

Московский государственный институт
международных отношений (Университет) МИД России

АДВОКАТСКАЯ ПРАКТИКА

Учебник



УДК 347.965

ББК 67.75

А 28

Ответственные редакторы:

д. ю. н., проф., заслуженный юрист РФ А.А. Клишин;
д. ю. н., проф., почетный адвокат России А.А. Шугаев

Рецензенты:

д. ю. н., проф., заслуженный деятель науки РФ О.Н. Садиков;
к. ю. н., депутат Государственной Думы ФС РФ А.Г. Тарнавский

Авторский коллектив:

В.Д. Волков (гл. V); Н.А. Елисеева (гл. XI); А.А. Клишин, д. ю. н. (гл. I, VI, X и XV (в соавторстве с А.А. Шугаевым)); А.А. Клишина, к. ю. н. (гл. XIV); Г.О. Матюшкин, к. ю. н. (гл. XVI); В.Г. Степанков, к. ю. н. (гл. VIII и IX (в соавторстве с А.А. Шугаевым)); А.В. Сысоев (гл. II (в соавторстве с А.А. Шугаевым), гл. IV); В.Д. Сысоев (гл. III); А.А. Шугаев, д. ю. н. (гл. I, VI, X и XV (в соавторстве с А.А. Клишиным), II (в соавторстве с А.В. Сысоевым), VII, VIII и IX (в соавторстве с В.Г. Степанковым), XII и XVII (в соавторстве с А.А. Шугаевым-младшим)); А.А. Шугаев-младший, к. ю. н. (гл. XII, XVII (в соавторстве с А.А. Шугаевым)); В.Л. Энтин, к. ю. н. (гл. XIII)

Работа выполнена на кафедре адвокатуры международно-правового факультета МГИМО (У) МИД России. Работа обсуждена и утверждена к опубликованию на заседании кафедры адвокатуры международно-правового факультета МГИМО (У) МИД России 4 июня 2015 г. (протокол № 2).

А 28 **Адвокатская практика:** Учебник / Отв. ред. А.А. Клишин, А.А. Шугаев; МГИМО (У) МИД России. — М.: Статут, 2016. — 506 с.

ISBN 978-5-8354-1196-2 (в пер.)

Данная работа освещает наиболее актуальные сегодня аспекты адвокатской деятельности, адвокатуры в России, исторического развития, принципов организации, ораторского искусства и этических основ профессии адвоката. Значительное внимание в данном издании уделено работе адвоката по оказанию правовой помощи гражданам и организациям, представлению интересов граждан и организаций в судебных органах, органах власти и управления.

Учебник рекомендуется для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и факультетов, научных работников, адвокатов, работников правоохранительных органов, а также всех, кто интересуется работой адвокатов и деятельностью адвокатуры в России и за рубежом.

УДК 347.965

ББК 67.75

ISBN 978-5-8354-1196-2

© Авторский коллектив, 2015

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2015

ОГЛАВЛЕНИЕ

Вступительное слово	7
Список сокращений	8
Глава I. Понятие адвокатской деятельности и адвокатуры	9
§ 1. Общие вопросы	9
§ 2. Признаки адвокатской деятельности	15
§ 3. Гарантии независимости адвокатской деятельности и адвокатской неприкосновенности	18
§ 4. Адвокатская тайна	23
§ 5. Принципы деятельности адвокатуры	26
Глава II. История развития адвокатуры в России	35
§ 1. Становление и развитие российской адвокатуры до 1917 г.	35
§ 2. Российская адвокатура после событий 1917 г. и до наших дней	45
Глава III. Правовая культура адвоката	60
§ 1. Понятие правовой культуры адвоката и ее отличительные признаки	60
§ 2. Правовая культура адвоката как одна из важных составляющих профессиональной правовой культуры	65
Глава IV. Профессиональная этика адвоката	82
§ 1. Понятие и основные принципы этического поведения адвоката	82
§ 2. Этические правила, регулирующие взаимоотношения адвокат — клиент	88
Глава V. Основные принципы дисциплинарной практики в отношении адвокатов в Российской Федерации	100
Введение	100
§ 1. Процедура осуществления дисциплинарного производства в отношении адвокатов	102
§ 2. Возбуждение дисциплинарного производства	107

§ 3. Рассмотрение дисциплинарного дела квалификационной комиссией	108
§ 4. Рассмотрение дисциплинарного производства в совете палаты адвокатов	112
Глава VI. Некоторые вопросы права собственности адвокатских образований и иных некоммерческих организаций в Российской Федерации	117
§ 1. Теоретические проблемы права собственности некоммерческих организаций	117
§ 2. Особенности регулирования права собственности адвокатских образований	129
Глава VII. Некоторые правовые вопросы участия адвоката в арбитражном суде	132
§ 1. Общие вопросы	132
§ 2. Подведомственность дел арбитражным судам и судам общей юрисдикции	139
§ 3. Арбитражное судопроизводство как способ защиты прав предпринимателей. Понятие и сущность корпоративных споров	145
§ 4. Особенности участия адвоката в арбитражном суде первой инстанции. Исковое производство	164
Глава VIII. Участие адвоката на стадии возбуждения уголовного дела и избрания меры пресечения в отношении подозреваемого (обвиняемого)	186
§ 1. Общая характеристика полномочий адвоката по защите интересов доверителя на стадии возбуждения уголовного дела и избрания меры пресечения	186
§ 2. Основные способы защиты адвокатом интересов доверителя на стадии возбуждения уголовного дела	190
§ 3. Роль адвоката в защите интересов подозреваемого (обвиняемого) при избрании меры пресечения	193
§ 4. Особенности избрания судом меры пресечения в виде заключения под стражу	201

Глава IX. Процессуальные особенности взаимодействия органов следствия (дознания), прокуратуры и защиты на стадии предварительного расследования (дознания)	207
§ 1. Участники предварительного расследования (дознания)	207
§ 2. Стадии предварительного расследования (дознания)	217
Глава X. Участие адвоката при рассмотрении уголовного дела в суде	223
§ 1. Участие адвоката на стадии подготовки уголовного дела к судебному заседанию	224
§ 2. Общие условия участия адвоката в судебном разбирательстве	232
§ 3. Участие адвоката на стадии судебного следствия	239
§ 4. Участие адвоката на стадии прений сторон и последнего слова подсудимого	242
Глава XI. Некоторые аспекты участия адвоката в налоговых правоотношениях	246
§ 1. Общие вопросы	246
§ 2. Участие адвоката при осуществлении налоговыми органами некоторых форм налогового контроля	250
§ 3. Особенности рассмотрения налоговых споров	254
Глава XII. Специфика оказания адвокатом правовой помощи по жилищным и трудовым делам	262
§ 1. Участие адвоката в рассмотрении жилищных споров	262
§ 2. Некоторые аспекты оказания адвокатами правовой помощи по трудовым делам	272
Глава XIII. Роль адвоката в обеспечении охраны объектов интеллектуальной собственности (международно-правовой аспект)	285
§ 1. Процессуальные вопросы охраны интеллектуальной собственности в европейском праве	285
§ 2. Институциональная основа обеспечения действенности права ЕС в сфере промышленной собственности	302
§ 3. Унифицированный Патентный суд ЕС и система унитарной патентной защиты	316

