

На правах рукописи

Дабижа Татьяна Григорьевна

**ОБЕСПЕЧЕНИЕ ГАРАНТИЙ НЕЗАВИСИМОСТИ АДВОКАТСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И АДВОКАТУРЫ**

Специальность 12.00.11 – Судебная деятельность, прокурорская
деятельность, правозащитная и правоохранительная деятельность

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Москва - 2017

Диссертация выполнена в Федеральном государственном научно-исследовательском учреждении «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Научный руководитель:

Кашепов Владимир Петрович

доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий отделом уголовного и уголовно-процессуального законодательства; судоустройства

Официальные оппоненты:

Мельник Валерий Васильевич

доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики ГОУВМО «Московский государственный областной университет»

Ермошин Григорий Тимофеевич

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры организации судебной и правоохранительной деятельности ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия»

Ведущая организация:

НОУ ОВО «Российская академия адвокатуры и нотариата»

Защита состоится 26 июня 2017 года в 13 часов 30 минут на заседании диссертационного совета Д 503.001.03, созданного на базе ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации», по адресу: 117218, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34, 5 этаж, конференц-зал.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» www.izak.ru.

Автореферат разослан «___» _____ 2017 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук

С.Б. Нанба

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования.

С момента провозглашения Конституцией Российской Федерации в 1993 году идеи становления правового государства, в России началась разработка преобразовательных мер, направленных на практическое претворение указанного принципа.

Адвокатуре, как основному правозащитному институту гражданского общества, отведена ведущая роль практического претворения такого принципа правового государства, как обеспечение оказания квалифицированной юридической помощи каждому за ней обратившемуся. Являясь одной из форм реализации правозащитной деятельности, адвокатская деятельность и деятельность адвокатуры в равной степени направлены на обеспечение гарантированных государством принципов защиты прав и свобод человека и гражданина.

Независимость адвокатской деятельности и адвокатуры является необходимым условием эффективной реализации адвокатами своих профессиональных обязанностей в частности, и задач, возложенных на институт адвокатуры в целом, что соответствует интересам общества и государства. От правильно созданного механизма гарантий, обеспечивающих независимое положение адвоката, а также адвокатуры, зависит то, насколько эффективно будет осуществляться право российских граждан на защиту или, иначе, насколько эффективно и грамотно будет действовать защитник, наделённый законом определённым комплексом прав и обязанностей. Для надлежащей и полноправной реализации защитных функций, адвокату надлежит быть в определённой степени законодательно защищённым, обладая достаточными для этого полномочиями и гарантиями.

Принцип независимости адвокатской деятельности и адвокатуры является идеологической основой происхождения, образования, становления и функционирования такого правового явления как институт независимой адвокатуры. Данный принцип, пожалуй, обладает высшей императивностью,

определяет содержание правового регулирования института адвокатуры и выступает критерием правомерности поведения и деятельности участников регулируемых правом отношений в сфере адвокатуры.

Принцип независимости адвокатской деятельности и адвокатуры в формально-юридическом аспекте находит отражение в нормах права, благодаря их формулированию в статьях нормативно-правовых актов или детализации в группе норм права.

Представленные в настоящем диссертационном исследовании гарантии независимости адвокатской деятельности распространяются на адвоката, оказывающего квалифицированную юридическую помощь и представляющего интересы доверителя в конституционном, гражданском, административном и уголовном видах судопроизводства.

Автор разделяет точку зрения А.Д. Бойкова¹, указывающего, что до сих пор нет чёткого представления о пределах независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, приемлемых способах ограничения данной независимости, о гарантиях независимости, и что не всегда различаются понятия независимости адвокатуры и независимости адвоката. Теория независимости адвокатской деятельности и адвокатуры скорее представлена в виде общих фраз, несистемного приведения нормативных предписаний законов и рекомендаций, направленных на её обеспечение, привнесено немало популизма и поверхностных суждений. Данное обстоятельство побудило автора обратиться к опыту зарубежных государств, имеющих обширную практику по ряду актуальных для выбранного исследования вопросов.

Об актуальности темы исследования свидетельствует статистика нарушений гарантий независимости адвокатской деятельности. Согласно статистическим данным, представленным Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации за 2015 год, общее количество нарушений

¹ Бойков А.Д. Независимость адвокатуры // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6. С. 97, 98.

профессиональных прав адвокатов в 2015 году составило 728 случаев и, по сравнению с предыдущим годом, увеличилось на 13,0% (634 случая). Посягательства на адвокатскую тайну возросли на 32% (со 154 случаев в 2014 году до 248 случаев в 2015 году), то есть в полтора раза. Наиболее распространенными среди них являются вызовы адвокатов на допрос в качестве свидетеля по уголовному делу доверителя и производство незаконных обысков в служебных (жилых) помещениях адвокатов. Эти два вида противоправных действий в отношении адвокатов составили 70% от общего числа учтенных посягательств на адвокатскую тайну. Не сокращается число незаконных обысков в служебных (жилых) помещениях адвокатов. Если в 2014 году их было 21, то в 2015 году это цифра составила 27 случаев. Продолжается вмешательство в адвокатскую деятельность либо воспрепятствование этой деятельности.² Абсолютное большинство адвокатов считает необходимым совершенствование, а также дополнение гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры.

Деятельность Совета Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации в части разработки различного рода рекомендаций по защите профессиональных прав адвокатов также свидетельствует об актуальности избранной темы исследования.

Степень научной разработанности.

Исследованиями отдельных гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры занимались таких учёные, как П.А. Астахов, А.Д. Бойков, В.Н. Буробин, Е.В. Васьковский, А.П. Галоганов, С.А. Деханов, В.Л. Кудрявцев, Р.Г. Мельниченко, Г.Б. Мирзоев, Г.П. Падва, В.В. Печерский, Ю.С. Пилипенко, А.В. Рагулин, Г.М. Резник, Ю.И. Стецовский, И.Л. Трунов, Л.К. Трунова, Б.М. Бургер и др.

Необходимость комплексной научной разработки и создания классификации гарантий независимости адвокатской деятельности и

² Информационная справка о состоянии адвокатуры и адвокатской деятельности в 2015 году. Данные представлены Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации. URL:// http://www.fparf.ru/news/all_news/news/20902/?sphrase_id=20810

адвокатуры продиктована тем, что попытки создания подобной классификации ранее не проводились, комплексного подхода к их определению не существует, представление о них носит разрозненный характер. В то время как в России гарантии независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, а также механизм их обеспечения, нуждается в дальнейшем изучении и более тщательной проработке, как на уровне теории, так и на уровне законодательства.

Объектом настоящего диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся, с одной стороны, при взаимодействии адвоката с профессиональными участниками правоотношений, третьими лицам и доверителем, с другой стороны, при взаимодействии органов адвокатуры с органами государственной власти.

Предметом диссертационного исследования выступают гарантии обеспечения независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, представленные иммунитетами, привилегиями и запретами, существующими в российском праве, а также в праве зарубежных государств.

Целью диссертационной работы является комплексное изучение, преимущественно путём сравнительно-правового анализа, гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры в России и странах общего и континентального права, разработка классификации указанных гарантий, а также выработка практических и научно-методических рекомендаций по совершенствованию норм действующего законодательства, используя международный и зарубежный опыт, а также обеспечение практической реализации существующих нормативных положений в области обеспечения независимости адвокатской деятельности и адвокатуры.

