

Адвокатская палата Красноярского края
Юридический институт
Сибирского федерального университета
Красноярский институт
повышения квалификации адвокатов

ОБ АДВОКАТУРЕ И АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

СБОРНИК СТАТЕЙ

ПОСВЯЩАЕТСЯ ПАМЯТИ
С.Н. МАЛЬТОВА

Красноярск
«Центр информации»
2016

УДК 347.965(571.51)
ББК 67.75(2Р-4Крн)
О-13

Ответственный редактор и составитель
канд. юрид. наук *И.А. Шевченко*

О-13 Об адвокатуре и адвокатской деятельности : сборник статей / отв. ред. и сост. И.А. Шевченко. – Красноярск : Центр информации, 2016. – 156 с.

ISBN 978-5-905284-59-5

Предлагаемый читателю сборник статей об адвокатуре и адвокатской деятельности посвящается памяти первого президента Адвокатской палаты Красноярского края Сергея Николаевича Мальтова (1957–2014). В него вошли материалы, касающиеся теории адвокатуры и профессиональной этики адвоката, рассматривающие отдельные техники адвокатской работы, конкретные рекомендации по ведению дел, организации работы и т.д., а также несколько примеров успешной адвокатской практики.

Для адвокатов, практикующих юристов, студентов юридических вузов, всех, кто интересуется вопросами адвокатской деятельности.

УДК 347.965(571.51)
ББК 67.75(2Р-4Крн)

ISBN 978-5-905284-59-5

© Оригинал-макет.
ООО «Центр информации», 2016

*Посвящается памяти
первого президента
Адвокатской палаты
Красноярского края
Сергея Николаевича
Мальтова*



ОТ СОСТАВИТЕЛЯ

Сегодня я точно не помню, кому принадлежала идея начать формировать в Красноярске библиотеку адвоката. Кажется, всё-таки Сергею Николаевичу. И ему же принадлежала идея создать серию, посвящённую 150-летию адвокатуры. По крайней мере об этом решении сказал мне он.

Мы успели выпустить две книги. Первая была сделана из моих старых наработок по вопросам профессиональной коммуникации. Вторую написал Александр Евгеньевич Шпагин, посвятив её вопросам соглашения об оказании юридической помощи. Книги были опубликованы, размещены на сайте адвокатской палаты и ... дело встало. Третья книга упорно не шла. Задумывалась она как сборник практических статей адвокатов. Мы подготовили несколько материалов, но их было недостаточно. Как всегда, мешали дела, казавшиеся тогда важнее.

Сергей Николаевич периодически спрашивал меня, как дела с третьей книгой. Я находил отговорки и ограничивался обещаниями. Так прошёл 2013 год. А затем и половина 2014-го.

Летом, наверно в августе, Сергей Николаевич позвонил мне. Я в то время отдыхал в деревне. Был тёплый солнечный вечер, я стоял на веранде и, глядя в окно, разговаривал с Президен-

том. У него заканчивался президентский срок, у нас был достаточно долгий разговор, с этим связанный. Дела, идеи, задумки. Сергей Николаевич предлагал торопиться, а также настойчиво просил закончить третью книгу до ноября. Я вновь пообещал сделать всё, что могу. И снова не сдержал обещания...

Сейчас, когда Сергея Николаевича уже нет с нами, этот сборник выходит в свет. Он состоит из статей адвокатов и тех, кто занимается развитием адвокатов и практикующих юристов. Это материалы, раскрывающие отдельные техники адвокатской работы, в том числе включающие в себя конкретные рекомендации по ведению дел, организации работы и т.д., а также несколько прецедентов – описания примеров успешной адвокатской практики.

И этот сборник мы посвящаем памяти Сергея Николаевича Мальтова.

И.А. Шевченко

И.А. Шевченко
к.ю.н., директор и тренер
Института повышения
квалификации адвокатов
Адвокатской палаты
Красноярского края



ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ЭТИКА АДВОКАТА

Начиная разговор о профессиональной этике, сторонник и транслятор профессиональных юридических этических правил рискует столкнуться с непониманием, усмешками и голословными обвинениями в устаревших взглядах¹. Пожалуй, только вызывающий безусловное уважение и благоговение высокого уровня профессионал, являющийся образцом одновременно и успешности и нравственности, застрахован от такого риска. Но в целом это не отменяет порождающих проблему причин, которые заключаются, по мнению ряда авторов, в кризисе морали, размывании основных нравственных норм, существовавших тысячелетиями и составлявших

© Шевченко И.А., 2016

¹ Так, некоторое время назад я получил комментарий на статью о профессиональной этике адвоката, который до сих пор в Интернете выглядит так: «Отличная статья ориентирована на студентов или научных, подчеркиваю, непрактических работников адвокатуры по причине того, что автор (авторы) либо ничего не знают о практической работе, или уже забыли о ней, или пишут для адвокатов «коммунистического» периода практической работы». См. <http://krasn.pravo.ru/analytic/view/28290/> (дата обращения 21 сентября 2015 г.).

ядро большинства моральных кодексов прошлого¹. В такой ситуации нормы долга и ответственности, коими преимущественно являются нормы профессиональной этики, не могут устоять перед естественными устремлениями человека за минимальное количество времени максимально удовлетворить свои потребности в деньгах и славе. Потому, говоря словами А.Ф. Кони, идеалы постепенно начали затемняться и нравственные задачи отходить на второй план², весьма значительная часть адвокатов, не обременяя себя ни знанием, ни соблюдением корпоративных обычаев и традиций, всё больше и больше диффузирует в стряпчество, дискредитируя и ослабляя современную российскую адвокатуру, продолжая падение юридической профессии³. И продолжение падения безусловно приведёт, говоря словами М.Д. Кельмановича, к тому, «что порядочному человеку стыдно будет принадлежать к адвокатской корпорации»⁴.

Казалось бы, последствия неэтичного поведения очевидны. Но в силу получившегося замкнутого круга сегодня апелляция к стыду, моральному и профессиональному долгу часто малоэффективна. Поэтому нередко занятия по адвокатской этике, на которых транслируется требование соблюдения этических правил, подкрепляются ссылкой на неприятности в виде дисциплинарной ответственности, которая может наступить в случае преступления нормы этического кодекса. Однако ситуация страха, заставляющая выполнять свои профессиональ-

¹ Фотиева И.В. Современная концепция морали: проблемы онтологии. Барнаул : Изд-во Барнаул. гос. пед. ун-та, 1998. С. 5.

² Кони А.Ф. Общие черты судебной этики. Доклад на заседании Московского Психологического общества 22 декабря 1901 г. // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост.: И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 167.

³ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Правильная адвокатской профессии в России: опыт систематизации постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты Александр Николаевич Марков. Москва, 1913 год / отв. ред. Ю.В. Тихонравов. М. : Статут, 2003. С. 3.

⁴ Кельманович М.Д. Адвокатская этика и разные юридические заметки // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост.: И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 361.

ные обязанности в соответствии с требованиями этики, вряд ли должна быть присуща адвокатской профессии, ибо адвокатура, как и всякая другая юридическая профессия, предполагает высокого уровня образование и культуру, обладателям которых не нужен страх для регулирования их поведения. Ведь они способны (должны быть способны) поступать разумно, понимая смысл и обусловленность специальных правил. Тогда как страх заставляет формально-механически выполнять требования. Это может дать кратковременный эффект внешней порядочности, но вряд ли способно нравственно-этически развивать адвокатуру и её молодых членов.

Ровно поэтому я не буду в настоящей работе «читать мораль», заставляя запомнить этические требования и предписывать слепо их выполнять, не буду, приводя примеры, ссылаться на тяжесть назначаемых дисциплинарных наказаний, а постараюсь обосновать культурную обусловленность норм профессиональной этики адвоката, доказав, что они были выработаны сообществом и возложены адвокатами сами на себя для формирования доверия к каждому адвокату и адвокатуре в целом, а через это – для обеспечения качественного выполнения лежащих на адвокатуре задач.

НАЗНАЧЕНИЕ АДВОКАТУРЫ

Беря за основание публичное начало уголовного процесса¹, обратимся к вопросу назначения адвокатуры, так как только ясность её целей сделает ясным смысл её профессиональных правил. Но до этого справедливости ради отметим, что сегодня обсуждение вопросов о роли и назначении адвокатуры с большинством представителей профессии создает опасное поле для того, кто пытается помыслить адвокатуру глубже и дальше защиты интереса² обратившегося за помо-

¹ О публичном начале уголовного процесса см., например: Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2009. 420 с.

² В.Н. Буробин, например, утверждает, что «выражение «клиент всегда прав» для адвоката должно носить характер императива и не подвергаться им сомнению», «пожелание клиента превыше всего». Правда, при этом автор почему-то добавляет: «Конечно же, адвокату не следует быть безропотным слугой своего клиента. Он независим не только от государства, но и от своего клиента, самостоятелен в выборе

щью клиента. Такой оппонент адвоката рискует быть названным ничего не понимающим теоретиком, далёким от практики. Но огорчает не это, а малое количество научно-практических дискуссий о роли и назначении адвоката и адвокатуры в обществе. Ибо наука, а не чьи-то домыслы и переживания, обнаруживает смыслы. Обратимся к вопросу о назначении адвокатуры, попытавшись найти, в том числе в истории¹, глубокие его смыслы.

По мнению Е.В. Васьковского, «адвокатура представляет собой защитницу индивидуальных прав граждан во имя и в интересах общественного блага и является таким же фактором правосудия, как суд и прокурорский надзор. Адвокат выступает в процессе не в качестве заместителя своего клиента, так как этим заместителем служит поверенный, а в качестве уполномоченного общества, подобно уполномоченному государству – прокурору. Адвокат защищает не личные выгоды тяжущегося, а общественный интерес точно таким же образом, как прокурор охраняет не пользу потерпевшего, а правовой

правовой позиции и средствах её достижения». (См.: Адвокатская тайна / под общ. ред. В.Н. Буробина. М. : Статут, 2006. С. 17.)

Как? Лично мне это не понятно. Императивный интерес клиента определяет цель деятельности адвоката. А в такой ситуации он не может оставаться самостоятельным в выборе правовой позиции и независимым от своего клиента. В подходе автора видится явное противоречие, которое корнями уходит, по-видимому, в вопрос назначения современной адвокатуры.

¹ Об обращении к истории, которую сегодня нередко «ставят на полку», В.О. Ключевский писал: «Когда исчезает из глаз тропа, по которой мы шли, прежде всего мы оглядываемся назад, чтобы по направлению пройденного угадать, куда идти дальше. Двигаясь ощупью в потёмках, мы видим перед собой полосу света, падающую на наш дальнейший путь от кого-то сзади нас. Это проводница наша – история с её светочем, с уроками и опытами, которые она отбирает у убегающего от нас прошедшего». (См.: Ключевский В.О. О нравственности и русской культуре. М. : Дрофа, 2006. С. 84.)

Профессор А.С. Барабаш по этому поводу, на наш взгляд, справедливо указал: «Чтобы понять явление, мы должны изучить его историю, выяснить, что на неё влияло, т.е. нельзя ограничиваться изучением того, что перед нами представлено, – для понимания сущности необходимо проникнуть внутрь, в историю его развития. Только такой подход позволит правильно объяснить настоящее». «Если мы производим модернизацию с учётом выявленных закономерностей развития, то это позволит сущности явления более полно реализоваться в новых условиях, обеспечит перспективное развитие её в будущем; иной подход, не учитывающий сказанное, является ненаучным». (А.С. Барабаш. Указ. соч. С. 12.)

порядок и безопасность всего государства»¹. Он же продолжает: «Адвокат – представитель общества на суде. Он действует во имя и в интересах общественного блага»². Обращение к изданной в 1913 году книге А.Н. Маркова «Правила адвокатской профессии. Опыт систематизации постановлений советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики» позволяет обнаружить, что «профессия присяжного поверенного не есть средство для кормления; закон, общество и сама корпорация видят в ней благородную арену для подвигов высокого общественного служения»³. «При учреждении сословия присяжных поверенных законодательная власть имела целью организовать среду сведущих людей, отличающихся, кроме специальных познаний, такими нравственными качествами, которые могли бы служить достаточной гарантией вполне добросовестного отношения их не только к интересам доверителей, но и самому правосудию. Законодатель, очевидно, не желал, чтобы эти лица служили исключительно частным интересам, пользуясь для этой цели всякими средствами. Московский Совет всегда разделял этот взгляд и ныне находит, что учреждение сословия присяжных поверенных имеет более обширную задачу, чем служение одним частным интересам, задачу, состоящую в том, чтобы организовать среду людей, которые действовали бы на этом поприще в интересах общества и правосудия, не защищали бы заведомо безнравственных домогательств и пользовались бы только законными и честными средствами»⁴. Сословие присяжных поверенных должно представлять собой верное ручательство нравственности, знания и честности убеждений и руководствоваться чувством правды, чести и сознания нравственной ответственности перед правительством и обществом»⁵.

¹ Васьковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики. СПб., 1985 г. // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост.: И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 287.

² Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 290.

³ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Правила адвокатской профессии в России. С. 20.

⁴ Там же. С. 19–20.

⁵ Там же. С. 20.

В своих работах современные учёные утверждают, что адвокат должен убедить суд в правоте своего доверителя представлением по делу доказательств, надлежащей группировкой таковых, указанием на соответствующие законы и представлением юридических выводов и соображений¹. Адвокат должен принять все меры к выяснению права, если таковое за доверителем имеется, и поставить дело так, как если бы, будучи судьёй, он сам постановлял решение². В отличие от адвоката «влекомый личным интересом, стряпчий вступает в услужение к своему клиенту, подчиняет свою волю его воле. Он не защищает права, он обсуживает только желание «клиента», его хотение, он становится слепым, по большей чести опасным его орудием, и часто – поборником несправедливости, врагом права, тем более опасным, что он действует именем другого и потому отклоняет от себя всякую нравственную и законную ответственность за свои действия. Деятельность, описываемая формулой: «наняться – услужить – отыграть». Методы: запутать, дать взятку»³.

А.С. Барабаш утверждает, что одно из назначений уголовного процесса заключается в том, чтобы оградить граждан от произвола со стороны органов государства⁴, чем, кстати, по его мнению, и обусловлено предоставление участникам процесса закреплённых международным правом, Конституцией РФ и УПК РФ соответствующих прав⁵. По мнению профессора, «ценность гарантированных Конституцией прав личности во многом определяет возможности органов государства

¹ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 5.

² Там же.

³ Там же.

Считаю необходимым в этом месте не согласиться с утверждением авторов относительно разницы целей и методов деятельности присяжных поверенных и стряпчих. Понимая, что этот вопрос требует дополнительного научного исследования, тем не менее отмечу, что не вижу существенной разницы в идеальном назначении методов и профессиональных правил деятельности адвокатов и лиц, оказывающих юридические услуги, не имея статуса адвоката. Однако при этом сознательно сохраняю цитату именно в таком виде, дабы продемонстрировать понимание высоких целей служения адвоката и адвокатуры.

⁴ Барабаш А.С. Указ. соч. С. 145.

⁵ Барабаш А.С. Там же. С. 314.

при расследовании и судебном рассмотрении дел»¹. Далее, исходя из того, что в публичном уголовном процессе «можно выделить функцию предварительного расследования, надзора и осуществления правосудия»², «при осуществлении этих функций нет необходимости отдельно выделять функцию защиты, так как последняя – составная часть деятельности по предварительному расследованию, надзору и осуществлению правосудия»³. Ведь, «реализуя все принципы процесса, основанного на публичном начале, органы государства при установлении всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, обязаны выявить и защитить не только интересы общества, но и законные интересы лиц, участвующих в уголовном процессе. При профессиональном отношении к делу это вполне возможно. Но нет деятеля, который был бы застрахован от ошибки, не исключается и возможность злоупотреблений. Чтобы минимизировать негативные последствия этого в отношении обвиняемого, и нужен защитник. Отстаивая по конкретному делу права своего подзащитного, его законный интерес, он тем самым добивается полной реализации публичного начала в процессе»⁴. Защитник как представитель общества и клиента при этом является страхующим элементом, потому что пока деятельность осуществляет человек, даже при самом добросовестном отношении к ней возможны ошибки и злоупотребления»⁵.

В этом месте хотелось бы подробнее остановиться на злоупотреблениях, о которых говорит А.С. Барабаш. Ибо в современный период развития российского государства вопросы злоупотреблений властного субъекта и роли адвокатуры в связи с этим актуализируются как никогда. Дело в том, что любая неограниченная власть является не только инструментом регулирования отношений, что делает её неотъемлемым обязательным признаком государства, но и одновременно с этим источником произвола. Не вдаваясь в тонкости устройства психики человека, так как формат и назначение настоящей статьи не позволяют это сделать. Только кратко отметим,

¹ Барабаш А.С. Указ. соч. С. 314.

² Там же. С. 320.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 371–372.

⁵ Там же. С. 125–126.

что в силу естественных причин не обременённый нормой человек из двух вариантов решения задачи всегда выберет более простой и для себя выгодный. Каждый может убедиться в этом, вспомнив, что при наличии пульта управления телевизором человек всегда переключает каналы телепередач им, но не идёт для решения той же задачи каждый раз к телевизору, ибо второй вариант более сложный, трудный и неудобный. То же будет иметь место в уголовном процессе, где его субъекты наделены властью и обязанностью решать определённые задачи. И если их власть не будет ограничена соответствующими институтами, то рано или поздно эти субъекты начнут этой властью злоупотреблять, выискивая и используя более простые способы решения их профессиональных задач, что, безусловно, приведёт и приводит к пыткам подозреваемых в целях получения признательных показаний, фальсификации доказательств, обыскам адвокатских офисов, прослушиванию конфиденциальных бесед адвокатов с их подзащитными, иным нарушениям прав и законных интересов, в том числе конституционно-основополагающих.

Из этого следует, что любая власть требует достаточных ограничений в целях сдерживания в её произволе. Это не всегда осознаётся самими представителями власти, потому самое парадоксальное для их сознания то, что такие ограничения есть на самом деле необходимый залог эффективного выполнения задач, стоящих перед ними самими, а также залог развития общества и государства.

Всё это очевидно не только мне, но и наверняка читателю, однако далеко не всем носителям власти, что и делает власть источником и инструментом злоупотреблений, или, как я их назвал, – произвола. И специфика неправильно организованной уголовно-процессуальной деятельности создаёт довольно благодатную почву для этого, что делает попавшего в жернова государственной машины простого человека беззащитным перед ней, оставляет человека один на один с ней. Что в результате? Невинный неправосудным приговором может быть признан виновным в совершении преступлений, которых не совершал. Он может быть избит с целью написания явки с повинной. И он никак не сможет восстановить справедливость. А это не может считаться допустимым в обществе, претендую-

щем на то, чтобы стать гражданским, и в государстве, которое стремится стать правовым. Это не может считаться допустимым с позиции общечеловеческой морали и нравственности.

Какие же институты способны эффективно выполнять задачу ограничения произвола власти? Для меня очевидно, что вряд ли это способны сделать сами носители власти. Причину я указал выше. На мой взгляд, такую важнейшую задачу общественного служения призвана выполнять система независимых институтов. Это, во-первых¹, средства массовой информации, которые, следуя позиции Европейского суда по правам человека, являются сторожевыми псами общества. Государство, подобно огромного размера существу, занимаясь вопросами мирового масштаба, редко самостоятельно способно заметить разъедающую его гангрену на собственной ноге. Поэтому средства массовой информации как раз и призваны вскрывать язвы устройства и деятельности государства и, подобно доктору, обнаружившему скрытую болезнь организма, доносить власти о них. Во-вторых, это общественные организации, доносящие до власти сигналы об интересах и проблемах общества. В-третьих, конечно, независимая² адвокатура, которая, охраняя и защищая права, свободы и интересы человека, является страхующим элементом в уголовном процессе, выступая элементом системы качества правосудия по уголовным делам.

О ДОВЕРИИ И НЕЗАВИСИМОСТИ

Очевидно, что адвокатура не будет отвечать своему назначению при отсутствии обращающихся к адвокатам людей, нуждающихся в защите, подобно тому, как преподаватель не будет востребован при отсутствии у него жадных до знаний студентов. В связи с этим на первый план выходит репутация адвоката и всего сообщества в целом, доверие к ним.

¹ Но не в порядке значимости, конечно.

² В этом смысле примечательно высказывание Е.Г. Тарло, который, на мой взгляд, совершенно справедливо указывает, что «государство не будет сильнее, если адвокатура станет придатком государственных органов». От себя добавлю, что независимость адвокатуры – безусловно, одно из основных условий эффективности её деятельности. См.: Тарло Е.Г. Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.). С. 9.

Ибо доверие – это первое, что, как правило, заставляет человека сделать выбор в пользу того, а не иного профессионала.

Каждый, испытавший на себе некачественную работу стоматолога, с содроганием узнаёт о том, что ему снова необходимо обратиться за медицинской помощью к представителю этой профессии. Подобно этому неприязнь возникает и у того, кто вдруг оказывается нуждающимся в юридической защите, если он имел до этого негативный опыт обращения к адвокату. А потому, неосознанно выступая врагом своему делу, он постарается решить свою проблему самостоятельно ровно до того момента, пока хватает собственных сил и уверенности. И в таком случае он обратится к адвокату только тогда, когда ничего сам уже сделать не может, когда создастся невыносимая ситуация. Обратится именно тогда потому, что не доверял и не доверяет¹. Не доверяет адвокату и сообществу в целом, называя их нечестными прохвостами. Но ведь всё же обратится, – возразит мне мой собеседник. Конечно, – отвечу я, – обратится. Но когда адвокат уже ничем не сможет помочь человеку, так как к тому моменту изначально безграмотными юридическими действиями человек сам загубит своё дело, о чём и придётся рано или поздно сказать ему. И вряд ли это оставит человека довольным и поднимет в его глазах авторитет адвоката и адвокатского сообщества. Ровно в связи с этим здесь на первый план выступает доверие к адвокатам как основание их успешности, без которого невозможна реализация их высокого общественного назначения.

Ж. Фавр писал: «Тот не адвокат, кто после продолжительной практики не чувствует, что вместо пустого богатства он приобрёл расположение, уважение, привязанность множества людей, которые сохраняют о нём память и на которых мысль его с приятностью останавливается»². Свод фундаментальных

¹ Проведённое в 2005 г. в Вологодской области социологическое исследование показало, что больше половины из тех, кому доводилось пользоваться помощью адвокатов, остались недовольны оказанными услугами. См.: Адвокат из глубинки // Адвокатская газета. 2009. № 10. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/287> (дата обращения 27 сентября 2015 г.). К слову, этот материал мне показал С.Н. Мальтов. Обратив моё внимание, он сказал: «Я не думаю, что в Красноярском крае ситуация принципиально иная».

² Жюль Фавр. Адвокатские идеалы. Москва, 1880 г. // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.). С. 117.

принципов и основных норм поведения адвокатов, извлечённых из «Правил адвокатской профессии в России» говорил о том, что «деятельность адвоката основана на оказываемом ему доверии. Оберегать доверие к достоинству своего звания есть главная обязанность адвоката. Ни при каких обстоятельствах адвокат не имеет права нарушить оказанное ему доверие. Всякое действие адвоката, направленное к подрыву доверия, является профессиональным проступком. Злоупотребление доверием несовместимо со званием адвоката»¹. На личном доверии основано обращение к адвокату². В одном из решений Харьковского Совета присяжных поверенных дословно указано следующее: «Деятельность поверенного основывается на оказываемом ему доверии, и без этого доверия она немыслима; доверие же это надо заслуживать и не терять; это доверие должно быть оказываемо всякому члену сословия, как таковому, и потому тот, кто своими поступками это доверие подрывает, виновен не только перед доверителем, но и перед самим собою и всем сословием. Общественная задача адвокатуры есть служение правде, и по существу этого общественно-го служения личность адвоката должна быть таковой, чтобы каждому своему слову он мог требовать доверия»³.

Я занимаю аналогичную позицию и утверждаю, что доверие к адвокату и всему сообществу адвокатов в целом есть необходимое условие эффективной качественной работы адвокатов и выполнения ими их предназначения. Всё, что ударяет по доверию к адвокатам, неизбежно бьёт и по самим адвокатам. В том числе и по независимости адвокатуры. На последнем остановлюсь отдельно.

Сдерживание произвола власти, противодействие ошибкам властных субъектов невозможно, если сдерживающий субъект прямо зависит от сдерживаемого. Кроме того, профессиональная независимость адвоката является одним из оснований доверия к нему. Если исходить из этих тезисов как истинных, то становится понятно, почему адвокатура должна быть независима от государства. Соответствующее содержание, вероятно, именно по этой причине нашло своё отражение в федеральном

¹ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 9.

² Там же. С. 12.

³ Там же. С. 21.

законе об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации, статьи 2 и 3 которого говорят о том, что адвокат – независимый профессиональный советник по правовым вопросам, а адвокатура – профессиональное сообщество адвокатов, как институт гражданского общества не входящий в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления¹. Независимость адвокатуры – одно из ключевых условий эффективной деятельности адвокатов.

В это может быть трудно поверить молодому специалисту, но попытки ограничить независимость адвокатуры – не есть чья-то выдумка. Несколько лет назад имело место посягательство на адвокатскую тайну в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма². Ссылки на необходимость сохранения независимости адвокатуры при этом способны успешно парироваться ссылкой на некачественную работу адвокатов и отсутствие необходимого доверия к ней. Некоторое время назад обсуждался вопрос о субъекте оказания бесплатной юридической помощи неимущим гражданам³, где адвокатуре не удавалось полностью взять эту функцию на себя. Помимо этого до сих пор идёт дискуссия относительно введения адвокатской монополии на оказание юридических услуг⁴. Заявляя о себе, адвокаты ссылаются на то, что они несут ответственность и их деятельность регулируется нормами профессиональной этики. Однако им нечего будет сказать в ответ на то, что они в силу низкого доверия к ним не могут и ближайшее время не смогут эффективно и качественно реализовывать возложенные на них задачи. Не смогут, потому что крити-

¹ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». URL: http://base.garant.ru/12126961/1/#block_1#ixzz32EInlyGL (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

² См., например: Буробин В. Легализация доносительства. URL: <http://www.advokatura.info/info6-15.htm> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

³ См., например: Минюст представил проект закона о бесплатной юридической помощи. URL: <http://www.pravo.ru/news/view/20297> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

⁴ См., например: Минюст хочет запретить представлять интересы в суде неадвокатам. URL: <http://www.pravo.ru/news/view/24589> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

ческая их масса не разделяет предназначение адвокатуры даже в упрощённом его понимании, а в некоторых случаях и не задумывается о нём вообще.

Получается, что низкое качество работы, неэтичное поведение, подрывающие доверие к адвокатскому сообществу, ведут не только к тому, что люди перестают обращаться за помощью к адвокатам, но и к тому, что это используется против самих адвокатов и адвокатуры при решении важнейших правовых, политических, социально-экономических, а также стратегических задач. И это возможно ровно потому, что адвокаты сами же подрывают основы независимости адвокатуры, тогда как ещё А.Н. Марков писал, что именно «правила строгой морали составляют внутреннюю силу сословия и его могучее орудие против раздирающих иногда нападков на адвокатуру»¹. И мне не ясно, как это можно не понимать, а при понимании игнорировать. А потому адвокатам и юридическому сообществу ещё вчера следовало всерьёз задуматься о возврате доверия к себе, а вернув, не уставать приумножать его, тем самым укрепляя собственную независимость.

О НАЗНАЧЕНИИ НОРМ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ АДВОКАТА

Е. В. Васьковский писал, что «адвокатура открывает широкую арену для злоупотреблений всякого рода, – она в то же время даёт занимающимися ею достаточно сильный повод к ним, какого не имеют ни члены судебной магистратуры, ни представители других либеральных профессий»². «Сама природа адвокатской деятельности содержит в себе соблазны совершения множества грехов: отсутствие пунктуальности, корыстолюбие, ложь, чванство и т.п. ...»³. До недавнего времени я был уверен в существовании закономерности, в соответствии с которой преступивший нормы права и этики адвокат неизбежно потеряет репутацию и доверие. Однако по этому поводу Е.В. Васьковский указал, что «адвокат, при-

¹ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 16.

² Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 282.

³ Мельниченко Р.Г. Самый тяжкий грех адвоката // Адвокат. 2007. № 3. С. 19.

обретший репутацию искусного кляузника, пускающего в ход все средства, чтобы доставить победу своему клиенту, не только не останется без практики, а, напротив, привлечёт многочисленную клиентуру. Кто начинает процесс, тот хочет его выиграть. В большинстве случаев тяжущиеся не разбирают, каково их дело с нравственной точки зрения и какие средства нужно употребить, чтобы одержать верх над противником. Само собой понятно, что, выбирая адвоката, они из двух одинаково знающих и талантливых отдадут предпочтение тому, который лучше соблюдёт их интересы, т.е. будет менее совестлив и разборчив в способах ведения дела. Поэтому адвокату выгодно быть нечестным»¹. А это значит, что адвокатура является чрезвычайно скользким и опасным поприщем для деятельности и в связи с этим более чем какой-либо иной род деятельности нуждается в построении надлежащим образом профессиональной этики². Не имея сейчас возможности утверждать, что именно позиция Е.В. Васьковского отражает закономерность, а также утверждать обратное, отмечу, что сказанное автором как минимум нельзя не учитывать. А следовательно, нельзя и не согласиться с существованием такой обусловленности норм этики адвоката. Правда, здесь возникает вопрос, не достаточно ли для эффективного регулирования профессиональной деятельности адвоката норм нравственности (морали)³. Е.В. Васьковский на этот вопрос даёт ответ, с которым сложно спорить. В своей работе он утверждает, что «всякая профессия налагает на лиц, занимающихся ею, специальные обязанности, исполнения которых нельзя требовать от остальных людей»⁴. А потому точно так же и адвокатура должна требовать от адвокатов осуществления некоторых правил, не обязательных для прочих граждан; помимо общечеловеческой этики и наряду с нею должна существовать специально адвокатская⁵.

¹ Мельниченко Р.Г. Указ. соч. С. 19.

² Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 283.

³ В рамках настоящей работы, учитывая наличие в науке различных позиций по вопросу о соотношении морали и нравственности, допущу их отождествление, при этом не являясь ни противником, ни сторонником такой тождественности.

⁴ Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 284.

⁵ Там же. С. 285.

Однако вряд ли этика адвокатов своим предназначением имеет только ограничение произвола нерадивых адвокатов. Разделяя позицию Е.В. Васьковского, при этом возвращаясь к вопросу о назначении адвокатуры и условий его реализации, обратимся к работе А.А. Гусейнова, который указал, что в рамках институциональной этики «моральные требования обеспечиваются рациональной организацией деятельности в рамках социальных систем, что позволяет с большей предсказуемостью гарантировать нравственно значимый общественный результат»¹. И это, на наш взгляд, как раз и может доказывать обусловленность профессиональной этики адвоката, в первую очередь, назначением адвокатуры, этика адвоката в силу своего назначения выступает гарантией достижения тех результатов, к которым стремится (должна стремиться) адвокатура и члены её сообщества. Достижение результата и реализация назначения адвокатуры делают сообщество успешным, формируют и повышают доверие к нему. А потому профессиональные этические правила адвокатов, преимущественно обязывающие адвокатов или запрещающие² адвокатам определённые поступки, выступают не искусственно придуманными препятствиями, осложняющими работу адвокатов, а обеспечивают качество работы адвокатов, делая их всё более востребованными и успешными. Этим достигается финансовая их независимость. Этим же реализуется высокое общественное предназначение адвоката и адвокатуры в целом. Объединяя разделяющих ценности адвокатов, профессиональная этика способствует укреплению их независимости и позволяет противостоять посягательствам на неё. В этом и заключается обусловлен-

¹ Гусейнов А.А. Мораль и цивилизация (от этики добродетелей к институциональной этике) // *Философия культуры*-97. Самара, 1997. Источник: «Философия культуры (сводный реферат) / сост. О.В. Летов». С. 93.

² Вопрос о характере этических норм профессиональной этики адвокатов является дискуссионным и требует отдельного внимания и исследования. Так, Е.Г. Тарло указывает, что «этические нормы не могут носить характер императивных норм, собранных в единый кодифицированный акт и предусматривающих ответственность за их невыполнение». См.: Тарло Е.Г. *Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.)* / сост.: И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 8.

ность и смысл профессиональной этики адвоката. Это объясняет необходимость её соблюдения всеми без исключения адвокатами.

О ВОЗНИКНОВЕНИИ И СУБЪЕКТЕ ФОРМУЛИРОВАНИЯ НОРМ ЭТИКИ

Обнаружение обусловленности и роли профессиональной этики адвоката заставляет задуматься о том, кем и когда были сформулированы соответствующие правила. Н.М. Кипнис пишет, что «до 2003 года в России отсутствовали писанные правила адвокатской этики»¹, «каждая коллегия адвокатов самостоятельно решала, каким образом контролировать соблюдение адвокатами норм профессиональной этики: некоторые разработали этические кодексы, а большая часть адвокатов ориентировалась на прецеденты дисциплинарной практики президиумов своих коллегий»². Продолжая, автор указывает, что кодифицированные правила адвокатской этики отсутствовали не только в советской, но и в российской присяжной адвокатуре (1866–1917 гг.). Удачная попытка неофициальной кодификации была предпринята в 1913 году членом Московского Совета присяжных поверенных А.Н. Марковым, который составил систематизированный свод постановлений советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики, издав его в виде книги «Правила адвокатской профессии»³. Сам А.Н. Марков писал, что, составляя «Правила адвокатской профессии», он стремился путём систематизации постановлений Советов показать, чего достигло сословие присяжных поверенных в России за время своего существования в области создания этических правил, а также ответить на давно созревшую в сословии потребность иметь для руководства систематизированный сборник правил и мнений Советов, объемлющих профессиональную деятельность адвоката⁴. Он указывал, что «в данный момент является полная возмож-

¹ Профессиональная этика адвокатов : сборник материалов / сост. Н.М. Кипнис. М. : ООО «Вариант». 2008. С. 10.