§ 4. Правовые инструменты единого внутреннего рынка	325
§ 5. Единый ответ на технологические вызовы XXI в.	336
§ 6. Нормотворчество ЕС в сфере новых коммуникационных и информационных технологий	357
§ 7. Устойчивая судебная практика	376
Глава XIV. Некоторые аспекты деятельности адвоката при ведении дел по интеллектуальной собственности	391
§ 1. Общие вопросы	391
§ 2. Вопросы, которые необходимо учитывать на стадии подготовки искового заявления	396
§ 3. Отдельные проблемы, связанные с подготовкой адвокатом договоров о передаче прав на использование объектов интеллектуальной собственности	401
Глава XV. Оказание адвокатами юридической помощи субъектам предпринимательской деятельности	406
Глава XVI. Участие адвоката при рассмотрении жалоб в Европейском Суде по правам человека	419
Введение	419
§ 1. Совет Европы и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод	419
§ 2. Исполнение постановлений Европейского Суда по правам человека	441
Глава XVII. Адвокатура в зарубежных странах (на примере США, Германии, Франции и Великобритании)	467
§ 1. Адвокатура в США	467
§ 2. Адвокатура в Германии	478
§ 3. Адвокатура во Франции	484
§ 4. Адвокатура в Великобритании	490
Приложение	495
Рекомендуемая литература	501

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

В данном учебнике использован обширный эмпирический материал, данные социологических исследований, судебная практика. Приводятся примеры участия адвокатов в конкретных гражданских и уголовных делах. Эмпирический материал, содержащийся в работе, был использован преподавателями кафедры адвокатуры международно-правового факультета при чтении студентам лекций по проблемам адвокатуры в 2013–2014 и 2014–2015 учебных годах. Основные разделы публикации подготовлены с учетом пожеланий и замечаний студентов этого факультета при чтении им курса лекций по адвокатуре.

Предлагаемый уважаемому читателю учебник является плодом труда многочисленных авторов, представляющих как практикующих адвокатов, членов научного юридического сообщества, так и правоприменителей.

В работе над учебником приняли участие Постоянный представитель РФ в Европейском Суде по правам человека — заместитель министра юстиции РФ, к. ю. н. Г.О. Матюшкин и Генеральный прокурор РФ в почетной отставке, к. ю. н. В.Г. Степанков, которым весь авторский коллектив выражает искреннюю благодарность за плодотворное сотрудничество.

*А.А. Клишин,
А.А. Шугаев*

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации;

ВАС РФ — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации;

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации;

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации;

ЖК РФ — Жилищный кодекс Российской Федерации;

Закон об адвокатуре — Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;

ЗК РФ — Земельный кодекс Российской Федерации;

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации;

СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации;

ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации;

УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации;

УПК РФ — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации.

ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И АДВОКАТУРЫ

§ 1. Общие вопросы

Адвокат (от лат. *advocatus* — «призванный»; англ. *lawyer, barrister, advocate*) — юрист, оказывающий профессиональную правовую помощь посредством консультаций, рекомендаций, защиты обвиняемого на всех стадиях следствия и суда, представления интересов потерпевшего и т. д.

В Древнем Риме (доимперский период) «адвокатами» называли родственников и друзей тяжущегося, которых он просил сопровождать его на суд. Во времена Римской империи этим термином стали обозначать судебных защитников.

В Европе, как в научном, так и в повседневном языке, термином «адвокатура» (*advocatio, avvocatio, abogacia, advocacy* и др.) обозначают понятие деятельности, отличной от деятельности поверенных, что подразумевает функционирование специального сословия профессиональных юристов.

В русском разговорном языке термин «адвокатура» стал означать с середины XIX в. профессию адвоката, отличающегося от оказывающих юридическую помощь поверенных, которые могут и не быть юристами, а также объединение адвокатов в какую-либо структуру.

В советский период (1917–1991) этот термин стал обозначать юристов-профессионалов, объединенных в коллегии для оказания юридической помощи физическим и юридическим лицам (разъяснение правовых вопросов, составление договоров, жалоб, представительство в суде и т. п.), так как коллегии адвокатов являлись практически единственной формой объединения лиц, оказывающих юридическую помощь на профессиональной основе.

В соответствии с Законом СССР от 30 ноября 1979 г. «Об адвокатуре в СССР» коллегия адвокатов являлась добровольным объединением

лиц, занимавшихся адвокатской деятельностью. Но что такое адвокатская деятельность — Закон не уточнял¹.

Большинство современных ученых, занимающихся исследованиями в области адвокатуры и адвокатской деятельности, сходятся во мнении, что адвокатской деятельностью является юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе физическим и юридическим лицам путем правового консультирования, организации защиты или представительства интересов в конституционном, гражданском, арбитражном, административном и уголовном судопроизводстве, предоставления иных видов юридической помощи в соответствии с законодательством РФ. В принципе можно согласиться с подобной формулировкой.

Адвокатская деятельность не является предпринимательской.

Не является адвокатской деятельностью юридическая помощь, оказываемая клиентам:

- работниками правовых служб предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности, а также сотрудниками органов государственной власти и органов местного самоуправления;
- владельцами и работниками зарегистрированных в установленном порядке организаций, хозяйственных обществ и товариществ, оказывающих юридические услуги, а также индивидуальными предпринимателями;
- нотариусами, патентными или частными поверенными либо другими лицами, которые законом специально уполномочены на ведение своей профессиональной деятельности, не связанной с адвокатской.

В дальнейшем мы будем рассматривать более подробно факторы, влияющие на адвокатскую деятельность, делающие ее более профессиональной, юридически оформленной и находящейся под внутренним контролем сообщества адвокатов. Адвокат — это лицо, которое в установленном законом порядке получило статус адвоката и право на осуществление адвокатской деятельности. Адвокат не может состоять на государственной службе или занимать оплачиваемую должность в органах местного самоуправления. В этом вопросе мнение ученых и практических работников одинаково. Споры вызывает занятие адвокатом коммерческой деятельностью. Здесь мнения расходятся. На наш взгляд, возможность для адвоката заниматься предпринимательской деятельностью должна находиться под его внутренним контролем, ее границы определяются адвокатской этикой.