Заявленные цели диссертационного исследования предполагают постановку и решение следующих **задач**:

1. Предложить утверждение в российской юридической науке правовой категории независимости адвокатской деятельности и адвокатуры как самостоятельного элемента в системе правовых знаний. Ввести в научно-

правовой обиход понятия *независимость адвокатской деятельности, независимость адвокатуры.*

2. Доказать значимость наличия независимого правозащитного института адвокатуры в правовом государстве.

3. Выявить исторические закономерности развития независимости правозащитного института адвокатуры в российском законодательстве.

4. Предложить классификацию гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, оценить значение предложенной классификации.

5. Исследовать и проанализировать законодательство и правоприменительную практику зарубежных стран в области обеспечения гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры.

6. Выявить спорные вопросы и пробелы в действующем законодательстве Российской Федерации, оказывающие влияние на обеспечение независимого положения адвоката и органов профессионального сообщества адвокатов.

7. Представить обоснованные рекомендации по совершенствованию действующего законодательства Российской Федерации в области обеспечения гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, используя, в том числе, международный опыт.

Методологическую основу исследования составляет преимущественно сравнительно-правовой метод.

Кроме того, были использованы общеправовые, общенаучные и частно-юридические методы познания.

Из общеправовых методов применялся метод диалектики и исторического материализма при выявлении закономерностей исторического становления и развития института независимой адвокатуры. Из общенаучных методов использовался структурно-функциональный и системный метод (при создании классификации гарантий независимости), объектно-субъектный метод, методы анализа, синтеза, индукции, дедукции, логический метод, метод обобщения. Из частноправовых методов прибегли к формально-

юридическому методу, методу правового моделирования, методу судебной статистики и к сравнительно-правовому методу, как основному методу настоящего исследования.

Нормативно-правовую основу исследования составляют: 1) национальное законодательство, представленное Конституцией Российской Федерации, Уголовно-процессуальным и Уголовным кодексами Российской Федерации, Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, Кодексом административного судопроизводства Российской Федерации, Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации, Федеральным законом от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», Федеральным законом от 21.11.2011 года № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации», Кодексом профессиональной этики адвоката, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации; 2) внутреннее законодательство стран общего и континентального права в области адвокатской деятельности и адвокатуры, представленное Национальным Регламентом адвокатской деятельности во Франции (Règlement Intérieur National de la profession d'avocat) от 31.12.1971 года, Кодексом профессионального поведения адвокатов Нидерландов (Gedragsregels voor advocaten Kartel regel) от 1992 года, Кодексом профессионального поведения адвокатов Швеции (Regler for advokatverksamhet) от 01.01.2009 года, Кодексом профессионального поведения адвокатов Канады (Code of Professional Conduct - CBA) от 1987 года, Кодексом профессионального поведения адвокатов Англии (Solicitors Regulation Authority Code of Conduct) от 23.12.2011 года, Шведским кодексом судебной процедуры (Swedish Code of Judicial Procedure) от 1942 года, Судебным кодексом Бельгии (Code Judiciaire) от 10.10.1967 года, Законом Англии о судах и правовом обслуживании (Courts and Legal services acts) от 1990 года, Кодексами законодательства штатов Невада, Огайо (США), Гражданскими процессуальными кодексами, Уголовно-процессуальными и

Уголовными кодексами, а также иными нормативно-правовыми актами стран общего и континентального права; 3) зарубежные нормативные акты адвокатского сообщества, представленные Кодексом поведения европейских юристов, принятым Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге от 28.10.1998 года; Типовыми правилами профессионального поведения юристов, принятыми Американской ассоциацией юристов от 02.08.1983 года; Типовым кодексом профессиональной ответственности юристов, принятым Американской ассоциацией юристов от 12.08.1969 года; Стандартами независимости сообщества юристов, принятых Международной ассоциацией юристов в Нью-Йорке 07.09.1990 года; Основными принципами, касающихся роли юристов, принятыми восьмым Конгрессом ООН в Гаване, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990 года; 4) международно-правовые документы в области прав человека - Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Рим) от 04.11.1950 года; Международный пакт о гражданских и политических правах (принят Генеральной Ассамблеей ООН от 16.12.1966 года); Свод принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утвержден Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.1988 года).

Теоретической основой работы явились труды дореволюционных предшественников российской адвокатуры, таких как К.К. Арсеньев, Е.В. Васьковский, Н.П. Карабчевский, А.Ф. Кони, Ф.Н. Плевако, В.Д. Спасович.

В работе использовались труды современников, занимающихся изучением проблем адвокатуры, к которым относятся П.А. Астахов, М.О. Баев, П.Д. Баренбойм, А.Д. Бойков, В.К. Ботнев, Б.М. Бургер, В.Н. Бурбин, А.В. Воробьев, Г.А. Воскресенский, А.П. Галоганов, Л.А. Демидова, С.А. Деханов, Д.Н. Козак, Э.Е. Колоколова, Н.А. Колоколов, А.Г. Кучерена, Р.Г. Мельниченко, Г.Б. Мирзоев, Г.П. Падва, В.В. Печерский, Ю.С. Пилипенко, А.В. Рагулин, Г.М. Резник, Е.В. Семеняко, В.И. Сергеев, М.Б. Смоленский,

Ю.И. Стецовский, А.Я. Сухарев, И.Л. Трунов, Л.К. Трунова, Е.И. Фадеева, И.С. Яртых.

В исследовании также находят отображение работы как отечественных правоведов по истории права (О.И. Чистякова), философии (О.М. Ноговицына), теории государства и права (О.Е. Кутафина, В.В. Лазарева, А.В. Малько), конституционному праву (Л.В. Андриченко, Д.Б. Каткова, Н.М. Колосовой, Е.В. Корчиго, О.Е. Кутафина, В.Д. Мазаева, А.Е. Постникова, Ю.А.Тихомирова), уголовному и уголовно-процессуальному праву (В.П. Бахина, О.Я. Баева, В.П. Божьева, А.А. Гравиной, В.П. Кашепова, З.Ф. Коврига, И.Л. Петрухина, В.И. Руднева, С.А. Шейфера), так и зарубежных учёных в области юриспруденции М. Молло, Р. Муллерат, Вигмор Джон Генри, Гевин Макензи (Gavin MacKenzie), Адам Додэк (Adam Dodek), и др.

Эмпирическую базу исследования составляют данные практики российских судов, а также данные судебной практики зарубежных стран (Франции, Англии, США, Канады и др.), включая практику Европейского суда по правам человека. Диссертантом также использованы статистические данные, отчёты Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, обобщения дисциплинарной практики как российских, так и зарубежных адвокатских образований.

Научная новизна.

В диссертационном исследовании впервые приведена классификация гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, представленная закреплёнными в законе привилегиями, иммунитетами и запретами. Каждая гарантия – иммунитет рассмотрен автором как с позиции существующего научного подхода, так и в свете предложений, содержащих новые идеи по их дальнейшему развитию и обеспечению.