² Там же.

³ Кипнис Н.М. Указ. соч. С. 10–11.

⁴ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 16–17.

ность не только наметить, но и ясно определить тот внутренний облик адвоката в России, ту идеализацию его прав и обязанностей, тот взгляд на его общественное служение, которые родились, развились, выросли и окрепли в среде самой адвокатуры без всякой посторонней указки, а лишь в силу присвоенных законом этому сословию независимости, самоуправления и самосохранения своего достоинства. Всё, что создано до настоящего времени адвокатурой при посредстве её Советов в сфере этических требований по отношению к своим членам, является не только выражением её взглядов в прошлом и в данный момент, но и основой будущего её развития в деле охраны ею своей чести, достоинства и укрепления доверия к ней общества»¹. Приступая к работе, автор указывал, что «все правила, мнения, общие положения, сентенции, нашедшие место в настоящем сборнике, выработаны Советами не абстрактно, не в виде канцелярского творчества и измышления, они вылились из сознания самого сословия и являются продуктом его самоопределения и установившихся в среде сословия взглядов»². «Вырабатывались эти правила самой жизнью сословия по мере доходивших до разрешения Советов отдельных случаев из многосторонней и разнообразной деятельности присяжных поверенных и их помощников»³.

Тезис о возникновении норм профессиональной этики в самом сообществе адвокатов подтверждает и присяжный поверенный В.Ф. Домбровский. В своей работе «Вопросы адвокатской этики» он пишет: «Как общественная нравственность имеет своим источником сложившиеся в обществе нравы, обычаи, привычки, так и правила профессиональной адвокатской этики устанавливаются не законом, а путём обычаев, преданий, взглядов корпорации»⁴. Е.Г. Тарло по этому же поводу указывает, что государство в лице конкретного чиновника не может определять этические нормы профессии, и добавляет:

¹ Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 14–15.

² Там же. С. 16.

³ Там же.

⁴ Домбровский В.Ф. Вопросы адвокатской этики. Вильна 1891 г. // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. : И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 333.

«свод профессиональных этических норм может быть выработан лишь в итоге достаточно длительного и широкого обсуждения проекта всей адвокатской общественностью»¹. В подтверждение заявленного тезиса можно сослаться и на неоднократно процитированные в настоящей работе труды иных юристов, представляющие собой проблематизации и обсуждения вопросов, связанных с профессиональной этикой адвоката. Всё это безусловно доказывает, что нормы профессиональной этики адвоката сложились и были сформулированы в сообществе адвокатов самим сообществом. Само сообщество возложило на себя обязанность соблюдать эти правила.

Естественная необходимость кодификации профессиональных правил неизбежно привела к тому, что 31 января 2003 года в Москве 1-м всероссийским съездом адвокатов был принят первый в истории российской адвокатуры Кодекс профессиональной этики адвоката². Преамбула Кодекса отразила культурно-историческую традицию сообщества адвокатов. В ней указано, что Кодекс принят адвокатами в целях поддержания профессиональной чести, развития традиций российской (присяжной) адвокатуры и с сознанием нравственной ответственности перед обществом³.

Итак, служа общественным интересам, адвокатура призвана ограничивать ошибки и произвол власти путём охраны и защиты прав и интересов граждан и организаций. Необходимыми условиями реализации такого предназначения являются независимость и доверие к адвокатам и адвокатскому сообществу в целом. Всё это требует соответствия деятельности адвокатов сформулированным в сообществе правилам этики адвокатов. Моя гипотеза нашла своё подтверждение, а потому именно из этого я буду исходить далее, характеризуя обусловленность и содержание основных этических правил.

¹ Тарло Е.Г. Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. : И.В. Елисейев, Р.Ю. Панкратов. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 9.

² Кипнис Н.М. Указ. соч. С. 10–11.

³ Там же. С. 11–12.

ОБ ОСНОВНЫХ ЭТИЧЕСКИХ ПРАВИЛАХ

Здесь обратимся к краткой характеристике основных этических правил адвоката, делая упор, в первую очередь, на обусловленность той или иной нормы, оставляя право принимать решение в той или иной этической ситуации самому читателю.

Как было указано выше, адвокатура призвана ограничивать ошибки и произвол власти путём охраны и защиты прав и интересов граждан и организаций. Отсюда на первый план выходит правило, в соответствии с которым не только назначение адвокатуры, но и интерес клиента в большинстве случаев является определяющим при решении вопроса о принятии на себя поручения, формулировании адвокатом цели своей деятельности в каждом конкретном деле. И это объяснимо, так как вряд ли адвокатура будет отвечать своему назначению, если результат работы адвоката будет во всех случаях кардинально противоречить правовому интересу клиента. Клиент обращается за помощью к адвокату, поручая ему ведение своего дела, отсюда адвокат, принявший поручение, по общему правилу не имеет права игнорировать интерес клиента и действовать против него. В ходе интервьюирования и дальнейшей коммуникации с клиентом адвокату предстоит безошибочно выяснить интерес клиента, исходя из него в сотрудничестве с клиентом сформулировать цель в конкретном деле и согласовать правовую позицию с клиентом, в рамках соглашения в дальнейшем реализовав её. Ровно потому в соответствии со ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката он не вправе действовать вопреки законным интересам доверителя, оказывать ему юридическую помощь, руководствуясь соображениями собственной выгоды, безнравственными интересами или находясь под воздействием давления извне, занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле, за исключением случаев, когда адвокат-защитник убежден в наличии самооговора своего подзащитного, делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если он ее отрицает.

Отсюда адвокат также не вправе брать на себя поручение, если он приходит к выводу о неправомерности интереса кли-

ента, а также в случаях, когда клиент требует использовать незаконные средства. Иное противоречило бы назначению адвоката и адвокатуры, что делало бы их пособниками в совершении противоправных деяний, умаляя честь и достоинство профессии в целом.

Деятельность в интересах клиента требует от адвоката добросовестного отношения к выполнению принятых на себя обязательств. Из этого вытекает правило добросовестности, в соответствии с которым адвокат, действуя целебусловленно, заботится об устранении всего, что препятствует мировому соглашению¹, а если оно является (стало) невозможным, то в разумные сроки должен сделать в рамках права всё необходимое, не вводя клиента в заблуждение, будучи честным с ним. Правило добросовестности запрещает адвокату принимать поручения на оказание юридической помощи заведомо большие, чем адвокат в состоянии выполнить², а также поручения, исполнение которых будет препятствовать исполнению другого, ранее принятого поручения³. Это же правило заставляет адвоката быть избирательным в выборе дел. Так, адвокат не вправе брать за заведомо безнадежные дела, а принимает поручение на ведение дела, если оно содержит в себе юридические сомнения, не исключающие возможности разумно и добросовестно его поддерживать и отстаивать⁴.

Очевидно, что добросовестная деятельность адвоката в защиту интересов клиента невозможна, если адвокат не обладает достаточным уровнем знаний, навыков, профессионального опыта. Это позволяет сформулировать такое профессиональное правило адвоката, как компетентность. Незнание законов со стороны адвоката не только подрывает доверие к нему и не соответствует его достоинству, но и может принести доверителю непоправимый ущерб⁵. Только компетентный адвокат способен добросовестно выполнять свои профессиональные обязанности. А потому каждый адвокат неустанно обязан повышать свою профессиональную компетентность. Соответ-

¹ Кодекс профессиональной этики адвоката. Ст. 7.

² Там же. Ст. 9.

³ Там же. Ст. 10.

⁴ Там же. Ст. 7.

⁵ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 128.

ствующая обязанность закреплена в ст. 7 федерального закона об адвокатской деятельности и адвокатуре.

В соответствии со ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката последний защищает права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией РФ, законом и Кодексом профессиональной этики. А согласно ст. 10 того же Кодекса закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона или нарушению правил, предусмотренных Кодексом этики, не могут быть исполнены адвокатом. Отсюда следует правило правомерности, в соответствии с которым адвокат, защищая законный интерес клиента, не волен в выборе средств и не может избирать те, которые противоречат праву. В противном случае он не будет отличаться от тех, кто дозволяет себе творить произвол.

Что стало бы с учреждением защиты, если бы подсудимый был уверен в том, что откровенная беседа с защитником не будет обращена против него? Кто вообще станет советоваться с адвокатом, не имея уверенности в том, что тайны его жизни не будут разоблачены? Кто, наконец, согласился бы поступить в сословие адвокатов, если бы правосудие требовало от них наперекор долгу совести раскрывать вверяемые им тайны?¹ Заданные классиком вопросы актуализируют вопрос обусловленности и назначения адвокатской тайны как института, который, на мой взгляд, лежит в основании независимости адвокатуры, а также является необходимым условием, способным обеспечить продуктивное взаимодействие адвоката и клиента. Я вряд ли сторонник абсолютности адвокатской тайны. Но я утверждал и буду утверждать, что ликвидация или необоснованное чрезмерное ограничение института адвокатской тайны наносит урон независимости адвокатуры, в связи с чем адвокатура не будет способна реализовывать своё предназначение, выявленное нами выше. Заберите у адвокатов тайну, и вы можете ликвидировать адвокатуру как институт, а человека оставить без права на квалифицированную юридическую помощь и защиту. В связи с этим адвокатскую тайну, кото-

¹ Mollot. Regles de la profession d'avocat, § 108. Цит. по: Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 253.

рая необразованному человеку является лишь препятствием в борьбе с преступностью, необходимо оберегать и охранять от всех возможных нападок на неё, одновременно с этим неуклонно соблюдая её.

Относительно профессиональной тайны адвоката в Своде фундаментальных принципов и основных норм поведения адвоката было указано следующее: «Доверия к адвокату не может быть без уверенности в сохранении тайны. Профессиональная тайна является всеобщей и не имеющей сроков давности»¹. В ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката относительно адвокатской тайны дословно говорится следующее: профессиональная тайна адвоката представляет собой иммунитет доверителя, предоставленный последнему Конституцией РФ. Профессиональная тайна является безусловным приоритетом деятельности адвоката. Срок хранения тайны не ограничен во времени. Адвокат не может быть освобожден от обязанности хранить профессиональную тайну никем, кроме доверителя. Без согласия доверителя адвокат вправе использовать сообщенные ему доверителем сведения 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. Правила сохранения профессиональной тайны распространяются на:

- факт обращения к адвокату, включая имена и названия доверителей;
- все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу;
- сведения, полученные адвокатом от доверителей;
- информацию о доверителе, ставшую известной адвокату в процессе оказания юридической помощи;
- содержание правовых советов, данных непосредственно доверителю или ему предназначенных;
- все адвокатское производство по делу;
- условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем;

¹ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 9.

- любые другие сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи¹.

Адвокат не вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей. Адвокаты, осуществляющие профессиональную деятельность совместно на основании партнерского договора, при оказании юридической помощи должны руководствоваться правилом о распространении тайны на всех партнеров. В целях сохранения профессиональной тайны адвокат должен вести делопроизводство отдельно от материалов и документов, принадлежащих доверителю. Материалы, входящие в состав адвокатского производства по делу, а также переписка адвоката с доверителем, должны быть ясным и недвусмысленным образом обозначены как принадлежащие или исходящие от адвоката. Правила сохранения профессиональной тайны распространяются на помощников и стажеров адвоката, а также иных сотрудников адвокатских образований².

Казалось бы, в этом месте следует поставить точку и закрыть тему адвокатской тайны, однако делать это преждевременно, и вот почему. Дело в том, что вопросы адвокатской тайны достойны самостоятельного исследования, что обосновывает Ю.С. Пилипенко в докторской диссертации «Адвокатская тай-

¹ В настоящее время достаточно проблематизирован вопрос относительно «любых сведений». Так, Н.М. Кипнис пишет следующее: «Я думаю, никто из нас не будет спорить, что то, что происходит в зале суда, – это для адвоката сведения, полученные в связи с оказанием юридической помощи. Но разве они имеют какое-нибудь касательство к адвокатской тайне? Разумеется, нет. Поэтому следует критически относиться к той формулировке, что адвокатской тайной являются любые сведения, которые стали известны в связи с оказанием юридической помощи. В процессе оказания юридической помощи адвокату становится известно колоссальное количество сведений, вообще никакой тайной не являющихся и, более того, сообщенных доверителем официально в государственные органы и даже «всему миру». См.: Кипнис Н.М. Тайна нуждается в конкретике // Адвокатская газета. 2010. № 3. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/410> (дата обращения 27 сентября 2015 г.). Я думаю, что Николай Матвеевич, рассуждая таким образом, допускает методологическую ошибку, говоря о тайне не как о юридико-этическом институте, а как о натуральном природном объекте, который может перестать существовать в связи с фактом распространения сведений. Конечно, такой способ рассуждения недопустим при работе с юридическими конструкциями.

² Кодекс профессиональной этики адвоката. Ст. 6.

на: теория и практика реализации»¹. В частности, на с. 22 автореферата диссертации автор предлагает следующее: «В Кодексе профессиональной этики адвоката предлагается расширить перечень ситуаций, при которых допускается возможность отказа адвоката от сохранения доверенной ему тайны. Помимо предусмотренного ст. 6 Кодекса права адвоката использовать сообщенные ему доверителем сведения 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, адвокату должно быть предоставлено право отказа от сохранения тайны в случае получения информации о готовящемся особо тяжком или тяжком преступлении против личности»². Иными словами, автор в этой части своего исследования проблематизирует границы адвокатской тайны и в результате предлагает их сузить. По этому поводу на страницах «Адвокатской газеты» развернулась острая дискуссия, втянувшая в себя лучших адвокатов России. И вот что они пишут.

Критически относится к абсолютности и безграничности адвокатской тайны А. Савич, который указывает: «Я не являюсь приверженцем уже приводившейся крайней точки зрения, сторонники которой утверждают безграничность, абсолютность понятия адвокатской тайны, – более того, я считаю такую позицию крайне вредной для адвокатуры»³. С. Ария писал: «Сложнее ответить на вопрос о правильной позиции адвоката, когда клиент пришел посоветоваться о готовящемся преступлении. Вполне очевидно, что единственный совет, который вправе дать такому клиенту адвокат, – это убедительно порекомендовать отказаться от осуществления замысла и указать на пагубность последствий. Как быть далее: обязан ли адвокат принять иные меры для предотвращения нависшей, быть может, страшной, угрозы или последовать профессиональному

¹ Пилипенко Ю.С. Адвокатская тайна: теория и практика реализации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1356296> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

² Там же.

³ Савич А. Есть ли границы у адвокатской тайны? // Адвокатская газета. 2009. № 24. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/388> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

долгу сохранения тайны, рискуя обречь себя на страшные муки совести на протяжении всей жизни? Здесь речь идет уже вовсе не о помощи в карательной деятельности, а о помощи другим людям, о предотвращении реально нависшей над ними беды. Здесь голос морального долга звучит уже непереносимо мощно. И устоять перед ним трудно...»¹ Говорит о границах тайны и А. Сучков. Он пишет: «Вижу только следующие исключения из требования о соблюдении адвокатской тайны, когда допустимо сообщить и о совершенном преступлении:

- если совершенное преступление, о котором адвокат получил сведения от своего клиента, является длящимся; например, продолжают пытаться захваченного ранее заложника или оставленный в опасности человек продолжает находиться в этой угрожающей для его жизни ситуации;
- когда путем сообщения о совершенном преступлении можно предотвратить или существенно снизить его последствия; к примеру, сообщить о месте нахождения сбитого пешехода, своевременно оказанная медицинская помощь которому предотвратит его смерть;
- если последовательность однородных преступлений, о которых узнал адвокат, не оставляет у него сомнений в том, что данная преступная деятельность однозначно будет продолжена лицом, – речь идет об уже становящемся хрестоматийным при обсуждении данной темы примере о серийных убийцах, педофилах и прочих маньяках»².

При этом автор добавляет, что сообщения о готовящихся преступлениях допустимы в случаях преступлений против личности³, а не тяжких и о особо тяжких, как то предлагает Ю.С. Пилюпенко. В терминах «нарушения» адвокатской тайны говорят о её границах и С.Н. Мальтов⁴, и П. Ростоми⁵.

¹ Ария С. Не стоит звенеть ключами тайн // Адвокатская газета. 2009. № 22. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/366> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

² Сучков А. Закон и нравственность // Адвокатская газета. 2009. № 19. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/343> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

³ Там же.

⁴ Мальтов С.Н. Заметки на полях одной статьи // Адвокатская газета. 2009. № 17. URL: <http://www.advgazeta.ru/arch/58/331> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

⁵ Ростоми П. Как обеспечить свободу воли и совести? // Адвокатская

По-другому предлагает решать поставленный вопрос В.Н. Буробин, который пишет: «Для адвокатов фирмы «Юстина» вопрос адвокатской тайны, это один из так называемых вечных вопросов адвокатской деятельности, решён. Никаких компромиссов в деле доверия, которое относится к самой сущности защиты, быть не может. Адвокатская тайна, являясь привилегией гражданина и основой доверия к адвокатской профессии, священна и абсолютна. Это корень адвокатской деятельности. В отношении адвокатской тайны не может быть никаких исключений, установленных границ, и она должна защищаться всеми известными праву способами как самими адвокатами, так и государством»¹. А.Д. Назаров в рамках такой же позиции пишет, что если в адвокате возьмут верх общечеловеческие, а не профессиональные ценности, то как человек и гражданин после общения с клиентом адвокат должен сообщить компетентным органам о ставшей ему известной опасной информации, а после этого обратиться в адрес своей адвокатской палаты с заявлением о прекращении статуса адвоката по собственному желанию², что А. Сучков назвал «застрелиться» как адвокат»³.

Не вдаваясь в спор, отдав читателю право взвешивать сталкивающиеся ценности, подводя итог, отметим, что из 440 опрошенных адвокатов больше половины посчитали необходимым в обсуждаемой выше ситуации сохранить сведения в тайне⁴. Как поступит в такой сложной профессионально-этической ситуации уважаемый читатель – решать только ему. Ибо ситуация эта по ряду причин пока не имеет правильного решения и по тем же причинам не имеет решения неправильного.

Можно ли действовать добросовестно, не разглашая адвокатскую тайну в ситуациях защиты/представительства лиц, интересы которых противоречат друг другу, а также переходя

газета. 2009. № 20. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/347> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

¹ Адвокатская тайна / под общ. ред. В.Н. Буробина. М.: Статут, 2006. С. 33.

² Назаров А.Д. Запретный плод сладок // Адвокатская газета. 2009. № 17. URL: <http://www.advgazeta.ru/arch/58/332> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

³ См.: Сучков А. Указ. соч.

⁴ Нужны ли дополнительные гарантии? // Адвокатская газета. 2010. № 3. URL: <http://www.advgazeta.ru/rubrics/8/411> (дата обращения 27 сентября 2015 г.).

на сторону противника? Очевидно, что нет. При защите/представительстве лиц, интересы которых противоречат друг другу, адвокат вынужден будет сохранять нейтралитет, а тем самым недобросовестно поступать по отношению к каждому из клиентов. Либо же адвокат будет вынужден рано или поздно встать на сторону одного из клиентов, что одновременно будет означать предательство другого клиента. А это в свою очередь тоже несовместимо с правилом добросовестности. Помимо этого, во втором случае адвокат вряд ли сможет не использовать конфиденциальную информацию человека, которого к этому моменту предал, что несовместимо с правилом сохранения адвокатской тайны. Но предположим, что ему удалось сохранить тайну, но тогда насколько будет добросовестным отказ от использования этой информации при защите/представительстве клиента, сторону которого в итоге принял адвокат? Ни насколько, ибо правило добросовестности требует использовать весь имеющийся ресурс в решении профессиональной задачи. Дабы избежать подобных ситуаций, в которых адвокат будет вынужден нарушить правила добросовестности и адвокатской тайны, тем самым бросая тень на всё общество адвокатов, был сформулирован соответствующий запрет, закрепляющий ситуации конфликта интересов, в том числе препятствующий переходу на другую сторону.

По этому поводу правила адвокатской профессии гласили, что «присяжный поверенный не может быть в одно и то же время поверенным обеих спорящих сторон и переходить по одному и тому же делу последовательно от одной стороны к другой и защищать, таким образом, интересы то одной, то другой стороны, быть сегодня обвинителем и гражданским истцом, а завтра – защитником. Так смешивать положения и так менять позиции по делу являлось бы поступком невольным с точки зрения закона и недопустимым с точки зрения всякого честного человека. Интересы обвиняемого и обвинителя должны быть разграничены ясно. Смешение таких положений, всегда при этом оскорбляющих оставленного доверителя, даёт основание думать, что присяжный поверенный воспользовался сведениями, полученными им в то время, когда он поддерживал интересы первого доверителя»¹. «Соеди-

¹ Воровьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 227.

нение в лице одного поверенного представительства нескольких лиц недопустимо не только в тех случаях, когда интересы их являются несолидарными, но и вообще в тех случаях, когда судебные действия сторон направлены к разграничению взаимных прав, так как для признания юридической силы за этими действиями необходимо, чтобы в процессе воля каждого участвующего выражалась вполне свободно и самостоятельно, чего не может быть при общем представительстве»¹. Потому современный кодекс профессиональной этики адвоката в ст. 11 закрепляет, что адвокат не вправе быть советником, защитником или представителем нескольких сторон, чьи интересы противоречивы, в одном деле, а может лишь способствовать примирению сторон. Кроме этого ст. 13 Кодекса указывает, что «помимо случаев, предусмотренных законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, адвокат не вправе принимать поручение на осуществление защиты по уголовному делу двух и более лиц, если интересы одного из них противоречат интересам другого, а также если интересы одного, хотя и не противоречат интересам другого, но эти лица придерживаются различных позиций по одним и тем же эпизодам дела».

Как быть адвокату, если в ходе анализа дела он приходит к выводу, что применяемый в юридической практике закон противоречит Конституции РФ? Как быть, если нарушенное право клиента не нашло своей защиты внутри государства? Ответов может быть как минимум два. Первый ответ вытекает из понимания закона как заданной всеопределяющей догмы, и для клиента звучит он примерно так: «Таков закон и практика его применения. А потому мы ничем не можем помочь Вам». Однако есть и другой ответ, который вкупе с обозначенным выше назначением адвокатуры обусловлен таким этическим правилом адвоката, как служение праву². В соответствии с ним адвокат обязан приложить усилия для того, чтобы неправомерность закона, дефекты системы законодательства были устранены.

¹ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ. соч. С. 119.

² Именно так назвали это правило авторы книги «Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения». М. : Дело, 2001. С. 115.

Очевидно, что это правило вряд ли может быть императивным, нарушение которого во всех случаях влекло бы привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности. В том числе потому, что далеко не все адвокаты способны качественно сформулировать и доказать свою позицию, например, в Конституционном суде РФ или Европейском суде по правам человека. Вряд ли когда-нибудь все адвокаты будут готовы к этому, потому что подобного рода профессиональная деятельность требует специальной профессиональной компетентности. Но, тем не менее, правило служения праву вытекает из назначения адвокатской профессии, а поэтому, на мой взгляд, адвокатура не вправе снимать с себя соответствующую ответственность.

Итак, подводя итог, попробую провести небольшой тест. Что будет с доверием к адвокату и адвокатскому сообществу, если адвокаты будут пренебрегать основными этическими правилами? Что будет с доверием, если адвокат будет идти супротив интереса клиента, действуя по отношению к нему недобросовестно, не выполняя все принятые на себя обязательства, обманывая клиента, искусственно завышая объём подлежащей выполнению работы? Что будет, если адвокат будет действовать с нарушением норм закона и права, разглашая тайну клиента, предавая его, переходя на сторону противника только лишь потому, что позиция последнего выглядит более выигрышно? Ответ очевиден. Такого рода поведение будет не чем иным, как ударом по репутации адвокатского сообщества, ударом по доверию, потерять которое – дело мига, но вернуть – дело многих лет. А без доверия к себе адвокатура не будет способна исполнять то предназначение, которое возложено на неё обществом и государством.

И.А. Шевченко
к.ю.н., директор и тренер
Института повышения
квалификации адвокатов
Адвокатской палаты
Красноярского края



КЛИЕНТООРИЕНТИРОВАННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

(НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ)

Типология отношений, участниками которых являются юрист и клиент, – вопрос достаточно актуальный в последнее время. Кто есть кто в этих отношениях, как должно быть организовано их продуктивное взаимодействие и в каких целях – это основные вопросы, на которые сегодня нужно ответить.

Мне повезло в том, что когда я только начал задумываться над этими вопросами, то неожиданно для себя получил от красноярской юридической фирмы приглашение на семинар «Клиентоориентированная юридическая практика». Там как раз и была представлена убедительная для меня модель эффективного продуктивного взаимодействия юриста и клиента. Далее я постараюсь передать основные положения семинара¹, время от времени делая вставки и из других источников. Итак, перехожу к сути.

© Шевченко И.А., 2016

¹ Материалы семинара «Клиентоориентированная юридическая практика: критерии эффективности, отношения с клиентами и ра-

Всякий раз, когда я выхожу на рынок оказания юридических услуг, я понимаю, что мне нужен клиент. Какие бы цели я ни преследовал, будь то защита общественных интересов, помощь слабым и обездоленным, зарабатывание денег, – мне всё равно нужен клиент. Потому что без него моя деятельность и достижение поставленных целей будут невозможны. Следовательно, я должен задать себе вопрос, как клиенты находят себе юристов, почему из всей той массы людей с дипломами клиенты выбирают одних и упорно игнорируют других.

Эксперты утверждают, что реклама приводит 8 % клиентов. Это не значит, что не нужно тратить ресурсы на рекламу себя и своей деятельности. Придёт время, и она тоже даст свои плоды. Это говорит о том, что нужно иметь правильные ожидания от такого вложения средств. Поэтому стенд размером 1×2 метра с фразой «Юридические услуги» или «Адвокат» не создаст ситуацию, в которой отбоя от клиентов не будет. Почему так?

Юридическая услуга имеет две важные характеристики, которые отвечают на этот вопрос. Первая заключается в том, что юридическая услуга сама по себе не до конца понятна клиенту. Типичный современный клиент часто не понимает, что она из себя представляет, как оказывается, что делает юрист в процессе её оказания, каков результат. Вторая характеристика касается субъекта, оказывающего услугу. Понятно, что им является юрист. Однако фактически услугу оказывает не юрист, а человек, который умеет делать определённую работу. Кто этот человек, что и как он умеет делать, можно ли ему доверять, – клиент не знает. И возможности получить полную и достоверную информацию об этом человеке у него нет. А потому клиент осторожничает и редко заходит к юристу только «по вывеске». К кому же он обращается?

К знакомым юристам, а также к тем, кого ему рекомендуют люди, имеющие позитивный опыт взаимодействия с юристом. Эксперты утверждают, что первым способом юристов находят примерно 43 % клиентов, а вторым – 49 %. Объясняется это довольно просто. Когда мы сталкиваемся с проблемой, решение которой возможно только при помощи специалиста, то тако-

ботодателями, профессиональный подход к управлению», организованного юридической фирмой «ЮСБ-Консалтинг», проведённого организацией LegalStudies.RU (Москва) в г. Красноярске 11 февраля 2008 года).

вого мы ищем сначала среди своих знакомых. Будь то стоматолог, портной или сварщик. Когда среди знакомых такого нет, мы обзваниваем тех знакомых, которые таких специалистов могут знать. И только потом ищем объявление или вывеску.

Но почему так? Потому что помимо двух указанных выше характеристик юридическая услуга обладает ещё и третьей. Речь идёт о том, что юридическая услуга – услуга доверительная (ровно поэтому в отношениях клиент–адвокат первый и называется доверителем). Следовательно, чтобы клиент пришёл, чтобы после завязались доверительные отношения и продуктивная деятельность юриста, клиент должен ему доверять. Пусть не всецело, но в какой-то степени точно. Поэтому логично возникает следующий вопрос, что лежит в основании доверия к юристу, что формирует его репутацию?

Мы привыкли думать, что репутацию и доверие формирует качественная работа. Ещё её можно в заданном нами контексте называть квалифицированной юридической помощью. Учёные и практики продолжают спорить с тем, что это такое. На наш взгляд, признаками рабочего определения может быть следующее.

Это юридическая деятельность в том смысле, что её осуществляет юрист, у неё есть выработанные культурой свои цели и свои средства.

Эта деятельность направлена на удовлетворение правового интереса клиента¹.

Эта деятельность осуществляется специальными средствами².

¹ Усложнение повседневности в конце концов привело к тому, что человек перестал быть способным самостоятельно владеть знаниями и навыками, необходимыми для решения ежедневных обыденных и профессиональных задач. Это стало причиной появления консультантов из разных областей деятельности. Одна из этих областей – область права. Человек сталкивается с правовой проблемой и понимает собственную некомпетентность. При этом он не желает самостоятельно вникать в вопросы права, понимает, что для удовлетворения своего интереса путём достижения определённых целей необходимо обратиться к соответствующему ресурсу. Им является юрист. Он же является и тем средством, которым клиент достигает своей цели. А раз так, то было бы странно, если бы юрист, к которому обратился клиент, способствовал достижению каких-то других целей, а не целей клиента.

² Являются ли эти средства уникальными и присущими только юридической деятельности – вопрос, требующий отдельного

Эта деятельность обладает такой характеристикой, как полнота¹.

Эта деятельность осуществляется в рамках права и обеспечивающих качество профессии специальных профессиональных правил – профессиональной этики юриста².

Бессмысленно спорить с тем, что квалифицированная юридическая помощь и как процесс и как результат способна оставлять клиента довольным и доверяющим юристу. Однако, как оказывается, она не всегда обеспечивает успех. Для современного российского юриста, скорее всего, будет открытием утверждение экспертов, что клиенты в определённом количестве случаев готовы простить юристу его юридическую ошибку³. Но! Они почти никогда не готовы прощать юристу отсутствие достаточного внимания к себе. Большая часть клиентов покидает юридическую фирму не потому, что её юристы плохо работают, а потому что фирма не заботится о них. «Можно быть классным профессионалом, качественно готовить меморандум и заключение, но, если отсутствует сервис, клиент к вам не пойдёт»⁴. А это значит следующее. Если я ставлю перед собой задачу привлечения клиентов, то я вынужден думать не только над тем, как сделать мою работу качественно, но и над тем, чтобы качественно был выстроен клиентский сервис. Именно для того, чтобы каждый мой клиент оставался довольным не только моей работой, но и вниманием к себе.

самостоятельного изучения. Здесь же отмечу, что одним из таких средств является право, техники работы правом и с правом.

- 1 Интерес и цель клиента при определённых условиях обуславливают цели и позицию юриста. А это значит, что имеющимися в арсенале юриста средствами последний должен сделать всё необходимое для достижения цели и, что важно, ничего лишнего, дабы не навредить клиенту и не создать дополнительные препятствия.
- 2 О месте этики в деятельности адвоката, концептуальные положения которой, по моему мнению, распространяются и на юристов без соответствующего статуса, см. далее.
- 3 По данным материалов семинара, только 14 % клиентов покидают юридическую фирму потому, что они были не удовлетворены уровнем квалификации юристов. 68 % покидают фирму, поскольку считают, что фирма не заботится о них.
- 4 Гольцблаг А. Юридический бизнес: выстраивание отношений с клиентом // Закон. 2009. № 4. URL: <http://www.gbplaw.ru/news/articles/8452/> (дата обращения 28 сентября 2015 г.).

Сегодня именно такой подход может быть условием моего успеха и успеха моей фирмы.

Недоверчивый читатель, исповедующий субординационные отношения типа юрист-клиент, может возразить: ну и пусть клиенты не доверяют, пусть остаются недовольными. Всё равно придут, куда им деться. На это я отвечу: конечно придут. Пусть не все, но некоторые точно. Думаю, что не только юридические клиники сталкиваются с такими клиентами. Но давайте попробуем разобраться с тем, почему такой клиент всё равно придёт, с чем он придёт, а главное, к чему это приведёт.

Часто мы видим следующее. Клиент, имевший негативный опыт общения с юристом либо имеющий другие причины не доверять представителям этой профессии, решает разобраться в своей проблеме сам. Не имея специальной компетентности, он начинает делать всё не так. Он обращается не в тот суд с не тем иском. Он реализует не ту позицию, делает это крайне неумело. Он пропускает сроки, обращается в вышестоящий суд, снова всё делает не так. Он проходит всё инстанции и когда попадает в тупик, начинает понимать, что, похоже, сам дальше действовать уже не может. И он, действительно, всё равно приходит к юристу. Но что происходит дальше?

А дальше юрист, проанализировав дело, обнаруживает, что оно загублено неумелыми действиями клиента, что все инстанции пройдены и правовых средств решения проблемы клиента уже нет. Этический принцип добросовестности и следования интересам клиента требует от юриста решения, в соответствии с которым такому клиенту нужно отказать в оказании помощи. Именно мотивированный отказ будет этичным и добросовестным. Но оценит ли это клиент? Хорошо, если юрист сможет добиться высокой оценки своего профессионализма, воспользовавшись своим мастерством в области выстраивания продуктивной коммуникации. Но, скорее всего, он и все причастные к делу должностные лица будут обвинены таким клиентом в коррупции, в том, что закон написан для бандитов, и т.д. То есть клиент останется крайне недовольным даже в ситуации максимально добросовестного и компетентного поведения юриста. И какого-то дополнительного доверия к этому юристу и всему юридическому сообществу у такого клиента не возникнет. Скорее наоборот.