Правовой статус адвоката подводит нас к формулировке понятия «адвокатура» в современном звучании, и мы можем сказать, что адво-

¹ Свод законов СССР. М., 1985. Т. 10. С. 109.

катура является профессиональным сообществом лиц, получивших статус адвоката и занимающихся адвокатской деятельностью.

Не входя в структуру органов государственной власти и органов местного самоуправления, адвокатура может и должна служить инструментом гражданского общества, с помощью которого общество сохраняет баланс между общественными и государственными интересами и интересами отдельных граждан. В этом и состоит главная задача адвокатуры, решение которой достигается через определенные правовые механизмы, в соответствии с тем принципом, что человек, его права и свобода являются высшей ценностью.

Таким образом, основой и центром правовой системы России должен быть человек. Защита его прав и свобод и есть задача адвокатуры, которая должна этому содействовать как инструмент гражданского общества.

В настоящее время в мире насчитывается около 5 млн адвокатов. Сюда входят примерно 1 млн адвокатов из США, 500–600 тыс. — из стран Европейского сообщества, 500 тыс. — из Индии, 350 тыс. — из Бразилии и примерно 2,5 млн — из остального мира. В целом, включая Японию, можно сказать, что, чем более развита страна, тем большее количество адвокатов в ней работает. За последнее время в западном полушарии количество представителей этой профессии значительно возросло. И если, скажем, в 1970 г. только несколько юридических фирм имели в своем штате 100 адвокатов и более, то сейчас в мире насчитывается около 1,5 тыс. мегафирм. Существенно возрос и объем сумм, на которые были оказаны юридические услуги¹.

В России до принятия Закона об адвокатуре² было 47 288 адвокатов, объединенных в 145 коллегий адвокатов³.

В настоящее время в реестры адвокатов субъектов Российской Федерации включено свыше 65 тыс. адвокатов, организованных в коллегии, бюро и адвокатские кабинеты. Самое большое количество адвокатов — свыше 10 тыс. — зарегистрировано сегодня в Москве⁴.

Суть адвокатуры и адвокатской деятельности как института, призванного представлять интересы личности и частного капитала, долгое время по политическим причинам в СССР замалчивалась. Адвокат обязан был «служить социалистическому правосудию и делу укрепления социалистической законности», что превращало его в лицо, состоящее

¹ Myllerat R. *Law and practice* // Juriste International. 2008. Aug.

² СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

³ Российский адвокат. 2002. № 5. С. 2.

⁴ <http://www.advokatymoscow.ru>

на службе государства и выполняющее определенные политические функции¹. Сегодня в связи с тенденцией к построению в России правового государства понятие адвокатуры, ее социальный статус существенно меняются, происходят сложные процессы осмысления своей роли и в самом адвокатском сообществе.

Долгое время считалось, что адвокат как человек, разбирающийся в юридических науках, нужен только тогда, когда возникают проблемы с уголовным законом. В Юридическом словаре 1953 г. утверждалось, что деятельность адвокатуры является одной из форм претворения в жизнь права обвиняемого на защиту². До сих пор бытует мнение, что адвокат в России — это необходимая фигура только в уголовном процессе. Российская ментальность такова, что зачастую россияне считают себя крупными специалистами в трех областях: здравоохранении, политике и юриспруденции. И по этой причине многие полагают для себя зазорным обратиться, скажем, к адвокату за помощью по жилищным, бракоразводным, трудовым делам, хозяйственным спорам и т. п. и, отметим, очень многое для себя в связи с этим теряют. И речь в этом случае идет не только о гражданах, но и о юридических лицах. Исходя из опыта работы различных коллегий адвокатов России можно утверждать, что очень часто к адвокатам обращаются руководители хозяйственных обществ, товариществ, которые вовремя не обратились за юридической помощью к квалифицированным юристам и из-за этого проиграли все мыслимые и немыслимые судебные процессы. Когда начинаешь разбираться в сути их проблем, убеждаешься, что всех этих проигрышей можно было избежать, если бы эти лица не поленились сходить предварительно на прием к адвокату.

Тем не менее ситуация с оказанием гражданам и юридическим лицам адвокатами квалифицированной юридической помощи начинает постепенно меняться. С возрождением в России гражданского общества и хозяйственного оборота возникла острая необходимость в квалифицированных юристах, которые в состоянии разрешать возникающие в этих условиях юридические проблемы. Сегодня, по мере развития рыночных отношений, можно с уверенностью утверждать, что центр тяжести в работе адвокатов переместился с защиты прав отдельного человека (в основном в уголовном процессе) к защите экономических прав и интересов бизнеса в гражданско-правовых отношениях.

¹ Хаски Ю. Российская адвокатура и Советское государство: Происхождение и развитие советской адвокатуры (1917–1939). М., 1993. С. 45.

² Юридический словарь. М., 1953. С. 15.

При этом юридический императив «каждый гражданин имеет право на адвоката» является фактически частным случаем общепризнанного права, гарантирующего каждому доступ к правосудию. Именно в таком контексте определена роль адвоката Европейским Судом по правам человека в деле «Голдер (*Golder*) против Соединенного Королевства».

В своей жалобе Голдер утверждал, что отказ министра внутренних дел разрешить ему, заключенному, проконсультироваться у адвоката, является нарушением Конвенции, гарантирующей каждому право доступа к правосудию. Суд, истолковав п. 1 ст. 6 Конвенции, пришел к выводу, что невозможность воспользоваться услугами адвоката является нарушением права доступа к правосудию. Было подтверждено, что обеспечение доступа к правосудию является повсеместно признанным принципом права. Суд установил, что отказ заключенному вступить в переписку с адвокатом в свою очередь является нарушением права на доступ к правосудию, поскольку контакт с адвокатом является предварительным шагом к возбуждению гражданского дела. Довод правительства о том, что после выхода из тюрьмы Голдер имел возможность обратиться в суд по своему выбору и таким образом реализовать право на доступ к правосудию, был отклонен ЕСПЧ в связи с тем, что создание препятствий для действенного осуществления права, даже если такое препятствие носит временный характер (на период нахождения Голдера в тюрьме), может оказаться равносильным нарушению указанного права¹.

Закон об адвокатуре установил официальные определения понятий «адвокат», «адвокатура» и «адвокатская деятельность». В соответствии с ч. 1 ст. 3 Закона адвокатура признана профессиональным сообществом адвокатов, являющимся институтом гражданского общества, не входящим в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Адвокат — лицо, получившее в установленном Законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность, независимый профессиональный советник по правовым вопросам (ч. 1 ст. 2 Закона).

Адвокатская деятельность в свою очередь определена как квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в порядке, установленном Законом об адвокатуре, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию (ч. 1 ст. 1 Закона).