Автором проведено исследование возникновения и развития гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры в истории российского государства. Приводится толкование основных

рассматриваемых понятий: адвокат, адвокатская деятельность, адвокатура, деятельность адвокатуры, при этом разделяются понятия адвокатской деятельности и деятельности адвокатуры.

Автор вводит в научный оборот такие определения, как независимость адвокатской деятельности и независимость адвокатуры, даёт собственные определения гарантиям независимости адвоката, гарантиям неприкосновенности адвоката, гарантиям независимости адвокатуры, определяет пределы данной независимости и объясняет структуру построения диссертационного исследования.

Подробное рассмотрение получил институт адвокатской тайны с позиции сравнительно-правового анализа со странами общего и континентального права. Подобный подход способствует многогранному и многоаспектному рассмотрению гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры, не сводя их рассмотрение в рамки одного концептуального понимания и восприятия. В работе представлен обзор законодательной и правоприменительной практики стран общего и континентального права по данной категории вопросов. При проведении исследования был переведен значительный массив иностранной литературы и законодательства, затрагивающий проблематику исследования. Анализируется обширная практика Европейского суда по правам человека, а также практика российских судов.

Автор выявляет общее и различное в способах обеспечения вышеназванных гарантий, оценивает порядок, существующий в зарубежных странах, и на этой основе формулирует теоретические положения и выводы, предлагает рекомендации по совершенствованию действующего законодательства об адвокатуре, вносит ряд предложений по совершенствованию действующих теоретических основ.

Основные положения, выносимые на защиту.

На защиту выносятся следующие основные положения:

1. Адвокатскую деятельность следует отличать от деятельности адвокатуры в связи с различием субъектного состава и направленности этих видов деятельности. Адвокатская деятельность направлена на оказание квалифицированной юридической помощи, её субъектом выступает адвокат (лицо, получившее статус адвоката). Деятельность адвокатуры направлена на обеспечение оказания квалифицированной юридической помощи, субъектом которой выступает адвокатура как профессиональное сообщество адвокатов. Приведенные различия легли в основу названия Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», отграничивающего понятия адвокатской деятельности (деятельности адвоката) от адвокатуры (деятельности профессионального сообщества адвокатов). Более того, субъектам адвокатуры закон воспрещает осуществлять адвокатскую деятельность от своего имени.³

2. Автор предлагает ввести в научный оборот следующие дефиниции:
Независимость адвокатской деятельности – это обеспеченное на уровне закона правовое состояние лиц, получивших статус адвоката, при котором исключается возможность вмешательства и воспрепятствования их законной деятельности по оказанию квалифицированной юридической помощи.

Независимость адвокатуры – это обеспеченное на уровне закона правовое состояние органов адвокатского сообщества, при котором они наделены исключительным правом в решении вопросов самоуправления и саморегуляции.

3. Диссертантом предложены следующие определения:
Гарантии независимости адвоката – это совокупность процессуальных иммунитетов (особых правовых преимуществ, привилегий, гарантий), направленных на гарантированное соблюдение предоставленных ему процессуальных прав профессиональными участниками судопроизводства,

³ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 49. п. 10. Ст. 29.

включающих также освобождение адвоката в силу особенности его правового статуса от выполнения определённых обязанностей.

Гарантии неприкосновенности адвоката - это совокупность правовых иммунитетов (особых правовых преимуществ, привилегий, гарантий), направленных на защиту личности и имущества адвоката, а также его семьи, связанных с невозможностью привлечения адвоката к ответственности за определённые деяния и осложнённой процедурой привлечения к ответственности в силу особого правового статуса в целях обеспечения выполнения им профессиональных функций.

Гарантии независимости адвокатуры – это комплекс нормативно-правовых предписаний, предоставляющих органам адвокатского сообщества преимущественное право в решении вопросов организационной, а также экономической самостоятельности.

4. Предлагается устранить коллизию существующей нормы Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», закрепляющей запрет вызова и допроса адвоката об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с оказанием юридической помощи (пункт 2 статья 8) с нормой Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, закрепляющей лишь запрет допроса (пункт 2 часть 3 статья 56), в связи с чем дополнить часть 3 статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации следующей формулировкой: *«Не подлежат вызову на допрос, а так же допросу в качестве свидетелей:<...> 3) адвокат - об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи.* Распространить действие данной нормы на адвокатов, оказывающих квалифицированную юридическую помощь и представляющих интересы во всех видах судопроизводства.

5. Обоснована целесообразность внесения в пункт 11 статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации дополнения: *«При производстве обыска в помещениях, занимаемых адвокатом,*

необходимо обеспечить присутствие руководителя адвокатского образования, либо представителя от адвокатской палаты субъекта». Распространить действие данной нормы на адвокатов, оказывающих квалифицированную юридическую помощь и представляющих интересы во всех видах судопроизводства. Приемлемой моделью по обеспечению сохранения адвокатской тайны при производстве обыска в помещениях, занимаемых адвокатом, можно считать статью 56-1 Уголовно-процессуального кодекса Франции.

6. Предлагается возвратиться к двухступенчатой системе защиты, предусматривающей наличие заключения судьи на возбуждение уголовного дела в отношении адвоката. В качестве альтернативного варианта возможно прибегнуть к системе, предусматривающей наличие согласия либо заключения совета адвокатской палаты субъекта о наличии в действиях адвоката признаков уголовно-наказуемого деяния, после принятия которого, возможно вынесение решения о возбуждении уголовного дела уполномоченным лицом. Распространить действие данной нормы на адвокатов, оказывающих квалифицированную юридическую помощь и представляющих интересы во всех видах судопроизводства.

7. Обоснована необходимость включения фигуры защитника в название Федерального закона от 20.08.2004 года № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», в связи с тем, что фигура адвоката не укладывается в формулировку «иные лица», употреблённую в названии данного закона.

Кроме того, необходимо включение фигуры защитника (адвоката) отдельным пунктом в часть 1 статьи 2 Федерального закона от 20.08.2004 года № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», что позволяет распространять действие данного закона на более широкий круг защитников, таких как адвокат потерпевшего и (или) свидетеля (пункт 6 часть 4 статьи 56, часть 5

статьи 189, часть 6 статьи 192 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации), а также адвоката лица, в помещении которого проводится обыск (часть 11 статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации).⁴

Также требуется расширить сферу применения комментируемого Федерального закона, распространив возможность государственной защиты для адвокатов по гражданским делам, принимаемой по решению суда.

8. Аргументирована позиция касательно исключения пункта 6 из статьи 17 Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» согласно которому, территориальный орган юстиции наделяется правом направлять представления о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату, а именно, «в случае, если совет адвокатской палаты в месячный срок со дня поступления такого представления не рассмотрел его, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката».

9. Предлагается пересмотреть систему финансирования адвокатов, оказывающих юридическую помощь бесплатно, а именно, осуществлять перевод бюджетных средств, выделенных под данную категорию расходов непосредственно на расчётный счёт Федеральной палаты адвокатов, которая бы распределяла их по субъектам Российской Федерации, где действуют адвокатские палаты. По результатам расходования бюджетных средств - предусмотреть систему отчётности Федеральной палаты адвокатов, а также осуществление контроля со стороны контрольных государственных органов на предмет целевого использования бюджетных средств.