Ну и что? – спросит меня мой собеседник. В чём вредность такого последствия? А ответ кроется в предложенных экспертами цифрах, которые говорят следующее. В среднем довольный клиент говорит о своём положительном опыте взаимодействия с юристами 3 людям. Наверное, мог бы говорить и с большим количеством. Но не будет, так как положительный отзыв сродни рекомендации и всегда связан со взятием на себя ответственности за неё. Рождаясь безответственным, всю жизнь убегая от ответственности, человек лишний раз не хочет её возлагать на себя. А потому он постарается по возможности избежать рекомендации, так как в случае, если она не оправдается, что не исключено, претензии могут быть предъявлены ему тоже. Но тот же человек будет действовать совершенно иначе, если опыт взаимодействия с юристом он получил негативный. Эксперты утверждают, что в таком случае недовольный клиент рассказывает об этом в среднем 12 людям. А это значит, что сарафанное радио гораздо интенсивнее распространяет негативную информацию, нежели позитивную¹. В ситуации, когда подмоченную репутацию исправить гораздо труднее, чем подмочить безупречную, можно согласиться с экспертами относительно того, что даже 2/3 довольных клиентов не гарантируют развития фирмы. А это делает очевидным, что каждый заботящийся о привлечении клиентов юрист, каждая юридическая фирма должны стремиться к тому, чтобы количество недовольных клиентов стремилось к нулю, каким бы невозможным это ни казалось. И достигается это не только качеством работы, но и качеством клиентского сервиса. По-

¹ Эта закономерность может быть вызвана следующим. Если я оставляю негативный отзыв, то принявший его не предъявит мне претензию по той причине, что не будет проверять то, прав я был или нет. Если же он всё-таки обратится к этому специалисту, то при оправдании моего отзыва я опять же не получу претензию, так как обратившийся действует вопреки моему отзыву, взяв ответственность на себя. Если же мой отзыв не оправдывается, то я опять же не получу претензию, так как обратившийся останется в конечном счёте довольным. При положительном же отзыве я всегда беру ответственность за отзыв на себя. И очень рискую получить обвинения в том, что мой отзыв не оправдался. Это говорит о том, что, по моему мнению, люди более склонны отзываться негативно, нежели позитивно, чем и обусловлено такое распределение указанных выше цифр.

следнее, похоже, далеко не очевидно для большинства современных представителей юридической профессии¹.

Тем же, кому очевидно, будет интересно обратить внимание на то, что в раздаточном материале названо как «10 способов разозлить клиента». Итак, клиента чрезвычайно злит: 1. Профессиональная или личная неубедительность юриста². 2. Исчезновение юриста/неведение клиента³. 3. Неаккуратность и неорганизованность юриста⁴. 4. Непонимание, сопряжённое с нежеланием понимать проблему клиента. 5. Непунктуальность юриста, сопряжённая с неубедительными попытками её оправдать. 6. Снижение уровня общения, сопряжённое с отсутствием возможности пожаловаться ответственному юристу при неисполнительности младшего юриста. 7. Неразделённость проблемы клиента всеми сотрудниками (отсутствие внимания). 8. Несогласованность внутри фирмы⁵. 9. Дефицит времени у юриста⁶. 10. Счёт с непонятным соотношением цена/

¹ При этом важно учитывать следующее. Чем сложнее и дорогостоящее услуга, тем выше чувствительность клиента к сервису, но ниже к стоимости услуги. Если клиент за 7 000 рублей покупает ноги юриста, что имеет место при поручении юристу занести бумаги в налоговую, внести изменения в реестр, заказать справку в росреестре и т.д., то он почти безразличен к сервису, но готов торговаться за каждые 500 рублей стоимости услуги. Когда же клиент покупает за 100 000 долларов услугу по разработке и реализации проекта, требующего междисциплинарной экспертной компетентности, то спор о сумме в размере 5 000 долларов для него не принципиален, однако при этом он будет более чувствителен к сервису. Поэтому предложение такому клиенту выпить растворимый кофе, сидя на деревянном стуле в ожидании очереди, может оказаться крайне неуместным. Конечно, можно обвинить такого человека в том, что он «заелся». Но не целесообразнее ли понять, к чему привычны такие люди, и учесть это при создании системы клиентского сервиса?

² Клиент может подумать: «Как ты сможешь убедить суд/контрагента, если ты не можешь убедить меня?»

³ Имеются в виду и ситуации, когда клиент не может дозвониться до юриста, ситуации, когда юрист, видя пропущенные звонки, тем не менее не перезванивает, и т.д.

⁴ В такой ситуации типичны следующие оценки: «перепутать что-то могу я сам, но только не мой юрист»; «он должен мне помогать организовывать себя, а не организовывать его»; «если ты так выглядишь, чем ты можешь мне помочь?».

⁵ Клиент будет думать: «Разберитесь сначала между собой, а потом учите меня или убеждайте моего оппонента».

⁶ Очевидно, что юрист никоим образом не должен даже намекать клиенту на то, что у него нет или мало времени.

качество. Если вы хотите разозлить клиента и сделать его недовольным вами и вашей работой либо относитесь к таким последствиям безразлично, то, думаю, можете смело использовать указанные способы.

Если же ваша цель заключается в развитии себя и своего юридического бизнеса, то имеет смысл обратить внимание на следующие рекомендации экспертов. А они утверждают, что клиенты, говоря об удовлетворённости юридической услугой, прежде всего обращают внимание:

- насколько подробно и ясно юрист объяснил им существо дела;
- насколько компетентным кажется юрист.

Поэтому, оставаясь внимательным, подробным и «излучая компетентность», следует помнить:

- о необходимости выявления ожиданий клиентов и соответствующем их обеспечении;
- о проявлении мотивированного отношения к проблеме клиента (вместе со способностью слушать);
- о необходимости уделять достаточно времени (достаточно – с позиции клиента) для решения его проблемы;
- о необходимости объяснять клиенту соотношение цены и работы¹;
- о пунктуальности в выполнении обещанного, необходимости держать клиента постоянно в курсе дела.

Также эксперты утверждают, что нужно постоянно проверять любезность в общении с клиентами всех сотрудников (начиная с приёмной и телефонных разговоров).

Также эксперты рекомендуют постоянно информировать клиента о ходе исполнения поручения.

На постоянном информировании остановлюсь подробнее. «Юристам, как известно, свойственен динамичный подход к работе: по выполнению определённого этапа работы – двигаться дальше! Нередко мы не задумываемся, что клиенту очень неуютно пребывать в неведении. Несообщённый результат в глазах клиента тождественен отсутствию результата. А отсутствие результата в глазах клиента ведёт к его не-

¹ Качество услуги должно быть донесено до клиента наиболее очевидным для него образом. Это включает в себя донесение юридического ядра, обеспечение внешних традиционных проявлений услуги: личный характер, доверительность, конфиденциальность.

желанию воспринимать полученный счёт. Отсюда – необходимость регулярно рапортовать клиенту о ходе работы!»¹ При этом «система оповещения клиента должна быть отработана до мелочей. Кто-то любит получать СМС-ки, а кто-то требует обязательного телефонного звонка. Пусть Ваш клиент получает информацию в том виде, которая ему более удобна. Каждый шаг юриста следует описать и сообщить. Только после такой работы Ваш клиент с благодарностью осознает, что работа юриста не так безоблачна и легка, как об этом принято говорить...»²

Как бы эффективно ни была выстроена деятельность клиентоориентированной юридической фирмы, очевидно, что полностью избежать недовольства клиентов невозможно. По мнению экспертов, это является основанием для разделения задачи работы с неудовлетворёнными клиентами на две подзадачи. Первая заключается в минимизации моментов и причин неудовлетворённости. Вторая в недопущении накапливания недовольства, что предполагает в обязательном порядке следующие шаги:

«При поступлении жалобы по телефону секретарь должен точно знать, кому переадресовать звонок.

Получив жалобу от клиента, партнёр или менеджер по работе с клиентами должен не переадресовывать её, а, выслушав внимательно клиента, сообщить о фиксации жалобы и о том, что незамедлительно будут приняты меры для прояснения ситуации.

Затем независимо от того, обоснована ли жалоба, клиент должен быть либо приглашён для совместного разрешения ситуации, либо вопрос должен быть разрешён в телефонном разговоре.

Независимо от того, обоснована ли жалоба, клиенту необходимо направить официальное письмо с изложением ответа на его жалобу. Если требования клиента о принятии опреде-

¹ Калинина И. Система заботы о клиенте, или Зачем нужны формализованные стандарты клиентской работы. URL: http://www.legalstudies.ru/publications/articles/LegalStudies_Article2_2006-10.pdf (дата обращения 8 июня 2014 г.).

² Жилина Е. Клиентский сервис в юридической фирме. URL: <http://www.top-consult.ru/blog/?p=138> (дата обращения 28 сентября 2015 г.).

лѐнных мер не могут быть удовлетворены, то необходимо объяснить причину»¹.

Очевидно, что выше были затронуты далеко не все аспекты клиентоориентированной юридической практики. Поэтому если в ваши планы входит попадание в лидеры цивилизованных продаж юридической услуги, то вам предстоит постичь многие премудрости, доселе считавшиеся не относящимися к юридической профессии.

¹ Жилина Е. Клиентский сервис в юридической фирме. URL: http://www.legalstudies.ru/publications/articles/LegalStudies_Article2_2006-10.pdf

О.В. Карачёва
адвокат, тренер
института адвокатуры
при Адвокатской палате
г. Санкт-Петербурга



ДОВЕРИЕ В АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

(НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ)¹

Базой, на которой строятся отношения между адвокатом и клиентом, является доверие. Вот почему именно доверие выступает условием эффективности взаимодействия между адвокатом и клиентом, что помогает обеспечивать продуктивное сотрудничество и достижение результата, который бы в наибольшей степени удовлетворял интересам сторон.

Как отмечает М. Барбер, доверие является аспектом всех общественных взаимодействий и всех общественных систем². Т.П. Скрипкина в работе «Психология доверия» приводит сле-

© Карачёва О.В., 2016

- ¹ Данная статья основана на результатах исследования, проведенного в рамках работы над магистерской диссертацией на тему «Условия продуктивности доверительных отношений в адвокатской деятельности». В ней будут изложены основные теоретические и практические аспекты работы, представляющие наибольший интерес для читателя.
- ² Barber B. Trust in science, Social Studies of Science, New Brunswick, New Jersey. S. 133–150.

дующие фундаментальные функции доверия: выступает условием целостного взаимодействия человека с миром, осуществляет функцию связи человека с миром в единую систему, способствует слиянию прошлого, настоящего и будущего в целостный акт жизнедеятельности, создает эффекты целостности бытия человека, личности, взаимодействия человека с миром, устанавливает меру соответствия поведения человека, принятого решения, целей, поставленных задач как миру, так и самому себе¹. Значимость доверия в системе человеческих отношений определила его в качестве объекта многочисленных исследований в разных областях науки.

Отдельные исследования посвящены изучению особенностей доверия в определенных сферах деятельности. Представляется, что конкретная сфера, безусловно, накладывает свои особенности на данный феномен².

Согласно ч.1 ст. 1 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»³ при определении адвокатской деятельности применительно к лицам, которым оказывается квалифицированная юридическая помощь, используется термин «доверители». Данный термин употребляется также для обозначения указанных лиц далее по тексту закона, а также в практической деятельности.

Подобная формулировка указывает на то, что в юридическом смысле установление доверия между адвокатом и клиентом определяется на основе формального критерия, уже в силу самого факта обращения клиента за помощью к адвокату.

Представляется, что для констатации доверительных отношений между адвокатом и клиентом недостаточно только формального критерия – факта обращения клиента к адвокату и оказания последним квалифицированной юридической

¹ Скрипкина Т.П. Психология доверия. М. : Академия, 2000. С. 235.

² См., например: Купрейченко А.Б. Психология доверия и недоверия / Рос. акад. наук, Ин-т психологии. М. : Институт психологии РАН, 2008. 569 с.; Mechanic D. The functions and limitations of trust in the provision of mental care. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 23: 661–686, 1998; Mechanic D. and Meyer S. Concept of trust among patients with serious illness. *Social Science and Medicine* 51: 657–668, 2000.

³ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

помощи. Поэтому особый интерес представляет содержательный критерий. Кроме того, по нашему предположению, не любые отношения клиента и адвоката являются доверительными.

Стоит отметить, что нами рассматриваются и приводятся уже состоявшиеся случаи взаимодействия адвоката и клиента, имеющие результат. Особое внимание будет уделено анализу оснований возникновения доверия в отношениях адвокат – клиент, также исследуется связь между удовлетворенностью клиента оказанной услугой и его доверием к адвокату (далее это доверие будет рассмотрено через два аспекта: доверие к адвокату как к профессионалу и как к личности).

Для ответа на главный вопрос необходимо обнаружить связь (или ее отсутствие) между доверием клиента к адвокату и удовлетворенностью оказанной услугой.

В связи с этим была выдвинута следующая гипотеза: отсутствие в сознании клиента диссонанса между доверием к адвокату как к профессионалу и как к личности является фактором удовлетворенности профессиональной деятельностью адвоката. При этом мы исходили из того, что оптимальный уровень удовлетворенности клиента оказанной услугой обусловлен одновременным доверием клиента к адвокату как к профессионалу (позиционное доверие и доверие к юрико-техническим качествам адвоката) и как к человеку (доверие к нравственно-этическим качествам адвоката). В том случае, если доверие клиента к адвокату основывается только на юрико-технических или нравственно-этических характеристиках, клиент будет не удовлетворен оказанной услугой.

СПЕЦИФИКА ДОВЕРИЯ В ОТНОШЕНИЯХ АДВОКАТ - КЛИЕНТ

Взаимодействие адвоката с клиентом строится на том, что клиент представляет адвокату свою проблему, говорит о своем желании (интересе), т.е. о том, что бы он хотел иметь в качестве результата их совместных действий. В свою очередь, адвокат предлагает возможные варианты действий с учетом интереса клиента, после чего клиент выбирает тот или иной вариант, который будет далее реализовываться адвокатом. Задача адвоката – организовать процесс таким обра-

зом, чтобы в итоге результат соответствовал запросам клиента. При этом действия клиента сводятся к тому, чтобы исчерпывающим образом изложить всю значимую информацию по делу, обозначить свой интерес и выдать адвокату полномочия, необходимые для ведения дела.

Субъектный состав и процесс взаимодействия относятся к внешним признакам отношений адвокат – клиент. Далее мы обратимся к содержательной части обозначенных взаимоотношений и попробуем описать процесс оказания доверия.

АДВОКАТ: СОЦИАЛЬНАЯ ПОЗИЦИЯ И КОНКРЕТНЫЙ ПЕРСОНАЖ

Как правило, обращение к специалисту за помощью по какому-либо вопросу обусловлено принципом разделения труда и отсутствием у людей специальных знаний в той или иной области. Обращаясь к специалисту, мы признаем, что наша компетенция в этом вопросе закончилась, и для его благополучного разрешения вынуждены прибегнуть к знаниям других. Для обозначения различных профессий, видов деятельности используется термин «социальная позиция»¹. Каждую социальную позицию характеризует отличительный набор характеристик и требований, предъявляемых к ней со стороны общества. Соответствие установленным характеристикам и требованиям указывает на определенный способ действий, ожидаемый от тех, кто эту социальную позицию занимает. Таким образом, адвокат – это одна из социальных позиций в нашем обществе.

Во многих работах, посвященных исследованию доверия, социальная позиция выступает самостоятельным объектом (адресатом) доверия². Выделение такого адресата представляется весьма оправданным. Попытаемся обозначить основные характеристики, которые присущи социальной позиции как самостоятельному адресату доверия.

¹ Социология : энциклопедия / сост. А.А. Грицанов, В.Л. Абушенко, Г.М. Евелькин, Г.Н. Соколова, О.В. Терещенко. Минск : Интерпрес-сервис; Книжный дом, 2003. 1312 с.

² См., например: Luhmann N. Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Auflage. Stuttgart: Lucius und Lucius, 2002, Petermann. Psychologie des Vertrauens, 3. korr. Auflage. Göttingen: Hogrefe, 1996.

С одной стороны, появление конкретных социальных позиций (выделяемых по роду деятельности) обусловлено общественной необходимостью и, казалось бы, должно свидетельствовать о благосклонном отношении к ним. Несмотря на это, отношение к различным социальным позициям может складываться в обществе по-разному, соответственно, и доверие к ним также будет формироваться по-разному. Это во многом зависит от общего состояния общества и государства, их стабильности, от внутренних процессов. Если в обществе и государстве господствует стабильность и реализуются общепризнанные принципы, то большая вероятность, что общество будет удовлетворено деятельностью многочисленных социальных организаций, институтов и ролей, а значит, будет относиться к ним с доверием.

Существование в современном обществе такой социальной позиции, как адвокат, является очевидным и бесспорным. Основой функционирования указанной позиции является соответствующий закон, который определяет основные требования, предъявляемые к адвокатам, регламентирует процедуру их деятельности, т.е. формирует общественные ожидания в отношении этой позиции.

Другой вопрос – является ли роль адвоката заслуживающей доверия в современном российском обществе¹? Ответ на него представляется весьма неоднозначным. Можно выделить следующие факторы, оказывающие значение на формирование доверия к роли адвоката: общее отношение общества к системе правосудия, деятельности правоохранительных органов, стабильность государства. Анализ перечисленных факторов дает основания на сегодняшний день говорить о двояком отношении к роли адвоката со стороны общества: с одной стороны, адвокаты – это специалисты, которые на профессиональном уровне оказывают квалифицированную помощь, очень много работают, имеют отличное образование, в связи с этим имеют также хороший гонорар². С другой стороны, в обществе есть мнение, что адвокаты – это те, кто ничего не делает, а только берет за свою «работу» огромные деньги. Таким образом,

¹ Горлов А.В. Адвокат на Руси больше чем адвокат? URL: <http://pravo-rub.ru/articles/14199.html>.

² Островская Т. URL: http://rjob.ru/articles/vse_o_professii_yurista.

в первом случае роль адвоката выступает как заслуживающая доверия в обществе, во втором же совсем наоборот.

Для обозначения доверия к такому адресату, как социальная позиция, в литературе используется термин позиционное доверие, или институциональное доверие¹. При этом также представляется, что позиционное доверие является первичным, т.е. в первую очередь у человека формируется доверие именно к позиции как к таковой.

Социальная позиция в обществе всегда представлена конкретными персонажами. В связи с этим наряду с позиционным доверием возникает вопрос о формировании доверия уже непосредственно к ним (персональное/межличностное доверие).

Очевидно, что между позиционным доверием к роли адвоката и персональным доверием к конкретному адвокату существует определенная взаимосвязь. Более подробно эта связь описывается в работах Штомпки². Так, подразумевается, что если доверие сформировалось к адвокату как к социальной позиции, то оно автоматически распространяется и на конкретных представителей этой позиции, т.е. если я доверяю адвокатам в принципе, то я автоматически доверяю и своему адвокату. Возможна также и другая ситуация, когда доверие к конкретному адвокату может затем повлиять на доверие к адвокату как к позиции (как в сторону усиления, так и в сторону ослабления), например, если у меня случилось доверие к моему адвокату, но при этом было недоверие к адвокатам как к позиции, то, возможно, после этого у меня начнет формироваться доверие к адвокатам как к позиции.

Характеризуя процесс оказания доверия конкретному адвокату, мы в любом случае обращаем внимание на то, сформировалось ли у клиента доверие к адвокатам как к социальной позиции. Положительный ответ позволяет сделать вывод, что и к конкретному адвокату у клиента также сформируется доверие, причем этот процесс пройдет значительно легче и быст-

¹ См., например: Штомпка П. Доверие – основа общества / пер. с пол. Н.В. Морозовой. М. : Логос, 2012. 440 с.; Mechanic D. The functions and limitations of trust in the provision of mental care. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 23: 661–686, 1998; Mechanic D. and Meyer S. Concept of trust among patients with serious illness. *Social Science and Medicine* 51: 657–668, 2000.

² Штомпка П. Указ. соч. С. 127.

рее¹. Здесь срабатывает идея об автоматическом распространении позиционного доверия на представителя позиции. Учитывая это, можно сделать вывод, что позиционное доверие выступает предпосылкой для формирования личного доверия к адвокату. В то же время личное доверие не ограничивается и не покрывается только позиционным доверием, а имеет свои характеристики и особенности.

В случае наличия позиционного недоверия есть основания предполагать, что процесс оказания доверия конкретному адвокату будет протекать сложнее и иметь свои особенности. В случае же наличия положительного опыта личного доверия позиционное доверие подвергнется соответствующим изменениям.

Таким образом, в отношениях адвокат – клиент выделяется два типа (или два адресата) доверия: доверие к позиции и доверие к конкретному адвокату. При этом, характеризуя отношения адвокат – клиент, этих двух адресатов нельзя рассматривать как автономных и независимых друг от друга, напротив, представляется, что связь этих двух адресатов влияет на конкретное взаимодействие адвоката с клиентом и обуславливает их результат.

ВЗАИМНОЕ ДОВЕРИЕ

При описании феномена доверия многие авторы отмечают, что доверие возникает там, где нет полного контроля над ситуацией, где результат наших действий неизвестен и зависит от действий других субъектов. Представляя в голове запланированный и ожидаемый результат, мы предпринимаем действия, направленные на его достижение, в отношении адресата доверия, от которого этот результат зависит. Рассмотрим это на примере отношений адвоката и клиента.

Как правило, взаимодействие адвоката и клиента начинается с обращения второго за помощью к первому. У клиента есть какая-то трудность, которую он не может самостоятельно преодолеть и которую он передает на решение адвокату. Опираясь на предыдущие теоретические выводы, можно заключить, что посредством обращения за помощью к адвокату клиент выра-

¹ Mechanic D. The functions and limitations of trust in the provision of mental care. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 23: 661–686, 1998. Mechanic D. and Meyer S. Concept of trust among patients with serious illness. *Social Science and Medicine* 51: 657–668, 2000.

жает ему свое доверие, или, другими словами, выдает «аванс». Дальше все зависит от действий адвоката, теперь он должен оправдать оказанное ему доверие, т.е. доказать соответствие ожиданиям клиента. На первый взгляд, акт доверия со стороны клиента является достаточным во взаимоотношениях адвоката с клиентом. В свою очередь, отношения адвоката с клиентом являются примером взаимного доверия, т.е. такого доверия, где на доверие клиента адвокат отвечает своим доверием.

Рассмотрим, на чем основывается взаимное доверие адвоката и клиента.

Как правило, в отношениях адвокат – клиент первым доверие оказывает клиент, так как именно он первым предпринимает действия, направленные на достижение желаемого им результата. В этом случае адвокат выступает адресатом доверия, в отношении его у клиента имеются определенные ожидания.

Доверие клиента своему адвокату можно отнести к виду поверенного доверия¹. Как уже отмечалось ранее, отличительной чертой поверенного доверия является вверение адресату доверия объекта, имеющего для доверителя какую-либо ценность, и ожидания исполнения от него соответствующих обязательств по отношению к вверенному объекту. Во взаимодействии адвокат – клиент последний вверяет адвокату нечто ценное, касающееся самого себя, собственное благосостояние, а иногда и свою свободу. При этом клиент наделяет адвоката соответствующими полномочиями, передавая ему как бы часть своего суверенитета в решении конкретной проблемы, где он не обладает соответствующим ресурсом.

С одной стороны, мы можем говорить о доверии, которое обусловлено вверением адресату доверия некоего объекта, таким образом, ожидания клиента направлены в сторону этого объекта, например, если он вверил адвокату свою свободу. Кроме того, доверие клиента адвокату может также основываться на ожидании неразглашения последней информации или неиспользовании ее во вред клиенту. Возможен также случай, когда доверие клиента адвокату связано изначально не с вверением ему ценности, а с тем, что у клиента есть уверенность, что адвокат может оказать ему квалифицированную помощь. В этом случае доверие обусловлено не самим актом

¹ Штомпка П. Указ. соч. С. 86.

доверия, а уверенностью клиента в компетентности и профессионализме адвоката безотносительно вверенной ему ценности. Кроме того, доверие клиента адвокату может основываться на ожидании несовершения последним действий в ущерб интересам клиента.

Доверие адвоката клиенту обусловлено отсутствием у адвоката всей полноты информации, необходимой для работы по делу клиента, а также отсутствием уверенности в том, будет ли клиент следовать всем его указаниям.

Взаимное доверие адвоката и клиента отвечает интересам обеих сторон, так как направлено на достижение нужного результата. Кроме того, взаимное доверие является также необходимым условием их взаимодействия, без которого оно бы утрачивало всякий смысл и становилось чисто формальным.

РИСКИ В ДОВЕРИТЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЯХ АДВОКАТА С КЛИЕНТОМ

Доверие невозможно рассматривать безотносительно риска. Риск – постоянный спутник доверия, неотъемлемая его часть и появляется в связи с тем, что действия других субъектов в большинстве случаев являются непредсказуемыми, а поэтому и рискованными. Отсутствие же риска указывает на вероятное отсутствие доверия, ибо смысл его теряется.

Одна из специфик риска в отношениях адвоката с клиентом напрямую связана с описанным выше «поверенным доверием». Поскольку, обращаясь к адвокату, клиент передает ему часть своей свободы, проявляющуюся в возможности свободно владеть ситуацией и разрешать ее, появляется риск, что адвокат может не реализовать возложенные на него обязанности и тем самым не оправдать оказанное ему доверие (это может проявиться как в случае несовершения необходимых действий, так и наоборот, когда адвокат совершил действия не в пользу клиента). «Передаем кому-либо право влиять на наши дела. Такой поступок от природы обременен риском того, что другая сторона превысит свою власть»¹.

С другой стороны, адвокат также рискует, оказывая доверие клиенту, поскольку никогда не знает, насколько полно и прав-

¹ Штомпка П. Указ. соч. С. 97.

диво клиент представил ему свою проблему, будет ли следовать его указаниям, несмотря на то, что это вроде как должно отвечать интересам клиента. Если риск клиента связан с утратой или повреждением вверенной адвокату ценности, а также, возможно, и с собственной уязвимостью (в том случае, если клиент вверил адвокату свою свободу), то риск адвоката связан с его профессионализмом, следовательно, и его репутацией.

Особенностью риска, связанного с оказанием доверия в отношении адвокат – клиент, является его обоснованность. Принимая решение обратиться за юридической помощью и выбирая при этом среди других именно адвоката, клиент имеет большие шансы получить надлежащую помощь, так как его вопросом будет заниматься субъект, имеющий соответствующую квалификацию. Кроме того, об обоснованности риска свидетельствуют и нормативно закреплённые требования в отношении деятельности адвоката, которые заранее указывают адвокату на недопустимость действовать вразрез с интересами своего клиента. Нормативное регулирование является своеобразным гарантом осуществления деятельности адвоката в соответствии с ожиданиями клиента и желаемым им результатом.

Несколько по-иному дело обстоит с измерением обоснованности риска адвоката. В связи с тем, что клиент является единственным источником необходимой информации, адвокату остается только верить, что клиент будет честным в отношениях с ним и не будет ничего скрывать, а также полагаться на свой профессионализм, который должен помогать ему в этих случаях. Кроме того, в отношении клиента не предусмотрено никакое правовое регулирование его деятельности, что бы давало больше оснований рассчитывать на добросовестное поведение с его стороны, т.е., в отличие от адвоката, клиент не представляет института, обладающего специальными «страховыми» гарантиями.

Тактика поведения клиента в такой ситуации может быть двоякой. С одной стороны, он может полностью передать инициативу соответствующему специалисту и подчиняться его указаниям (принимая только решение относительно варианта работы по делу среди прочих, представленных ему адвокатом), с другой – может продолжать оставаться на активных позициях наряду со специалистом. В первом случае, как

отмечает П. Штомпка, подобное поведение клиента может сыграть на усиление чувства ответственности специалиста за свои действия.

СОДЕРЖАНИЕ ДОВЕРИЯ В ОТНОШЕНИЯХ АДВОКАТ - КЛИЕНТ

Содержанием доверия выступают ожидания доверителя по отношению к адресату доверия. Ожидания адвоката по отношению к своему клиенту определяются характером их взаимодействия. Адвокат является представителем социальной позиции, которая получила четкую регламентацию со стороны государства. Предназначение адвоката – оказание квалифицированной правовой помощи. Для того чтобы адвокат мог оказать квалифицированную правовую помощь, он должен обладать всей полнотой информации, необходимой для работы по делу, при этом указанная информация должна быть правдивой. Таким образом, содержанием доверия адвоката к клиенту являются ожидания, касающиеся представления клиентом всей полноты информации, необходимой для работы по делу, а также достоверности представленной информации. Кроме того, в силу специфики своей деятельности адвокат должен рассчитывать, что клиент будет следовать тем рекомендациям, которые он ему дает. Таким образом, следование рекомендациям адвоката тоже является содержанием доверия адвоката к клиенту.

Как и любой представитель социальной позиции, адвокат, с одной стороны, является профессионалом, с другой – таким же человеком (личностью). В связи с этим представляется обоснованным тезис о том, что доверие клиента к своему адвокату одновременно объединяет доверие к нему и как к профессионалу, и как к человеку. Выделение двух видов доверия обуславливает выделение двух типов ожиданий.

Позиционное доверие и его содержание уже были рассмотрены нами в предыдущих блоках настоящей статьи. Остановимся на ключевых моментах. Специфика содержания позиционного доверия клиента в отношениях адвокат – клиент обусловлена законодательным регулированием деятельности адвокатов. Таким образом, формулируя требования, предъяв-

ляемые к деятельности адвокатов, общество тем самым формирует соответствующие ожидания, которые и являются содержанием позиционного доверия. Позиционное доверие, как правило, касается профессиональной деятельности.

Что же касается содержания межличностного доверия клиента к своему адвокату, то в данном случае стоит отметить, что, с одной стороны, речь пойдет об ожиданиях, связанных с профессиональной деятельностью конкретного адвоката, а с другой – об ожиданиях, касающихся его личностных характеристик. Таким образом, содержание межличностного доверия клиента к адвокату объединяет в себе два вида ожиданий¹.

Из изложенного следует, что ожидания, касающиеся профессиональных характеристик адвоката, являются содержанием как позиционного доверия, так и межличностного доверия. Более того, указанные ожидания являются взаимосвязанными, ибо характеризуют профессиональную сторону адвоката и могут влиять друг на друга. Такого рода ожидания можно отнести к группе юридико-технических характеристик адвоката, сложившихся в обществе и получивших закрепление². Таким образом, указанная группа ожиданий выступает содержанием доверия клиента к адвокату как к профессионалу.

Вторая составляющая содержания межличностного доверия клиента обусловлена тем, что, будучи профессионалом, адвокат продолжает оставаться человеком, которому присущи соответствующие качества и характеристики³. Так же, как и в предыдущем случае, это обуславливает формирование у клиента определенных ожиданий. Такого рода ожидания касаются исключительно личных качеств и характеристик адвоката и формируются на основе общекультурных представлений о нравственности и этике. Таким образом, указанная группа ожиданий является содержанием доверия клиента к адвокату как к личности.

Изучая межличностное доверие пациента к врачу, Дэвид Механик в своих исследованиях пришел к выводу, что оно со-

¹ Штомпка П. Указ. соч. С. 145.

² URL: <http://www.fparf.ru/norms/codex.htm>

³ Мальтов С.Н. Адвокат должен быть немного психологом, немного психоаналитиком, немного медиатором. Актуальное интервью. URL: <http://www.krasadvpalata.ru/intervu/275.html>; Нарбут И.Н. Нельзя быть адвокату с холодным сердцем. Интервью. URL: <http://www.krasadvpalata.ru/intervu/233.html>.

стоит из пяти составляющих¹. Представляется, что подобная конструкция с определенными условиями применима и для характеристики межличностного доверия клиента к адвокату. Итак, можно выделить следующие его составляющие:

1) уверенность в компетенции/ожидания относительно компетенции адвоката.

Под компетенцией следует понимать теоретические и практические знания относительно предмета обращения клиента, способность принимать правильные решения и практически их реализовывать.

В этом же пункте Механик выделит социальную компетентность специалиста как часть его профессиональной компетенции. Это представляется весьма оправданным. Среди других социальных компетентностей выделяются эмпатия, умение вести разговор, внимание к клиенту. При этом и социальные компетентности и профессиональные одинаково важны в процессе оказания доверия, так как в равной степени решающим образом влияют на результат взаимодействия;

2) уверенность в благосклонности/ожидание от адвоката благосклонного поведения.

Благосклонность рассматривается как намерение адвоката действовать исключительно в лучших интересах клиента. Ожидания клиента сводятся к тому, что адвокат будет действовать исключительно как уполномоченный представитель клиента и представлять его интересы, отдавая благополучию клиента наивысший приоритет и отодвигая на второй план интересы других заинтересованных лиц, в том числе и свои собственные;

3) уверенность в осуществлении контроля/ожидание осуществления контроля со стороны адвоката.

Клиент ожидает от своего адвоката полного контроля над делом, в том числе наличия у адвоката всех необходимых в рамках действующего законодательства для разрешения дела ресурсов.