¹ Европейский Суд по правам человека: Избр. решения: В 2 т. М., 2000. Т. 1. С. 39–80.

Рассмотрим предложенные законодателем трактовки подробнее:

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

Адвокат — это лицо, получившее в порядке, установленном Законом, статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность.

Адвокат является независимым советником по правовым вопросам. Здесь раскрывается функциональная сторона понятия, определяющая профессиональное позиционирование адвоката.

Таким образом, законодатель прямо указывает на необходимость единства законности приобретения адвокатского статуса и независимости адвокатской деятельности как основополагающего условия адвокатской профессии в Российской Федерации.

Также четко Закон регламентирует и порядок осуществления адвокатом своей профессиональной деятельности, права и обязанности адвоката. Так, адвокату запрещено помимо адвокатской заниматься другой оплачиваемой деятельностью, за исключением научной, преподавательской или иной творческой деятельности. Законодатель также предусматривает возможность совмещения адвокатской деятельности с работой в качестве руководителя адвокатского образования, а также с работой на выборных должностях в адвокатской палате субъекта Федерации, Федеральной палате адвокатов РФ и общероссийских и международных общественных объединениях адвокатов.

Федеральный закон не ограничивает адвоката территорией, на которой он вправе осуществлять свою деятельность. При этом никто не может требовать от адвоката, проживающего на другой территории или внесенного в иной региональный реестр, какого-либо разрешения для выполнения своих обязанностей на «чужой» территории. Это дает лицу (физическому или юридическому) возможность приглашать адвокатов из других регионов, что служит в свою очередь дополнительной гарантией правовой защиты лица.

Понятие «адвокатура» является производным, образованным как объединяющая и определяющая трактовка всего адвокатского сообщества и выступающая в демократическом, правовом обществе основным институтом по оказанию профессиональной юридической помощи. При этом правоопределяющей особенностью адвокатуры является то, что она является институтом не государственной власти, а гражданского общества (т.е. обладает публично-правовым характером), пользуется автономией, независимостью, самоуправлением. Таким образом, адвокатура занимает центральное место в числе органов, призванных оказывать юридическую помощь без использования властных полномочий.

§ 2. Признаки адвокатской деятельности

Основными признаками **адвокатской деятельности** согласно определению, данному Законом об адвокатуре (ст. 1), являются:

- оказание квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам;
- оказание такой помощи лицами, работающими на профессиональной основе;
- лица, оказывающие юридическую помощь, должны иметь статус адвоката, который получается в порядке, установленном Законом об адвокатуре;
- целями этой деятельности являются:
 - защита прав, свобод и интересов доверителей;
 - обеспечение доступа к правосудию.

При этом, следуя букве закона, только наличие в деятельности одновременно всех указанных выше признаков дает основание к признанию ее адвокатской. Так, не может быть признана адвокатской деятельностью деятельность, не связанная с оказанием квалифицированной юридической помощи (например, регистрация предприятий в регистрационных органах, хождение по инстанциям с целью получения различных документов или их копий, участие в переговорах, не несущих квалифицированного правового характера, выполнение иных поручений доверителей неюридического характера, в том числе дача экономических, финансовых и иных не основанных на законодательных нормах разъяснений и консультаций, и др.).

Также не может являться адвокатской деятельностью, хотя и связанная с оказанием квалифицированной юридической помощи, однако оказываемая лицами, не имеющими статуса адвоката, полученного в установленном Законом порядке. В качестве примера здесь можно привести профессиональную деятельность известных зарубежных юридических фирм, имеющих офисы на территории нашей страны.

Не является адвокатской деятельностью лица, имеющего статус адвоката, не связанная с защитой прав, свобод и интересов заявителей, а также с обеспечением доступа к правосудию (например, наведение справок коммерческого характера о партнере клиента, частная детективная работа либо работа, связанная с выполнением других технических, вспомогательных, организационных, распорядительных, административных функций в интересах доверителя). В связи с этим выполнять подобные обязанности на платной основе адвокат не вправе.

Понимание этого деления важно, поскольку подобная деятельность адвоката входит в противоречие с Законом об адвокатуре и может рассматриваться правоохранительными органами как иная (не адвокатская) деятельность лица, имеющего соответствующий статус. То есть в этом случае ст. 8 Закона об адвокатуре, определяющая правовые гарантии профессиональной деятельности адвоката, не может быть применена.

Здесь необходимо сказать об иных видах юридической помощи, не относящихся к адвокатской деятельности. Это юридическая помощь, оказываемая работниками юридических служб организаций, работниками органов государственной власти и местного самоуправления, участниками и работниками юридических фирм, индивидуальными предпринимателями, нотариусами и патентными поверенными (за исключением случаев, когда в качестве патентного поверенного выступает адвокат) и другими лицами, специально уполномоченными законом на ведение своей профессиональной деятельности.

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

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

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

Другой признак — адвокатская деятельность не является предпринимательской. Это значит, что ее целью не может быть извлечение прибыли. Все доходы адвокатского объединения или отдельного адвоката являются по своей правовой природе не результатом коммерческой или иной предпринимательской деятельности, а вознаграждением, выплачиваемым клиентом. Именно поэтому бухгалтерский баланс адвоката не должен содержать указание на прибыль. По этой же причине адвокаты называют свою деятельность правовой или юридической «помощью», а не услугами. Поскольку адвокатская деятельность не является предпринимательской, то и адвокат не должен регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя. Соответственно на него не распространяются нормы гражданского, налогового и иных видов законодательства, касающиеся предпринимательской деятельности гражданина.

Такое законодательное выделение адвокатской деятельности среди прочих видов юридической помощи служит гарантом реализации конституционных требований о праве каждого гражданина на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ).

В Законе об адвокатуре конкретно выделенной нормы, определяющей задачи адвокатуры, нет. Вместе с тем определение задач института адвокатуры имеет большое методологическое значение для изучения предмета адвокатской деятельности.

Основываясь на содержании ст. 1, 3 и 29 Закона об адвокатуре, нынешние задачи адвокатуры можно сформулировать следующим образом: объединение адвокатов и содействие адвокатской деятельности по защите прав, свобод и интересов обратившихся за юридической помощью граждан и организаций, представительство их интересов с использованием всех указанных в Законе средств и способов, а также обеспечение доступа к правосудию.

Из данного определения необходимо вывести и частные задачи адвокатских объединений — структурных единиц российской адвокатуры. Так, задачами адвокатских палат в субъектах Федерации являются обеспечение оказания юридической помощи, ее доступности для населения, организация юридической помощи, оказываемой гражданам РФ бесплатно, представительство и защита интересов адвокатов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях, контроль за профессиональной подготовкой лиц, допускаемых к осуществлению адвокатской деятельности, и соблюдением адвокатами кодекса профессиональной этики адвоката.