10. Обеспечение гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры представляет собой комплекс законодательных мер,

⁴ Рыжаков А.П. Лица, подлежащие государственной защите. Комментарий к ст. 2 Федерального закона от 20 августа 2004 года № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», 2007. // СПС Консультант плюс.

направленных на разработку указанных гарантий в системе источников права с последующим отражением правовых способов и средств их практической реализации. Указанный комплекс законодательных мер направлен не просто на сохранение профессиональных привилегий, но прежде всего, направлен на достижение правовых целей: создания правового государства, где каждому гарантируется право на защиту, реализуемого независимым, квалифицированным специалистом в области права, укрепления доверия в обществе к правосудию.

Теоретическая значимость.

Как известный вклад в развитие теоретических основ об организации адвокатской деятельности и адвокатуры может послужить созданная на основе выработанного диссертантом концептуального понимания классификации гарантий, обеспечивающих реализацию принципа независимости адвокатской деятельности и адвокатуры. Автор раскрывает сущность и взаимообусловленность ряда юридических понятий и терминов, используемых в этой сфере. Результаты исследования положили начало системному подходу к механизму обеспечения независимости института адвокатуры, и являют собой готовую теоретическую базу для дальнейшего изучения в данной области. Использованный автором обзор зарубежного, а также международного опыта расширяет сферу научного познания, и представляет определённый интерес для научной общественности. Теоретические разработки исследования имеют своей целью способствовать практическому воплощению выработанных предложений, и призваны содействовать более полной фактической реализации конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

Практическая значимость.

Приведённые в работе выводы и предложения могут быть использованы в законодательном процессе при разработке норм, способствующих обеспечению эффективности адвокатской деятельности. Кроме того, собранные научные материалы могут быть полезны в учебном

процессе при изучении курсов «Правоохранительные органы России», «Уголовный процесс», «Адвокатура». Также результаты научного исследования могут найти практическое применения в ходе осуществления профессиональной деятельности адвокатами, судьями, прокурорами, работниками органов следствия и дознания.

Апробация результатов исследования.

Основные теоретические и практические положения работы отражены в 10 научных публикациях автора, и представлены в форме докладов, научных сообщений, которые обсуждались на научной международной конференции - VI Международная школа-практикум молодых ученых-юристов «Государство в меняющемся мире» (Москва, 26-28 мая 2011 г.), научной конференции - «Актуальные вопросы правозащитной деятельности в РФ» (Москва, 24 сентября 2013 г.), круглых столах, вузовской конференции - Ежегодная конференция молодых ученых, аспирантов и соискателей «Повышение эффективности юридической ответственности» (Москва, 25 апреля 2011 г.).

Структура работы.

Структура работы обусловлена последовательным и логическим структурированием научно-исследовательского материала, согласно поставленным автором целям и определённым задачам. Диссертация состоит из введения, трёх глав, включающих 8 параграфов из них 4 подпункта, заключения, списка использованной литературы и приложения.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обоснована актуальность выбранной темы, указана степень ее научной разработанности; определены объект, предмет, цели и задачи исследования; указаны методологическая, нормативная, теоретическая основы исследования; приводятся данные об эмпирической базе исследования; раскрывается научная новизна, формулируются основные положения, выносимые на защиту; сделаны выводы о теоретической и практической значимости результатов исследования, приводятся сведения об их апробации; обозначена структура диссертации.

Глава 1. Историко-правовое обоснование независимости адвокатской деятельности и адвокатуры состоит из трёх параграфов.

В первом параграфе главы 1 – «История развития независимости адвокатской деятельности и адвокатуры в России» диссертант исследует процесс становления института адвокатуры как независимого правозащитного института, определяет пределы независимости адвокатуры в разные исторические периоды, отмечает время появления первых гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры.

Первое упоминание о гарантиях независимости правозащитника встречается в законодательных актах XIV века. Запрет пособникам и стряпчим занимать государственные должности содержит статья 69 Псковской судной грамоты 1397 года: «Всякое лицо, облеченное властью (властель), не может быть представителем в суде. Оно может быть стороной в процессе только в случае спора по его делу».⁵ Судебные Уставы 1864 года (Учреждение Судебных установлений (статья 355 раздел IX книга I)) содержат норму, воспрещающую присяжным поверенным состоять на государственной службе: «Присяжными поверенными не могут быть состоящие на службе от Правительства, или по выборам, за исключением

⁵ Российское законодательство X-XX веков. В 9-и томах. Т.1: Законодательство Древней Руси / Под общ. ред. О.И. Чистякова; Отв. ред.: Янин В.Л., М.: Юридическая литература, 1984. С. 371.

лиц, занимающих почетные или общественные должности без жалования».⁶ Положения об адвокатской тайне также находят закрепление в Судебных Уставах 1864 года. Так, в Учреждении Судебных установлений в статье 403 сказано: «Присяжный Поверенный не должен оглашать тайну своего доверителя, не только во время производства его дела, но и в случае устранения от оногo и даже после окончания дела», « <...> безусловная обязанность присяжного поверенного хранить всякую тайну, которую только доверяет ему его клиент <...> доверенные присяжному поверенному тайны должны считаться священными; никогда, никому и ни при каких условиях он не должен выдавать их, хотя бы был приглашаем к тому самой судебной властью».⁷

Несмотря на то, что дореволюционная русская адвокатура «в своем общественном служении была – как слуга государства»⁸, закон для ограничения произвола государственных органов с целью защиты прав и свобод индивидуума использует два правовых понятия: «неприкосновенность» и «тайна», а также предусматривает ряд других гарантий независимости адвокатуры, таких как относительная автономность, самостоятельное нормативное регулирование деятельности корпорации.

Таким образом, начало независимости российской адвокатуры было положено еще в 1864 году, более 150 лет назад – этим, по крайней мере в первое время, отличалась адвокатура от многих других учреждений царской России.

Несмотря на многочисленные попытки уничтожения независимости адвокатуры, при помощи проводимых в стране контрреформ 1874 года, институт адвокатуры просуществовал в своем почти первоначальном виде до

⁶ Свод Законов Российской Империи. Том XVI. С. 55. URL: <http://civil.consultant.ru/code/>

⁷ Марков А.Н. Правила адвокатской профессии в России. Опыт систематизации постановлений советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. М.: Издательство Л. Сомовой, 1913. С. 65, 66.

⁸ Кони А.Ф. Собрание сочинений в восьми томах. Том 4. Правовые воззрения // Под ред. В.Г. Базанова, Л.Н. Смирнова, К.И. Чуковского. Составитель: М.М. Выдря, Ред.: Г.К. Большакова. М.: Юридическая литература, 1967. С. 132.

самой революции 1917 года. 22 ноября 1917 года Декретом Совета народных комиссаров № 1 «О суде» адвокатура была упразднена. 30 ноября 1918 года Всероссийский центральный исполнительный комитет принял Положение о народном суде, согласно которому члены «коллегий правозаступников» и «коллегий обвинителей» становились государственными служащими. Однако, законодательство периода с 1922-1991 год не стояло на месте, успев принять 6 законов, посвящённых институту адвокатуры. В них детализировался правовой статус отечественной адвокатуры, уточнялись требования к этому институту, создавалась некоторая видимость расширения компетенции органов самоуправления адвокатуры. Но общая тенденция, связанная с подчинением адвокатуры государственному контролю, сохранялась.⁹ Контроль за деятельностью адвокатуры с 1922-1939 года осуществлялся – судами, прокуратурой, местными Советами, с 1939 года – Народным комиссариатом юстиции СССР, позднее Министерством юстиции СССР.