В том случае, если адвокат утрачивает на какое-то время контроль над процессом работы по делу, это приводит к ограничению его авторитета и влияния в глазах клиента, а также ограничению доверия по отношению к нему;

¹ Mechanic D. and Meyer S. Concept of trust among patients with serious illness. *Social Science and Medicine* 51: 657–668, 2000. С. 24–26.

4) уверенность в сдержанности/ожидание от адвоката сохранения конфиденциальности.

Клиент ожидает от адвоката, что он может рассказывать ему любую информацию без опасения, что она не может быть неправильно воспринята адвокатом или использована им в дальнейшем в ущерб клиенту.

Такого рода ожидания (неразглашения ставшей известной в процессе взаимодействия адвокату информации или неиспользования ее во вред клиенту) являются очень важными для формирования персонального доверия к адвокату и последующего их взаимодействия. Тем не менее они остаются и самыми рискованными, поскольку всегда есть вероятность, что могут быть какие-либо сбои, ставящие под угрозу личную сферу клиента;

5) доверие в откровенности/ожидание от адвоката открытости и откровенности.

Ожидания такого рода связаны с тем, что клиент может всегда быть уверен, что адвокат рассказывает ему всю важную информацию по делу и включает его в процесс принятия всех важных решений. Кроме того, клиент рассчитывает, что адвокат ничего от него не должен скрывать и должен представлять на обсуждение все возможные варианты развития событий, а также аргументировать тот или иной выбор поведения.

ДОВЕРИЕ К АДВОКАТУ ОДНОВРЕМЕННО
КАК К ПРОФЕССИОНАЛУ И КАК К ЛИЧНОСТИ
КАК УСЛОВИЕ УДОВЛЕТВОРЕННОСТИ
ОКАЗЫВАЕМОЙ УСЛУГОЙ

Предъявление к адвокату ожиданий, пусть на первый взгляд и не совсем связанных между собой, тем не менее является естественным и оправданным явлением¹. В свою очередь, о доверии мы можем говорить тогда, когда выданные в начале взаимодействия «залог» («авансы») оправдались, т.е. имеющиеся у нас ожидания нашли свое подтверждение посредством действий/бездействия адресата доверия. Соот-

¹ Штомпка П. Указ. соч.; Mechanic D. The functions and limitations of trust in the provision of mental care // Journal of Health Politics, Policy and Law 23: 661–686, 1998.

ветственно, выделяя в содержании доверия клиента к своему адвокату ожидания, касающиеся профессиональных характеристик, и ожидания, касающиеся нравственно-этических качеств, говорить о доверии клиента к своему адвокату можно в том случае, если обе группы ожиданий клиента оправдаются.

Другими словами, именно в случае единства в сознании клиента доверия к адвокату как к профессионалу (включая доверие к адвокату как к социальной позиции) и как к личности можно говорить о формировании оптимального доверия клиента к своему адвокату, т.е. полного доверия, без каких-либо исключений или ограничений.

В противоположность полному доверию можно выделить операциональное или выборочное доверие, которое основывается только на одной из групп ожиданий (отдельных ожиданиях), предъявляемых к адвокатам. Речь идет о таких случаях, когда в сознании клиента имеется диссонанс между доверием к адвокату как к профессионалу и доверием к нему как к человеку.

Как уже было ранее отмечено, взаимодействие адвоката и клиента является примером сотрудничества. Сотрудничество предполагает согласованность действий и интересов¹. Такой согласованности удается достичь тогда, когда ожидания обоих по отношению друг к другу соответствуют действительности: во-первых, ожидания клиента по отношению к адвокату, связанные с его профессиональными характеристиками (с одной стороны) и личностными качествами (с другой), во-вторых, ожидания адвоката по отношению к своему клиенту относительно представления полной и достоверной информации и следования указаниям, т.е. когда имеется полное доверие.

От того, оправдались ли выданные клиентом «залог», зависит, соответственно, удовлетворенность клиентом оказанной услугой. Под удовлетворенностью клиентов оказанной услугой мы понимаем субъективную, эмоционально окрашенную оценку качества тех или иных объектов, условий взаимодействия с адвокатом². Оправданность выданных «залогов» име-

¹ Купрейченко А.Б. Указ. соч.

² Король Л.Г., Малимонов И.В., Рахинский Д.В. Удовлетворенность студентов условиями обучения в вузе как компонент системы менеджмента качества высшего образования // Проблемы и перспективы развития образования : материалы междунар. науч. конф. (г. Пермь, апрель 2011 г.). Т. II. Пермь : Меркурий, 2011. С. 103–105.

ется тогда, когда соответствующие ожидания клиента были реализованы адвокатом в процессе их взаимодействия. Таким образом, удовлетворенность оказанной услугой оценивается по реализации имевшихся ожиданий.

Предполагается, что в тех отношениях, где ожидания доверителя по отношению к адресату доверия оправдались, доверитель будет удовлетворен случившимся взаимодействием.

Если же оправдалась лишь часть ожиданий, т.е. говорить о полном доверии не представляется возможным, полной удовлетворенности оказанной услугой у клиента не случится.

Таким образом, можно сделать вывод, что от того, доверяет ли клиент своему адвокату одновременно как профессионалу и как человеку, зависит удовлетворенность клиента оказанной услугой. В том случае, если клиент доверяет своему адвокату только как профессионалу или же, наоборот, у него сложилось доверие к нему как к человеку, полной удовлетворенности оказанной услугой не случится.

В свою очередь, удовлетворенность является показателем эффективности¹. Таким образом, эффективность взаимодействия адвоката и клиента напрямую зависит от уровня удовлетворенности клиентом оказанной услугой.

В связи с тем, что в ходе работы над магистерской диссертацией мы ставили перед собой задачу проверить высказанную им гипотезу и ряд соответствующих ей выводов посредством проведения конкретного исследования, предметом которого выступали случившиеся отношения между адвокатами и клиентами, далее вниманию читателей будут представлены результаты проведенного исследования как демонстрация обоснованности обозначенных в тексте настоящей статьи выводов.

ДОВЕРИЕ АДВОКАТА К КЛИЕНТУ

Напомним, что основными тезисами в аспекте доверия адвоката к клиенту выступали следующие: во-первых, доверие адвоката клиенту обусловлено отсутствием у адвоката

¹ Шмыков В.И. Профессиональная эффективность и удовлетворенность трудом юриста // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2008. № 2(33). С. 27–29. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/professionalnaya-effektivnost-i-udovletvorennost-trudom-yuristov>. С. 37, 2.

всей полноты информации, необходимой для работы по делу клиента. Кроме того, адвокат самостоятельно не может проверить достоверность представленной ему клиентом информации. Из этого следует, что первым основанием доверия является ожидание относительно полноты представленной информации, вторым – относительно ее правдивости. Третьим основанием доверия выступают ожидания того, что клиент будет следовать всем указаниям адвоката.

Таким образом, для того, чтобы сказать, что у адвоката сложилось доверие к клиенту, необходимо узнать, оправдались ли соответствующие ожидания.

Согласно полученным данным в 92 % случаев взаимодействия адвоката с клиентом ожидания адвоката относительно представления клиентом полной информации для работы по делу оправдались. В 77 % случаев адвокаты указали на правдивость информации, представленной клиентом, что подтвердилось в ходе работы по делу. Ожидания того, что клиент будет следовать всем указаниям адвоката, подтвердились в 85 % случаев.

В тех случаях, когда адвокаты отмечали, что ожидания относительно представления полной и правдивой информации, а также следования всем указаниям адвоката не были реализованы в полной мере, причиной этому, по мнению самих адвокатов, являлись особенности их клиентов. Кроме того, адвокаты подчеркивали, что знание таких особенностей клиентов позволяет им учитывать их в работе по делу и избегать негативных для обеих сторон последствий.

Таким образом, можно сделать вывод, что из всех случаев взаимодействия адвокатов с клиентами в 77 % случаев у адвокатов сформировалось полное доверие к клиентам в процессе взаимодействия, основанное на представлении полной и правдивой информации в рамках работы по делу, а также на следовании клиентом всем указаниям адвоката.

В 3 случаях взаимодействия адвокаты отмечают, что ожидания относительно представления полной или достоверной информации, следования рекомендациям адвоката не оправдались в полной мере, но, несмотря на то, что полного доверия с клиентами не сложилось, им все же удалось выстроить с клиентом хорошее рабочее взаимодействие и получить нуж-

ный результат. В этом случае можно вести речь об операциональном или выборочном доверии, в основе которого лежат отдельные реализованные ожидания.

ДОВЕРИЕ КЛИЕНТА К АДВОКАТУ КАК К ПРОФЕССИОНАЛУ

Согласно полученным данным у 77 % клиентов позиционное доверие к профессии адвоката присутствует, у 23 % оно выражено слабо или даже не сформировалось.

Что касается второй составляющей доверия клиента к адвокату как к профессионалу, можно сделать вывод, что 77 % клиентов положительно оценивают общие профессиональные (юридико-технические) качества своих адвокатов, т.е. ожидания клиентов относительно профессиональных характеристик своих адвокатов оправдались. У 23 % клиентов ожидания относительно профессиональных характеристик адвоката оправдались только в части.

Сопоставив приведенные выше данные и сделанные на их основе выводы, получаем, что у 77 % клиентов имеется доверие к адвокатам как к профессионалам, т.е., во-первых, они в принципе доверяют такой социальной позиции, как адвокат (позиционное доверие), во-вторых, их ожидания относительно профессиональных характеристик своих адвокатов также нашли подтверждение в результате взаимодействия.

У 23 % клиентов позиционное доверие выражено слабо, возможно, даже не сформировалось. Также у этих клиентов не сложилось полного доверия к своим адвокатам как к профессионалам.

ДОВЕРИЕ КЛИЕНТА К АДВОКАТУ КАК К ЛИЧНОСТИ

Второй составляющей доверия клиента к своему адвокату является доверие к нему как к личности. В данном случае перед исследователем стояла задача установить, соответствует ли адвокат ожиданиям клиента, которые предъявляются к нему с точки зрения общих нравственно-этических качеств человека.

Согласно полученным данным у 77 % клиентов ожидания по отношению к адвокату с точки зрения общих нравственно-этических качеств человека оправдались полностью, у 23 % – только в части.

Таким образом, можно сделать вывод, что у 77 % клиентов сформировалось полное доверие к своему адвокату как к человеку (личности), тогда как у 23 % такого доверия не сформировалось.

УДОВЛЕТВОРЕННОСТЬ КЛИЕНТА ОКАЗАННОЙ УСЛУГОЙ

Анализируя полученные данные, мы пришли к выводу, что у 46 % клиентов уровень притязаний относительно удовлетворенности оказанной им услугой совпадает с реальным уровнем удовлетворенности оказанной услугой, т.е. можно сказать, что указанные клиенты полностью удовлетворены оказанной услугой.

У 30 % клиентов уровень притязаний относительно удовлетворенности оказанной услугой хоть и различается с реальным уровнем удовлетворенности, но это различие находится в пределах оптимального уровня, что свидетельствует о том, что клиенты в целом остались удовлетворены оказанной им услугой.

У части клиентов (23 %) уровень реальной удовлетворенности оказанной услугой не соответствует оптимальному уровню удовлетворенности, но при этом не достигает уровня неудовлетворенности.

ВЫВОДЫ

Представленные выше данные позволяют сделать вывод о том, что между доверием клиента к своему адвокату и удовлетворенностью оказанной ему услугой имеется взаимосвязь.

В тех случаях взаимодействия, когда клиент доверяет своему адвокату как профессионалу и как личности, он удовлетворен взаимодействием и, соответственно, оказанной услугой. Что касается позиционного доверия, стоит отметить, что оно было по-разному выражено у клиентов (были как случаи слабо выраженного позиционного доверия (возможно, даже и его отсут-

ствия), так и случаи более выраженного позиционного доверия, основанные на восприятии клиентами профессии адвоката). Максимального значения не было ни у одного клиента.

В свою очередь, полное доверие своим адвокатам как профессионалам, основанное на ожиданиях относительно их профессиональных характеристик, имеется у 77 % клиентов.

В 23 % случаев взаимодействия адвокатов и клиентов у последних не сложилось полного доверия к своим адвокатам. При этом клиенты отмечали, что их взаимодействие с адвокатами обусловлено необходимостью, и в данном случае говорить о доверии не представляется уместным в силу особенностей самой сферы взаимодействия. В этом случае клиент «принимает» условия игры и выбирает для себя оптимального партнера, интересы которого на данном этапе схожи с его интересами. В литературе такой феномен описан как «доверие без доверия». Стоит отметить, что у подобных клиентов восприятие профессии адвоката было близко к нулю, что свидетельствует о том, что как такового позиционного доверия к данной профессии у них также не сформировалось. Что касается адвокатов, то в 15 % случаев у них также не сформировалось полного доверия к своим клиентам.

Уровень притязаний клиентов на удовлетворенность оказанной услугой и уровень реальной удовлетворенности оказанной услугой по выбранным параметрам у 46 % клиентов, у которых сформировалось доверие к своим адвокатам как к профессионалам и как к клиентам, совпал полностью. Еще у 30 % клиентов уровень реальной удовлетворенности хотя и отличался от уровня притязания на удовлетворенность по предложенным параметрам, но в границах оптимального уровня удовлетворенности, которые отмечали сами клиенты.

Во всех 77 % случаев, когда клиенты отмечали либо полную удовлетворенность оказанной услугой, либо оптимальный уровень удовлетворенности, у них было полное доверие к своим адвокатам.

Таким образом, подтвердилась гипотеза, согласно которой клиент будет удовлетворен оказанной ему услугой в том случае, если у него нет диссонанса между восприятием своего клиента как профессионала, с одной стороны, и как личности – с другой.

В свою очередь, у 23 % клиентов, у которых не сформировалось полного доверия к своим адвокатам ни как к профессионалам, ни как к личностям, уровень удовлетворенности оказанной услугой отличался от уровня притязаний и не по всем параметрам находился в границах оптимального уровня удовлетворенности. Данное обстоятельство указывает на то, что, хотя клиент и находится в границах удовлетворенности оказанной услугой, реальный уровень удовлетворенности ниже, чем клиент хотел бы иметь.

Интерес представляет также то обстоятельство, что уровень удовлетворенности оказанной услугой у клиентов, у которых оправдалось большее количество ожиданий как в отношении профессиональных характеристик адвоката, так и в отношении нравственно-этических, выше уровня удовлетворенности оказанной услугой у тех клиентов, у которых ожидания относительно профессиональных характеристик и нравственно-этических качеств адвоката оправдались в меньшей степени.

Таким образом, даже в том случае, если клиент не говорит о доверии к своему адвокату, имеется связь между уровнем удовлетворенности оказанной услугой и количеством реализованных ожиданий клиента в отношении этого адвоката.

В заключение хотелось бы отметить, что подтверждение гипотезы исследования свидетельствует о том, что для удовлетворенности клиента оказанной услугой важно, чтобы он доверял своему адвокату не только как профессионалу, но и как человеку (личности). Только в том случае, когда у клиента нет диссонанса между доверием к клиенту как к профессионалу (ожидания относительно юридико-технических характеристик) и доверием к нему как к человеку (ожидания относительно нравственно-этических качеств), можно говорить о полной удовлетворенности оказанной услугой (совпадении уровня притязаний и реального уровня удовлетворенности оказанной услугой) или об оптимальной удовлетворенности оказанной услугой (допустимое различие между уровнями).

Понимание этой закономерности имеет значение для выстраивания эффективных отношений между адвокатами и клиентами. В тех случаях, когда один из субъектов взаимодействия понимает, что его ожидания относительно другого

субъекта не реализуются, смысл такого взаимодействия для сторон утрачивается. Продолжение взаимодействия при отсутствии доверия грозит неблагоприятными последствиями для сторон, которые могут выражаться, например, в подрыве репутации адвоката и негативном исходе дела для клиента.

Конечно, в том случае, когда клиент изначально заявляет об отсутствии доверия, но принимает условия игры, ситуация складывается иным образом. В свою очередь, это может стать предметом самостоятельного исследования.

М.С. Рудакова
адвокат Первой Красноярской
краевой коллегии адвокатов



К ВОПРОСУ О САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОЗИЦИИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

С момента появления института адвокатуры (правозащитничества) актуальным остается вопрос о том, свободен ли адвокат (защитник) в уголовном процессе при определении позиции по делу или он полностью связан позицией клиента.

УПК РФ упоминает об интересе подзащитного в ст. 49: защитник – лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. Однако в УПК РФ ничего не говорится о том, обязан ли адвокат отстаивать любую позицию своего подзащитного или нет. Об этом говорится в п. 3, 4 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности», согласно которым адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя,

за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя, также он не вправе делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает.

Кодекс профессиональной этики адвоката (КПЭА) содержит несколько норм, которые регулируют отношения подзащитного и адвоката при определении позиции. Первая из них, ст. 5 КПЭА, закрепляет принцип профессиональной независимости адвоката. Статья 10 КПЭА предусматривает, что закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона или нарушению правил, предусмотренных КПЭА, не могут быть исполнены адвокатом. Также ст. 9 КПЭА аналогично закону указывает, что адвокат не вправе действовать вопреки законным интересам доверителя, а также не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле.

Таким образом, в РФ существует общий запрет адвокату (защитнику) иметь позицию, противоречащую позиции своего подзащитного. В теории уголовного процесса на этот счет существует и иное мнение. Можно выделить три основных направления по вопросу о соотношении позиций¹ адвоката (защитника) и его подзащитного.

И.Д. Перлов, И.Д. Брауде, Д.Н. Азаров, М.В. Ходилина и др.² высказываются о том, что правовая позиция защитника обязательно должна определяться позицией его подзащитного. Лишь факт самоговора подзащитного следует рассматривать как единственное обстоятельство, дающее адвокату-защитни-

¹ Под «позицией» в настоящей статье понимается обоснованное (т.е. имеющее под собой материально-правовую базу) мнение адвоката относительно всех процессуальных и материальных элементов разрешаемого уголовного дела (по поводу квалификации деяния, отдельных фактических обстоятельств, их доказанности, промежуточных выводов, законности процессуальных действий следователя и др.).

² См.: Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Судебная адвокатура : пособие для адвокатов / под ред. И.В. Решетникова. СПб., 1996. 56 с.; Азаров Д.Н. Формирование профессиональных этических правил и дисциплинарной ответственности адвоката : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М., 2009; Ходилина М.В. Правовая позиция адвоката (защитника): проблемы формирования и реализации : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М., 2013 и др.

ку право занимать позицию по делу вопреки воле самого подзащитного. Другие (Н.Н. Полянский, А.Ф. Кони, М.А. Чельцов-Бебутов, Н.И. Капинус, Е.Г. Мартынчик, А.Д. Бойков, А.С. Барабаш и др.¹) доказывают глубокую ошибочность такой точки зрения. Есть и те, которые занимают промежуточную позицию (Э.Д. Синайский, Е.Т. Матвиенко и др.), указывая, что адвокат должен иметь самостоятельную позицию при определенных условиях.

Авторы, которые считают запрет адвокату иметь позицию, противоположную позиции подзащитного, обоснованным и необходимым, ссылаются на следующие аргументы. Во-первых, презумпция невиновности, при которой адвокат не может утверждать о том, что его подзащитный виновен, в случае, если он говорит об обратном, так как только в конце судебного заседания и только судом после исследования всех материалов дела может быть установлена его виновность или невиновность. Вторым аргументом является то, что адвокат не может иметь позицию, противоположную позиции своего подзащитного, так как в уголовном процессе он осуществляет функцию защиты. В ином случае (если адвокат будет реализовывать свою позицию, противоположную позиции клиента) подзащитный лишается права на защиту, нарушается принцип состязательности в уголовном процессе. Более того, многие из авторов указывают, что возможно увеличение злоупотребления и ошибок со стороны адвокатов в случае наличия у них права на выбор и реализацию собственной позиции. Ну и последнее – это то, что адвокат не может формировать свою позицию по делу, так как он участник уголовного процесса, у ко-

¹ См.: Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите: репринтное воспроизведение издания 1927 года. М.: Издательство «Правовая защита», 1927. 56 с.; Кони А.Ф. Избранные произведения / сост. А.Б. Амелин. М.: Госюриздат, 1956. 94 с.; Бойков А.Д., Капинус Н.И. Адвокатура России: монография / под ред. А.Д. Бойко. М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2000; Барабаш А.С. Субъекты уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуального доказывания // Сибирские юридические записки: ежегодник Ассоциации юридических вузов «Сибирь». Вып. 1 / Краснояр. ун-т. Красноярск, 2002. С. 123–135; Мартынчик Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования: монография / отв. ред. Е.Г. Мартынчик. М., 2009 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

торого нет и не может быть собственного внутреннего убеждения.

Следует заметить, что сторонников данной точки зрения большинство. Так, например, Д.Н. Азаров отмечает, что позиция защитника напрямую зависит от отношения подзащитного к обвинению¹. Исходя из этого, адвокат может иметь следующие варианты позиций по делу: если обвиняемый не признает обвинение полностью – позиция невиновности; если обвиняемый признает обвинение частично – виновен частично, позиция переквалификации; если обвиняемый признает обвинение полностью – позиция снижения наказания; если обвиняемый отказывается выразить отношение к обвинению – позиция невиновности².

Не так категорично отвечает на вопрос о возможности расхождения позиций адвоката и подзащитного Э.Д. Синайский, который предполагал, что солидарность защитника с подзащитным – основной принцип защиты. Однако расхождение между ними хотя и крайне нежелательно, но допустимо³. Разделяя, по сути, этот взгляд, Е.Т. Матвиенко делает оговорку: «Адвокат может избрать иную линию защиты, расходящуюся с позицией подзащитного, только поставив его в известность и получив на это прямое или молчаливое согласие»⁴.

О праве и нравственном долге адвоката поступать исходя из материалов дела и своего внутреннего убеждения независимо от позиции, занятой его подзащитным, указывали Н.Н. Полянский, А.Ф. Кони, А.Л. Цыпкин, Е.Г. Мартынчик и др. В частности, как утверждал Н.Н. Полянский, «если у адвоката все же сложилось убеждение в виновности обвиняемого, чувство собственного достоинства и достоинства той профессии, ко-

¹ Азаров Д.Н. Указ. соч.

² См.: Львова Е.Ю. Защита по уголовному делу : пособие для адвокатов / под ред. Е.Ю. Львовой. М., 2002. 102 с.; Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Указ. соч. С. 54–55; Кудрявцев В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката-защитника на судебном следствии // Адвокат. 2005. № 4. С. 15–19.

³ Синайский Э.Д. Основные вопросы защиты в уголовном процессе // Советское государство и право. 1961. № 5. С. 70–75.

⁴ Матвиенко Е.Г. Судебная речь : монография. Минск, 1972. 50 с.; Игнатов С.П. Стратегия и тактика деятельности адвоката-защитника по уголовному делу // Уголовное право. 2003. № 1. С. 89.

тору он выполняет, не должно позволить ему говорить, что он убежден в обратном»¹.

Утвердительный ответ на этот вопрос дает и Е.Г. Мартынич: «Нельзя лишать адвоката права самостоятельно определять свою позицию по делу и в тех случаях, когда подсудимый отрицает свою причастность к преступлению, а доказательства, исследованные в судебном заседании, приводят адвоката к противоположному выводу»². «Нельзя требовать от адвоката, чтобы он строил защиту вопреки своим убеждениям», – писали Н.С. Алексеев и Т.В. Макарова: «Любое предложение защитника должно быть выводом из произведенной им оценки всех обстоятельств дела по внутреннему убеждению»³. При этом они же указывают: «Избранную позицию адвокат обязан согласовать с подсудимым, но следовать за ним не может и не должен... Рекомендовать занимать только ту позицию, которую считает нужным избрать обвиняемый, значит снижать эффективность деятельности адвоката, дезориентировать следователя, прокурора и судей, которые могут... с недоверием отнестись к позиции защитника, считая её сугубо субъективной и полностью зависимой от подсудимого, заинтересованного в исходе дела»⁴.

Полагаем, что с позицией последних авторов в целом можно согласиться, в противном случае адвокат становится «наемным рабочим» своего подзащитного, доводя до суда его позицию, а не позицию, сложившуюся у адвоката после изучения всех имеющихся в материалах дела документов. Кроме того, адвокат, а не подзащитный является профессиональным участником уголовного процесса, в силу чего именно он должен определять правовую позицию по делу.

Нельзя согласиться с тем, что защитник, который имеет и реализует свою позицию, отличную от позиции подзащит-

¹ Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. Репринтное воспроизведение издания 1927 года / предисл. М.О. Баева, О.Я. Баева. Воронеж, 2003. 51 с.

² Мартынич Е.Г. Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции : монография / под ред. Е.Г. Мартынич. Кишинев, 1978. С. 163–164.

³ Алексеев Н.С., Макарова З.В. Ораторское искусство в суде : учеб. пособие / под ред. Н.С. Алексеева. Л., 1985. С. 124–126.

⁴ Там же. С. 130.

ного (например, в случае, если подзащитный отрицает свое участие и вину в преступлении, а адвокат уверен в том, что подзащитный совершал действия, но их можно расценить как необходимую оборону или крайнюю необходимость), будет выступать в роли судьи и предрешать вопрос о виновности или невиновности своего подзащитного, тем самым нарушать принцип презумпции невиновности. Реализуя свою позицию, адвокат не решает вопрос о виновности подзащитного, он таким образом оказывает квалифицированную юридическую помощь, оценивая все факты, доказательства, законодательные акты, судебную практику, и приходит к выводу о необходимости реализовать позицию, которая наибольшим образом будет способствовать защите прав и интересов подзащитного, о чем последний может заблуждаться.

При этом защитник не переходит на сторону обвинения, он лишь как еще один профессионал в уголовном процессе помогает объективно, полно и всесторонне исследовать и установить все обстоятельства, а в случае нарушения процессуальных прав и интересов подзащитного, неправильной оценки каких-либо обстоятельств и др. способствовать их устранению (то есть осуществлять защиту).

Анкетирование¹ адвокатов относительно вопроса о том, какой позиции они придерживались (будут придерживаться) в случае несовпадения позиции, показало следующее: 55 % придерживались совместно выработанной позиции, 19 % полностью следовали позиции клиента, не будучи с ней согласны, 14 % полностью следовали своей позиции, переубедив клиента в слабости его позиции, 0 % получил ответ «полностью следовали своей позиции, несмотря на то, что переубедить клиента в слабости его позиции не удалось».

Результаты анкетирования также показывают, что 69 % адвокатов в случае расхождения позиций не действуют (не будут в будущем действовать) согласно позиции своего подзащитного, они либо приходят к совместной позиции, либо действуют согласно своей позиции.

Отвечая на вопрос анкеты о том, является ли норма КПЭА о полном запрете адвокату (за исключением случаев самоого-

¹ Данные получены в результате проведения анкетирования среди 50 адвокатов г. Красноярск в 2014 г.

вора) иметь позицию, противоположную позиции подзащитного, оправданной, 81 % опрошенных ответили положительно. Возможно, это вызвано тем, что сам по себе запрет так или иначе снимает с адвокатов некую долю ответственности за результат, не обязывает их действовать активно, при любом решении судьи адвокат сможет сказать, что «так хотел подзащитный!».

И последнее, что следует опровергнуть, это мнение ученых-процессуалистов, считающих запрет на несовпадение позиций обоснованным, о том, что адвокат – это участник процесса, не имеющий собственного внутреннего убеждения по делу, а следовательно, он не может формировать свою позицию¹. Это, как утверждают они, следует из ст. 17 УПК РФ, которая гласит: «Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью» – и не содержит в этом списке защитника как лица, которое может оценивать доказательства по внутреннему убеждению. Таким образом, при выработке позиции по уголовному делу адвокат должен руководствоваться позицией, выбранной подзащитным в конкретной ситуации, поэтому он не вправе иметь свою позицию защиты, не согласовав ее с клиентом, какой бы правильной она ни была².

Однако мы, как и многие другие процессуалисты³, убеждены, что адвокат, подвергая оценке доказательства, излагая свою позицию, действует исключительно на основе своего внутреннего убеждения. Несмотря на то, что в действующем законодательстве прямо не говорится, что адвокат в своей деятельности руководствуется своим внутренним убеждением. Но в КПЭА

¹ См.: И.М. Резниченко. Защита клиента, не признающего своей вины. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/5787>.

² Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура РФ : учебник / под ред. М.Б. Смоленского. Ростов н/Д : Литера, 2002. 74 с.

³ Ревина И.В. К вопросу о внутреннем убеждении адвоката при оказании помощи по уголовным делам, 2011 г. // Справочно-правовая система «Консультант Плюс; Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты // Адвокатская практика. 2012. № 6. С. 10–13; Барабаш А.С., Шафиров В.М. Основа отношений между субъектами уголовного процесса и адвокатом // Академический юридический журнал. 2012. № 4. С. 36–41.

сказано, что в своих действиях адвокат руководствуется своей совестью, что можно приравнять к внутреннему убеждению. Убеждение, сложившееся у адвоката на основе всех имеющихся в его распоряжении данных – материалов дела, конфиденциальных свиданий с доверителем, фактов, проверенных на предварительном, судебном следствии, приводит его к определенной позиции, является основой для подачи заявлений, жалоб и ходатайств и в конечном счете способствует формированию конкретных выводов по делу. Убеждение в правильности избранной и отстаиваемой им позиции необходимо потому, что только в этом случае адвокат надлежащим образом сможет выполнить свою процессуальную функцию, свой профессиональный и одновременно нравственный долг перед доверителем¹.

На наш взгляд, адвокат в уголовном процессе должен обладать внутренним убеждением относительно обстоятельств дела. И в случае, если он убежден в законности и обоснованности обвинения, если в ходе судебного следствия эта уверенность только крепнет, а клиент требует добиваться полного оправдания, то он должен «провести работу по их согласованию (своей позиции и позиции доверителя), по объяснению клиенту последствий выбора позиции без достаточного основания. Адвокат должен продемонстрировать всю «слабость» позиции подозреваемого, обвиняемого, если он с ней не согласен. Если и после этого сохраняется разное понимание по поводу предварительной или итоговой позиции по делу, **то необходимо напомнить обвиняемому о его праве отказаться от защитника и пригласить другого**. В ином случае оказывать квалифицированную юридическую помощь становится практически невозможно². В ситуации, когда предпринятые адвокатом меры не привели к согласованию позиций, а подзащитный не отказался от адвоката и стоит на своем, то адвокат должен иметь право на собственную позицию. **Еще раз обратим внимание, в деятельности профессионального защитника ситуации крайнего расхождения позиций, которого не**

¹ Ревина И.В. К вопросу о внутреннем убеждении адвоката при оказании помощи по уголовным делам, 2011 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты // Адвокатская практика. 2012. № 6. С. 10–13.

удалось устранить, возникать не должны вообще или быть крайне редкими.

В настоящее время с учетом сказанного нами выделены несколько ситуаций, когда адвокат без вреда для клиента и в случае расхождения позиции с ним должен иметь возможность отстаивать свою позицию, основанную на всестороннем и полном изучении материалов дела, нормах права и судебной практики.

Первая из таких ситуаций, когда доверитель отрицает свое участие и вину в деянии, адвокат же уверен в том, что его подзащитный участвовал в нем, но его действия не являются преступлением, а их можно расценить как необходимую оборону, крайнюю необходимость или как иное деяние, исключающее преступность, предусмотренное гл. 8 УК РФ, либо доказать то, что его действия не являются преступлением в силу малозначительности. Доказывание этих обстоятельств будет, безусловно, благоприятнее для обвиняемого, чем необоснованное отрицание его участия и вины.

Еще одним обстоятельством, при котором адвокат может иметь свою позицию, является несовершеннолетие подзащитного, в силу чего он не способен правильно оценивать и осознать свое процессуальное положение, возможный результат той или иной правовой позиции. Именно поэтому адвокат как профессионал должен самостоятельно оценивать фактическую и юридическую основу делу, формировать позицию, которая наибольшим образом будет способствовать учету и реализации прав и свобод несовершеннолетнего.

И последнее, возможность адвоката, пришедшего к выводу о незаконности и необоснованности вынесенного судебного решения, несмотря на согласие осужденного с данным решением, подавать апелляционную, кассационную и надзорную жалобы. При таком противоречии позиций относительно принятого судом решения адвокат, на наш взгляд, должен иметь возможность подать жалобу, если после ее разрешения положение обвиняемого улучшится, так как он (по сравнению с подзащитным)¹ как профессионал может оценить решение

¹ См.: Разъяснения Совета Адвокатской палаты Красноярского края «О применении ч. 4 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката», утвержденное решением от 24.04.2014 г. URL: <http://www.krasadvpalata.ru/novosti/372.html>.

суда, сделать вывод о его законности и обоснованности. Несмотря на это, судами при рассмотрении жалоб адвоката заведена иная практика.

В настоящий же момент любые расхождения в позициях адвоката и его подзащитного станут причиной как привлечения к дисциплинарной ответственности, так и отмены приговора¹. Надеемся, что в будущем при повышении уровня профессионализма адвокатов и сотрудников правоохранительных органов, при общем повышении уровня правовой культуры станет возможен вариант реализации адвокатом собственной позиции, когда позиция подзащитного не имеет под собой оснований. Еще больше выражаем надежду на то, что таких ситуаций будет относительно немного или не будет вообще.

¹ См.: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 17 января 2002 г. № 67-001-83; Обзор кассационной и надзорной практики Приморского краевого суда по уголовным делам за первое полугодие 2011 г. от 30 июня 2011 г.; Кассационное определение Саратовского областного суда от 17 сентября 2009 года, Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2003 года, дело № 67-002-67; Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 18 июня 2013 г. № 22-АПУ13-1 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».