§ 3. Гарантии независимости адвокатской деятельности и адвокатской неприкосновенности

Право на юридическую помощь Конституция РФ 1993 г. включает в число основных прав личности. Статья 48 Конституции РФ предусматривает, что:

1. Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

2. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения.

Право на квалифицированную юридическую помощь как субъективное право — это гарантированная законом возможность получать необходимую помощь от лиц, обладающих специальными юридическими знаниями, умениями и навыками, позволяющими человеку эффективно защищать и отстаивать свои права и законные интересы. Конституция РФ не зря использует слово «квалифицированную» — такая помощь должна оказываться лицами, обладающими специальными знаниями в области права.

Как указал Конституционный Суд РФ в постановлении от 28 января 1997 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова», «гарантируя право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство должно, во-первых, обеспечить условия, способствующие подготовке квалифицированных юристов для оказания гражданам различных видов юридической помощи, в том числе в уголовном судопроизводстве, и, во-вторых, установить с этой целью определенные профессиональные и иные квалификационные требования и критерии. Участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица, по выбору подозреваемого или обвиняемого, может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую помощь»¹.

¹ СЗ РФ. 1997. № 7. Ст. 87.

Мировая юридическая практика также придерживается мнения, что, хотя наличие юридического образования у лица, оказывающего юридическую помощь гражданам, является обязательным, оно недостаточно для оказания квалифицированной юридической помощи. Например, Комитет по правам человека ООН признает, что право на адвоката означает право на эффективного защитника. Разрешая дело, по которому обвиняемому был предоставлен защитник, не имеющий юридического образования, Комитет по правам человека постановил, что защитник должен быть достаточно квалифицированным, чтобы юридически представлять обвиняемое лицо.

Квалифицированная юридическая помощь в качестве гарантии — это обусловленная законом возможность участия адвоката в конституционном, уголовном, административном и гражданском судопроизводстве с целью защиты прав и законных интересов подзащитного.

Конституция РФ 1993 г. (раздел «Права и свободы человека и гражданина») укрепила позиции адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве, а также предоставила дополнительные гарантии прав граждан в данной сфере. Конкретизировал, развил положения Конституции и еще более расширил полномочия адвокатов (защитников) Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. Кроме того, с принятием Конституции РФ 1993 г. адвокат стал активным участником новых видов судопроизводства — конституционного и административного, а также производства по экономическим спорам в арбитражном суде.

При этом оказание правовой помощи не адвокатами в уголовном судопроизводстве не может рассматриваться как оказание квалифицированной юридической помощи и может повлечь за собой отмену судебного акта.

Право на оказание квалифицированной юридической помощи регулируется также Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹, Законом об адвокатуре, Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»², Федеральным законом от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»³, Законом РФ от 18 октября 1991 г.

¹ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

² СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. I). Ст. 7007.

³ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3177.

№ 1761-I «О реабилитации жертв политических репрессий»¹, Законом РФ от 2 июля 1992 г. № 3185 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»², Основами законодательства о нотариате Российской Федерации от 11 февраля 1993 г. № 4462-I³, Федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁴, Уголовно-исполнительным кодексом РФ, ГПК РФ, АПК РФ, УПК РФ, Кодексом РФ об административных правонарушениях, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод⁵ от 4 ноября 1950 г., Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г. № 43/173 (принцип 11 «Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме»), Конвенцией Содружества Независимых Государств «О правах и основных свободах человека» (заключена в Минске 26 мая 1995 г.) и рядом других нормативных актов.

Важно, что в соответствии с Конституцией РФ (ст. 55) право на квалифицированную юридическую помощь не подлежит ограничению ни при каких условиях, включая чрезвычайное положение.

Согласно Конституции РФ отдельные конституционные права и обязанности касаются только граждан России (избирательное право, обязанности военной службы). В отличие от них ст. 48 Конституции использует понятие «каждый», поэтому право на квалифицированную юридическую помощь распространяется на всех лиц без изъятия: граждан России, лиц без гражданства (апатридов), иностранных граждан. Это личное право человека, и тот факт, что Конституция наделяет им всех без исключения лиц, находящихся на территории Российской Федерации, показывает, что в регулировании данного права наш Основной закон соответствует всем высоким стандартам соблюдения и защиты прав и свобод, установленным международными актами.

Совершенствованию процессуального законодательства в части обеспечения права граждан на защиту немало способствовала и деятельность Конституционного Суда РФ.

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1428.

² Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1992. № 33. Ст. 1913.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

⁴ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

⁵ Пункт 3 ст. 6: «Каждый, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет как минимум следующие права:.. с) защищать себя лично или через посредство выбранного им защитника или, при недостатке у него средств для оплаты помощи защитника, пользоваться помощью назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия».

В этом контексте следует упомянуть его постановления:

— от 27 марта 1996 г. № 8-П1 по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина, которым признано неконституционным решение вопроса о допуске адвоката к участию в деле в зависимости от наличия у него допуска для работы со сведениями, составляющими государственную тайну¹;

— от 27 июня 2000 г. № 11-П2 по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова, которым признаны неконституционными положения части первой статьи 47 УПК РСФСР, ограничивавшие право гражданина на досудебных стадиях уголовного судопроизводства пользоваться помощью адвоката (защитника) во всех случаях, когда его права и свободы существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами, связанными с уголовным преследованием²;

— от 25 октября 2001 г. № 14-П4 по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в статьях 47 и 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и пункте 15 части второй статьи 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.М. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева. Суд признал не соответствующим Конституции положение пункта 15 части второй статьи 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», допускавшее регулирование права на помощь адвоката (защитника) ведомственными нормативными актами³.

Исходя из содержания последнего упомянутого Постановления Конституционного Суда РФ Президиумом Верховного Суда РФ 2 октября 2002 г. было принято Постановление № 93пв-02, признавшее незаконным п. 149 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ в части, устанавливавшей, что свидания подозреваемым и обвиняемым предоставляются с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, по предъявлении им документа о допуске к участию в уголов-

¹ СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1768.

² СЗ РФ. 2000. № 27. Ст. 2882.

³ СЗ РФ. 2001. № 48. Ст. 4551.

ном деле, выданного лицом или органом, в производстве которого находится уголовное дело¹. Положения ст. 48 Конституции РФ также были разъяснены в п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (в ред. от 3 марта 2015 г.)².

В частности, Пленум особо отметил важную роль защитника при осуществлении правосудия.