Обращаясь к истории адвокатуры в России, нетрудно заметить, что, несмотря на изменения в общественно-политической жизни страны, российская адвокатура всегда стремилась быть независимой организацией.

Во втором параграфе главы 1 – «Понятие и содержание независимости адвокатской деятельности и адвокатуры» раскрывается юридическая природа и взаимообусловленность терминов адвокат, адвокатская деятельность, адвокатура, деятельность адвокатуры. Диссертант вносит предложение об утверждении в российской юридической науке правовой категории независимости адвокатской деятельности и адвокатуры в качестве самостоятельного элемента в системе правовых знаний. Вводятся в научно-правовой обиход понятия *независимость адвокатской деятельности, независимость адвокатуры.*

⁹ Мирзоев Г.Б. Адвокатура и государство: партнёры или оппоненты. М.: Российская академия адвокатуры и нотариата, 2008. С. 12.

В связи с отсутствием в законе определения деятельности адвокатуры, автор считаем целесообразным предложить её следующее определение: *Деятельность адвокатуры* – это деятельность органов профессионального сообщества адвокатов, направленная на обеспечение оказания квалифицированной юридической помощи, посредством её организации, а также представительства и защиты интересов лиц, её оказывающих, осуществления контроля за их профессиональной подготовкой и за соблюдением ими кодекса профессиональной этики адвоката.

В третьем параграфе главы 1 – «Классификация гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры» автор проводит аналогию с принципом и гарантией права каждого на судебную защиту, которое было проанализировано профессором Н.М. Колосовой, отметившей его многоаспектность, выделившей материальную и процессуальную природу данного феномена и заключившей, что важность такого разграничения на материальную и процессуальную составляющую обусловлена разной природой гарантий и прав.¹⁰ В диссертации приводится концептуальное обоснование теории о гарантиях независимости адвокатской деятельности и адвокатуры. Автором представлена разработанная классификация гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры. Полный вид классификации гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры представлен в Приложении № 1 к настоящей диссертации.

Глава 2. Обеспечение гарантий независимости адвокатской деятельности (адвоката) состоит из трех параграфов.

В свою очередь, **первый параграф – «Гарантии независимости адвоката: сравнительно-правовой анализ»** разделен на две части, в первой из которых, - **«Адвокатская тайна в странах общего и континентального права»** - исследуется правовая природа, предмет адвокатской тайны, виды

¹⁰ См.: Колосова Н.М. О конституционном праве каждого на международную судебную защиту в России // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 72-77.

ответственности за разглашение адвокатской тайны, исключения из общего правила о неразглашении адвокатской тайны, существующие в странах общего права (Англия, США, Канада, Австралия, Новая Зеландия) и континентального права (Россия, Франция, Нидерланды, Швеция).

По мнению автора, российское законодательное определение адвокатской тайны существенно ограничивает публично-правовую природу адвокатской тайны, соблюдение которой необходимо не только в интересах адвоката и его доверителя, но прежде всего в интересах правосудия и всего гражданского общества. Предлагается заимствование правовой теории, согласно которой адвокатская тайна рассматривается как публично-правовое явление. Такое понимание адвокатской тайны позволяет рассматривать её как один из принципов обеспечения надлежащего правосудия, что означает повышение уровня требований к её обеспечению со стороны всех участников судопроизводства. Как оказалось, не все элементы этой системы способны к саморегулированию и нуждаются в воздействии, прежде всего со стороны наиболее мощного инструмента - государства, способного исправлять недостатки такого саморазвития и направлять его в целях «общего блага».¹¹

Автором предлагается внесение дополнения в главу 2 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации «Принципы уголовного судопроизводства», дополнив статью 13 пунктом 4: «Раскрытие сведений, составляющих предмет адвокатской тайны не допускается, за исключением случаев, установленных федеральным законом».

Также целесообразно продолжить пункт 1 статьи 8 Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», дополнив его следующей формулировкой: «Защита адвокатской тайны обеспечивается государством».

Диссертантом отмечается соответствие России высоким правовым стандартам в определении содержания адвокатской тайны, усматривается

¹¹ Андриченко Л.В., Боголюбов С.А., Васильев В.И. Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности (к 20-летию Основного Закона России): монография / Под ред.: Хабриевой Т.Я. М.: ИГиСП, 2014. С. 42.

более универсальный, детализированный подход к определению предмета её регулирования, по сравнению со странами общего права.

В странах континентального права, к числу которых относится Россия, привилегия адвокатской тайны имеет абсолютный характер от лат. «absolutus» — законченный, неограниченный, безусловный. Данная привилегия распространяется на все виды и категории информации, полученной адвокатом от своего доверителя, не предусматривая никаких исключений либо ограничений, накладывая на них одинаковую степень защиты.

В Великобритании, Австралии и Новой Зеландии привилегия по сохранению адвокатской тайны (legal professional privilege) получила доктринальное обоснование и закрепление, выражающееся в виде «привилегии при даче юридического совета» (legal advice privilege) и «привилегии в судебном процессе» (litigation privilege). В то время как в Канаде данная привилегия распространяется только на судебное представительство.

Привилегия в судебном процессе является более широким правом, чем привилегия при даче юридического совета, так как она распространяется не только на корреспонденцию между юристом и клиентом, но и на корреспонденцию с третьими сторонами. Такой подход демонстрирует очень высокий уровень признания привилегии. В то же время законодательства стран России, Нидерландов и Швеции, напротив, не распространяют привилегию адвокатской тайны на коммуникацию с третьими лицами.

В английском праве также существует прецедент, распространяющий действие адвокатской тайны на коммуникации между клиентом и третьим лицом, в целях получения и последующей передачи информации адвокату, даже если последним не давалось на то прямых указаний. Достаточно одного

намерения клиента предоставить информацию своему адвокату после её получения у третьего лица.¹²

Предмет и понятие адвокатской тайны в законодательстве США (attorney-client privilege) регулируются Федеральными правилами о доказательствах (Federal Rules of Evidence)¹³ от 1975 года.

Данный законодательный акт содержит отсылочное правило №501, которое гласит, что прецедентное право возлагает на суды Соединённых штатов обязанность по разрешению толкования привилегий в свете разума и накопленного опыта в той части, в какой это не урегулировано Конституцией США, Федеральными законами и Постановлениями Верховного суда США.¹⁴ Тем не менее, не все суды в Соединённых Штатах относятся к неприкосновенности адвокатской тайны как привилегии в равной степени одинаково, примеры чего представлены в диссертации.

Во всех рассматриваемых автором правовых системах на адвоката распространяется профессиональное (этическое) и правовое обязательство по сохранению адвокатской тайны, влекущее дисциплинарную, а зачастую и уголовную ответственность за его не соблюдение. Функцию по надзору за исполнением данного обязательства выполняют органы адвокатского сообщества, действующие в стране.