В.И. Старченко

адвокат, член Совета
Адвокатской палаты
Ставропольского края

ГОНОРАР УСПЕХА: ЗИГЗАГИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Внимание и интерес к условному вознаграждению за юридическую помощь, или, как часто его называют, гонорару успеха, не случайны и во многом обусловлены его специфической сутью как вида вознаграждения за юридическую помощь. Гонорар успеха в отличие от других видов вознаграждения позволяет распределять риск неблагоприятного правового, а порой и практического результата при оказании юридической помощи. Готовность адвоката принять на себя полностью или частично данный риск, в большинстве случаев компенсировав это увеличением размера гонорара, повышает привлекательность и доступность для доверителя предлагаемой адвокатом помощи, повышая тем самым вероятность заключения соответствующего соглашения.

Необходимо при этом отметить, что данный эффект гонорара успеха соответствует отнюдь не только частноправовым интересам доверителя и адвоката. Публично-правовая ценность данного эффекта объясняется тем, что доступность юридической помощи непосредственно влияет на реализацию

предусмотренного ст. 48 Конституции РФ права на получение квалифицированной юридической помощи, а опосредованно и на эффективность судебной защиты прав и свобод, гарантированной ст. 46 Конституции РФ.

Парадоксально, но при очевидной, как представляется, заинтересованности во введении рассматриваемого вида вознаграждения в правовое поле отношение государства к данному вопросу, мягко говоря, неоднозначное.

Одним из первых и наиболее значимых событий в этом вопросе является принятие КС РФ постановления от 23.01.2007 № 1-П (по жалобам ООО «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева)¹.

Рассматривая конституционность положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ, КС РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой «стороны в договоре об оказании правовых услуг, будучи вправе ... свободно определять наиболее оптимальные условия оплаты оказанных услуг ... не могут, однако, обуславливать выплату вознаграждения принятием конкретного судебного решения»².

КС РФ при этом посчитал необходимым прямо указать на «право федерального законодателя с учётом конкретных условий развития правовой системы и исходя из конституционных принципов правосудия предусмотреть возможность иного правового регулирования, в частности в рамках специального законодательства о порядке и условиях реализации права на квалифицированную юридическую помощь»³.

¹ Следует уточнить, что задолго до этого вопрос о гонораре успеха был затронут в информационном письме Президиума ВАС РФ от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг», в п. 2 которого указано: «... 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. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном статьей 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности)».

² Впоследствии КС РФ подтверждал и ссылался на данную правовую позицию (см., напр.: Определение от 25.02.2010 № 179-О-О).

³ Автору статьи удалось выявить единственную попытку реализации указанного права. Менее чем через месяц после принятия указанного

Не вдаваясь в детальный анализ существа и оснований приведённой правовой позиции, следует отметить их неоднозначность и спорность, подтверждением чего, в частности, является наличие трёх отдельных мнений судей КС РФ к рассматриваемому постановлению.

Категоричность правовой позиции о недопустимости вознаграждений под условием принятия конкретного судебного решения менее чем по прошествии года была уменьшена разъяснением, содержащимся в п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 05.12.2007 № 121 «Обзор судебной практики по вопросам, связанным с распределением между сторонами судебных расходов на оплату услуг адвокатов и иных лиц, выступающих в качестве представителей в арбитражных судах». Как было в нём отмечено, при выплате представителю вознаграждения, обязанность по уплате и размер которого были обусловлены исходом судебного разбирательства, требование о возмещении судебных расходов подлежит удовлетворению с учетом оценки их разумных пределов.

Тем самым ВАС РФ сместил акцент с незаконности гонорара успеха на необходимость оценки его разумных пределов при решении вопроса о возмещении судебных расходов¹.

Правовая позиция о принципиальной возможности возмещения расходов на оплату услуг представителя в форме гонорара успеха нашла своё развитие в судебной практике.

К числу наиболее известных судебных актов, принятых в соответствии с данным подходом, можно отнести постановление Президиума ВАС РФ от 04.02.2014 № 16291/10 (по делу ЗАО «Коммерческое агентство аэропорта «Домодедово»

постановления член Совета Федерации ФС РФ Ю.А. Шарандин внёс в Государственную Думу ФС РФ проект федерального закона № 392336-4 «О внесении изменения в статью 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», легитимирующий гонорар успеха (который 21 ноября 2011 г. был снят с рассмотрения Советом Государственной Думы ФС РФ и возвращён инициатору законопроекта).

¹ В рассматриваемом разъяснении, в частности, отмечено: «Независимо от способа определения размера вознаграждения (почасовая оплата, заранее определенная твердая сумма гонорара, абонентская плата, процент от цены иска) и условий его выплаты (например, только в случае положительного решения в пользу доверителя) суд, взыскивая фактически понесенные судебные расходы, оценивает их разумные пределы».

к ОАО «Аэропорт Внуково»). Названным постановлением ВАС РФ отменил судебные акты, значительно снижающие размер заявленных к возмещению расходов на оплату услуг представителя, указав, в частности, на немотивированность отказа в выплате условного вознаграждения исходя из фактических обстоятельств дела.

Другим широко обсуждавшимся делом, связанным с гонораром успеха, является дело № А40-35715/10 по иску компании с ограниченной ответственностью «С.Р.Р.В.» (правопреемник компании «Арудж Холдингз Лимитед») к ООО «Билла» убытков и арендных платежей (с ценой иска почти в 400 000 000 руб.).

По данному делу была взыскана рекордная для российских судов сумма расходов на оплату услуг представителя – 121 264,09 доллара США и 28 802 657 руб. 79 коп. (в которые входили в т.ч. расходы на выплату «окончательного вознаграждения в размере 10 % от суммы взысканных убытков и 6,5 % от суммы взысканной арендной платы за декабрь 2009 г., апрель – август 2010 г.»)¹.

Примечательно, что при описанном, относительно благополучном, отношении правоприменителя к условным вознаграждениям 22 апреля 2013 г. Всероссийским съездом адвокатов была утверждена новая редакция п. 3 ст. 16 КПЭА, касающаяся гонорара успеха: «Адвокат вправе включать в соглашение об оказании юридической помощи условия, в соответствии с которыми выплата вознаграждения ставится в зависимость от благоприятного для доверителя результата рассмотрения спора имущественного характера»².

Вопрос о гонораре успеха существенно актуализировался в начале 2015 г. в связи с рассмотрением нескольких связанных с ним дел ВС РФ (объединённым к тому времени с ВАС РФ).

¹ Определением ВАС РФ от 12.07.2013 № ВАС-12252/11 было отказано в передаче в Президиум ВАС РФ дела для пересмотра в порядке надзора судебных актов (о взыскании судебных расходов).

² Ранее действовавшая редакция предусматривала: «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».

17 февраля Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ рассмотрела дело по иску Воронежской межтерриториальной коллегии адвокатов к акционерному коммерческому банку «Московский Индустриальный банк», одним из требований по которому было взыскание задолженности по соглашению об оказании юридической помощи, а именно гонорара успеха в размере 10 % от цены иска (в сумме 5 394 100 руб.)¹.

Отменяя принятые в пользу коллегии адвокатов судебные постановления, суд кассационной инстанции сослался на сформулированные в постановлении КС РФ от 23.01.2007 № 1-П правовые позиции и указал, что «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, не подлежит удовлетворению. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном статьей 424 ГК РФ с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности)»².

В другом деле (№ А60-11353/2013), рассмотренном Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ, решался вопрос о возмещении расходов на оплату услуг представителя в форме гонорара успеха.

Суд кассационной инстанции оставил в силе возмещение расходов на оплату услуг представителей, исходя из предусмотренных договором часовых ставок и времени, фактически затраченного представителями (в общей сумме 853 472,50 руб.).

В части возмещения дополнительно выплаченного представителям вознаграждения «за положительный итог рассмотрения дела в четырех судебных инстанциях» (в общей сумме 3 000 000 руб.) Судебная коллегия судебные акты отменила, отказав во взыскании указанного вознаграждения.

Как указано в соответствующем определении (от 26.02.2015 № 309-ЭС14-3167), указанные дополнительные суммы по существу являются вознаграждением, уплачиваемым комбина-

¹ Уплата гонорара была поставлена в зависимость от прекращения производства по делу, по которому коллегия адвокатов оказывала банку юридическую помощь.

² Определение ВС РФ от 17.02.2015 № 14-КГ14-19.

том юридическому бюро за уже оказанные и оплаченные услуги и только в случае, если они привели к отказу в удовлетворении иска, т.е. признаются своего рода премированием адвокатов. Сумма указанной премии зависит от достигнутого сторонами договора оказания юридических услуг соглашения.

Результат такого соглашения клиента и представителя не может быть взыскан в качестве судебных расходов с процессуального оппонента клиента, который стороной указанного соглашения не является.

Особенностью данного определения является то, что вопреки вышеприведённой правовой позиции ВАС РФ Судебная коллегия отказала в возмещении гонорара успеха без связи и оценки его разумных пределов.

Учитывая, что данный подход был впоследствии применён Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ ещё в одном деле (определение от 25.05.2015 № 302-КГ15-2312), есть основания для вывода о том, что именно он будет в судебной практике определяющим, но вряд ли, как показывает история вопроса, окончательным.

Н.А. Трубецкой
адвокат, член
квалификационной комиссии,
руководитель Аналитического центра,
тренер Школы адвокатов
Адвокатской палаты
Ставропольского края



ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРАВА НА ЭФФЕКТИВНУЮ ЗАЩИТУ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ В СЛУЧАЕ НЕОБХОДИМОСТИ ЗАМЕНЫ АДВОКАТА¹

Несоблюдение процедуры замены защитника влечет нарушение права на защиту доверителя и привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности. Подобные случаи неоднократно рассматривались на заседаниях квалификационной комиссии и Совета Адвокатской палаты Ставропольского края (далее – АП СК).

Приведенные ниже аналитические выкладки помогут адвокатам обеспечить квалифицированную защиту доверителей в случае необходимости замены адвоката в период уголовно-

© Трубецкой Н.А., 2016

¹ Автор выражает благодарность президенту Адвокатской палаты Ставропольского края О.Б. Руденко за участие в работе над данным материалом.

го судопроизводства и позволят адвокату нивелировать риск привлечения к дисциплинарной ответственности.

УСЛОВИЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ЗАЩИТУ В НОРМАХ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА И В ЗАКОНАХ РФ

Право на помощь адвоката (защитника) как одно из наиболее значимых провозглашается в международных правовых актах – Международном пакте о гражданских и политических правах (подпункт «d» пункта 3 статьи 14) и Конвенции о защите прав человека и основных свобод (подпункт «с» пункта 3 статьи 6), в соответствии с которыми каждый при рассмотрении любого предъявленного ему уголовного обвинения вправе защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника, а если он не имеет защитника – вправе быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда того требуют интересы правосудия, безвозмездно для него, когда у него недостаточно средств для оплаты этого защитника.

Статья 6 Европейской конвенции по защите прав и основных свобод человека и гражданина предусматривает право на справедливое судебное разбирательство. Справедливое судебное разбирательство подразумевает, в частности, соблюдение должностными лицами, осуществляющими от имени государства уголовное преследование и отправляющими правосудие, права на защиту преследуемого лица от предъявленного обвинения в соответствии с основополагающими принципами международного права и внутренним законом.

Статья 48 Конституции РФ гарантирует каждому право на квалифицированную юридическую помощь. Реализация данного права невозможна в случае нарушения должностными лицами, проводящими досудебное и судебное разбирательство, норм закона, регулирующего правила назначения и замены адвоката-защитника.

Положения статьи 48 Конституции Российской Федерации гарантируют право обвиняемого на помощь адвоката (защитника). Данное право должно обеспечиваться обвиняемому на

всех стадиях уголовного процесса; сам по себе переход от одной процессуальной стадии к другой не может влечь за собой ограничение права на защиту; **это право не может быть поставлено в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело** (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 14-П и от 26 декабря 2003 г. № 20-П, определения Конституционного Суда Российской Федерации от 8 февраля 2007 г. № 257-О-П и от 21 февраля 2008 г. № 118-О-О).

«Поскольку суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять обвиняемому его права и обязанности, а также обеспечивать возможность осуществления этих прав (ч. 1 ст. 11, части первая и вторая статьи 16 УПК Российской Федерации), то при наличии обстоятельств, указывающих на необходимость обязательного участия защитника в деле, если защитник не приглашен самим обвиняемым, его законным представителем либо другими лицами по поручению или с согласия обвиняемого, суд обязан обеспечить ему участие адвоката (ч. 3 ст. 16 и ч. 3 ст. 51 УПК Российской Федерации). **Отказ от помощи защитника допускается в любой момент производства по уголовному делу, однако только по инициативе обвиняемого, и заявляется в письменном виде** (ч. 1 ст. 52)» (цитата из определения КС РФ от 08.02.2007 № 257 О-П).

В соответствии со смыслом ст. 1 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства устанавливается УПК РФ, основанном на Конституции РФ. Указанный порядок обязателен для судов, органов предварительного расследования и всех иных участников судопроизводства. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются непосредственно действующими, входят в систему законов, регулирующих судопроизводство в РФ, и имеют большую юридическую силу в случае коллизии с нормами УПК РФ.

Статья 6 УПК РФ предусматривает защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод как одну из основных задач уголовного судопроизводства.

В соответствии со ст. 11 УПК РФ суд, следователь и дознаватель обязаны не только разъяснять, но и **обеспечивать реаль-**

ную возможность осуществления подозреваемым, обвиняемым (а равно и другим участником судопроизводства) своих прав.

Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ст. 15 ч. 3 УПК РФ). Право подозреваемого (обвиняемого) на защиту и обеспечение должностными лицами стороны обвинения и судом его реализации следует из положений ст. 16 УПК РФ.

С учетом требований ст. 53 УПК РФ, ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», КПЭА – адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством РФ средствами.

ВСТУПЛЕНИЕ АДВОКАТА В ДЕЛО, ЗАМЕНА АДВОКАТА

Адвокат вступает в уголовное дело по приглашению доверителя (его родственников и доверенных лиц) либо по назначению органа дознания, следствия и суда в установленных законом случаях (ч. 1, 2 ст. 50; ст. 51 УПК РФ).

По общему правилу принявший поручение на защиту на досудебной стадии адвокат осуществляет свои процессуальные обязанности до вынесения судом 1-й инстанции окончательного решения по существу (приговора либо иного судебного постановления). Кроме того, адвокат обязан обжаловать судебные решения в случаях, предусмотренных законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», КПЭА и принятых во исполнение указанных нормативных актов решений ФПА и соответствующей региональной палаты.

Адвокат не вправе произвольно отказаться от взятых на себя обязанностей защитника. Более того, принявший поручение защитник обязан следить за движением дела, не допускать своей необоснованной замены, т.е. замены в случаях, не предусмотренных законом.

В определенных ситуациях может возникнуть необходимость замены принявшего поручение адвоката. Такая необходимость, в частности, может возникнуть в случае неявки

адвоката по назначению в установленное время к месту проведения процессуального действия, неявки и выявившейся у приглашенного адвоката невозможности участия в процессуальном действии в срок свыше 5 суток, невозможности явки приглашенного защитника в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого либо заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу (ч. 3 ст. 50 УПК РФ). Кроме того, такая необходимость может возникнуть в случае прекращения, приостановления адвокатом, принявшим поручение, своего статуса (ст. ст. 16, 17 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»), отказа доверителя от приглашенного адвоката, в случае самоотвода или отвода адвоката в установленных законом случаях (ст. 6 ч. 4 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», ст. ст. 62, 72 УПК РФ, ст. 13 КПЭА).

Указанные выше случаи замены защитника носят вынужденный характер и не зависят от воли должностного лица, производящего предварительное расследование, либо судьи (суда).

Между тем имеются случаи произвольных (невынужденных) замен защитников по назначению исходя из личного отношения лица, производящего дознание (следствие), либо судьи к адвокату, связанного в том числе с занятой последним позицией, активностью при осуществлении защиты, заявлением им неудобных ходатайств и т.п. Адвокат при этом не ставится в известность о своей замене, но и не вызывается для проведения процессуальных действий. Вместо него назначается другой, более лояльный к обвинению адвокат.

Адвокат не вправе по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда принимать поручение на защиту лиц против их воли, если интересы этих лиц в уголовном судопроизводстве защищают адвокаты на основании заключенных соглашений. Нарушение этого положения является дисциплинарным проступком, влекущим дисциплинарную ответственность вплоть до прекращения статуса адвоката.

В нарушение данного требования адвокатами зачастую принимаются поручения органов расследования и суда. При этом в ряде случаев адвокаты, оказавшись в сложной этической

ситуации, ошибочно полагали, что не нарушают требования КПЭА. Вместо обращения в Совет АП для получения разъяснений о дальнейших действиях в сложной ситуации адвокатами делались ошибочные выводы о том, что предшественник нарушил требования ч. 3 ст. 50 УПК РФ, касающиеся пятидневного срока, и в связи с этим у них возникла обязанность по защите. Между тем данные выводы не всегда основаны на правильном понимании и толковании действующего законодательства. Адвокаты в ряде случаев без законных оснований самостоятельно делают преждевременные и необоснованные выводы по оценке соответствия действий своего коллеги (предшественника) требованиям процессуального закона, полагаясь на устные заверения следователей и демонстрацию ими имеющихся в деле извещений о якобы надлежащих извещениях и не принимая во внимание возможные уважительные причины неявки адвоката.

Необходимо заметить, что замена адвоката (как приглашенного, так и назначенного), произведенная в обход требований процессуального закона, является нарушением права на защиту (действительного, а не формального).

Так, Совет ФПА, реагируя на участвовавшие случаи назначения в судах наряду с защитниками по соглашению защитников-дублеров с мотивировкой обеспечения непрерывности процесса, недопущения волокиты и т.п., в своем решении от 27 сентября 2013 года (см. на сайте ФПА, сайте АП СК, «Вестнике АП СК» за ноябрь 2013 года) указал на то, что «адвокат в соответствии с правилами адвокатской этики не вправе принимать поручение на защиту против воли подсудимого и навязывать свою помощь в суде в качестве защитника по назначению, если в процессе участвует защитник, осуществляющий свои полномочия по соглашению с доверителем. Отказ подсудимого от защитника-дублера в данной ситуации является обоснованным и исключающим вступление адвоката в дело в качестве защитника по назначению».

Представляется, что изложенная в приведенном решении ФПА позиция по аналогии применима и в случае навязывания своей помощи адвокатами по назначению (при наличии приглашенного защитника по соглашению) и на досудебной стадии, а также в случае замены одного адвоката по

назначению на другого адвоката по назначению без надлежащего законного основания (как в суде, так и на досудебной стадии).

Следует иметь в виду, что «назначение адвоката против воли обвиняемого возможно в ситуациях, когда имеющийся в деле адвокат злоупотребляет своими правами, например, очевидно затягивает процесс (дело *Croissant v. Germany*). В данной ситуации ключевым аргументом являются интересы правосудия».

Необходимо отметить, что доверитель по соглашению вправе добровольно в любой момент отказаться от дальнейшего участия в деле приглашенного (конкретного) защитника и пригласить другого (либо ходатайствовать о назначении адвоката).

В то же время доверитель, чьи интересы защищаются адвокатом по назначению, лишен права выбора конкретного адвоката, в том числе и в случаях замены защитника.

То есть в случае обеспечения права на защиту по назначению доверитель имеет минимальные права, заключающиеся в том, что его защитником должно быть лицо, имеющее статус адвоката, должен отсутствовать конфликт интересов и иные случаи, предусмотренные законом и исключающие участие конкретного защитника в уголовном судопроизводстве (п. 6 ст. 49; ч. 1 ст. 72 УПК РФ). Европейский суд по правам человека в деле «Вожигов против России» подтвердил указанную позицию.

В настоящее время и Пленум ВС РФ дает судам соответствующие разъяснения (см. п. 10 постановления ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве»).

Следует иметь в виду, что требование о замене защитника должно быть обоснованным и подзащитный не может произвольно менять адвокатов по назначению. У доверителя есть право на замену защитника (по назначению) в случае, когда поведение защитника в процессе является крайне непрофессиональным.

Замена защитника должна быть произведена при соблюдении одного из двух условий (ЕСПЧ дело «Ефименко против России»):

- защитник действует очевидно непрофессионально – манкирует своими обязанностями, не знаком с делом или совершил грубую процессуальную ошибку;
- подзащитный вовремя привлек внимание следователя, прокурора, судьи и т.п. к непрофессиональным действиям адвоката и попросил о его замене.

В то же время в уголовных делах встречаются исходящие от подозреваемых (обвиняемых) заявления о назначении либо об отказе от назначенного конкретного защитника (без указания на законные основания), о замене одного назначенного защитника на другого конкретного защитника по назначению. Как правило, такие заявления доверителя (по назначению) носят вынужденный (не отражающий истинного отношения) характер, поскольку повлиять на данную ситуацию он не может даже теоретически. Орган же расследования, удовлетворяя подобные заявления (якобы добровольные), вроде бы руководствуясь при этом своеобразно понимаемым правом на защиту, на самом деле «прикрывает» свои действительные цели по выводу «неудобного» защитника из дела.

С учетом изложенного вновь вступающий в дело адвокат обязан убедиться в законности процедуры замены предыдущего защитника.

ДЕЙСТВИЯ АДВОКАТА, ВНОВЬ ВСТУПАЮЩЕГО В ДЕЛО

Обязанность адвоката по предоставлению квалифицированной юридической помощи находится в прямой связи с правом обвиняемого (подозреваемого) на защиту. Осуществление формальной защиты адвокатом, неявление или отсутствие процессуальной реакции адвоката на выявленные нарушения уголовно-процессуального закона должностными лицами со стороны обвинения либо суда, которые влекут или могут повлечь нарушение прав и законных интересов представляемого лица – являются основанием дисциплинарной ответственности адвоката в соответствии с ФЗ «Об адвокатской деятельности...» и КПЭА.

Так, сам по себе факт вступления адвоката по назначению в уголовное дело в нарушение воли подзащитного (в том числе при пороке воли) в случае невозможности участия приглашен-

ного им адвоката до истечения установленного ч. 3 ст. 50 УПК срока (пятидневного или более длительного разумного срока, см. п. 12 Постановления Пленума ВС РФ № 29 от 30.06.2015) является как нарушением права на защиту, так и основанием для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности в соответствии с положениями КПА.

Во избежание нарушения права доверителя на **эффективную защиту** и во исполнение своей **процессуальной обязанности** по обеспечению таковой вновь вступающему в дело адвокату по назначению следует убедиться в наличии оснований для замены предыдущего адвоката и выяснить у доверителя мотивы, по которым его не устраивает (если не устраивает) замененный защитник. Кроме того, новый защитник обязан удостовериться, что замененный защитник действительно не может принимать дальнейшее участие в деле, будучи **надлежаще** извещенным о дне и времени производства процессуального действия.

Исходя из этого, в случае констатации факта нарушения прав доверителя действиями (бездействием) или решениями должностного лица в части приглашения, назначения защитника либо его необоснованной замены вновь вступивший в дело адвокат обязан заявить соответствующее ходатайство **об обеспечении прав и законных интересов** представляемого лица (в соответствии с положениями ст. 119 УПК РФ), а в случае неудовлетворительного решения по данному ходатайству принять меры по его обжалованию (ст. ст. 123–125, 127 УПК РФ).

Убедившись в отсутствии нарушений прав и законных интересов доверителя при процедуре замены адвоката, вновь вступающий в уголовное дело адвокат обязан начать квалифицированную защиту с беседы с подзащитным и изучения материалов дела.

Вступая в уголовное дело на стадии досудебной подготовки (но до выполнения требований ст. 217 УПК РФ), новый адвокат обязан провести беседу с доверителем для выяснения (определения) позиции защиты и ознакомиться с документами, обосновывающими обвинение (подозрение) в отношении подзащитного (постановление о возбуждении дела в отношении доверителя, постановление о предъявлении обвинения,

допросы доверителя, протоколы очных ставок с его участием, постановления о назначении экспертиз, заключения экспертиз, проведенных к моменту вступления адвоката в дело, иных документов, с которыми был ознакомлен или должен быть ознакомлен доверитель и его предыдущий защитник). Если доверитель находится под стражей либо к нему применялись иные меры пресечения или процессуального принуждения, вновь вступающий в дело защитник обязан ознакомиться с процессуальными решениями, в соответствии с которыми указанные выше меры пресечения и процессуального принуждения были применены.

В подтверждение ознакомления с вышеуказанными документами – их копии (фотографии, светокопии) на бумажных или иных носителях (накопителях) информации должны храниться в адвокатском досье.

При вступлении в уголовное дело на стадии судебного разбирательства адвокат обязан ознакомиться со всеми материалами дела, провести беседу с подзащитным на предмет выяснения его позиции либо формирования новой позиции полностью или в части (с учетом выявленных при изучении материалов дела обстоятельств).

В случае непредставления судом времени для изучения вновь вступившим в дело адвокатом материалов уголовного дела – адвокат обязан заявить ходатайство (в соответствии с положениями ст. 119 УПК РФ) о представлении возможности и достаточного времени для изучения материалов дела и обсуждения позиции с подзащитным. Разумная достаточность испрашиваемого времени для подготовки защиты зависит от объема уголовного дела (количество томов дела, количество эпизодов обвинения), его сложности (количество судебных экспертиз, численность свидетелей и т.д.), факта нахождения подзащитного в СИЗО, под домашним арестом либо иных причин, затрудняющих общение между ним и адвокатом.

При этом следует иметь в виду, что обязанность суда предоставить вновь вступившему в дело адвокату время для ознакомления с материалами дела и подготовке к участию в судебном разбирательстве прямо предусмотрена ст. 248 УПК РФ. Следовательно, отказ в удовлетворении подобного ходатайства полностью либо необоснованное ограничение по объему

либо времени процедуры ознакомления с делом и подготовки к участию в судебном разбирательстве является нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену судебного решения судом апелляционной инстанции (ч. 1 ст. 381 УПК РФ), поскольку нарушаются (путем лишения или ограничения) гарантированные УПК РФ права участников судопроизводства.

При этом необходимо отметить, что действия адвоката, направленные исключительно на умышленное затягивание судебного процесса путем неявки без уважительных причин либо иным способом, недопустимы, поскольку подрывают престиж адвокатуры, честь и достоинство адвокатской профессии, а потому влекут дисциплинарную ответственность виновных лиц.

В случае возникновения у адвоката сомнений в правильности своих действий при процедуре замены защитника (сложная этическая ситуация) – ему следует обратиться в Совет АП для получения соответствующих компетентных рекомендаций.



А.И. Туревич
адвокат
Первой Красноярской
краевой коллегии
адвокатов

ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ В ВИДЕ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ

Действующее гражданское законодательство закрепляет принцип полного возмещения убытков. Под убытками понимаются реальный ущерб и упущенная выгода. Однако если взыскание реального ущерба, как правило, не представляет особого труда для потерпевшей стороны, то взыскание упущенной выгоды сопряжено с определенными сложностями.

Анализ судебной практики показывает, что в большинстве случаев требования о взыскании упущенной выгоды судом не удовлетворяются. Вместе с тем следует отметить, что в последнее время суды стали подходить к такого рода искам более гибко, доводы потерпевших стали исследоваться более подробно.

Кроме того, изменения, направленные на защиту лиц, недополучивших ожидаемый доход, внесены также и в законодательство. Как результат, наметилась тенденция к увеличению удовлетворенных исков по этой категории дел.

Цель настоящей статьи – обратить внимание на отдельные аспекты взыскания упущенной выгоды.

Правовую основу взыскания упущенной выгоды составляют:

- статья 15 Гражданского кодекса РФ, которая предусматривает, что лицо, право которого нарушено, вправе требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы;
- пункт 2 статьи 393 ГК РФ, который конкретизирует положения пункта 1 статьи 15 ГК РФ: возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом;
- пункт 4 статьи 393 ГК РФ, согласно которому при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления;
- пункт 5 статьи 393 ГК РФ, законодательно закрепивший выработанное судебной практикой положение, согласно которому размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков

определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Кроме того, не следует забывать и про пункт 1 статьи 404 ГК РФ, в соответствии с которым суд вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

Таким образом, в предмет доказывания по делу о взыскании упущенной выгоды входит установление противоправности действий (бездействия) ответчика и его вины, наличия и размера убытков, причинно-следственной связи между действиями (бездействием) ответчика и возникшими убытками. Недоказанность одного из перечисленных оснований ответственности за причинение убытков влечет отказ в удовлетворении иска.

Для взыскания упущенной выгоды истец также должен доказать, что им были предприняты все необходимые меры для получения выгоды и сделаны необходимые для этой цели приготовления, а допущенное ответчиком правонарушение явилось единственным препятствием, не позволившим потерпевшей стороне получить выгоду. Непредставление доказательств, подтверждающих эти факты, также будет основанием для отказа в иске.

Исследованию в суде подлежит и вопрос о том, какие меры предпринял потерпевший для уменьшения своих финансовых потерь. В случае если истец не представит доказательств, подтверждающих, что им предпринимались разумные действия для уменьшения убытков, размер возмещения может быть уменьшен судом.

Наибольшую сложность на практике представляет собой доказывание того, что истец предпринял исчерпывающие меры для получения прибыли и недополучил доход именно по вине ответчика, а также доказывание размера упущенной выгоды.

В связи с этим адвокатам, представляющим интересы потерпевшей стороны в деле о взыскании упущенной выгоды, можно порекомендовать следующее.

Постарайтесь как можно подробнее изучить ту деятельность, которую ведет ваш доверитель и по которой он недо-

получил доход. Беседуйте с доверителем, с его работниками, привлекайте при необходимости специалистов. В суде необходимо четко объяснить, чем планировал заниматься потерпевший с целью получения выгоды, как он намеревался это делать, что было ему необходимо для успешного ведения этой деятельности, были ли у него необходимые для этого ресурсы и откуда он рассчитывал эти ресурсы получить. У вас должен быть ответ на возможные вопросы о том, какие обстоятельства влияют на деятельность (и, соответственно, на размер дохода) вашего доверителя, какие риски и каким образом доверитель учел при подготовке своего проекта, что в сложившейся ситуации он предпринял для минимизации своих убытков. По сути, суду необходимо представить подробный, мотивированный бизнес-план. Ваша задача состоит в том, чтобы убедить суд, что возможность получения дохода существовала реально, а не в фантазиях истца, и что исключительно противоправное поведение ответчика воспрепятствовало получению выгоды. При этом не стоит забывать о том, что судья является специалистом в области права, а не экономистом и не технологом.

В отличие от вполне конкретного реального ущерба, упущенная выгода всегда абстрактна, об ее условности говорит и сама формулировка ч. 2 ст. 15 ГК РФ: «...доходы, которые лицо получило бы, если бы...».

Кроме того, необходимо учитывать, что такие категории, как «все необходимые меры для получения прибыли», «с разумной степенью достоверности», «обычные условия оборота», «соразмерность ответственности допущенному нарушению», «разумные меры к уменьшению убытков», являются категориями оценочными и рассматриваются судом в каждом конкретном случае с учетом конкретных фактических обстоятельств дела. При этом, применяя общее правовое предписание к конкретным обстоятельствам дела, судья принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения.

В связи с этим от истца требуется собрать максимум возможных доказательств в обоснование своих доводов. Приобщите даже те доказательства, которые представляются вам очень косвенными, ведь суд будет оценивать не только каждое доказательство в отдельности, но и доказательства в их совокупности.

Отдельную проблему представляет собой определение размера упущенной выгоды.

Размер упущенной выгоды является одним из элементов юридического состава убытков, его недоказанность повлечет за собой отказ в удовлетворении иска. При этом размер упущенной выгоды должен быть определен «с разумной степенью достоверности».

Вместе с тем, как отмечено в пункте 14 постановления Пленума ВС от 23.06.2015 № 25, поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

Как разъяснено в постановлении Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11, полный отказ в иске при такой ситуации нарушает конституционный принцип справедливости и лишает заявителя возможности восстановления его нарушенных прав. Объективная сложность доказывания убытков и их размера не должна снижать уровень правовой защищенности участников экономической деятельности при необоснованном посягательстве на их права. Суд не может отказать в удовлетворении иска только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности.

В последующем эта правовая позиция была закреплена в пункте 5 статьи 393 ГК РФ.

Какие существуют способы расчета упущенной выгоды?

Это, прежде всего, способы, предложенные «Временной методикой определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров» (приложение к письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 N С-12/НА-225).

Кроме того, рассчитывать можно исходя из доходов истца от аналогичной деятельности в смежных со спорным периодом; исходя из доходов истца в спорном периоде от аналогичной деятельности на ином объекте; исходя из данных статистики;

исходя из существовавших в спорном периоде среднерыночных цен; наконец, для отдельных видов деятельности возможен расчет исходя из базовой доходности для ЕНВД (в качестве дополнительного расчета).

В зависимости от конкретных обстоятельств дела выберите тот способ расчета, который будет наиболее подходящим в вашем случае. При этом не забывайте про расходы, которые ваш доверитель неизбежно понес бы, если бы его право не было нарушено и он сумел бы реализовать свой бизнес-проект (имеется в виду соотношение экономических категорий «выручка», «издержки», «прибыль»). Упущенная выгода – это всегда неполученная прибыль, а не выручка.

Как показывает практика, для усиления своей позиции истцу по возможности стоит сделать два расчета разными способами, дабы эти расчеты взаимно подтверждали друг друга.

Таким образом, в основе успешного взыскания упущенной выгоды лежит, как метко выразился В. Ветров, «сочетание авантюры и максимальной подготовленности»¹.

