал свое появление со вторым пришествием Христа. В последнем случае получается, что светский суд взял на себя функции суда духовного и силой государства воспрепятствовал мессинской деятельности религиозного ученого.

Как утверждается в приговоре, обстоятельства, при которых Грабовой Г.П. вступил в сговор на совершение преступления, оказались неустановленными. Не установлены и лица, с которыми он вступил в сговор, и в отношении их дело выделено в отдельное производство. Как ныне известно, после выделения данного дела с 20 июня 2006 г. по нему ни одного следственного действия не выполнено и преступники не найдены. Не найдены же они, потому что их, подобно «неуловимому Джо» из одноименного блокбастера, никто не ищет. А не ищут потому, что их заведомо не существует в природе. И об этом было изначально всем известно.

Тогда возникает вопрос: если соучастники преступления не установлены, то кто подтверждает, что они были, если в деле никаких материалов об этом и в помине нет? Если же они следствию не известны даже по истечении почти трех лет после начала их поиска в связи с возбуждением уголовного дела, то как же можно говорить о какой-то организованной группе? Но если группы нет, то вполне правомерно возникает вопрос, а как тогда работал механизм преступления, в котором обвинен Грабовой Г.П.? Кем, когда и каким образом была создана система психологического воздействия? Через кого проходила передача информации и оплата денег? Кто стоял у кассы? Кто считал деньги? Кто выдавал сдачу? Кто писал квитанции? Кто рассчитывался с Грабовым Г.П. по выплатам ему заработной платы и гонораров за издаваемые книги? А заодно, кто делил украденные деньги и т.д.? Ни на один из этих вопросов в деле ответа нет.

Тогда возникает еще один вопрос: «Уж не тайные ли агенты спецслужб, как в фильмах про Джеймса Бонда, были внедрены внутрь организации Грабового Г.П. с целью ее развала изнутри? А может быть космические пришельцы здесь замешаны?» Очевидно, все-таки нет. А если таковых действительно нет, то почему совершенно бездоказательные обстоятельства и виртуальные «соучастники-невидимки» фигурируют в приговоре и их деяния вменяются

в вину лишь одному Грабовому Г.П., хотя ничего этого не доказано и следов о таковых не просматривается даже под самым толстым увеличительным стеклом? Во всяком случае суд должен был хотя бы объяснить, в чем здесь заключена правовая логика. А без этого приговор вообще оказался непонятным и явно указывающим на судебную предвзятость и тенденциозность по отношению только к одному Грабовому Г.П. Который просто-напросто оказался неугоден нашей власти.

Вынося обвинительный приговор в отношении Грабового Г.П., суд нарушил требования п. 5 нормативного Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 августа 2002 г. № 19 «О судебном приговоре», согласно которому обвинительный приговор постановляется, **если судом бесспорно установлено**, что совершено преступление, это преступление совершено подсудимым, он виновен в его совершении, его вина подтверждена доказательствами, **собранными с соблюдением требований закона**. Виновность же лица в совершении преступления признается доказанной лишь в тех случаях, когда суд, руководствуясь презумпцией невиновности, исследовав все доказательства непосредственно, толкуя все неустранимые сомнения в пользу подсудимого, в рамках надлежащей правовой процедуры...

Говоря о заведомом конструировании обвинительного приговора в отношении Грабового Г.П. при отсутствии каких-либо доказательств, подтверждающих его вину в совершении преступления и при нарушении судом принципа презумпции невиновности, следует также отметить, что по делу отмечаются и другие факты многочисленных нарушений прав человека на защиту от уголовного преследования. В частности, зафиксированы множественные случаи отказа суда от удовлетворения обоснованных ходатайств подсудимого и его защитников о признании собранных следствием доказательств недопустимыми, В протоколах судебных заседаний отмечаются неединичные случаи возражений защиты на действия судей, постановки вопросов об отводах суда, экспертов, прокуроров, направление судом жалоб на защитников, которые обоснованно отклонялись адвокатским сообществом.

Все это также свидетельствует о predetermined заданности настоящего уголовного процесса, следствием чего стала повышенная напряженность и конфронтационность сторон при рассмотрении дела. Подсудимый незаконно содержался под стражей с целью сломить его моральный дух и сопротивление произволу. Осуществлялось производство следственных действий в период нахождения дела в прокуратуре после возвращения его прокурору для исправления недостатков. При этом грубо нарушались процессуальные сроки. Допущено множество иных нарушений процессуальных норм и игнорирования закона российским правосудием, не прикрытого никакими фигурными листками равенства и состязательности.

При составлении приговора допущены множественные случаи искажения показаний свидетелей и потерпевших, использованы недопустимые доказательства, многочисленные «натяжки» и фальсификации доказательственной базы. Если же говорить об этих нарушениях вкратце, то они выглядят так: сам приговор откровенно подогнан под абсолютно непрофессиональное и неза-

конное экспертное заключение, а протоколы судебных заседаний, соответственно, подогнаны под приговор.