Законодательством Франции, Нидерландов и Швеции предусмотрена уголовная ответственность в отношении адвоката за разглашение конфиденциальных сведений, что является более суровой мерой наказания по сравнению с другими рассматриваемыми государствами, такими, как Англия, США, Россия, предусматривающих дисциплинарную ответственность. С 13.06.2016 года в России предусмотрена административная ответственность за данный вид правонарушения статьёй

¹² Southwark and Vauxhall Water Co. v. Quick (1878) 3Q.B.D. P 315, 320. URL: <http://www.publications.parliament.uk>

¹³ Федеральные правила о доказательствах США (Federal Rules of Evidence) от 02.01.1975 г. (с изм. от 01.12.2011 г.) URL:<http://federalevidence.com>

¹⁴ Там же.

13.14. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁵.

Диссертант исследует исключения из общего правила о неразглашении адвокатской тайны, существующие в законодательствах зарубежных стран. Делается вывод о том, что единым для исследуемых стран¹⁶ (и единственным для России - закреплённым на уровне федерального закона)¹⁷ является исключение, согласно которому, раскрытие информации, составляющей предмет адвокатской тайны допустимо с «согласия клиента». Подробно рассмотрено исключение, допускающее раскрытие адвокатской тайны в случае «сообщения клиентом информации о готовящемся преступлении, когда под угрозой находится общественная безопасность» (допустимо законодательством Швеции, Нидерланд, Канады, США).

По общему правилу в рассматриваемых правовых системах стран общего и континентального права адвокатская тайна переживает смерть доверителя. В Российском законодательстве срок хранения адвокатской тайны не ограничен во времени, что закреплено в пункте 2 статьи 6 Кодекса профессиональной этики адвоката.

Однако, как указывается в научных изданиях и судебных решениях мировой практики, в исключительных случаях она может поддаваться разглашению, в доказательство чего диссертантом приводятся примеры из судебной практики зарубежных стран.

Вторая часть первого параграфа главы 2 - «Гарантии сохранения адвокатской тайны в странах общего и континентального права» представляет собой комплексное сравнительно-правовое исследование

¹⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 №195-ФЗ (ред. от 06.07.2015 №374-ФЗ) // Собрание законодательства РФ - 2002, - №1 (ч. 1), - Ст. 1; 2016, - № 28, - Ст. 4558.

¹⁶ Напр.: Франция, Нидерланды, Швеция, Англия, США, Канада.

¹⁷ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ред. от 13.07.2015 №268-ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 2011. № 29, Ст. 4291; 2015. №29 (часть I), Ст. 4394. (ч. 5 п. 4 ст. 6); Кодекс профессиональной этики адвоката (принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003) // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ, 2009. №3. (п. 3 ст. 6, п. 4 ст. 9).

гарантий сохранения адвокатской тайны в России и зарубежных странах, к которым диссертант относит: свидетельский иммунитет адвоката и иммунитет помещений и документов, принадлежащих адвокату.

Анализ нормативных положений и правоприменительной практики позволяет выявить коллизию существующей нормы Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», закрепляющей запрет вызова и допроса адвоката об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с оказанием юридической помощи (пункт 2 статьи 8) с нормой Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, закрепляющей лишь запрет допроса (пункт 2 часть 3 статья 56). Указанное обстоятельство порождает ситуации, при которых, казалось бы, чёткая норма закона о том, что адвокат не подлежит допросу в качестве свидетеля, не служит препятствием для правоохранительных органов вызывать его на допрос.

Диссертантом проанализированы мнения учёных юристов относительно действий адвоката, вызванного на допрос повесткой, представлены разъяснения Конституционного суда Российской Федерации, Верховного суда Российской Федерации, а также рекомендации адвокатских палат субъектов Российской Федерации по данному вопросу. Положения о свидетельском иммунитете (*immunity from subpoena*) рассмотрены в контексте законодательства Англии, США, Франции, а также с позиции Типового кодекса профессиональной ответственности юристов, принятого Американской Ассоциацией юристов 12.08.1969 году.

Проведенное исследование показало, что гарантии по сохранению адвокатской тайны в России нуждаются в установлении механизма их реализации путём: единообразного толкования основания производства оперативно-розыскных и следственных действий в отношении адвоката, а именно, судебного решения; соответствия судебного решения требованиям законности, обоснованности и мотивированности; законодательного закрепления присутствия представителя вышестоящего адвокатского

образования при производстве процессуальных действий таких, как обыск, выемка в помещениях, занимаемых адвокатом.

Большое внимание диссертант уделяет описанию порядка производства обыска в помещениях, используемых адвокатами, закрепленного в Уголовно-процессуальном кодексе Франции и демонстрирующего высокие стандарты в области охраны адвокатской тайны.

Второй параграф – «Гарантии неприкосновенности адвоката» разделен на две части, в первой из которых, - «**Гарантии профессиональной безопасности адвоката**» рассмотрены основные проблемы, касающиеся законодательной регламентации особого порядка привлечения адвоката к ответственности и соблюдения иммунитета адвокатского высказывания.

Автор приходит к заключению, что гарантии прав адвоката в случае привлечения к уголовной ответственности вряд ли достаточны. На основе приведённых доводов предлагается возвратиться к двухступенчатой системе защиты, предусматривающей наличие заключения судьи на возбуждение уголовного дела в отношении адвоката. В качестве альтернативного варианта возможно прибегнуть к системе, предусматривающей наличие согласия либо заключения совета адвокатской палаты субъекта о наличии в действиях адвоката признаков уголовно- наказуемого деяния, после принятия которого, возможно вынесение решения о возбуждении уголовного дела уполномоченным лицом.

На основании проанализированной как российской, так и международной судебной практики была выявлена недостаточная защищённость адвокатов в практической работе, связанная с нарушением свободы выражения мнения адвокатом при исполнении своих профессиональных обязанностей. Вопросы правоприменения данного иммунитета во многом зависят от того, подпадают ли действия адвоката в каждом конкретном случае под категорию легитимных либо же содержат в себе признаки правонарушения, подпадающие под действие статьи Уголовного кодекса Российской Федерации. Далее, автором

проанализированы понятия «клевета» и «оскорбление», приведены примеры из практики Европейского суда по правам человека.

В итоге, оценить степень соразмерности, а также чрезмерности высказываний адвоката, на практике представляется возможным лишь в суде, и как показывает статистика решений Европейского суда по правам человека, в большинстве случаев, Европейский суд выступает за свободу слова адвоката на судебном слушании, что способствует эффективной реализации прав его подсудимого.

Подобная практика должна учитываться при отправлении правосудия российскими судами, а также при разработке нормативных актов, затрагивающих положения об иммунитете адвокатского высказывания.

Во второй части второго параграфа главы 2 - «Гарантии личной безопасности адвоката» обосновывается значение государственной защиты адвокатов, дается определение государственной защиты в контексте положений нормативно-правовых актов.

Не включение адвоката в перечень лиц, упомянутых в Федеральном законе от 20.04.1995 года № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов»¹⁸ свидетельствует о нежелании законодателя распространять на адвокатов столь же повышенные меры государственной защиты.