Изменение судебной практики, а вслед за ней и изменение законодательства свидетельствуют о том, что государство признало необходимость более надежной защиты участников предпринимательской деятельности при нарушении их права на получение дохода. Хочется верить, что наметившаяся в правотворческой и правоприменительной деятельности тенденция, направленная на претворение в жизнь принципа полного возмещения убытков, в дальнейшем будет лишь укрепляться.

¹ Ветров В. Секреты о взыскании упущенной выгоды. URL: <http://www.garant.ru/ia/opinion/vetrov/471309/>

А.А. Брестер
к.ю.н., доцент кафедры уголовного
процесса Юридического института
Сибирского федерального
университета,
тренер Института повышения
квалификации адвокатов
Адвокатской палаты
Красноярского края



ВЗЫСКАНИЕ КОМПЕНСАЦИИ ЗА ТЕЛЕСНЫЕ ПОВРЕЖДЕНИЯ БЕЗ УСТАНОВЛЕНИЯ ВИНОВНОГО ЛИЦА, ПОЛУЧЕННЫЕ В ПЕРИОД НАХОЖДЕНИЯ ПОД ЮРИСДИКЦИЕЙ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ

Нередко бывает так, что подозреваемый, обвиняемый, осужденный (или иное лицо) обращаются с жалобами на избиение сотрудниками правоохранительных органов или иными лицами, но с попустительства (а то и по прямому указанию) последних. Добиться возбуждения уголовного дела в этом случае практически невозможно. Череда отказов в возбуждении уголовного дела и их отмен приводит к тому, что даже в случае вынесения постановления о возбуждении уголовного дела рассчитывать на его полноценное расследование не приходится. В том числе в силу утраты большей части следов. К сожалению, только очень серьезные травмы задержан-

ного или его смерть могут привести к тому, что виновные будут найдены и преданы суду. И то не в каждом случае.

Если же отсутствует приговор против должностного лица, то, с точки зрения российского законодательства, пострадавший не может рассчитывать ни на отношение к факту травм в рамках оценки, например, его показаний в рамках уголовного процесса, ни на компенсацию морального и физического вреда. Российское правосудие требует в таких случаях устанавливать в судебном решении конкретное должностное лицо, чтобы быть уверенным, что за него должно отвечать именно государство. В случае с получением травм это требование может быть выполнено только в уголовно-процессуальном порядке. Доказать, что истец был избит конкретным человеком, в гражданском процессе нельзя.

Вот и получается замкнутый круг. Травмы есть, в возбуждении дела отказывают, самостоятельно доказать ничего нельзя. В такой ситуации очевидно, что жертвы пыток и иного насилия со стороны правоохранительных органов должны получить доступ к более оперативному и менее затратному способу защиты. Именно о таком способе, который опробован в судах г. Красноярска, и пойдет речь в этой статье. А конкретнее – о ситуации, когда без наличия установленного виновного лица можно получить компенсацию морального и физического вреда.

ОБОСНОВАНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ВЗЫСКАНИЯ

С принятием постановления Пленума Верховного суда от 10 октября 2003 г. № 5 практика Европейского суда по правам человека официально стала считаться составной частью российского законодательства. Описанные нами ситуации получения травм рассматриваются Европейским судом по правам человека (далее – ЕСПЧ) в рамках нарушения статьи 3 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод – о запрещении пыток. Подход ЕСПЧ здесь очень прост – *для ответственности государства не обязательно, чтобы был найден конкретный виновный сотрудник правоохранительных органов. Главное, доказать, что вред возник в момент нахождения под юрисдикцией правоохранительных органов и достаточ-*

ного разумного объяснения этому вреду (т.е. когда нет сомнений в том, что вред причинен не по вине сотрудников правоохранительных органов) государство не готово представить.

Иными словами, достаточно представить доказательства, подтверждающие, что до того, как попасть под юрисдикцию правоохранительных органов, у человека не было травм, а после они появились – этого достаточно для признания факта нарушения прав человека. Если только государство не докажет, что вред причинен не по вине сотрудников должностных лиц. Обращаем внимание, не выскажет свою версию о том, что лицо могло «само упасть», «подрасться», «само нанести себе травмы», а именно доказать. Так, например, по одному из таких разбирательств были представлены записи камер наблюдения, на которых видно, как задержанный сам наносит себе травмы и их локализация совпадает с теми, что указаны в заявлении об избиении. Если подобных доказательств нет – государство должно нести ответственность.

Вот как это можно обосновать.

В ч. 1 ст. 56 ГПК РФ говорится: каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В соответствии с ч. 1 ст. 11 ГПК РФ суд обязан разрешать гражданские дела на основании Конституции РФ, международных договоров РФ, федеральных конституционных законов.

В силу ч. 4 ст. 11 ГПК РФ, если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом, суд при разрешении гражданского дела применяет правила международного договора.

Таким образом, бремя доказывания отсутствия вины сотрудников правоохранительных органов в причинении вреда здоровью истца должно быть возложено на ответчика (государство).

Об этом прямо говорит Европейский суд в п. 61 постановления Европейского суда по правам человека по делу Аксой против Турции, п. 31, п. 34 постановления по делу Рибич против Австрии, п. 50 постановления Европейского суда по правам человека по делу Менешева против Российской Федерации. В данных постановлениях указывается, что обязан-

ность доказывания факта получения истцом телесных повреждений не в результате каких-либо действий сотрудников милиции возлагается на ответчика и именно он должен достоверно объяснить возникновение у истца полученных повреждений.

Исходя из толкования Европейским судом по правам человека положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, данных им в ряде постановлений и подлежащих применению в настоящем деле, факт невыявления в процессе внутреннего расследования незаконности действий сотрудников органов правопорядка и даже оправдания сотрудника органов правопорядка судом, связанным принципом презумпции невиновности, не освобождает государство от ответственности по Конвенции (п. 30, п. 34 постановления по делу Рибич против Австрии).

Обращаем внимание на последний абзац. Не важно, как проведена доследственная проверка, расследование. И даже не важно, идёт ли очередной этап проверки на момент подачи иска. Если не доказано, что должностные лица не причиняли вред заявителю, государство все равно должно нести ответственность. Это классический подход ЕСПЧ. Презумпция виновности государства позволяет дать хоть какую-то защиту жертвам пыток и иного насилия и обязывает государство бережнее относиться к задержанным.

Забегая вперед, укажем, что к этому обоснованию российские суды добавляют аргументацию из отечественного законодательства, взыскивая такую компенсацию. В одном из решений (ссылка на решение будет позже) читаем:

Статьёй 15 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» предусмотрено, что в местах содержания под стражей устанавливается режим, обеспечивающий соблюдение прав подозреваемых и обвиняемых, исполнение ими своих обязанностей, их изоляцию, а также выполнение задач, предусмотренных УПК РФ. Обеспечение режима возлагается на администрацию, а также на сотрудников мест содержания под стражей, которые несут установленную законом ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение служебных обязанностей.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 17 указанного Закона подозреваемые и обвиняемые имеют право на личную безопасность в местах содержания под стражей. При возникновении угрозы жизни и здоровью подозреваемого или обвиняемого либо угрозы совершения преступления против личности со стороны других подозреваемых или обвиняемых сотрудники мест содержания под стражей обязаны незамедлительно принять меры по обеспечению личной безопасности подозреваемого или обвиняемого (ст. 19).

Таким образом, государство несет обязанность по обеспечению физической неприкосновенности лица, содержащегося под стражей.

Любое применение силы к лицу, лишенному свободы, если это только не обусловлено его собственными действиями, унижает человеческое достоинство и нарушает его права. Действия, которыми истца в период ее содержания под стражей были причинены телесные повреждения, вызывали у нее чувство страха и унижения, причиняли физические страдания. Ответчиком и третьими лицами не представлено доказательств, что все обнаруженные телесные повреждения возникли до задержания и заключения под стражу.

Итак, опираясь на российское право и практику ЕСПЧ, мы можем утверждать, что можно взыскать компенсацию за полученные под юрисдикцией правоохранительных органов травмы и тогда, когда не установлены виновные лица. Для этого нужно доказать в суде следующие факты:

1. Нахождение истца под юрисдикцией правоохранительных органов (дни, часы, минуты – в зависимости от обстоятельств дела).

2. У истца до помещения под юрисдикцию правоохранительных органов не было телесных повреждений.

3. Телесные повреждения возникли в период нахождения под юрисдикцией правоохранительных органов, т.е. в период с момента фактического ограничения свободы или с момента нахождения в помещении правоохранительных органов и до освобождения лица (если оно имело место быть).

Ответчик должен доказать, что телесные повреждения возникли не по вине правоохранительных органов или были причинены законными способами.

ОТВЕТЧИК И ТРЕТЬИ ЛИЦА

Согласно Гражданскому кодексу РФ вред в подобных случаях возмещается за счет казны Российской Федерации (ч.1 ст.1070). Финансовые органы, которые от Российской Федерации являются ответчиками, определены статьёй 1071 Гражданского кодекса.

Приказ Министерства финансов Российской Федерации № 114н и Федерального казначейства № 9н от 25 августа 2006 года¹ конкретизирует и определяет, что организация и ведение в судах работы по выступлению от имени казны Российской Федерации возложены на управления федерального казначейства по субъектам Российской Федерации.

Таким образом, по делам о взыскании денежных средств за счет казны Российской Федерации от ее имени должно выступать Министерство финансов Российской Федерации, чьи интересы представляет управление федерального казначейства по соответствующему субъекту Российской Федерации.

Кроме того, существует специальный совместный приказ Генерального прокурора РФ и Министра финансов РФ², относящийся к указанной категории дел, который подтверждает приведенное выше положение и указывает дополнительно в преамбуле и п. 1, что соответствующий орган прокуратуры привлекается в качестве третьего лица. По смыслу приказа речь идет о прокуратуре субъекта РФ.

Очень остро может встать вопрос по привлечению иных третьих лиц. Практика показывает, что суды стараются привлечь в такие процессы как можно больше ведомств: ГУМВД, Следственный комитет, отдел полиции, конкретных оперативных работников. Это создаёт дополнительные силы на сторо-

¹ Приказ Минфина России N 114н, Казначейства России N 9н от 25.08.2006 «О порядке организации и ведения работы по представлению в судебных органах интересов Министерства финансов Российской Федерации и интересов Правительства Российской Федерации в случаях, когда их представление поручено Министерству финансов Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

² Приказ Генпрокуратуры РФ № 12, Минфина РФ № 3н от 20.01.2009 «О взаимодействии органов прокуратуры и Министерства финансов Российской Федерации при поступлении сведений об обращении в суд гражданина с иском (заявлением) о возмещении вреда, причиненного в результате незаконного уголовного преследования» // СПС КонсультантПлюс.

не ответчика и может оказать давление на истца. Кроме того, может существенно затянуться процесс в связи с необходимостью уведомлять большое число лиц и выяснять вопрос о рассмотрении дела в их отсутствие. Законных оснований для привлечения иных третьих лиц мы не видим. Ответчики часто ссылаются на возможность регресса к виновным лицам, на что есть возможность резонно указать, что вопрос о виновности конкретных лиц в данном процессе не рассматривается, а поиском виновных, в случае если будет положительное решение по иску, представители казначейства должны заниматься после процесса¹.

Впрочем, мы не исключаем, что в целях привлечения общественного внимания к процессу или из иных тактических соображений привлечение большого числа третьих лиц может быть признано со стороны истца целесообразным и необходимости заявлять возражения на эти действия суда не будет.

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

Рассмотрим, чем можно доказывать те факты, которые мы указали как значимые для решения вопроса о компенсации.

Факт отсутствия телесных повреждений до задержания может подтверждаться (перечень не является исчерпывающим):

- актами медицинского освидетельствования при помещении в изолятор временного содержания (далее – ИВС), в которых зафиксировано, что телесные повреждения отсутствуют. Сюда же – журналы медицинских осмотров в ИВС². Это один из самых «железных» вариантов, исключающий почти все сомнения.

¹ Письмо Минфина России от 24.05.2012 № 08-05-04/1503 «По вопросу организации работы по предъявлению регрессных требований» // СПС КонсультантПлюс.

² Здесь и далее мы ориентируемся относительно изоляторов временного содержания на приказ МВД России от 22.11.2005 № 950 «Об утверждении Правил внутреннего распорядка изоляторов временного содержания подозреваемых и обвиняемых органов внутренних дел», а также на приказ МВД РФ № 1115, Минздрава РФ № 475 от 31.12.1999 «Об утверждении Инструкции о порядке медико-санитарного обеспечения лиц, содержащихся в изоляторах временного содержания органов внутренних дел».

- медицинскими документами о состоянии здоровья, которые были составлены незадолго до задержания. Случай достаточно редкий, но возможный. Лицо могло быть на приеме у врача до задержания, проходить осмотр перед допуском на работу и т.п.;
- объяснениями сотрудников правоохранительных органов, которые обычно в избытке содержатся в материалах проверки по заявлению о применении незаконного насилия. Очень часто в этих объяснениях они специально указывают, что повреждений на задержанном не видели;
- показаниями свидетелей. Но нужно учитывать такие факторы, как локализация повреждений и время контакта с истцом до задержания. Первое связано с тем, что не все участки тела доступны наблюдению свидетеля в обычной жизненной ситуации. Второе – время наблюдения человека свидетелями должно быть максимально приближенным к задержанию.

Факт наличия телесных повреждений после задержания, как правило, могут подтверждать только документы. Например:

- те же самые акты, составляющиеся при приеме в ИВС и выдворении из него, если в них зафиксированы телесные повреждения;
- журнал медицинских осмотров в ИВС;
- документы скорой помощи, если она вызывалась к задержанному, документы из травмпункта, если туда доставлялся задержанный (или он обратился туда самостоятельно);
- данные судебно-медицинской экспертизы, если на нее направляли задержанного через небольшой промежуток времени после задержания;
- акты приема или отказа в приеме в следственный изолятор;
- иными документами, где так или иначе должно фиксироваться состояние задержанного (протокол задержания, освидетельствования и т.п.).

Очень часто возникают споры относительно дня задержания лица. Не всегда здесь помогает протокол задержания, так как он может быть составлен значительно позже того, как лицо фактически было лишено свободы. В этом случае необходи-

мо привлекать максимально возможный объем доказательств, чтобы установить день или час задержания. Возможным вариантом является и обжалование действий по задержанию и составлению протокола об этом в порядке ст. 125 УПК РФ.

Отметим также, что большинство указанных доказательств можно получить самостоятельно, в том числе из материалов доследственной проверки, ознакомить с которыми обязаны по заявлению. В случае возникновения сложностей в получении доказательств – просить помощи уже у суда в рамках гражданского процесса.

РЕКОМЕНДАЦИИ К ВЫСТРАИВАНИЮ ПОЗИЦИИ В СУДЕ

Поведение в суде по данному процессу достаточно специфично. Дело в том, что категория споров достаточно новая и, грубо говоря, судьям не совсем понятно, о чем идет речь и что разбирать. Судьи и ответчики начинают выяснять все обстоятельства, спрашивать, когда и как получены повреждения, разбираться в мелочах, не важных для дела.

Со стороны истца должна быть очень четкая позиция. Нам не важно в этом процессе, кто и как избивал лицо. Это может звучать лишь как версия. Тем более, что проведенные проверки или возбужденное уголовное дело не дали результатов. Какой смысл это обсуждать в суде? **Важно лишь то, что есть травмы и их никто не в силах объяснить достоверно. А значит, действует презумпция вины государства.**

В этом смысле важной представляется работа с истцом. Он не должен поддаваться на провокации и много рассказывать и объяснять обстоятельства получения травм, как бы ему этого ни хотелось. Иначе процесс перейдет в обсуждение того, доказано избивание именно должностными лицами или нет. Максимальная сдержанность в объяснениях, указание на то, что у него есть только «версия» произошедшего, и просьба к государству объяснить, откуда повреждения, – вот те рамки поведения, которые могут помочь отстоять процесс в заданном русле.

В очень тщательном разборе ситуации с избиванием может скрываться еще одна большая сложность. Очень часто избивание происходит до помещения в ИВС. При помещении в ИВС

в акте ложно фиксируется, что повреждений нет. А дальше ссылка на такие акты в совокупности с объяснением, что истец был избит до ИВС, ведет к противоречиям. Вроде бы истец говорит, что избивали до, но сам же ссылается в подтверждение отсутствия повреждений на акт, в котором тогда должна содержаться неправда. В таком случае рекомендуется обратиться за разъяснением к ответчику. Именно они должны объяснять такие противоречия. Если в акте неправда – объясните, откуда травмы и почему не зафиксировали. Если акт правдив – откуда после возникли повреждения?

Нам важно разобраться, когда возникли повреждения, и усылать объяснение государства по этому поводу. Если государство сможет четко и без сомнений объяснить – в иске должно быть отказано. Не сможет – иск нужно удовлетворить.

В этом русле надо держать весь процесс. Очень важно не дать ему скатиться в обсуждение деталей избиения. Вот данные о том, что повреждений не было, вот данные, что они появились после задержания – объясняйте.

Это же помогает судье в условиях необычного для него иска понять, что требуется. Но как только процесс наполняется информацией о задержании, избиении и т.п., ответчик тут же апеллирует к материалам проверки или уголовного дела, говорит, что все ложь и ничего не установлено, что сильно влияет на решение судьи.

На данный момент в Красноярске были рассмотрены два таких иска в 2011 и 2013 годах, оба удовлетворены. В 2011 году Железнодорожный районный суд вынес решение в пользу М.Н. Сакович¹ 50 000 рублей были взысканы за причинение вреда жизни и здоровью, а именно: кровоподтеки в заушных областях справа и слева, на левой ушной раковине, лице, в лобно-височной области слева, в поясничной области справа. Эти повреждения были скрыты сотрудниками ИВС и зафиксированы только судебно-медицинской экспертизой, проведенной на следующий день. Государство не смогло объяснить причину возникновения этих травм.

¹ Решение Железнодорожного районного суда от 3.04.2011, дело № 2-587/2011, решение опубликовано. См. подробности также: «Дело Сакович» – прецедент в практике по борьбе с полицейским произволом. URL: <http://krasn.pravo.ru/urgent/view/31587>

Дело Е.В. Чехлова было рассмотрено уже в Советском районном суде (после переезда Управления Федерального казначейства по Красноярскому краю)¹. У истца были зафиксированы следующие повреждения: ссадины на руках, на правой голени, шишка на голове в височно-теменной области. В этом случае даже было возбуждено уголовное дело по факту побоев, причиненных Чехлову Е.В. в ИВС неизвестными лицами. Дело было прекращено, обвиняемого не нашли, но компенсацию получить все же удалось. Причем суд первой инстанции взыскал 3000 рублей, а краевой суд увеличил компенсацию до 50 000 руб.

Таким образом, в Красноярском крае есть примеры положительной практики по получению компенсации за причиненный вред здоровью в момент нахождения лица под юрисдикцией правоохранительных органов. Эти примеры открывают путь к более простому и эффективному средству защиты жертв незаконного насилия со стороны правоохранительных органов, наряду с обращением в Европейский суд по правам человека. Причем такой национальный способ не имеет ограничения по сроку и компенсация может быть получена за повреждения и травмы, полученные много лет назад. В свою очередь, привлечение государства к ответственности за свои ошибки позволяет надеяться на то, что оно будет что-то менять в той области, где за ошибки приходится отвечать.

¹ Решение Советского районного суда от 19.08.2013, дело № 2-104/13; Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 6.11.2013. См. также: Дело Чехлова, почти итоги. URL: <http://alex-brester.livejournal.com/32957.html>

И.А. Хорошев
адвокат Первой Красноярской
краевой коллегии адвокатов,
тренер Института повышения
квалификации адвокатов
Адвокатской палаты
Красноярского края



ДОПРОС В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

Допрос как тема занятий в юридических вузах – явление не частое. На курсе криминалистики студент получает информацию о тактике допроса на предварительном расследовании, а на занятиях по уголовному процессу – процедуры проведения допроса на следствии (дознании) и в суде. Но этого мало, поскольку реальный судебный допрос – это не просто форма, но и содержание, достаточно сильно отличающееся от содержания допроса, проводимого следователем.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство, в отличие от норм УПК РСФСР, более конкретно закрепляет принцип состязательности сторон и устанавливает, что функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделяются друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия

для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ст. 15 УПК РФ).

Применительно к судебному допросу принцип состязательности сторон закреплен в порядке проведения допроса. А именно – первая очередь задавать вопросы допрашиваемому предоставляется либо обвинению, либо защите в зависимости от того, к какой стороне принадлежит допрашиваемый (прямой допрос). Вторая очередь задавать вопросы принадлежит процессуальным оппонентам (перекрестный опрос). Суду же право задавать вопросы предоставлено только в третьей очереди (ст. ст. 275, 277, 278, 282 УПК РФ). Тогда как УПК РСФСР предоставлял возможность первым допрашивать суду, затем стороне обвинения и только после этого стороне защиты, вне зависимости от того, к какой из сторон (обвинения или защиты) принадлежал допрашиваемый (ст. ст. 280, 283, 287, 289 УПК РСФСР). К сожалению, достаточно часто в наше время можно наблюдать картину, когда суд, не соблюдая порядок допроса, самостоятельно начинает задавать вопросы, игнорируя права сторон. Или предоставляет право первого вопроса стороне обвинения, тогда как допрашиваемый приглашен стороной защиты. При этом способ напомнить суду о себе достаточно прост и содержится в ч. 3 ст. 243 УПК РФ, в соответствии с которой любой участник судебного разбирательства имеет право возражать против действий председательствующего, которые заносятся в протокол судебного заседания.

Уже затронув тему прямого и перекрестного допросов, хотелось бы подробнее остановиться на ней. Точных определений данных понятий нет. Но большинство сходится на том, что прямой допрос – это допрос «своего» свидетеля или иного участника процесса, целью которого является изложение той истории, которую эта сторона видит. Перекрестный допрос – это допрос «несвоего» участника, ответом которого вы не довольны. Целью перекрестного допроса является получение полезной для вас информации, не полученной при прямом допросе, для порождения сомнений в показаниях «чужого» свидетеля, выявление недостоверностей, неточностей, а иногда и прямой лжи.

Как уже отмечалось, существующий порядок судебного допроса предоставляет каждой из сторон право принять участие

как в прямом, так и в перекрестном допросе, и не дает суду возможности допрашивать первым. Этот же самый порядок не позволяет вашему процессуальному оппоненту задавать вопросы свидетелю в тот момент, когда это делаете вы. Если же такое вмешательство произошло, то целесообразно помнить об обязанности суда осуществлять руководство судебным заседанием, принимать все предусмотренные УПК РФ меры по обеспечению состязательности и равноправия сторон, обеспечивать соблюдение распорядка судебного заседания (ч. 1 и 2 ст. 243 УПК РФ). Данная норма позволяет вам при необходимости обратиться к суду и призвать вашего процессуального оппонента к порядку.

Прямой допрос характеризуется, прежде всего, некоторой свободой в повествовании известных событий. Немаловажную в этом роль играет психологическое отношение допрашиваемого к лицу, проводящему допрос, и его отношение к обстоятельствам, о которых он дает показания. Общеизвестным является факт, что легче получить информацию от человека, испытывающего положительные эмоции к собеседнику, тогда как при наличии отрицательных эмоций желание опрашиваемого полностью раскрыть свои знания значительно ниже. Поэтому при прямом допросе было бы неплохо проявлять вежливое и тактичное поведение к «своему» свидетелю, выказывая уважение и интерес к его личности и к его показаниям.

При прямом допросе свидетель излагает свои показания в свободном, естественном порядке, сохраняя в рассказе последовательность времени. Задачей стороны, проводящей прямой допрос, является получение полной картины, которая известна свидетелю. По общему правилу прерывать свободный рассказ не следует. Если вы хотите уточнить какие-либо детали, целесообразно после свободного рассказа задать ряд вопросов, направленных на уточнение показаний. В этом случае у суда сложится последовательная и непротиворечивая картина, что положительно скажется на оценке его показаний с точки зрения достоверности. В случае же, если вы без надобности станете прерывать свидетеля, уточняя у него по ходу свободного рассказа незначительные детали, то возможна потеря психологического контакта, возникновение у свидетеля по отношению к вам раздражения или обиды. Кроме того,

излагаемая история может оказаться «рваной» и нелогичной, что, в свою очередь, запутает суд, противоположную вам сторону и породит массу вопросов перекрестного характера, подрывающих доверие к показаниям вашего свидетеля.

Но бывают ситуации, когда свидетель в силу разных обстоятельств при свободном рассказе выдает слишком много лишней информации, излагая при этом факты, не относящиеся к рассматриваемому делу. Излишне ненужная информация зачастую не позволяет донести до сведения суда то важное, что необходимо стороне для подтверждения своей позиции. В таком случае вмешательство в свободный рассказ является необходимостью. Трудно дать исчерпывающую рекомендацию о степени такого вмешательства, поскольку все зависит от конкретных обстоятельств, но во всяком случае необходимо выдержать логичность и последовательность рассказа свидетеля, удерживая его в рамках обстоятельств, подлежащих выяснению. А также действовать тактично и вежливо по отношению к нему, удерживая психологический контакт.

При проведении прямого допроса не нужно постоянно переспрашивать свидетеля и все время уточнять одни и те же обстоятельства, превращая прямой допрос в перекрестный. Таким поведением вы покажете суду, что сами не доверяете этому человеку, а может, даже породите неуверенность у самого допрашиваемого, который, следуя вашим неоднократным уточнениям, изменит свои показания или открыто станет в них сомневаться.

Перекрестный допрос по сравнению с прямым – более сложная операция, требующая больше сил и подготовки. *Наряду с допросом своих свидетелей нет ничего более важного и более трудного в адвокатском искусстве, чем допрос свидетелей противника. Это опаснейшая часть процесса, ибо здесь ошибки почти всегда бывают непоправимы. В судебном бою этот допрос похож на то, что в морской тактике называется «ходить под выстрелами», и адвокат должен обладать многими такими же свойствами, какие при этих условиях необходимы для моряка: нужны смелость и осторожность, решительность и изворотливость, рассудительность и верный взгляд на вещи¹.*

¹ Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел / пер. с англ. П. Сергеева. М. : Изд-во СГУ, 2008. С. 63.

Нисколько не принижая серьезности подготовки и проведения прямого допроса, я также считаю, что подготовка к перекрестному допросу и его проведение – один из наиболее серьезных и ответственных моментов работы адвоката. Это обусловлено тем, что при перекрестном допросе вам необходимо получить от «чужого» свидетеля ту информацию, которую он по какой-то причине не сказал при прямом допросе, и эта информация будет использована вами против него же самого, разрушая первоначальные показания или ставя их под сомнение. Осознанно или неосознанно, но «чужой» свидетель воспринимает вас как представителя враждебной стороны и не сильно расположен к вам. Более того, для каждого из допрашиваемых достаточно сложно признаться в суде, что то, о чем говорилось в свободном рассказе, не совсем правда. Поэтому если вы готовитесь опровергнуть показания противоположной стороны, то должны иметь на руках достаточный для этого арсенал.

Я часто сталкиваюсь с такими эпизодами, когда перекрестный допрос начинается со слов: «Свидетель, почему Ваши показания, данные сегодня в суде, не совпадают с показаниями, данными на предварительном расследовании?» Если и вы начнете именно с этого, то ваш вопрос снимут, поскольку в судебном разбирательстве все доказательства по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию. Оглашение показаний, данных лицами на предварительном расследовании, возможно только в определенных случаях и при соблюдении определенной процедуры (ч. 1 и ч. 2 ст. 240, ст. ст. 276, 281 УПК РФ). Поэтому если ранее данные показания в суде не оглашались, то для суда их нет и отсылка к ним невозможна. Правильным в такой ситуации будет начать перекрестный допрос с мотивированного ходатайства об оглашении ранее данных показаний и только после того, как ходатайство будет удовлетворено и показания оглашены, сопоставлять текст протокола допроса с информацией, услышанной в суде.

В рассматриваемом нами примере следует учитывать одну важную особенность. Протокол допроса со стадии предварительного расследования содержит только те вопросы, которые следователь посчитал нужным спросить, и только те ответы, которые следователь посчитал нужным записать. Поэтому то, что написано в протоколе допроса, не означает, что допраши-

ваемый говорил именно так и по всем обстоятельствам дал исчерпывающие ответы. Не учитывая это, каждый пытающийся поймать свидетеля на противоречиях слова написанного и слова сказанного рискует услышать в ответ, что об этом свидетеля ранее не спрашивали, а вот здесь записали так, потому что неправильно поняли, а в суде ему все разъяснили и именно здесь он говорит правду. Получив такое объяснение и не имея других аргументов в опровержение, вы не просто не добьетесь своей цели скомпрометировать показания «чужого» свидетеля, но и, наоборот, усилите его позицию, услышав мотивированное и правдоподобное объяснение несоответствий.

На самом деле это не значит, что такие несоответствия не надо показывать. В данной ситуации можно после оглашения показаний спросить допрашиваемого, давал ли он такие показания, не акцентируя его внимание на ключевых моментах. Высказаться о достоверности истории, услышанной от того или иного свидетеля, вы можете в прениях, напомнив суду, что оглашенные показания не совпадают с услышанными в суде.

Часто приходится наблюдать, что защитник или обвинитель, не имея никакого представления о вопросах, которые он хочет задать, заставляет свидетеля при перекрестном допросе повторить показания, как будто он не расслышал или не понял сказанного. В этом случае такой юрист вызывает у меня ассоциацию боксера, получившего нокдаун и пытающегося выиграть время и собраться с мыслями. В основном подобный подход вашего противника свидетельствует о том, что ваш удар достиг цели, поскольку оппонент не был подготовлен к этому шагу и не сумел спрогнозировать последствия, в связи с чем его позиция значительно пошатнулась. Если достойного решения проблемы найдено не будет, вашего свидетеля заставят проговорить все сначала и начнут цепляться к мелочам и неточностям, которые всегда появляются при повторении. Если вы не вмешаетесь в этот процесс, то, скорее всего, свидетель запутается, занервничает и создаст о себе неблагоприятное впечатление перед судом. Поддержите вашего свидетеля сразу, начав возражать против просьб повторить рассказ и обосновывая возражения тем, что на эти вопросы ответ уже давался.

Мы плавно подошли к одному из краеугольных камней дела допроса – тщательному изучению материалов уголовного дела

и понимаю обстоятельств случившегося. Для перекрестного допроса недостаточно сверить один протокол, содержащий показания свидетеля, данные для следователя и показания, данные для суда. Нужно знать все дело вплоть до самых мелочей.

Вот что писала Диана Исаковна Каминская, адвокат эпохи Советского Союза, принимавшая участие в самых громких политических процессах 1960–1970-х годов: *«Мой метод – это доскональное изучение каждого дела (мне всегда казалось, что непрочитанный лист может оказаться самым главным) и долгие раздумья, вживание в дело, в характер и психологию того, кого я защищаю. Я никогда не сетовала на отложение дела или затяжку. Никогда не ощущала время лишним. Оно всегда было мне нужным. Еще раз пойти в тюрьму, еще раз поговорить с подзащитным. Иногда как будто даже о чем-то постороннем, но помогающем понять человека. У актеров есть термин – «вживание в роль». Мне всегда нужно было «вжиться» в дело»¹.*

И еще: *«Любой следственный документ, мелкая подробность в описании вещественных доказательств – все может иметь значение в сложной работе опровержения... Вот почему в условиях советского суда основными требованиями, которым должен отвечать хороший адвокат, являются доскональное знание материалов дела, способность к строгому логическому мышлению, способность к быстрой, мгновенной реакции во время судебного заседания, умение очень точно формулировать свои вопросы, способность к самоограничению при постановке вопросов (ведь адвокат не знает заранее, какой ответ он получит)»².*

А вот мнение известного российского адвоката конца XIX – начала XX века Петра Сергеевича Пороховщикова: *«Нельзя предугадать заранее всех мелочей, которые на судебном следствии могут вдруг оказаться решающими, поэтому надо знать все, что только нужно знать. Судьба подсудимого может зависеть от одного слова, от одной буквы»³.*

¹ Каминская Д.И. Записки адвоката. М. : Новое издательство, 2009. С. 46.

² Каминская Д.И. Указ. соч. С. 44–45.

³ Сергеич П. Уголовная защита. М. : Издательство «Юрайт», 2008. С. 24–25.

Как видим, советы адвокатов века двадцатого полезны и для адвокатов века двадцать первого. Поскольку и сейчас сведения и даты, указанные в рапортах, заявлениях и справках, описание освещения, условий видимости и погодных условий, содержащиеся в протоколах и иных документах, медицинские документы о заболеваниях тех или иных лиц или о механизмах получения повреждений, заключения экспертов и мнения специалистов, последовательность изложения участниками событий обстоятельств произошедшего на протяжении всего уголовного процесса, обстоятельства получения показаний и объяснений у отдельных лиц, правильность оформления процессуальных документов и т.д. – все это должно быть тщательным образом изучено и сопоставлено между собой, чтобы отсеять технические неточности, не влияющие на достоверность показаний и выявить «белые» пятна настоящих несоответствий. Полученные в процессе анализа дела знания позволят вам формулировать цепочки вопросов, отвечая на которые, свидетель вашего процессуального оппонента предоставит вам возможность показать суду сомнительность своих показаний.