Пленум подчеркнул, что при судебном разбирательстве должно строго соблюдаться гарантированное Конституцией (ч. 1 ст. 48) право каждого на получение квалифицированной юридической помощи. С учетом этого конституционного положения суд обязан обеспечить участие защитника в уголовном деле во всех случаях, когда оно является обязательным в силу ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

На основании ч. 1 ст. 52 УПК РФ подозреваемый, обвиняемый вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника. В силу ч. 2 указанной статьи такой отказ не обязателен для суда.

В соответствии с ч. 2 ст. 48 Конституции РФ и на основании п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ каждое лицо, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении, в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы этого лица. Согласно п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 2—5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ каждый подозреваемый имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента возбуждения в отношении его уголовного дела, с момента фактического задержания в случаях, предусмотренных ст. 91 и 92 УПК РФ, либо в случае применения к нему в соответствии со ст. 100 УПК РФ меры пресечения в виде заключения под стражу, с момента вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223¹ УПК РФ, с момента объявления ему постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы, а также с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления. Каждый обвиняемый в силу указанной конституционной нормы и на основании п. 8 ч. 4 ст. 47 и п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ имеет право пользоваться помощью адвоката

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 6.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

(защитника) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. При нарушении этого конституционного права все объяснения лица, в отношении которого проводилась проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, а также показания подозреваемого, обвиняемого и результаты следственных и иных процессуальных действий, произведенных с их участием, должны рассматриваться судами как доказательства, полученные с нарушением закона.

Следует отметить, что в процессе своей профессиональной деятельности адвокаты до сего времени сталкиваются с проблемами «допуска» в следственные изоляторы г. Москвы для свиданий с подзащитными.

Скажем, в 2013 г. практически два месяца с момента задержания и ареста обвиняемого Б. (арест производился с участием других адвокатов) следователь Следственного комитета РФ Ч. не давал адвокатам одной московской коллегии адвокатов «разрешения» на свидания с подзащитным. Неоднократные обращения адвокатов с жалобами к руководству Следственного изолятора № 1 г. Москвы не возымели действия. А Басманный суд г. Москвы, куда адвокаты коллегии также обратились с жалобой на незаконные действия следователя Ч., вообще не посчитал подобные его действия ущемлением прав адвокатов, а также права подзащитного на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированной Конституцией РФ.

§ 4. Адвокатская тайна

Важнейшей гарантией независимости адвокатской деятельности служит адвокатская тайна.

Институт адвокатской тайны восходит к эпохе Римской империи. Римские юристы предписывали председательствующим в судах, чтобы они не позволяли адвокатам принимать на себя роль свидетелей по делам, где они выступают защитниками.

В соответствии со ст. 8 Закона об адвокатуре, предметом адвокатской тайны являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю.

Адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или с ее оказанием (п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ).

Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской дея-

тельности) допускается только на основании судебного решения (п. 1 и 3 ст. 18 Закона).

Запрещаются любое вмешательство в адвокатскую деятельность, требование от адвоката, его помощника, должностных лиц и технических работников адвокатских объединений сведений, составляющих адвокатскую тайну. По этим вопросам они не могут быть допрошены как свидетели (ст. 27 и 28 Закона).

Документы, связанные с выполнением адвокатом поручения, не подлежат осмотру, разглашению или изъятию без его согласия. Запрещается прослушивание телефонных разговоров адвокатов в связи с оперативно-розыскной деятельностью без санкции Генерального прокурора РФ, его заместителей, прокуроров субъектов Федерации.

Нормы Закона, посвященные защите адвокатской тайны, помогают адвокату сохранить важные документы клиента. Следует помнить, что иммунитет от осмотра и изъятия распространяется не на любые документы клиента, переданные адвокату, а только на связанные с исполнением поручения.

Совет Федеральной палаты адвокатов РФ указал¹, что для эффективного применения положений ст. 8 Закона рекомендуется обязательное хранение полученных от доверителей документов и иных письменных материалов и электронных носителей с информацией, а также записей адвоката и доверителей, относящихся к оказанию юридической помощи, в соответствующих папках, имеющих надписи: *«Адвокатское производство — содержащиеся сведения составляют охраняемую законом адвокатскую тайну и не могут использоваться в качестве доказательств обвинения»*.

Документы, предметы и иные сведения необходимо отмечать соответствующими надписями (наклейками) и хранить в сейфах или специальных боксах, имеющих надпись: *«В боксе содержатся сведения, составляющие охраняемую законом адвокатскую тайну»*.

Кодекс профессиональной этики адвоката² также выводит институт адвокатской тайны на центральное место среди материальных норм. Как следует из ст. 6 Кодекса, адвокатская тайна основана на иммунитете доверителя, предоставленном ему Конституцией РФ.

При этом срок хранения тайны не ограничен во времени.

¹ Рекомендации «По обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности» приняты Советом Федеральной палаты адвокатов РФ 10 декабря 2003 г., протокол № 4.

² Кодекс профессиональной этики адвоката, принят I Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. // http://www.fparf.ru/documents/normative_acts/1059/

Уголовное дело в отношении адвоката может быть возбуждено только прокурором на основании заключения судьи районного суда или гарнизонного военного суда (ст. 447, 448 УПК РФ). Адвоката нельзя привлечь к уголовной, материальной и иной ответственности или угрожать ее применением в связи с представлением юридической помощи гражданам и организациям по закону.

Адвокату гарантируется равенство прав с другими участниками процесса.

Адвокат, являясь активно действующим субъектом права, обладает комплексом прав и обязанностей. К документам, подтверждающим полномочия адвоката, относятся адвокатское удостоверение и ордер на исполнение поручения, включая доверенность от клиента на ведение дела. Адвокат обладает следующими правами:

1) сбор сведений, необходимых для оказания юридической помощи (в том числе запрос справок, характеристик и иных документов у государственных органов и общественных организаций, предприятий любых форм собственности, обязанных их выдавать);

2) опрашивать с их согласия лиц, обладающих предположительно относящейся к делу информацией;

3) собирать и представлять предметы, могущие в установленном процессуальным законом порядке быть признаны вещественными доказательствами;

4) запрашивать на договорной основе заключения специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи;

5) общаться беспрепятственно со своим клиентом наедине, в том числе при содержании его под стражей, без ограничения числа встреч и их продолжительности, в обеспечивающих конфиденциальность условиях;

6) применять для фиксации информации, содержащейся в судебных и следственных делах, технические средства (ксерокс, компьютер, фотоаппарат) и звукозаписывающую аппаратуру;

7) совершать не противоречащие закону действия на основе принятого поручения.

На практике преимущества адвокатуры могут быть реализованы следующим образом. Прежде всего адвокат имеет возможность собирать информацию и сведения¹, необходимые для оказания клиенту правовой помощи. Как уже говорилось, действующее законодательство предусматривает обязанность должностных лиц удовлетворять

¹ Статья 6 Закона об адвокатуре.