На основании анализа Федерального закона от 20.08.2004 года № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»¹⁹ можно заключить, что построение формулировки части 4 пункта 1 статьи 2 позволяет распространять действие

¹⁸ Федеральный закон от 20.04.1995 № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» (ред. от 03.07.2016 № 305-ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 1995, № 17, Ст. 1455; 2016, № 27 (часть II), Ст. 4238.

¹⁹ Федеральный закон от 20.08.2004 № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» (ред. от 03.07.2016 № 305-ФЗ) // Собрание законодательства РФ, 2004, № 34, Ст. 3534; 2016, № 27 (часть II), Ст. 4238.

данного закона лишь на защитника (адвоката) подозреваемого, (адвоката) обвиняемого и (адвоката) подсудимого. Но защитники могут быть и у иных субъектов уголовного процесса. И в отношении таковых, несомненно, также иногда необходимо осуществлять государственную защиту.

Фигура адвоката не укладывается в формулировку «иные лица», употреблённую в названии данного закона, т.к. к иным лицам уголовного судопроизводства относятся лица, перечисленные в главе 8 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Данное обстоятельство требует включения фигуры адвоката непосредственно в название указанного закона. Адвокат также не вписан отдельным пунктом в круг лиц, подлежащих государственной защите в соответствии с вышеприведённым законом. Указанные недочёты порождают неоднозначность в вопросах применения мер государственной защиты к адвокатам.

За рамками государственной защиты, предусмотренной в Федеральном законе от 20.08.2004 года №119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» остаются адвокаты, оказывающие юридическую помощь в рамках гражданского и арбитражного процесса. При этом, как указывает в своей работе И.Л. Трунов, «в условиях рыночной экономики, гражданские дела и арбитражные споры связаны с разделом огромных средств, под час, в такого рода делах, решается судьба градообразующих и стратегических предприятий несущих большую социальную и стратегическую безопасность для страны. Рассмотрение гражданских дел часто связано с давлением, подкупом и убийством свидетелей и представляющих интересы противной стороны адвокатов. Рейдерские захваты в основе своей имеют гражданско-правовой спор, давление на свидетеля угрозы и подкуп обычное явление».²⁰

В связи с объективными обстоятельствами, необходимо расширить сферу применения комментируемого Федерального закона, распространив

²⁰ Трунов И.Л. Проблемы государственной защиты свидетелей // Следователь. М. 2011. №5 (157). С. 14-19.

возможность государственной защиты для адвокатов по гражданским делам, принимаемой по решению суда.

Помимо указанных в Федеральном законе от 20.08.2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» мер государственной защиты (мер безопасности, мер социальной поддержки) к адвокатам также применяются меры правовой защиты, что не нашло отражения в данном законе. Что касается мер правовой защиты, делается вывод об их применении в отношении всех адвокатов без каких либо исключений или ограничений.

В третьем параграфе главы 2 - «Запреты, связанные с осуществлением адвокатской деятельности» диссертантом рассмотрена система запретов, связанных с осуществлением адвокатской деятельности, в той части, в которых они затрагивают сферу адвокатской независимости. В частности, В.Д. Сорокин отмечал, что «метод правового регулирования может существовать и выполнять свою социальную функцию только как система трёх первоначальных способов воздействия – дозволения, предписания и запрета».²¹

Независимость во взаимоотношениях адвоката с доверителем обеспечивается следующей системой запретов: запрет занимать по делу позицию вопреки воле доверителя; запрет адвокату ставить себя в долговую зависимость от доверителя; являться советником, защитником или представителем нескольких сторон в одном деле, чьи интересы противоречат друг другу; принимать поручение, если его исполнение будет препятствовать исполнению другого, ранее принятого поручения;

Независимость во взаимоотношениях адвоката с третьими лицами, отношения с которыми не урегулированы нормами права, обеспечивается посредством следующих запретов: запрет на вступление в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной,

²¹ Постников А.Е. О конституционно-правовом методе регулирования // Журнал российского права. 2012. №2. С. 32.

преподавательской и иной творческой деятельности; запрет занимать государственные должности Российской Федерации, должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности; запрет адвокату вступать в негласное сотрудничество с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность; запрет уступать кому бы то ни было право денежного требования к доверителю по заключённому между ними соглашению; запрет делить гонорар с лицами, не являющимися адвокатами.

Независимость адвоката от собственного интереса, личной выгоды, отличной от интереса защищаемого им лица обеспечивается посредством установленного запрета в статье 72 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, где предусматриваются случаи, когда адвокат не вправе принимать поручения от лица, обратившемуся к нему за оказанием юридической помощи в силу указанных в законе обстоятельств.

Глава 3. Гарантии независимости адвокатуры состоит из двух параграфов.

В первом параграфе главы 3 – «*Организационные гарантии независимости адвокатуры*» диссертантом проанализированы гарантии, обеспечивающие организационную независимость адвокатуры, к которым автор относит самостоятельность в принятии решений о приёме членов в адвокаты, формирование кадрового состава руководящих органов, разработка профессиональных правил, методических рекомендаций по вопросам профессиональной деятельности, а также наличие исключительного права по привлечению к дисциплинарной ответственности адвокатов за нарушение профессиональных правил, права обращения в суд в защиту прав и свобод членов адвокатского сообщества, права обращения в суд в защиту прав и свобод членов адвокатского сообщества.

В ходе исследования установлено, что регламентированный законом порядок формирования состава квалификационной комиссии при принятии

решения о присвоении статуса адвоката не нарушает гарантий независимости адвокатуры в вопросах самоуправления.

Во-первых, представителей адвокатуры представлено в соотношении 7 членов из 13, что составляет большинство в квалификационной комиссии. Во-вторых, государство должно гарантировать населению наличие компетентных специалистов, способных оказывать квалифицированную юридическую помощь населению. Таким образом, государство не может оставаться безучастным при решении вопроса соответствия кандидатов, претендующих на получение статуса адвоката, заявленным требованиям²².

Автором делается вывод о том, что несмотря на возложение функции по ведению регионального реестра адвокатов на орган государственной власти, органам адвокатского самоуправления принадлежат ключевые функции при формировании реестра адвокатов, в то время как функции территориального органа юстиции сводятся к сбору и систематизации поступивших данных. Отсутствие у территориального органа юстиции возможности оказывать влияние на формирование кадрового состава адвокатуры свидетельствует о непротиворечии пункта 1 статьи 14 Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Гораздо большее противоречие вызывает форма адвокатского удостоверения, выдаваемого территориальным органом Федеральной регистрационной службы с изображением государственного герба.

Использование изображения Государственного герба России в документах адвокатуры оспаривалось. Так, в 2001 году Управление Министерства юстиции России по Московской области считало неправомерным помещению изображения Государственного герба России на

²² Козак Д.Н. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный) (под ред. Д.Н. Козака) М.: Статут, 2003. // СПС Консультант плюс.

удостоверении члена коллегии адвокатов и на печати юридических консультаций, но данные возражения были признаны необоснованными.²³

По сути, существующий порядок выдачи адвокатам удостоверений справедливо может быть расценен как нарушение принципа её организационной независимости и стремление к её огосударствлению.