Не случайно Д.И. Каминская отмечает способность адвоката к самоограничению при постановке вопросов из-за опасности получить нежелательный ответ. Очень редко удастся поговорить со свидетелем до допроса, тем более, если этот свидетель не на вашей стороне. Поэтому вы не можете знать до конца, каким объемом информации располагает свидетель и что он будет вам отвечать. В связи с этим всегда существует опасность получить ответ, который вы не ждете и который вам не нужен. Очень важно чувствовать ту грань, когда необходимый ответ получен, а дальнейшие расспросы пагубны. Вот хрестоматийный пример того, что может быть, если вовремя не остановиться.

Адвокат допрашивает свидетеля:

- Вы видели начало драки собственными глазами?
- Нет.
- Когда вы прибыли на место происшествия, драка уже закончилась?
- Верно.

– Тогда откуда вы знаете, что обвиняемый откусил у потерпевшего часть уха?

– Я видел, как он его выплюнул!

Вместо того, чтобы удовлетвориться ответами о том, что свидетель не видел драки, и прекратить перекрестный допрос, адвокат продолжает и получает ответ, подтверждающий виновность своего клиента.

Для контролирования подобной ситуации существует выработанное многолетней практикой золотое правило допроса: «Лучший вопрос – незаданный вопрос». В этой фразе заложено предостережение от неконтролируемого ответа. Старайтесь придерживаться этого правила всегда.

Готовясь к перекрестному допросу, важно понимать, с кем вы столкнетесь, насколько этот человек настроен на обман и как он к этому подготовлен.

Большинство допрашиваемых не являются профессиональными участниками судебных разбирательств, и практически каждый испытывает волнение в той или иной степени, готовясь к допросу. Будучи приглашенным в зал судебного заседания и пройдя официальную процедуру установления личности, предупреждения о различной ответственности за нарушения при допросе, среднестатистический человек оказывается в незнакомой обстановке с непонятными ему правилами игры. При этом свойства человеческой памяти таковы, что человек запоминает события избирательно. Остальное додумывается на основе логических предположений и реконструкций. Время частично стирает информацию, полученную непосредственно на месте событий и некоторые воспоминания замещаются ложными. Например, свидетель является очевидцем драки двух мужчин. При этом он наблюдает у нападавшего какой-то предмет в правой руке, которым наносились удары, а затем видит на потерпевшем следы проникающих ранений. Находясь в стрессовой для него ситуации, свидетель не замечает, что именно было в руке у нападавшего, но, используя логические рассуждения, а также полученную в последующем различную информацию от других источников (СМИ, другие очевидцы, сотрудники правоохранительных органов), делает для себя однозначный вывод о том, что в руке у нападавшего был нож. Далее этот вывод, если сам очевидец не отнесся к нему кри-

тически, становится ложным воспоминанием и ложится в его памяти в картинку происходящего. И здесь нельзя утверждать, что допрашиваемый лжет, просто он так помнит. Для такой категории свидетелей достаточно показать его заблуждение, не выходя на линию прямого и непосредственного конфликта. Расставьте свои вопросы в той временной и логической последовательности, которая позволит свидетелю самому понять его заблуждение, и он, возможно, открыто признает это в суде. Если открытое признание не последует, то замешательство, в которое вы введете свидетеля, и его неуверенность сами дадут суду пищу для размышлений и критической оценки.

Другое дело, когда кто-то из участников умышленно искажает события, примешивая в свой рассказ значительную долю недостоверности. С таким свидетелем вам будет значительно труднее, но это не значит, что ложь невозможно раскрыть.

Явления внешнего мира происходят в сопровождении и в связи с другими явлениями. Ни одно событие не может существовать вне других событий. Рассказ свидетеля составлен из ряда фактов; если это – факты действительные, они подойдут ко множеству других фактов; при этом они не могли существовать, не вызвав ряда других фактов или не оказав на них некоторого влияния. Если показание ложно, то при всем искусстве вымысла события, удостоверяемые свидетелем, не могут подойти к окружающим фактам во всех своих подробностях. Окружающие обстоятельства во всем своем множестве будут совпадать с показанием правдивым, ибо последнее, как бы ни казалось малоправдоподобным, составляет часть целого, ими образуемого, – подобно тому, как камень, выбитый из скалы, хотя бы в самой причудливой форме, не может не подойти к своему прежнему месту¹.

В борьбе с недостоверными показаниями вам вновь поможет тщательное изучение материалов дела, воспроизведение обстановки случившегося, понимание, что могло происходить, а что не могло в принципе. Так, по одному из дел потерпевшая утверждала, что мой клиент на улице ударил ее стеклянной бутылкой по голове и порезал ей щеку. Этот порез был квалифицирован как вред средней тяжести здоровью. Знакомясь с материалами дела, я обратил внимание, что на стадии послед-

¹ Гаррис Р. Указ. соч. С. 81–82.

ственной проверки потерпевшая в своих объяснениях говорила, что упала на осколки бутылки. Описанные по результатам судебно-медицинской экспертизы повреждения по механизму больше походили на то, что человек действительно упал и порезался об них. Кроме того, такие повреждения нельзя было получить с одного удара. На суде при перекрестном допросе я несколько раз уточнял у потерпевшей количество ударов и место их приложения. И на каждый из вопросов она отвечала, что ее ударили один раз по затылку. Понимая, что объяснение, полученное до момента возбуждения уголовного дела, не является доказательством, я вызвал в суд сотрудника полиции, который собирал материал. Этот сотрудник подтвердил, что первоначально женщина рассказывала, как упала на осколки бутылки и порезала щеку. Имея на руках два варианта объяснения случившегося, я заявил ходатайство о проведении дополнительной судебно-медицинской экспертизы, попросив экспертов ответить на вопрос, какой из вариантов соответствует механизму получения повреждений. Ответ экспертов был однозначен. Медики дали заключение, что так порезать щеку, как описывает потерпевшая, невозможно, а вот получить такие повреждения, упав на осколки, – вероятно.

В этом примере изначально было очень важно зафиксировать в судебном допросе показания потерпевшей о количестве ударов. Поторопись я с экспертизой, и потерпевшая могла поменять показания, сказав, что ударов было несколько. Таким образом, собрав воедино несколько факторов и выбрав направление на опровержение, используя перекрестный допрос потерпевшей и прямой допрос сотрудника полиции, при помощи экспертов-медиков я показал суду недостоверность истории, излагаемой стороной обвинения.

Подводя итог всего сказанного, хотелось бы, чтобы каждый участник судебного процесса помнил, что допрос – это не просто рассказ свидетеля, потерпевшего или подсудимого. Это, прежде всего, для каждой из сторон способ доведения своей позиции до суда, до процессуального оппонента и иных участников процесса. Поскольку в судебном разбирательстве итоговое решение принимается судом, то и информация, поступающая от допрашиваемых, должна быть, прежде всего, нацелена на правильное восприятие ее судьей.

Д.А. Редькин
адвокат Первой Красноярской
краевой коллегии адвокатов,
тренер Института повышения
квалификации адвокатов
Адвокатской палаты
Красноярского края



ТЕХНИКИ ПОДГОТОВКИ ЮРИДИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ

**КАК ПОДГОТОВИТЬ ДОКУМЕНТ,
ЧТОБЫ ПОВЫСИТЬ ШАНСЫ
ЕГО УДАЧНОГО РАССМОТРЕНИЯ В СУДЕ?**

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ

Вэкспертном сообществе бытует расхожее выражение: «Эксперт – это человек, который уже не думает. Он знает!»¹

Аналогичным образом в среде практикующих юристов достаточно распространено мнение, что навык написания юридических текстов приходит сам собой, вырабатывается с опытом и т.д.

Возможно. Если написание юридического текста или составление юридического документа, кроме собственно написания и составления, более никаких целей не предполагают.

© Редькин Д.А., 2016

¹ «Эксперт – это человек, который уже не думает. Он знает». Ф. Хаббард

Автор, тем не менее, имеет смелость утверждать, что составление любого юридического документа подразумевает расходование самого ценного ресурса юриста вообще и адвоката в частности – времени. Более того, составление такого документа – это не работа ради работы, но работа ради результата, или цели.

Иными словами, техника составления юридического документа, по мнению автора, – это совокупность специальных приемов (правил, алгоритмов), путем использования которых при составлении и оформлении юридического документа достижение цели, ради которой создается данный документ, является наиболее вероятным.

Следует уточнить, что данная статья описывает технику составления не юридических текстов вообще, но лишь тех документов, которые так или иначе заявляются в ходе судопроизводства. Несмотря на то, что в статье сделан акцент на судопроизводство по уголовным делам, описанные технические приемы принципиально не отличаются от используемых в гражданском судопроизводстве.

ВИДЫ И ЗНАЧЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ

Любой процесс, будь то уголовный или гражданский¹, обладает рядом свойств. Оставляя за рамками настоящей статьи подробную характеристику судопроизводства, отметим лишь две ее составляющих, в значительной степени оказывающих влияние на технические приемы составления процессуальных документов.

Во-первых, процесс динамичен. Иными словами, это некая цепь юридических фактов, существующая в течение определенного времени и разворачивающаяся последовательно. При этом ход процесса в значительной, а порой – в решающей степени определяется действиями его участников.

Во-вторых, процесс отличается такое качество, как стадийность. Судопроизводство характеризуется рядом «точек не-

¹ В данной статье под терминами «гражданский процесс» и «уголовный процесс» подразумевается судопроизводство по гражданским делам, судопроизводство по уголовным делам.

возврата», т.е. юридических составов¹, по наступлении которых возврат в завершённую стадию процесса либо невозможен в принципе, либо сопряжен с рядом трудностей. По вынесении судом постановления о назначении судебного заседания по итогам предварительного слушания возобновление предварительного слушания не представляется возможным, переход из судебных прений в судебное следствие связан с необходимостью исследования новых доказательств.

Соответственно, и видовая характеристика процессуальных документов предопределяется вышеприведенными обстоятельствами.

Так, если процессуальный документ предъявляется участником процесса в течение какой-либо его стадии, как правило, непосредственно он может влиять на судьбу вопросов, подлежащих разрешению в данной стадии. При этом закон допускает возможность неоднократного заявления процессуального документа с тождественными требованиями. Вышеуказанные процессуальные документы в данной статье автор предлагает называть тактическими.

Вместе с тем, если процессуальный документ является процессуальной реакцией на итоговое судебное решение по делу, то он предопределяет его рассмотрение судом вышестоящей инстанции и может быть заявлен однократно (со стороны одного субъекта процесса). Документы подобного рода далее будут именоваться стратегическими.

Необходимость проведенной классификации процессуальных документов обусловлена прежде всего различным спектром технических приемов, используемых при их создании.

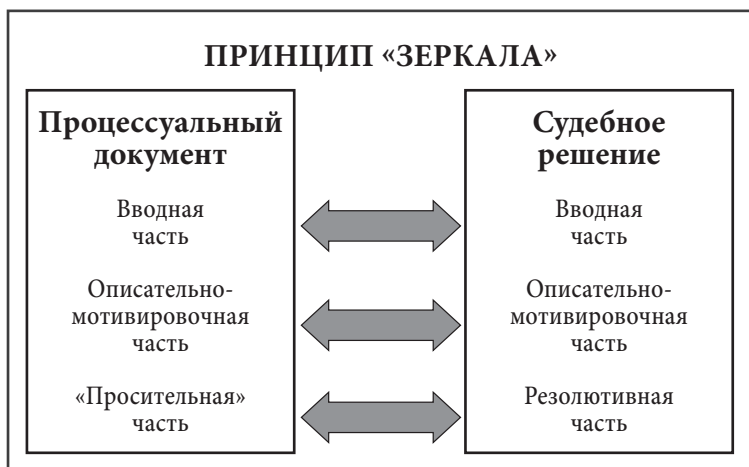
Прежде чем перейти к описанию технических приемов формулирования процессуальных тактических и стратегических документов, следует отметить один общий принцип их построения.

Практически любой судебный акт, принимаемый как в рамках гражданского, так и уголовного дела, будь то итоговый судебный акт или промежуточный, состоит из трех частей: вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной.

¹ Юридический состав – совокупность юридических фактов. Более подробно см.: Н.И. Матузов, А.В. Малько. Теория государства и права : учебник. М. : Юристъ, 2004. С. 211.

Соответственно, процессуальный документ, составляемый стороной в рамках судопроизводства, должен отвечать принципу «зеркала», т.е. структурно и содержательно соответствовать судебному акту, постановляемому по результатам его рассмотрения.

Иными словами, необходимо формулировать (структурно и содержательно) процессуальный документ так, как должно выглядеть судебное решение, принятое по результатам его рассмотрения.



ХОДАТАЙСТВА: ТЕХНИЧЕСКИЕ ПРИЕМЫ СОСТАВЛЕНИЯ

В спектре тактических процессуальных документов ходатайство составляет наиболее значительное место. Более того, именно ходатайство предполагает наличие достаточно широкого спектра технических приемов его составления.

При этом немаловажным фактором, определяющим технику формулирования ходатайства, является то, что заявление ходатайства суду всегда предполагает достижение определенного результата. Как следствие, заявление ходатайства всегда, без исключения, предполагает достижение цели. Что характерно, цель далеко не всегда заключается в том, чтобы ходатайство было удовлетворено судом.

Цель заявления ходатайства проистекает прежде всего из позиции заявителя, и в этом смысле ее достижение есть не только и не столько удовлетворение ходатайства судом, сколько получение своевременной и мотивированной процессуальной реакции в ответ на заявленное ходатайство.

Следовательно, цель заявления ходатайства заключается прежде всего в воздействии на позицию заявителя по делу.

В отмеченном аспекте актуальность приобретает не столько результат рассмотрения ходатайства, сколько своевременность получения процессуальной реакции на его заявление; однако к рассмотрению данной проблемы в статье мы вернемся ниже.

Структурно ходатайство состоит из трех блоков. Так, можно выделить:

- описание фактических обстоятельств, в связи с которыми заявляется ходатайство;
- правовая квалификация изложенных фактов;
- правовое требование, вытекающее из квалификации.

Данная структура ходатайства не легализована в правовых нормах; вместе с тем структурирование ходатайства подобным образом позволяет (хотя бы при первом прочтении) ознакомиться с его содержанием без обращения к материалам дела, в котором ходатайство заявляется.

Следует отметить, что едва ли не большее значение, чем структурирование, имеет баланс ходатайства, т.е. объемное соотношение структурных его частей. Так, описание фактических обстоятельств дела по объему должно быть меньше, чем правовая квалификация. Иными словами, наиболее значимым как в смысловом, так и в содержательном плане элементом ходатайства является именно правовая квалификация.

Вместе с тем изложение фактической стороны дела в ходатайстве должно отвечать критерию достаточности, что означает, что описание всех необходимых для квалификации фактов должно содержаться в самом ходатайстве.

Наконец, описание фактических обстоятельств в ходатайстве желательно осуществлять линейно, т.е. соблюдая хронологическую последовательность их изложения.

Итак, совокупность технических приемов формулирования ходатайства можно представить следующей схемой.

При этом можно отметить также ряд технических приемов, используемых при проведении правовой квалификации в ходатайстве.



Во-первых, правовая норма, лежащая в основании квалификации, должна строго соответствовать фактическим обстоятельствам, приводимым в ходатайстве. Иными словами, ссылки на «смысл закона», любую аналогию закона или права допустимы постольку, поскольку это прямо отражение в правоприменительных позициях высших судебных инстанций. В ином случае заявитель ходатайства рискует столкнуться с ситуацией непонимания проведенной квалификации со стороны суда¹.

Во-вторых, имеет смысл приводить нормативно-правовое обоснование заявляемого ходатайства, располагая нормы по принципу «от общей к специальной». В таком случае как минимум не нарушается логика квалификации, а приводимые в обоснование ходатайства нормы образуют единое завершённое нормативное пространство.

¹ Безусловно, объективно существуют ситуации, когда квалификация спорного правоотношения не может быть осуществлена на основе правовых норм и правоприменительной практики. Однако методы преодоления подобных ситуаций находятся явно за пределами рассматриваемых в настоящей статье вопросов и к тому же являются скорее исключением, чем правилом.

В-третьих, в целях соблюдения баланса ходатайства желательно избегать чрезмерно длинных цитат нормативно-правовых актов. Довольно часто можно столкнуться с ситуацией, когда одна структурная единица кодекса или закона (например, статья или часть статьи) содержит целый комплекс правовых норм, тогда как необходимой для квалификации является только одна из них. В данном случае целесообразно исключать из текста цитируемой статьи нормативно-правового акта нормы, не относящиеся к квалифицируемому правоотношению.

Правовое требование в ходатайстве, будучи ключевым его элементом в том смысле, что именно правовое требование задает участникам судопроизводства и, прежде всего, суду процессуальные рамки для его рассмотрения и разрешения, также отвечает ряду технических критериев при его формулировании.

Так, правовое требование должно быть исполнимым, т.е. лежать в пределах компетенции суда и в рамках его правомочий в определенной стадии процесса.

Требование также должно быть обоснованным, т.е. предусмотренным (или как минимум не запрещенным) законом и вытекающим из фактических обстоятельств, в которых заявляется ходатайство.

Правовое требование, очевидно, должно отвечать критерию последовательности, т.е. лежать в пределах позиции заявителя по делу.

Критерий конкретности заключается в том, что правовое требование в ходатайстве не может быть абстрактным, т.е. допускающим для суда возможность самостоятельного выбора вариантов разрешения поставленного в ходатайстве вопроса.

Соответственно, вышеизложенные технические приемы и требования к ходатайству определяют и структуру его текста.

В зависимости от объема и сложности поставленного в ходатайстве вопроса оно может приобретать следующий вид:

Если объем ходатайства невелик, структура его текста будет выглядеть таким образом: вводная часть – название – описание фактических обстоятельств – переходная фраза (то есть утверждение автора о будущем правовом требовании) – ссылка на нормы – квалификация – правовое требование.

Вместе с тем, если объем ходатайства является достаточно значительным, вопросы вспомогательного характера в хода-

тайстве имеет смысл выделить в блок с вспомогательной квалификацией. Так, необходимость немедленного разрешения ходатайства целесообразно сформулировать отдельно от основной мотивировки, и тогда после описания фактических обстоятельств дела структура текста ходатайства приобретает вид: ссылка на нормы (вспомогательная квалификация) – вспомогательный правовой вывод – ссылка на нормы (квалификация) – общий правовой вывод – правовое требование.

СТРУКТУРА ТЕКСТА ХОДАТАЙСТВА

Вводная часть *кому * от кого	Вводная часть *кому * от кого
*Ходатайство (название)	*Ходатайство (название)
<ul style="list-style-type: none"> * Описание фактических обстоятельств, послуживших основанием для обращения с ходатайством * Предквалификация (переходная фраза) * Ссылка на правовые нормы * Квалификация Ссылка на основания для заявления ходатайства, регламентированные УПК РФ (возможно, расширенная) ПРОШУ: * Правовое требование 	<ul style="list-style-type: none"> * Описание фактического обстоятельства * Квалификация (в том числе нормы) * Описание * Квалификация (в том числе нормы) * Общий правовой вывод Ссылка на основания для заявления ходатайства, регламентированные УПК РФ (возможно, расширенная) ПРОШУ: * Правовое требование

НЕМЕДЛЕННОЕ РАЗРЕШЕНИЕ ХОДАТАЙСТВА: АКТУАЛИЗАЦИЯ ПРОБЛЕМЫ

Нередки случаи, особенно в случае заявления ходатайства о признании доказательства недопустимым, когда суд, получив текст ходатайства, откладывает его разрешение «до вынесения итогового судебного акта по делу».

Насколько это отвечает целям лица, заявляющего ходатайство?

Представляется, что в большинстве случаев это не просто создает неудобства, но вносит в ход судебного разбирательства по делу элемент неопределенности и неоднозначности.

Что по сути представляют собой судебные прения?

Из легальной дефиниции данного понятия следует, что прения сторон состоят из речей обвинителя и защитника (ч. 1 ст. 292 УПК РФ¹).

Вместе с тем согласно ч. 4 ст. 292 УПК РФ участник прений сторон не вправе ссылаться на доказательства, которые не рассматривались в судебном заседании или признаны судом недопустимыми.

Создается, таким образом, парадоксальная ситуация: ходатайство (о признании доказательства недопустимым) заявлено, мнение сторон по данному ходатайству сформулировано, но оценку со стороны суда оно получит уже после прений и последнего слова подсудимого. А в прениях на него ссылаться можно? Очевидно, да, ведь доказательство не признано недопустимым. Но защита как сторона, заявившая соответствующее ходатайство, все же полагает обратное. Ссылаться на данное доказательство для нее означает фактически отказаться от собственного ходатайства.

Да и прения в целом в таком случае приобретают весьма своеобразный характер, поскольку их участники не столько подводят итог судебному следствию, сколько дискутируют о допустимости тех или иных доказательств.

Существуют ли способы преодоления описанной выше позиции суда?

Как ни странно, данная проблема была предметом рассмотрения высших судебных инстанций в РФ, и позиции правоприменительной практики по данному вопросу представляются предельно информативными.

Итак, во-первых.

В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ, сформулированной в определении Конституцион-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: ФЗ от 18.12.2001 № 174-Ф (ред. от 13.07.2015) // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

ного Суда РФ от 13.10.2009 №1258-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Токманцева Андрея Анатольевича на нарушение его конституционных прав рядом положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», не допускается **отказ суда от рассмотрения и оценки всех доводов заявлений, ходатайств или жалоб участников уголовного судопроизводства**, а также от **мотивировки** решений путем указания на **конкретные, достаточные с точки зрения принципа разумности основания, по которым эти доводы отвергаются**; иное создало бы преимущества для стороны обвинения, исказило бы содержание ее обязанности по доказыванию обвинения и опровержению сомнений в виновности лица, позволяя игнорировать данные, подтверждающие эти сомнения...

В определении Конституционного Суда РФ от 13.06.2002 №172-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иванова Анатолия Анатольевича на нарушение его конституционных прав статьями 221, 222, 223, 248, 276 и 295 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» указано, что согласно ст. 50 (ч. 2) Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Такие доказательства, как указывается в ч. 3 ст. 69 УПК РСФСР, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания иных значимых по делу обстоятельств. **Указанная норма уголовно-процессуального закона** содержится в разделе «Общие положения» УПК РСФСР, и, следовательно, ее действие **распространяется** на все стадии процесса, в том числе на стадии назначения судебного заседания и **судебного разбирательства**.

Указанные определения Конституционного Суда РФ в своей совокупности означают, что вопрос о разрешении ходатайства не может быть отложен судьей до принятия итогового судебного акта по делу, поскольку это создает для сторон ситуацию правовой неопределенности как в ходе судебного следствия, так и в прениях; постановление судьи по результатам рассмотрения настоящего ходатайства во всяком случае должно быть мотивированным.

И, наконец, во-вторых.

Согласно позиции правоприменительной практики, сформулированной в определении Конституционного Суда РФ от 23.05.2006 № 154-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дружинина Игоря Станиславовича на нарушение его конституционных прав статьями 75, 88, 109, 152 и 235 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», предусматривая правила, согласно которым устранение дефектных с точки зрения процессуальной формы доказательств должно осуществляться прежде всего на стадии предварительного слушания (ч. 4 ст. 88, п. 2 ч. 1 ст. 227, п. 1 ч. 2 ст. 229, ч. 5 ст. 234 и ст. 235), Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации **не исключает возможность** переноса решения вопроса об их допустимости на более поздний **этап судопроизводства** в тех случаях, когда **несоответствие доказательств требованиям закона не является очевидным и требует проверки с помощью других доказательств**, что вовсе не равнозначно разрешению использования в процессе недопустимых доказательств, под которым понимается обоснование этими доказательствами решений или действий по уголовному делу.

Конституционный Суд РФ, таким образом, формулирует еще один критерий возможности немедленного разрешения ходатайства, а именно – необходимость при разрешении ходатайства исследовать материалы уголовного дела, сопоставлять доказательства и т. д.

Вместе с тем представляется очевидным, что крайняя точка, до которой суд может откладывать вопрос о разрешении ходатайства, – это окончание судебного следствия, ибо по миновании данной стадии уголовного судопроизводства какое-либо исследование материалов уголовного дела не представляется возможным.

В любом случае ссылка на вышеприведенные позиции правоприменительной практики в тексте заявляемого ходатайства, по крайней мере, не оставит суду возможности отложить вопрос о его разрешении до вынесения итогового судебного акта по делу, не приводя при этом никакой мотивировки.

Л.С. Белецкая
учащаяся магистратуры I курса
ЮИ СФУ по направлению
«Адвокат в судебном процессе»

А.А. Брестер
к.ю.н., доцент кафедры уголовного
процесса ЮИ СФУ



ОБОСНОВАННОСТЬ ХОДАТАЙСТВА О ПРИОБЩЕНИИ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ К МАТЕРИАЛАМ ДЕЛА В ПУБЛИЧНОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Все чаще в научных кругах, а также внутри адвокатского сообщества звучат предложения по обеспечению равенства на стадии предварительного расследования. В качестве меры по такому обеспечению предлагается уравнивание прав адвоката и следователя (дознавателя) путем либо расширения полномочий адвокатов¹, либо внедрения фигуры следственного судьи, не рассматривающего уголовное дело по существу, но осуществляющего функции судебного контроля

© Белецкая Л.С., Брестер А.А., 2016

¹ См., например: Валиева А.Н. В состязательном процессе полномочия адвоката должны быть расширены // Адвокатская практика. 2009. № 2. С. 33–35.

за предварительным расследованием². В качестве еще одного способа обеспечения равенства на стадии предварительно расследования предлагается концепция альтернативного адвокатского расследования².

Оставим за рамками предмета настоящей статьи вопрос о целесообразности вышеуказанных предложений. Они были нами продемонстрированы с единственной целью: показать, что существующий сегодня порядок вещей в ситуации с приобщением дополнительных доказательств на стадии предварительного расследования не удовлетворяет ни представитель науки, ни практикующих адвокатов. Отмечается, что сторона защиты остается не услышанной в процессе.

Дело в том, что любая информация, обнаруженная и предлагаемая адвокатом по делу, принимает вид доказательства только в том случае, если следователь своим постановлением приобщит ее в качестве такового. А как свидетельствует практика, следователь далеко не всегда такое постановление выносит³.

Практика сегодня складывается таким образом, что следователи, дознаватели склонны видеть в защитнике не столько лицо, реализующее законные интересы доверителя и способствующее правосудию, сколько процессуального противника, с которым необходимо соперничать. В реальности это приводит к тому, что защитник практически полностью «выключается» из процесса доказывания в рамках предварительного расследования, он и его мнение не являются значимыми

² Смирнов А.В. Возрождение института следственных судей в российском уголовном процессе. URL: http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20150224/273218436.html.

² Маслов И. Адвокатское расследование // Законность. 2004. № 10. С. 34–38; Стройков В. Реализация права защитника на опрос лиц // Законность. 2004. № 6. С. 52–54; Мартыничик Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. № 1. С. 16–21.

³ Например, адвокат Андрей Гривцов пишет о следующем: «Очень часто от адвокатов, практикующих в области защиты по уголовным делам, приходится слышать об имеющихся проблемах, связанных с приобщением на стадии предварительного расследования разнообразных документов, оправдывающих подозреваемого (обвиняемого). Причина этого зачастую одна – отказ следователя в их приобщении к делу в связи с тем, что документы якобы не являются важными, а в случае его обжалования защитником – последующие отказы прокурора и суда с отсылкой на объективность дознания». Гривцов А. Следователю виднее? // Новая адвокатская газета. 2015. № 3.

для современного следователя¹, дознавателя, и заявление ходатайств оказывается неэффективным средством защиты до суда. Защитник вынужден откладывать свое активное участие в процессе до судебных стадий, когда не все уже можно исправить. Но только ли в отношении следователей к защитникам скрывается указанная проблема?

К сожалению, немаловажным фактором является и то, что защитники (в том числе не надеясь на успех) зачастую заявляют ходатайства, которые трудно назвать обоснованными². Считается, что важно заявить саму просьбу. Но в публичном процессе, где адвокат не ведет расследование, но ведет его орган государства, адвокат должен подробно обосновывать и мотивировать свои ходатайства, поскольку тем самым защитник показывает следователю как ответственному должностному лицу, что, работая, последний упустил важную информацию или не имел возможности ее получить в ходе расследования по уголовному делу. Ходатайство должно быть мотивировано так, чтобы затруднить возможность произвольного отказа.

В связи с этим перед каждым адвокатом логично возникает вопрос относительно того, что должно содержаться в ходатайстве, чтобы его можно было назвать обоснованным, а у следователя, дознавателя не оставалось сомнений в необходимости такого ходатайства удовлетворить.

Для начала определимся с тем, что значит обоснованность в самом общем виде.

Философский словарь определяет обоснование как мыслительный процесс, основанный на использовании определенных знаний, норм и установок для принятия каких-либо утверждений, оценок или решений³.

Чтобы логически обосновать какую-либо связь суждений, ее необходимо привести к форме логического закона. Речь идет о законе достаточного основания. Последний является

¹ Титаев К., Шклярчук М. Российский следователь: 12 эмпирических фактов. СПб., 2015. С. 23. URL: http://enforce.spb.ru/images/Products/analit_review_sledovately_KGI_IRL_2015_online.pdf (дата обращения: 16.06.2015).

² В настоящей работе категории «обоснованность» и «мотивированность» рассматриваются в качестве синонимичных.

³ Новая российская энциклопедия. Т. XII (1) / ред. В.И. Данилов-Данилин, А.Д. Некипелов. М., 2013. С. 211.

одним из четырех законов мышления, согласно которому положение считается истинным только в том случае, если для него может быть сформулировано достаточное основание. Достаточное основание есть положение (или совокупность положений), которое является заведомо истинным и из которого логически вытекает обосновываемое положение¹.

Если перевести сказанное в прикладной аспект, то ходатайство как просьба должно содержать свои основания и не оставлять сомнений у субъекта принятия решений в том, что данное ходатайство нужно удовлетворить.

В основании ходатайства как просьбы мы предлагаем выделить два элемента: фактический и юридический. **Фактические основания** представляют собой фактические данные, которые позволяют говорить о необходимости совершения тех действий, о выполнении которых ходатайствует защитник. **Юридические основания** – ссылки на нормы материального и процессуального права. Важным требованием является здесь необходимость явить толкование правовых норм, показать, как защитником трактуется норма. Особенно это важно при наличии ссылок на нормы, содержащие оценочные понятия и неюридические термины, а также пояснить, почему следует придерживаться именно такого толкования (в том числе со ссылками на позиции Верховного Суда РФ, Конституционного Суда, Европейского Суда по правам человека).

Но для обоснования ходатайства недостаточно представить фактические основания, дополнив их ссылками на нормы права. Фактические основания должны быть представлены **в той мере, которая позволяет соотнести фактическое основание заявляемого ходатайства с его юридическим основанием**, а также с требованием относимости доказательства. Эта «мера, которая позволяет соотнести основания» и отличает обоснованное ходатайство от необоснованного.

Но это общая схема составления ходатайства, которое можно охарактеризовать в качестве обоснованного. Говоря о ходатайстве о приобщении дополнительных доказательств к материалам уголовного дела (а оно является наиболее распространенным в адвокатской практике²), следует обратить внимание на

¹ Философский словарь / ред. И.Т. Фролов. М., 2001. С. 168.

² Вывод об этом подтверждается проведенным нами формализо-

такое свойство доказательств, как их относимость. В подтверждение обратимся к практике Конституционного Суда РФ.

Конституционным Судом РФ по данному вопросу представлена позиция в определении от 21 декабря 2004 г. № 467-О. В нем подчеркивается, что праву подозреваемого, обвиняемого, их защитников собирать и представлять доказательства соответствует обязанность дознавателя, следователя и прокурора в ходе предварительного расследования рассмотреть каждое заявленное в связи с исследованием доказательств ходатайство, причем следователем не может быть отказано в проведении следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для конкретного уголовного дела.

Конституционный Суд подчеркивает, что уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольного отказа как в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, так и в приобщении представленных ею доказательств к материалам уголовного дела. Такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет значения применительно к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтвердить наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих 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 избыточным¹.

К настоящему времени позиция Конституционного Суда в этом отношении не изменилась. Так, 24 марта 2015 г. вынесено определение № 678-О по жалобе гражданина Вожаева К.А. В этом определении продублирована позиция, высказанная

ванным опросом, в котором приняли участие 43 адвоката из различных адвокатских образований Красноярского края, 52 % из которых отметили, что оформляют таким образом свое участие в каждом или почти в каждом уголовном деле.

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 N 467-О. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

в определении № 467-О, и повторно отмечено, что уголовно-процессуальный закон исключает возможность произвольно-го отказа органом предварительного расследования или судом в получении доказательств, о которых ходатайствует сторона защиты, и приобщении их к материалам уголовного дела.

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что оба определения Конституционного Суда устанавливают в качестве условия для удовлетворения ходатайства защитника о приобщении дополнительных доказательств либо о проведении следственных действий указание на значение устанавливаемых обстоятельств для конкретного уголовного дела. Тем самым, по сути, Конституционный Суд говорит о том, что для приобщения доказательств к материалам дела от защитника требуется показать относимость предлагаемой информации.