запросы адвоката о получении информации и документов¹. В случае отказа в предоставлении информации адвокат вправе обратиться в суд.

§ 5. Принципы деятельности адвокатуры

Под принципами организации и деятельности адвокатуры понимаются основные начала, правила, на основании которых организуется и действует адвокатура. Пункт 2 ст. 3 Закона об адвокатуре определяет: «Адвокатура действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов».

Рассмотрим эти понятия более детально.

Принципы законности и независимости являются общеправовыми категориями. Применительно к деятельности адвокатуры принцип **законности** выражен в ст. 4 Закона об адвокатуре, которая устанавливает, что законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре основывается на Конституции РФ и состоит из самого Закона об адвокатуре, других федеральных законов, принимаемых в соответствии с федеральными законами нормативных правовых актов Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти, регулирующих указанную деятельность, а также из принимаемых в пределах полномочий, установленных Законом об адвокатуре, законов и иных нормативных актов субъектов Федерации. При этом в своей работе адвокаты активно используют также нормы различных международных конвенций², обращаются за защитой интересов своих клиентов в Европейский Суд по правам человека в Страсбурге.

¹ Подпункт 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре: «...собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций. *Указанные органы и организации в порядке, установленном законодательством, обязаны выдать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии не позднее чем в месячный срок со дня получения запроса адвоката*» (выделено нами. — Авт.).

² Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями) (Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.); Основные положения о роли адвокатов (приняты Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке); Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января 1990 г., 6 ноября 1990 г., 25 марта 1992 г., 11 мая 1994 г.); Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г. 43/173); Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 14 мая 1981 г. № R (81) 7 «Комитет министров — государствам-членам относительно

Независимость адвокатов при осуществлении своей профессиональной деятельности означает невмешательство в деятельность адвокатов каких бы то ни было структур власти, предприятий, учреждений, организаций, граждан. Принцип независимости характеризуется тем, что адвокатура не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Адвокат при осуществлении адвокатской деятельности не может быть связан никакими приказами, указаниями и иными формами воздействия на него со стороны органов адвокатского сообщества, адвокатского образования, другими внешними факторами и является самостоятельной фигурой в выборе форм и методов защиты или других видов юридической помощи, основываясь только на законе и воле своего доверителя, если она не противоречит закону.

Основные составляющие понятия независимости мы подробно рассмотрели ранее, определяя гарантии адвокатской деятельности. Вместе с тем важно понимать роль этого принципа, определенную Законом, в работе различных адвокатских образований.

Необходимость такого подхода обуславливается самим содержанием понятия адвокатуры, которая хотя и является, как отмечено выше, особым, не обладающим государственно-властными полномочиями публично-правовым институтом, находится все-таки в юрисдикции государства и выступает при этом в лице своих палат, коллегий адвокатов, адвокатских бюро и кабинетов. В этом смысле независимость адвокатуры, безусловно, ограничена содержащимися в правовых велениях государства обязанностями, общими для всех юридических лиц, и ответственностью за их ненадлежащее исполнение. Поэтому в практическом плане обязанности и ответственность несет не адвокатура вообще, а адвокатские образования и реализовать право на независимость адвокатура может только через независимость адвокатских объединений.

Так, Закон об адвокатуре определил коллегии адвокатов как независимые негосударственные самоуправляемые некоммерческие организации профессиональных юристов, добровольно объединив-

положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса»; Минимальные стандартные правила обращения с заключенными (приняты на Первом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 30 августа 1955 г., одобрены Экономическим и социальным советом на 994-м пленарном заседании 31 июля 1957 г.); Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (приняты Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1985 г. 40/33); Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) и др.

шихся в целях оказания квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам.

Названным Законом были установлены следующие положения, обеспечивающие независимость адвоката:

- исключение зависимости адвокатуры от государственных органов, ее самоуправляемость. Коллегия адвокатов вправе по собственной инициативе принимать любые решения, не противоречащие действующему законодательству, недопустимо вмешательство в ее деятельность;

- регламентация условий приема в коллессию и ее состава (коллегия адвокатов самостоятельно решает вопросы о численном составе, приеме, отчислении, исключении и дисциплинарной ответственности адвокатов);

- нормативное определение профессионального долга адвоката;

- гарантии независимости адвоката и гарантии адвокатской деятельности;

- определение содержания адвокатской тайны (закрепление обязанности адвоката соблюдать требования закона, хранить профессиональную тайну. Запрещение требовать от адвоката сообщения каких-либо сведений, связанных с оказанием юридической помощи);

- расширение прав адвоката при оказании юридической помощи, предоставление ему возможности самостоятельного собиpания необходимых сведений, участия в судопроизводстве на началах состязательности;

- перечень случаев, когда адвокат не может принять поручение;

- избpание руководителей коллегии адвокатов тайным голосованием;

- признание права адвокатов создавать в рамках адвокатской палаты адвокатские бюро и кабинеты;

- расширение возможностей граждан получить бесплатную юридическую помощь.

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

Принцип самоуправления адвокатуры заключается в том, что адвокатура, в том числе адвокатские образования, не может быть создана, управляема или ликвидирована государственными или иными органами, организациями или лицами, не являющимися адвокатами.

Всеми делами создания, деятельности адвокатуры ведают сами адвокаты непосредственно или путем избpания органов управления,

которые действуют на основе принимаемых только адвокатами внутренних нормативных актов (уставов, положений, договоров и пр.).

Самоуправление профессиональных объединений адвокатов означает систему гарантий их деятельности на началах хозяйственного расчета, самоокупаемости и самофинансирования как юридических лиц, имеющих свои расчетные счета в банках, свое имя, бухгалтерскую и иную отчетность, самостоятельный баланс, право выступать от своего имени, органы управления и т. д.

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

Добровольность вступления в профессиональные объединения и выхода из них означает запрет на какое-либо постоянное влияние на лицо, отвечающее требованиям законодательства, с целью заставить его стать адвокатом и вступить в коллегия либо сложить с себя полномочия адвоката и выйти из коллегии, исключения составляют случаи принудительного прекращения полномочий адвоката.

Равноправие членов адвокатских объединений означает, что все адвокаты имеют равные права и исполняют равные обязанности по отношению к такому объединению и друг к другу. Принцип равноправия адвокатов заключается в отсутствии кастовости в адвокатуре, деления адвокатов на начальников и подчиненных, старших и младших по чину, работодателей и работников. При решении своих внутренних корпоративных задач каждый адвокат пользуется правом только одного голоса независимо от стажа его работы, возраста, количества зарабатываемых или вносимых им в «общую кассу» средств. К адвокатам не следует применять «правила внутреннего трудового распорядка», требования трудовой дисциплины и иные категории трудового права, так как их деятельность не носит характера работы по трудовому договору или иного вида деятельности, регулируемого трудовым законодательством.