Кроме того, следует также заметить, что наличие принципа организационной независимости адвокатуры подразумевает не только её независимость от субъектов правоотношений, не входящих в структуру адвокатуры, но также и независимость адвокатских образований (адвокатских кабинетов, коллегий адвокатов, адвокатских бюро, юридических консультаций адвокатского кабинета) друг от друга в целом и от органов адвокатского самоуправления в частности.²⁴

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 рассмотрел его, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката. Данная норма (пункт 6 статьи 17 Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), по мнению ряда учёных правоведов, была сконструирована с грубейшими ошибками технического и концептуального характера. Пункт 6 статьи 17 указанного закона фактически наделил территориальный орган юстиции полномочиями по надзору за соблюдением адвокатами действующего законодательства и обязательств перед их доверителями.

²³ Мирзоев Г.Б., Стецовский Ю.И. Профессиональный долг адвоката и его статус: Монография. М.: Юнити-Дана, 2003. С. 71.

²⁴ Степашина М.С. Комментарий к Федеральному закону № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (под ред. А.М. Смушкина, В.Н. Барбарич) 2008. // СПС Консультант плюс.

Таким образом, подобная правовая конструкция вызывает некоторые сомнения в ее правомерности с точки зрения принципов независимости, самоуправления и корпоративности адвокатуры. По нашему мнению, следует исключить пункт 6 из статьи 17 Федерального закона от 31.05.2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и дать возможность решать эти вопросы исключительно уполномоченным органам адвокатуры.

Второй параграф главы 3 – «Социально-экономические гарантии независимости адвокатуры» определяет основные факторы, влияющие на экономическую независимость адвокатуры, раскрывает источники финансирования адвокатских образований, органов адвокатского самоуправления.

При исследовании причинно-следственной связи между экономической независимостью адвоката и экономической независимостью адвокатуры, автор обращает внимание на то, что основным субъектом, приносящим доход и поддерживающим экономическую независимость адвокатской палаты, является адвокат.

Экономическая независимость адвокатской деятельности, как очевидный фактор, влияющий на экономическую независимость адвокатуры, заключается в правилах определения гонорарной политики, устанавливаемой самими адвокатами. Основные требования выдвигаемых правил заключаются в свободе определения гонорара адвоката и недопустимости ведения дел за счёт собственных средств адвоката.

Недопустимость ведения дел за счёт собственных средств адвоката объясняется тем, что подобное положение дел причиняет материальный ущерб как самим адвокатам, так и адвокатскому образованию, в котором адвокат осуществляет адвокатскую деятельность, а также органам адвокатуры. Ведь необходимых отчислений на содержание адвокатского образования и адвокатской палаты субъекта, в реестре которой состоит адвокат, не производится, что ведёт к подрыву экономической стабильности

и независимости адвокатуры. Существует также другая сторона подобной ситуации. «Принимая на себя расходы по делу доверителя, адвокат дискредитирует и себя и свою независимость, заставляет думать, что давая деньги вперёд, он преследует корыстные цели; он связывает себя с доверителем, становясь одновременно в положение кредитора к должнику».²⁵

Стремясь обеспечить независимость адвоката от экономического фактора, закон запрещает выбор такого способа оплаты работы адвоката, при котором размер вознаграждения зависит от результатов рассмотрения дела. В данном случае адвокат становился бы заложником «успеха», рискуя не получить денежного вознаграждения за свою проделанную работу в случае неудачного для его стороны разрешения дела. При подобном подходе определения гонорара, утрачивается экономическая независимость адвоката. Данный вид оплаты именуется «гонораром успеха» или «*pacte de quota litis*», применение которого в чистом виде запрещено. В то же время практика допускает комбинированную схему оплаты, включающую фиксированную ставку (фиксированную или почасовую), к которой добавляется процент в случае успешного разрешения дела.

В США соглашения, в которых клиент обязуется выплатить своему адвокату определенную долю суммы, присужденной ему в качестве компенсации убытков, считаются допустимыми и применяются довольно широко. В Европе адвокаты не могут заключать такие соглашения или «*pacte de quota litis*». В Великобритании такие соглашения о праве адвоката на долю в средствах, присужденных клиенту, считаются допустимыми. Комитет по этике Европейского союза юристов (The Deontology Committee CCBE) в настоящее время рассматривает вопрос о запрещении таких соглашений.

Согласно приведённым доводам, диссертант предлагает пересмотреть систему финансирования адвокатов, оказывающих юридическую помощь бесплатно. Предлагается осуществлять перевод бюджетных средств,

²⁵ Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции. Пер. с французского. М.: Изд-во Н.П. Шубинского, 1894. § 81.

выделенных под данную категорию расходов, непосредственно на расчётный счёт Федеральной палаты адвокатов, которая бы распределяла их по всем субъектам Российской Федерации, где действуют адвокатские палаты. По результатам расходования бюджетных средств - предусмотреть систему отчётности Федеральной палаты адвокатов, а также осуществление контроля со стороны контрольных государственных органов на предмет целевого использования бюджетных средств.

В заключении кратко подведены итоги диссертационного исследования и сформулированы основные выводы.

В приложении представлена авторская классификация гарантий независимости адвокатской деятельности и адвокатуры.

Основные научные положения диссертации отражены в публикациях в рецензируемых журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации:

1. *Дабижа Т.Г.* Процессуальные гарантии независимости адвоката в уголовном процессе Французской Республики и Федеративной Республики Германии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 5 (30). С. 140-145. – 0,9 п.л.

2. *Дабижа Т.Г.* Научно-практическое обоснование института адвокатской тайны в странах общего и континентального права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 3 (34). С. 169-175. – 0,9 п.л.

3. *Дабижа Т.Г.* Процессуальные гарантии реализации полномочий адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве // Журнал российского права. 2012. № 7. С. 125-132. – 1 п.л.

4. *Дабижа Т.Г.* Особенности процедуры привлечения адвоката к ответственности // Адвокат. 2012. № 9. С. 11-19. – 1,1 п.л.

5. *Дабижа Т.Г.* Иммунитет адвокатского высказывания // Адвокатская практика. 2012. № 5. С. 25-27. – 0,5 п.л.

6. *Дабижа Т.Г.* Проблема исключений из привилегии адвокатской тайны: зарубежный опыт // Адвокатская практика. 2013. № 1. С. 21-25. – 0,7 п.л.

7. *Дабижа Т.Г.* Экономическая самостоятельность адвокатуры – гарантия её независимости // Адвокатская практика. 2016, № 4. С. 49-55. – 0,6 п.л.

8. *Дабижа Т.Г.* История развития независимого правозащитного института адвокатуры в дореволюционный период // История государства и права. 2016, № 15. С. 27-32. – 0,6 п.л.

Публикации в иных источниках:

9. *Дабижа Т.Г.* Субъекты оказания квалифицированной юридической помощи в РФ (на современном этапе развития) // Сборник по материалам научно-практической конференции «Государство в меняющемся мире: материалы VI Международной школы-практикума молодых ученых-юристов» – М.: ИЗИСП при Правительстве РФ, 2012. С. 385-393. – 0,6 п.л.

10. *Дабижа Т.Г.* Гарантии личной безопасности адвоката // Сборник по материалам научно-практической конференции «Актуальные вопросы правозащитной деятельности в Российской Федерации». – М.: Юрист, 2013. С. 253-266. – 0,6 п.л.