Под относимостью мы понимаем *предположение о возможной связи доказательств с обстоятельствами, подлежащими доказыванию*. Предположение потому, что вводимая в процесс информация только предположительно имеет связь с обстоятельствами, подлежащими доказыванию. В случае, когда мы имеем дело с прямыми доказательствами, установление относимости можно рассматривать как одномоментный акт. При косвенном способе доказывания она устанавливается в рамках процесса доказывания: вначале информация вводится в процесс доказывания на основе предположения об ее относимости, это предположение перерастает в уверенность в конце процесса доказывания, только в этот момент становится очевидной связь по содержанию между доказательством и обстоятельством, подлежащим доказыванию. Предположения в силу того, что на этапе работы по получению информационных доказательств у нас нет возможности говорить о связи их с обстоятельствами совершения конкретного преступления. Собирая информацию, мы ориентируемся на те общие версии, которые можно выдвинуть на первоначальном этапе расследования. Выдвигаются они на основе предположения о возможной связи между следами. Сортировка информационных доказательств на основе выявляемой между ними связи позволяет получить логическое доказательство¹.

¹ Барабаш А.С. Указ. соч. С. 209.

Как мы видим, ключевым понятием при определении относимости является понятие связи. Именно её должен продемонстрировать защитник в мотивированном ходатайстве о приобщении доказательств к материалам уголовного дела.

Если исходить из нашего представления об относимости, явленного ранее, то нам нужно вести речь о связи с имеющейся в деле информацией, промежуточными выводами.

В философии связью признается такое отношение, в котором изменение одной из его сторон (признака, элемента и т.п.) является необходимым и достаточным условием изменения другой его стороны¹.

Сама по себе информация ничего не значит. Она важна в соотношении с другой информацией. Именно при соотношении появляются выводы о том или ином явлении. И если соотношение информации позволяет нам сделать новый вывод, опровергнуть старый, существенно дополнить имеющийся, то мы говорим о связи между информацией, которая позволяет это сделать. И изменение в одном информационном блоке (например, признание его недостоверным полностью или в части) влечет изменение в другом в том контексте, что информация уже не ведет к тому или иному выводу.

Условно обозначим имеющуюся информацию: «информационный блок 1» – доказательства, уже существующие в материалах уголовного дела; «информационный блок 2» – информация, предлагаемая защитником следователю и заявляемая в ходатайстве в качестве относимой.

Понятие связанности информационных блоков информации между собой предполагает ответ на вопрос: «к какому выводу может привести расследование эта информация?» Каждый из информационных блоков непосредственно не меняется, а понятие связи реализуется в том, что информация из этих двух блоков существует не сама по себе, но также и в выводе. Тем самым в данном случае речь идет о связи информации в контексте вывода. По содержанию вывод – это качественно иное явление, чем сама информация, но этот вывод основан на установлении связи между информационными блоками.

Проиллюстрируем сказанное на примере. Свидетель 1 сообщает, что видел, как некто М. в определенное время шел

¹ Суворов Л.Н. Материалистическая диалектика. М., 1980. С. 43.

к месту, где было совершено преступление. Свидетель 2 позже сообщает, что спустя некоторое время М. уходил с места совершения преступления. Связь между двумя блоками информации (при условии, что оба свидетеля говорят правду) позволяет нам сделать промежуточный вывод о том, что М. был на месте совершения преступления.

Когда мы вводим «информационный блок 2» в процесс, мы должны показать, что этот блок вместе с имеющимся уже в процессе «информационным блоком 1» может привести к некоторому выводу, который, в свою очередь, можно связать с другими выводами и, как следствие, с обстоятельствами, подлежащими доказыванию. Когда защитник обосновывает сказанное, значит, мы можем констатировать, что он показывает предположительную связь между двумя этими блоками (поскольку на данном этапе относимость – это лишь предположение). Связь же предполагает, что система информации может давать определенный вывод. В этом смысле «информационный блок 1» и «информационный блок 2» связаны таким образом, что могут дать нам определенный вывод. Обосновать связь в таком контексте означает, что «информационный блок 1» в совокупности с «информационным блоком 2» может привести к некоторому выводу либо, наоборот, разрушить вывод, к которому субъект пришел ранее.

Например, в материалах уголовного дела имеется информация о том, что К. 10 января 2013 года в 14:00 находился на месте преступления («информационный блок 1»). Адвокат заявляет ходатайство о допросе трех свидетелей, которые, по имеющейся у защитника информации, покажут, что К. в это же самое время – 10 января 2013 года в 14:00 – находился в другом месте («информационный блок 2»). В ходатайстве недостаточно показать просьбу, выраженную фразой «Прошу допросить свидетеля 1, свидетеля 2 и свидетеля 3», поскольку сама по себе просьба не демонстрирует следователю то, к какому выводу этот блок информации приведет его в сопоставлении с «информационным блоком 1». Ходатайством важно показать, что именно могут сообщить свидетели, поскольку это в сопоставлении с уже имеющейся в деле информацией позволит следователю, как минимум, опровергнуть вывод о том, что К. 10 января 2013 года в 14:00 находился на месте преступления. В этом и проявляется связь между информацией.

Проиллюстрируем рассуждения на примере, проанализировав ходатайство, заявленное защитником на стадии предварительного расследования, в удовлетворении которого было отказано.

В материалах дела имеется расшифровка части переговоров между двумя лицами. Расшифровки первой части переговоров между ними в материалах дела не имеется. Своим ходатайством адвокат заявляет просьбу истребовать и приобщить к материалам дела расшифровку записи части переговоров, которой нет в материалах уголовного дела. При этом в ходатайстве адвокат не показывает, какая информация может содержаться в той части переговоров и что она может дать следователю для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Эту ситуацию можно рассмотреть в двух возможных вариантах. Представим, что в первом из них мы сталкиваемся с профессиональным следователем, который заинтересован в объективном, полном, всестороннем исследовании обстоятельств дела. В соответствии с УПК РФ следователь по результатам прослушивания фонограммы составляет протокол, в котором должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу (п. 7 ст. 186). Возможно, в рассматриваемом случае адвокат, заявляющий ходатайство, действительно располагает сведениями, которые позволяют утверждать, что на отсутствующей части записи может быть информация, которая повлечет улучшение положения доверителя. В этом смысле адвокат своим мотивированным ходатайством реализовал бы свое назначение в публичном уголовном процессе, перестраховывая следователя от ошибки, указав на информацию, которую следователь упустил, либо обосновав, что на отсутствующей части записи, исходя из расшифрованного разговора, может иметься информация, которая в сопоставлении может привести к иному выводу. Но существующее ходатайство нельзя назвать обоснованным, поскольку в нем не отражено, что может дать расследованию по уголовному делу такая информация.

Напомним, рассматриваемая нами ситуация – работа профессионального следователя, который имеет целью своей де-

тельности установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, в том числе обстоятельств, улучшающих положение лица. Но даже такой следователь не находит нужным вводить подобную информацию в процесс, поскольку не видит связи между требуемой адвокатом информацией и уже существующей в материалах дела, а самим адвокатом эта связь в ходатайстве не показана. Защитник возлагает на следователя слишком много, заставляя последнего додумывать и предполагать, какое значение предлагаемая информация может иметь для разрешения уголовного дела вместо того, чтобы прямо об этом заявить.

Сконструируем иную ситуацию: теперь мы имеем дело со следователем, демонстрирующим так называемый обвинительный уклон, главной целью которого является не объективное расследование, а вывод об обвинении лица, а потому не настроенным удовлетворять любое ходатайство защиты.

Сталкиваясь с необоснованным ходатайством в таком случае следователю очень просто на него ответить отказом, заявив о неотносимости предлагаемой информации. На это обращает внимание М. В. Пальчикова, которая пишет о том, что существует определенная связь между аргументацией заявляемого ходатайства и мотивированностью следующего за ним решения. Так, почти в 80 % случаев, если заявлено мотивированное ходатайство, то и процессуальное решение в отношении него будет содержать указание на причины принятого решения (нельзя сказать, что эта аргументация будет полной и исчерпывающей, но она наличествует)¹.

Таким образом, чтобы ходатайство о приобщении информации в качестве доказательств было обоснованным, в нем необходимо продемонстрировать связь с уже имеющейся в деле информацией, промежуточными выводами. Однако при этом следует помнить общие требования, предъявляемые к обоснованному ходатайству: предъявление фактических оснований в той мере, в которой они позволяют их соотнести с юридическими основаниями.

¹ Пальчикова М.В. Некоторые особенности разрешения ходатайств участников судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве // Судебная власть и уголовный процесс. 2012. № 1. С. 149.

Н.А. Трубецкой
адвокат, член
квалификационной комиссии,
руководитель Аналитического центра,
тренер Школы адвокатов
Адвокатской палаты
Ставропольского края



АДВОКАТСКАЯ ПРАКТИКА «ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ» В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

По просьбе коллег, живо интересовавшихся движением приведенного далее дела, представляю достаточно интересную с точки зрения применения гражданского права и юридической аргументации ситуацию, имевшую место в моей адвокатской практике. Я представлял интересы Муравьевой Валентины Ивановны (персональные данные всех участников и адреса по понятным причинам изменены) в гражданском процессе, составляя от её имени и в её интересах все процессуальные документы (возражения на иски, возражения на жалобы, апелляционную и кассационную жалобы). Непосредственно в судебных заседаниях не участвовал, поскольку возможности оплачивать участие адвоката в суде у доверительницы не было. В уголовном деле до надзорной стадии (ныне кассационной) не участвовал. Между тем после изучения материалов уголовного дела для составления надзорной жалобы и жалобы в ЕСПЧ у меня сложилось мнение о небезосновательности

претензий доверителя к уголовному правосудию в её отношении. Так, ключевые свидетели обвинения – заинтересованные лица (оппоненты доверителя по гражданскому делу вокруг спорного дома), медицинская карта и рентгено снимок, на основании которых проводилась судебно-медицинская экспертиза потерпевшей по определению наличия и степени тяжести телесных повреждений, – в уголовном деле отсутствуют и т.д. Тем не менее моё стойкое убеждение и аргументация несостоятельности состоявшегося в отношении Муравьёвой В.И. приговора не привлекли внимания надзорной (ныне кассационной) инстанции. Не имея права подвергать сомнению факты, установленные вступившим в законную силу приговором, я, тем не менее, оставляю при себе собственное мнение (на это я имею право) о справедливости (не юридической, а общечеловеческой) тех или иных судебных решений. С учетом этого нижеприведенные результаты гражданского суда по обстоятельствам, установленным приговором, кажутся мне справедливыми. Что интересно, одним из аргументов судебных решений гражданских судов в пользу позиции моей доверительницы была «презумпция невиновности». Чтобы оценить «фишку», приведу цитату из обвинительного приговора в отношении Муравьёвой В.И.: «суд приходит к выводу, что стороной защиты **не представлено никаких надлежащих доказательств в опровержение вины Муравьёвой В.И.** в инкриминируемом деянии». Как вам такая «презумпция виновности»?

Безусловно, принцип состязательности предполагает **право защиты** на представление доказательств в обоснование доводов о невиновности обвиняемого, но это не является обязанностью стороны защиты, как и опровержение его вины. Более того, ст. 49 Конституции РФ и ст. 14 УПК РФ содержат требования прямо противоположного характера. Именно обвинение должно доказывать вину подсудимого таким образом, чтобы не оставалось неустранимых сомнений в его виновности. Суд же обязан надлежащим образом проверять все доводы как обвинения, так и защиты, помогать в сборе и исследовании доказательств, обеспечить реальную, а не мнимую состязательность и не сводить процесс оценки доводов защиты к констатации цели уйти от ответственности, как это было в данном случае и во многих других.

ИСТОРИЯ ДЕЛА, ФАКТЫ И ОБСТОЯТЕЛЬСТВА

Муравьева Валентина Ивановна – гражданка Украины. Приехала в Россию в 2010 году по приглашению престарелой матери Шмелевой Ольги Ивановны, чтобы за ней «досмотреть». Условием переезда Валентины Ивановны и её малолетней дочери Тимофеевой К.И. было дарение ей родительского дома в городе N-ске. 23 сентября 2010 года согласно договору дарения право собственности на дом перешло от Шмелевой Ольги Ивановны к Муравьевой Валентине Ивановне.

Между Муравьевой Валентиной Ивановной и её родными братом и сестрой на почве указанных обстоятельств и якобы ненадлежащего ухода за матерью возникли отношения неприязни. При участии брата и сестры был инициирован иск в интересах Шмелевой Ольги Ивановны о признании недействительным договора дарения дома по причине якобы имевшего места обмана при совершении сделки, но решением N-ского городского суда от 15 октября 2011 года в удовлетворении иска отказано. В период рассмотрения данного дела произошли события, ставшие поводом для возбуждения уголовного дела. Муравьева В.И. якобы в присутствии родной сестры (Шмелевой Светланы Ивановны) в собственном доме избила свою лежачую мать Шмелеву О.И., сломав последней два ребра.

Приговором N-ского городского суда от 20 марта 2012 года Муравьева Валентина Ивановна осуждена по ч. 1 ст. 111 УК РФ к 2 годам лишения свободы условно с применением ст. 73 УК РФ с испытательным сроком 2 года.

Определением Судебной коллегии по уголовным делам Ставропольского краевого суда от 30 мая 2012 года приговор оставлен без изменения, жалоба защиты – без удовлетворения.

Муравьева В.И. осуждена за то, что 4 сентября 2011 года при указанных в приговоре обстоятельствах причинила своей матери 92-летней Шмелевой О.И. тяжкие телесные повреждения.

Согласно норме ч. 1 ст. 578 ГК РФ «даритель вправе отменить дарение, если одаряемый совершил покушение на его жизнь... либо умышленно причинил дарителю телесные повреждения».

Муравьёва В.И. как на предварительном следствии, так и в суде последовательно не признавала вину, считая, что её оговорили родственники (брат и сестра). Указанные родственники, по мнению Муравьёвой В.И., используя престарелый возраст её матери, ввели последнюю в заблуждение о том, что осужденная хочет выгнать мать из дома, который та ранее подарила Муравьёвой В.И., но продолжала в нем проживать. Они же (брат и сестра), по мнению Валентины Ивановны, понудили мать давать показания и подписать заявление в полиции против дочери, имея единственную цель – расторгнуть договор дарения по основаниям ст. 578 ГК РФ об отмене дарения в случае причинения вреда здоровью одаряемым дарителем, а после смерти матери вступить в наследство на возвращенный в собственность будущему наследодателю дом, её же саму (Валентину Ивановну) признать недостойным наследником.

Муравьева В.И. обращалась в суды надзорной инстанции, однако в пересмотре дела отказано. Также Муравьёва В.И. направила жалобу в ЕСПЧ, посчитав нарушенным своё право на справедливое судебное разбирательство судами первой и второй инстанции.

Ещё до вынесения приговора судом первой инстанции Муравьёва В.И. согласно договору дарения от 07.02.2012 подарила спорный жилой дом своей несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А.

Далее – история гражданского судопроизводства по итогам уголовного дела.

«Отмена дарения не предполагает применения последствий недействительности сделки (История судебной тяжбы за дом)»

Шмелева О.И. после вступления приговора в законную силу обратилась с иском к Муравьёвой В.И. о расторжении на основании ст. 578 ч. 1 ГК РФ договоров дарения дома № 123 по ул. Двуреченской в городе N-ске, заключенных между истицей и Муравьёвой В.И. от 23.09.2010 и между Муравьёвой В.И. и её несовершеннолетней дочерью Тимофеевой К.А. от 07.02.2012, а также о признании за истцом права собственности на спорное домовладение и выселении ответчицы и её дочери Тимофеевой К.А.

N-ским городским судом решением от 20 августа 2012 года полностью отказано в удовлетворении иска Шмелевой О.И.

к Муравьевой В.И. и её несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А. о расторжении договоров дарения дома № 123 по ул. Двуреченской в городе N-ске, заключенных между истицей и Муравьевой В.И. от 23.09.2010 и между Муравьевой В.И. и её несовершеннолетней дочерью Тимофеевой К.А. от 07.02.2012, а также о признании за истцом права собственности на спорное домовладение и выселении.

На данное решение истицей подана апелляционная жалоба, в которой ставился вопрос об отмене решения, расторжении договора дарения от 23 сентября 2010 года, договора дарения от 07.02.2012, зарегистрированного в надлежащем порядке на имя Тимофеевой К.А. и признании за Шмелевой Ольгой Ивановной права собственности.

В обоснование своего требования об отмене решения истец приводила доводы о признании ответчицы виновной вступившим в законную силу приговором в причинении ей телесных повреждений, об обмане её ответчицей при заключении сделки 23.09.2010, выразившемся в заключении вместо договора пожизненного содержания с иждивением договора дарения, о жестоком обращении со стороны ответчицы после заключения договора дарения, о том, что ответчица тайно переоформила 07.02.2012 дом на свою дочь Тимофееву К.А. в период судебного следствия по уголовному делу о причинении истице телесных повреждений, закончившегося вынесением обвинительного приговора 20.03.2012, о мнимости сделки от 07.02.2012.

В возражениях на апелляционную жалобу Муравьева В.И. указывала на то, что «решение N-ского городского суда является законным и обоснованным, а доводы жалобы истца несостоятельными и основанными на неправильном понимании существа примененных судом в решении норм закона, а также положений ст. 170 ГК РФ о мнимости сделок в части требований об отмене договора дарения от 07.02.2012».

Суд, по мнению Муравьевой В.И., в решении подробно описал невозможность истребования дома у ответчика, поскольку на момент обращения истца в суд с настоящими исковыми требованиями она уже не являлась собственником спорного имущества. В то же время в период заключения

сделки 07.02.2012 со своей дочерью её права как собственника не были ограничены в законном порядке, а посему она имела весь объём правомочий собственника, в том числе по отчуждению спорного имущества. Доводы истца о «тайности» отчуждения не имеют под собой оснований, поскольку двусторонняя сделка дарения между двумя физическими лицами не является в силу закона публичной сделкой. В то же время все существенные условия сделки дарения недвижимого имущества были соблюдены, она прошла государственную регистрацию в установленном порядке.

С учетом положений ст. 49 Конституции РФ о презумпции невиновности ответчица не была 07.02.2012 юридически виновной в причинении физического вреда истце. Кроме того, она не признавала и до сих пор не признаёт своей вины в предъявленном обвинении, считала и считает данное уголовное дело сфабрикованным, пишет надзорные жалобы. К тому же на момент заключения между ответчицей и дочерью договора дарения еще не было заявлено претензий со стороны истца о расторжении договора дарения и возврате имущества по мотиву причинения дарителю телесных повреждений. При таких обстоятельствах суд, по мнению ответчицы, «правомерно отказал истце в удовлетворении исковых требований. Ссылка истца на мнимость сделки (ст. 170 ГК) безосновательна».

Удовлетворив требования истца Шмелевой О.И. в части, суд апелляционной инстанции в судебном заседании 6 ноября 2012 года принял решение о расторжении договора дарения от 23.09.2010 между истицей и Муравьевой В.И. В остальной части (последующий договор дарения между Муравьевой В.И. и Тимофеевой К.И. от 07.02.2012) решение N-ского суда об отказе в удовлетворении иска оставлено без изменения. Суд апелляционной инстанции указал на отсутствие оснований истребования спорного дома от Муравьевой В.И., так как она уже не собственник, собственник теперь Тимофеева К.И., оснований к расторжению договора дарения с которой нет. В то же время суд апелляционной инстанции указал в решении на наличие неких «иных способов восстановления нарушенного права» Шмелевой О.И., не конкретизировав их.

Шмелева Ольга Ивановна подала в N-ский городской суд новый иск к Муравьевой В.И. и её несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А., 1998 года рождения, в котором ставился вопрос «об истребовании из чужого незаконного владения» дома № 123 по ул. Двуреченской в городе N-ске. В просительной части иска, тем не менее, заявлены кроме требования о понуждении к передаче имущества также требования иного характера, а именно «признать недействительным договор дарения» данного дома от 07.02.2012 между Муравьевой В.И. и дочерью, также о признании за истцом права собственности на спорное домовладение.

Истец ссылалась в заявлении на положения ст. ст. 301–302 ГК РФ. Доводы иска и требование о признании недействительным договора от 07.02.2012 как заключенного с нарушением закона обоснованы отсутствием у Муравьевой В.И. (дарителя) на момент отчуждения права собственности на спорное имущество, поскольку договор дарения ей дома истицей, заключенный 23.09.2010, расторгнут апелляционным решением от 6 ноября 2012 года, а посему Муравьева В.И. не имела права отчуждать не принадлежащее ей имущество. Кроме того, в иске указано на мнимость сделки, поскольку она совершена с целью сберечь имущество от изъятия в пользу Муравьевой О.И., а не преследовала действительные цели дарения.

Решением N-ского городского суда от 28.03.2013 полностью удовлетворен иск Шмелевой О.И. к Муравьевой В.И. и её несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А. о признании недействительными договора дарения от 07.02.2012, свидетельства о регистрации права собственности, признании права собственности за Шмелевой О.И., истребовании имущества из чужого незаконного владения, выселении.

На данное решение Муравьевой В.И. в своих и в интересах дочери Тимофеевой К.И. была подана апелляционная жалоба. Однако решение N-ского городского суда от 28 марта 2013 года было оставлено в силе апелляционным определением Судебной коллегии по гражданским делам Ставропольского краевого суда от 14 января 2014 года.

Данное апелляционное решение от 14 января 2014 года было вынесено в отсутствие Муравьевой В.И., просившей об отложении дела в связи с болезнью.

Поскольку суд апелляционной инстанции, рассмотрев данное дело 14 января 2014 года в отсутствие заявителя, просившего об отложении дела, грубо нарушил нормы процессуального права (требования ст. ст. 12, 35, 167, 327 ГПК РФ), Муравьевой В.И. была подана кассационная жалоба.

Помимо констатации нарушения процессуального права при апелляционном рассмотрении дела 14 января 2014 года в жалобе указаны следующие доводы (повторяющие доводы апелляционной жалобы):

«...Таким образом, выводы суда 1 инстанции об удовлетворении иска являются по существу неправильными, так как они не соответствуют установленным обстоятельствам и требованиям закона (материального права).

Шмелевой Ольгой Ивановной был подан иск ко мне и моей несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А., 1998 года рождения, в котором ставился вопрос «об истребовании из чужого незаконного владения» дома № 123 по ул. Двуреченской в городе N-ске. В просительной части иска, тем не менее, кроме требования о возврате имущества из чужого незаконного владения, было заявлено требование о признании за истцом права собственности на спорное домовладение, а также требование о признании недействительным договора дарения данного дома от 07.02.2012 между мною и дочерью.

Судом данные взаимоисключающие требования, основанные на двух разных способах защиты гражданских прав, не только были совместно удовлетворены, но и применены положения главы 60 ГК РФ об обязательствах вследствие неосновательного обогащения. Судом вопреки смыслу ст. 170 ч. 2 ГК РФ безосновательно указано на притворность сделки от 07.02.2012. Ошибочно указано на то, что я не являлась собственником имущества на момент спорной сделки, поскольку, по мнению суда, решением апелляционной коллегии от 6 ноября 2012 года стороны расторгнутого договора от 23.09.2010 были приведены в первоначальное положение. Неверно истолкованы и применены судом положения закона об обязательствах, вытекающих из неосновательного обогащения (глава 60 ГК РФ), поскольку Тимофеева К.А. не является должником (приобретателем) по отношению к истце.

Считаю доводы и правовые основания, примененные в решении суда 1 инстанции, противоречивыми и не основанными на правильном понимании гражданского законодательства в части положений защиты прав собственности (ст. ст. 301–302 ГК РФ), положений в части признания сделок недействительными и в части применения закона об обязательствах из неосновательного обогащения.

Так, суд ссылается на положения ст. ст. 301–302 ГК РФ. Между тем указанные в данных статьях правомочия на истребование имущества из чужого незаконного владения принадлежат собственнику имущества. Между тем истец не является собственником спорного имущества.

Кроме того, согласно смыслу положений ст. ст. 301–302 ГК РФ – данный правовой механизм применим в том случае, если имущество получено приобретателем от лица, которое не имело права его отчуждать. То есть не было собственником на момент отчуждения. Я же (Муравьёва В.И.) являлась на момент отчуждения 07.02.2012 собственником спорного имущества и имела право его отчуждать.

Истцом же не представлены суду доказательства наличия у неё права собственности на истребуемое имущество в момент его отчуждения мною в пользу несовершеннолетней дочери 07.02.2012, что делает её требования о возврате имущества несостоятельными.

Доводы иска и решения суда 1 инстанции в части удовлетворения требования о признании недействительным договора от 07.02.2012 как заключенного с нарушением закона по причине отсутствия у меня (дарителя) на момент отчуждения права собственности на спорное имущество несостоятельны и опровергаются установленными обстоятельствами по делу, в том числе представленными предыдущими судебными постановлениями в отношении спорного домовладения.

Так, N-ским городским судом решением от 20 августа 2012 года отказано в удовлетворении иска Шмелевой О.И. ко мне и моей несовершеннолетней дочери Тимофеевой К.А. о расторжении договоров дарения дома № 123 по ул. Двуреченской в городе N-ске, заключенных между истицей и мною от 23.09.2010 и между мною и моей несовершеннолетней дочерью Тимофеевой К.А. от 07.02.2012, а также о признании за

истцом права собственности на спорное домовладение и выселении.

На данное решение истицей была подана апелляционная жалоба, в которой ставился вопрос об отмене решения, в том числе о расторжении договора дарения от 07.02.2012, зарегистрированного ФС ГРКиК по СК на имя Тимофеевой К.А., и признании за Шмелевой Ольгой Ивановной права собственности.

Рассмотрев по существу доводы Шмелевой О.И., суд апелляционной инстанции в определении от 6 ноября 2012 года не нашел оснований для расторжения договора дарения от 7 февраля 2012 года, указав на то, что **собственником спорного дома является Тимофеева К.А.**, соответственно, Шмелевой О.И. не могут заявляться требования о признании права собственности и выселении ответчиков из дома.

Удовлетворив требования Шмелевой О.И. в части, суд апелляционной инстанции 6 ноября 2012 года принял решение о расторжении договора дарения от 23.09.2010 между истицей и мною. Именно о **расторжении**, что предусматривает иные правовые последствия, нежели **признание сделки недействительной с момента её совершения** (ст. 167 ГК РФ), что предполагало бы приведение сторон в первоначальное положение.

В соответствии же с положениями п. п. 2, 3 ст. 453 ГК РФ – в случае **расторжения договора** в судебном порядке обязательства считаются прекращенными с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении договора. Таким образом, договор дарения спорного имущества между истицей и мною от 23 сентября 2010 года считается расторгнутым с 6 ноября 2012 года, т.е. с момента вступления в законную силу решения апелляционной инстанции Судебной коллегии СКС.

Таким образом, до 6 ноября 2012 года включительно я могла бы как собственник распоряжаться подаренным мне имуществом. В том числе и на момент заключения договора дарения от 7 февраля 2012 года. Таким образом, доводы оспариваемого решения о том, что я незаконно получила 23.09.2010 в собственность спорное имущество (по мнению суда, это якобы установлено предыдущими судебными актами), а посему все произведенные мною сделки с данным имуществом не имеют юридической силы – основаны на неправильном понимании

материального права, подлежащего применению к данному спору.

В соответствии с действующим законодательством граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права (ч. 1 ст. 9 ГК РФ).

На основании ст. 209 ГК РФ собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. В соответствии со ст. 35 Конституции РФ право собственности может быть ограничено лишь решением суда, вынесенным в соответствии с требованиями закона.

В соответствии со ст. 218 ч. 2 ГК РФ право собственности на имущество, которое имеет собственника, может быть приобретено другим лицом на основании договоров купли-продажи, мены, дарения либо другой сделки об отчуждении этого имущества.

В период заключения сделки 07.02.2012 со своей дочерью мои права как собственника не были ограничены в законном порядке, а посему я имела весь объём правомочий собственника, в том числе по отчуждению спорного имущества. Все существенные условия сделки дарения недвижимого имущества были соблюдены, она прошла государственную регистрацию в установленном порядке.

Подарив в соответствии с условиями договора от 07.02.2012 спорное домовладение своей дочери, я распорядилась принадлежащим мне на тот момент имуществом и после государственной регистрации перехода права собственности утратила правомочия собственника, которые соответственно перешли к моей дочери Тимофеевой К.А. Таким образом, моя дочь **законно** владеет спорным имуществом, что делает невозможным применение правового механизма, установленного ст. ст. 301, 302 ГК РФ об истребовании имущества из чужого **незаконного** владения.

Доводы оспариваемого решения от 28 марта 2013 года о том, что малолетняя на момент совершения сделки Тимофеева «знала о том, что данная сделка является умышленным способом и целью её матери Муравьёвой В.И. на сохранение домовладения от изъятия», не имеют правового значения и опровергаются в части умышленности действий одаряемого малолетним возрастом Тимофеевой (отсутствие гражданской дееспособности).

С учетом положений ст. 49 Конституции РФ о презумпции невиновности я не была 07.02.2012 юридически виновной в причинении физического вреда истце. Кроме того, я не признавала и до сих пор не признаю своей вины в предъявленном обвинении, считала и считаю данное уголовное дело сфабрикованным, пишу надзорные жалобы. К тому же на момент заключения между мною и дочерью договора дарения еще не было заявлено претензий со стороны истца о расторжении договора дарения и возврате имущества по мотиву причинения дарителю телесных повреждений. При таких обстоятельствах необходимо было отказать истце в удовлетворении исковых требований.

Истцом не было представлено суду достоверных доказательств, свидетельствующих о злонамеренности сделки от 07.02.2012, т.е. о совершении мною сделки дарения дома своей дочери исключительно с целью уклонения от возврата имущества истцу по будущему (ещё не заявленному на тот момент) требованию. Между тем несвоевременность или неверный выбор истцом способа защиты (в том числе обеспечительных мер) своего предположительно нарушенного в отношении со мной права не может и не должно влечь негативных последствий для третьего лица (моей дочери), приобретшей спорное имущество на основании сделки, совершенной в полном соответствии с требованиями закона. Моя дочь имеет вид на жительство в России, учится в местной школе и собирается здесь жить. Другого жилья, кроме подаренного мною дома, не имеет.

Таким образом, выводы суда об удовлетворении иска не основаны на материалах дела и противоречат требованиям закона.

Не дала вышеприведенным доводам никакой оценки и апелляция коллегия».

(конец цитаты)

РЕЗУЛЬТАТ

Кассационная жалоба была передана на рассмотрение суда кассационной инстанции Президиума Ставропольского краевого суда, и в судебном заседании 17 апреля 2014 года апелляционное решение от 14 января 2014 года было отменено, дело

направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции.

Апелляционная коллегия, рассмотрев 24 июня 2014 года в открытом заседании апелляционную жалобу Муравьевой В.И., отменила решение N-ского городского суда от 28 марта 2013 года в соответствии с доводами апелляционной жалобы и приняла решение о полном отказе в удовлетворении исковых требований Шмелевой О.И.

Таким образом, спорный дом остался в собственности дочери Муравьевой Валентины Ивановны – несовершеннолетней Тимофеевой К.И.

СОДЕРЖАНИЕ

ОТ СОСТАВИТЕЛЯ	3
И.А. Шевченко ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ЭТИКА АДВОКАТА	5
И.А. Шевченко КЛИЕНТООРИЕНТИРОВАННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА (НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ)	34
О.В. Карачёва ДОВЕРИЕ В АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ)	44
М.С. Рудакова К ВОПРОСУ О САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПОЗИЦИИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ	66
В.И. Старченко ГОНОРАР УСПЕХА: ЗИГЗАГИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ	76
Н.А. Трубецкой ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРАВА НА ЭФФЕКТИВНУЮ ЗАЩИТУ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ В СЛУЧАЕ НЕОБХОДИМОСТИ ЗАМЕНЫ АДВОКАТА	82
А.И. Туревич ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ В ВИДЕ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ	93
А.А. Брестер ВЗЫСКАНИЕ КОМПЕНСАЦИИ ЗА ТЕЛЕСНЫЕ ПОВРЕЖДЕНИЯ БЕЗ УСТАНОВЛЕНИЯ ВИНОВНОГО ЛИЦА, ПОЛУЧЕННЫЕ В ПЕРИОД НАХОЖДЕНИЯ ПОД ЮРИСДИКЦИЕЙ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ	99
И.А. Хорошев ДОПРОС В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ	110
Д.А. Редькин ТЕХНИКИ ПОДГОТОВКИ ЮРИДИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ КАК ПОДГОТОВИТЬ ДОКУМЕНТ, ЧТОБЫ ПОВЫСИТЬ ШАНСЫ ЕГО УДАЧНОГО РАССМОТРЕНИЯ В СУДЕ?	121
Л.С. Белецкая, А.А. Брестер ОБОСНОВАННОСТЬ ХОДАТАЙСТВА О ПРИОБЩЕНИИ ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ К МАТЕРИАЛАМ ДЕЛА В ПУБЛИЧНОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ	132
Н.А. Трубецкой АДВОКАТСКАЯ ПРАКТИКА «ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ» В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ	142

Научное издание

ОБ АДВОКАТУРЕ И АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

СБОРНИК СТАТЕЙ

Редактор *Н.Ф. Ткачук*
Дизайн *Л.М. Живило*
Компьютерная верстка *И.В. Манченкова*

Подписано в печать 19.02.2016. Печать плоская
Формат 60×84/16. Бумага офсетная
Усл. печ. л. 9,07. Тираж 200 экз. Заказ 652

ООО «Центр информации»
660079, г. Красноярск, ул. Свердловская, 23, оф. 32
Тел.: +7 925-618-32-80
E-mail: lev_zhivilo@mail.ru

Отпечатано Библиотечно-издательским комплексом
Сибирского федерального университета
660041, Красноярск, пр. Свободный, 82а
Тел. (391) 206-26-67; <http://bik.sfu-kras.ru>
E-mail: publishing_house@sfu-kras.ru

ISBN 978-5-905284-59-5



9 785905 284595 >