Защита Грабового Г.П. при том накале конфронтационности в судебном процессе предвидела такой разворот событий и в своем ходатайстве от 8 октября 2007 г. просила суд о применении технических средств (аудиозаписи) с целью наиболее полного и точного отражения происходящего в судебном заседании и для обеспечения полноты протокола судебного заседания при его ведении. Это ходатайство судом без достаточных и законных оснований отклонено. При составлении протоколов судебных заседаний Таганского районного суда никакие технические средства судом не применялись и по собственной инициативе. В то же время неиспользование технических средств при ведении протокола позволило суду вносить искажения в протоколы судебных заседаний, а также формировать необоснованные доказательства для обвинительного приговора.

В целях восполнения допущенного судом пробела в соблюдении прав подсудимого и для составления обоснованных и точных замечаний на протоколы судебных заседаний сторона защиты в соответствии с предоставленными ей правами, предусмотренными ч. 5 ст. 241 УПК РФ, постоянно вела аудиозапись показаний потерпевших и свидетелей в судебном процессе, которые с использованием привлеченных адвокатами специалистов расшифрованы и предъявлены в суд для объективного анализа с целью внесения внесенных защитой замечаний на протоколы. Однако в основном большинство замечаний на протокол судом отклонено, а аудиозаписи хода судебного процесса вместе с расшифровками специалистов по надуманным основаниям к делу не приобщены. Также настоящий приговор не может быть признан законным в связи с другим существенным нарушением УПК РФ, связанным с нарушением тайны совещательной комнаты, о чем мной направлено ходатайство в кассационную инстанцию.

Таким образом, следует прийти к выводу, что, что приговор суда содержит существенные противоречия и нарушения закона, он не соответствует фактическим обстоятельствам, установленным в деле. Все это повлияло на решение вопроса о виновности, на квалификацию содеянного и правильность применения уголовного закона, на определение меры наказания, в том числе повлияло на вынесение неоправданно жестокого срока лишения свободы и взыскания огромного штрафа, несмотря на оставшуюся без поддержки кормильца большую семью осужденного, его признанные заслуги перед российским обществом и вообще человечеством. Незаконным приговором заведомо предопределена мученическая жизнь Грабового Г.П в неволе. Иначе как учиненной расправой государства подобную меру к человеку, чья вина совершенно не доказана, не назовешь.

А поэтому я прошу кассационную инстанцию **отменить приговор** Таганского районного суда от 7 июля 2008 г. об осуждении ученого и религиозного деятеля Грабового Григория Петровича в связи с недоказанностью его участия в инкриминируемом преступлении. Полагаю, что только таким своим решением Вы сможете с честью подтвердить сложившийся в мире постулат о божественном происхождении правосудия.

Примечание. Определением кассационной инстанции от 15 октября 2008 г. приговор Таганского районного суда был частично изменен, осужденному Грабовому Г.П. назначенная судом первой инстанции мера наказания была снижена на три года. Во всем остальном приговор оставлен в силе, а кассационные жалобы осужденного и его адвокатов — без удовлетворения. В 2010 г. Грабовой Г.П. освобожден из мест лишения свободы по УДО.

УЧЕБНОЕ ИЗДАНИЕ

АДВОКАТУРА В РОССИИ

Учебник для вузов

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

4-е изд., перераб. и доп.

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»

(юридическая, экономическая и иная деловая литература;
журналы «Право и экономика»,
«Вестник Арбитражного суда города Москвы»)

Главный редактор
В.А. Вайпан

Генеральный директор
В.В. Прошин

Компьютерная верстка
К.М. Садретдинова

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.010271.09.08 от 25.09.2008 г.

Подписано в печать 30.05.2011. Бумага офсетная.
Формат 60х90/16. Гарнитура «Ньютон». Печать офсетная. Печ.л. 63.
Тираж 200 экз. Заказ №

С полным ассортиментом продукции Юстицинформ
вы можете ознакомиться на сайте издательства в разделе «Прайс-лист»
<http://www.jusinf.ru>

ЗАО «Юридический Дом «Юстицинформ»

111024, г. Москва, ул. Энтузиастов 2-я, д. 5.

Тел.: (495) 232-12-42

E-mail: pravoecon@jusinf.ru;

info@jusinf.ru (по вопросам маркетинга и приобретения книг)

WWW: <http://www.jusinf.ru>

Отпечатано в ЗАО «Новые печатные технологии»
115598, Москва, ул. Загорьевская дом 10, корп. 4
Тел. +7 (495) 223-92-00

e-mail: info@web2books.ru, www.web2books.ru