Под соблюдением адвокатской этики прежде всего понимается умение хранить профессиональные тайны, в том числе содержание

бесед с подзащитными, а также сохранение любых сведений, связанных с оказанием адвокатами юридической помощи своим клиентам, включая само обращение клиента. Никакого другого интереса у адвоката быть не может. Адвокат обязан всегда и полностью разделять позицию доверившегося ему человека. Корректировка позиции адвоката допустима лишь в интересах доверителя или подзащитного. После того как линия поведения совместно с клиентом выработана, адвокат не может ее принципиально изменить, потому что это было бы изменой, предательством по отношению к клиенту.

Аморальные, неэтичные действия адвоката могут быть оценены советом адвокатской палаты в соответствии с нормой, предусмотренной п. 2 ст. 19 Закона об адвокатуре.

Учитывая, что ст. 18 Кодекса допускает привлечение к дисциплинарной ответственности не только за умышленные проступки, но и за совершенные по грубой неосторожности, трудно переоценить установленное ст. 4 Кодекса право в сложных этических ситуациях обращаться за помощью в совет соответствующей адвокатской палаты субъекта Федерации.

Следует подчеркнуть, что в обозримом будущем адвокатское сообщество ждут значительные перемены. И связано это со следующим.

В последнее время появились публикации и иные выступления в средствах массовой информации, связанные с возможной реформой российской адвокатуры. Ряд выступлений по этому поводу первых лиц Министерства юстиции РФ, разгоревшаяся полемика о реформе адвокатуры в адвокатском сообществе свидетельствуют о том, что, возможно, назрела необходимость в такой реформе. В то же время подобная реформа, как нам представляется, — не самоцель и должна преследовать исключительно цель повышения качества оказываемой юридической помощи гражданам и юридическим лицам. Заложенный в российской Конституции основополагающий принцип о праве гражданина на получение квалифицированной юридической помощи означает безусловное оказание таковой. Поэтому, скажем, идея об установлении адвокатской монополии на судебное представительство, по нашему мнению, весьма перспективна, ведь некогда она была частично реализована на уровне представительства интересов субъектов коммерческих споров в арбитражных судах.

Много споров ведется сегодня по поводу объединения всех практикующих юристов под эгидой адвокатских образований. Есть мнения и о том, что юристы, оказывающие платные правовые услуги, не являющиеся адвокатами, могут быть объединены в некий самостоятельный «профсоюз», который в своей работе придерживался бы

тех же правил, что и российская адвокатура. Мы критически относимся и к той, и к другой идеям. Объединение всех юристов под одной адвокатской «крышей», как нам представляется, не приведет к существенному повышению уровня правовой помощи, оказываемой в рамках действующего российского законодательства, может вызвать хаос на рынке оказания подобной помощи из-за длительности и непредсказуемости процесса этого объединения. К тому же такой процесс может вызвать активное сопротивление со стороны действующих ныне адвокатских формирований, поскольку идея об объединении подспудно подразумевает волевое навязывание этим адвокатским формированиям новых членов, что противоречило бы основным принципам построения и функционирования адвокатуры в России. Вторая «профсоюзная» идея вообще не выдерживает никакой критики, поскольку право объединяться в профсоюзы гарантировано не только Конституцией РФ, но и специальным законом, и никто сегодня, например, не мешает корпоративным юристам-неадвокатам собраться и учредить профсоюз для защиты собственных интересов.

Весьма туманны и достаточно тревожны размышления некоторых идеологов реформирования адвокатуры об установлении неких единых стандартов качества юридических услуг. Идея понятна и проста: раз есть единые стандарты качества (особенно в виде специальных отраслевых правительственных циркуляров и инструкций), следовательно, необходимо ими неукоснительно руководствоваться, а тех, кто не руководствуется, нужно привлекать к строгому ответу, вплоть до лишения статуса. Нам все же кажется, что до такой степени зарегулированности рынка адвокатских услуг мы не дойдем. Все те стандарты качества юридических услуг, которые могут появиться в обозримом будущем, уже давно четко отображены в Конституции РФ, ГК, ГПК, АПК, УК, УПК, иных кодексах РФ, а также в законодательстве об адвокатуре. Изобретать в связи с этим велосипед не имеет смысла. Необходимо также иметь в виду, что российская адвокатура — это институт, построенный на принципах саморегулируемости и творческих начал. Адвокат в процессе — это не только правозащитник; он еще и импровизатор, хороший оратор и в некоторой степени блестящий актер. Навязывание адвокатам неких стандартов «качества» приведет к «засушиванию» нашей профессии, поставит адвоката на одну ступень со следователем, прокурором или судьей в процессе, которые обязаны в своей работе строго руководствоваться законом, и ничем иным. И уж точно не следует придумывать для получения статуса адвоката новые процедуры

и дополнительные экзамены. Сегодняшняя система тестирования соискателей на получение статуса адвоката достаточно сложна, многостадийна и вполне оптимальна.

Интересно, но не бесспорно предложение о так называемом разделении единой «адвокатской лицензии» по типу юрисдикции (уголовная, гражданская и арбитражная) и формировании на этой базе внутри адвокатуры трех различных направлений деятельности: коммерческого, гражданского и уголовного. Проще говоря, если следовать этой идее (которая уже давно реализована, скажем, в США или Великобритании), в адвокатских формированиях появятся лицензированные адвокаты, специализирующиеся исключительно на уголовных, гражданских или арбитражных делах. Получение адвокатом лицензии на определенный вид деятельности автоматически будет означать запрет заниматься чем-то другим. Хотим в связи с этим отметить, что такое распределение функций между адвокатами существует де-факто уже давно. Условность подобного разделения, которое предлагается закрепить на законодательном уровне, очевидна. Вряд ли возможно будет провести резкую раздельную черту между адвокатами, участвующими по гражданским делам в арбитражных судах, и адвокатами, участвующими по таким же категориям дел в судах общей юрисдикции, да и нужно ли это вообще? Ведь применимое в обоих случаях материальное право будет одинаково. Что касается лицензирования адвокатской деятельности в рамках оказания правовой помощи по уголовным делам, то такая идея представляется более привлекательной вследствие специфики оказания подобной помощи.

Любому реформированию законодательства об адвокатуре, как мы полагаем, должно предшествовать широкое обсуждение этих реформ адвокатским сообществом. Навязывание адвокатам неких законодательных инициатив сверху без учета их мнения приведет к резкому отторжению адвокатским сообществом таких инициатив и не будет способствовать дальнейшему совершенствованию оказания квалифицированной правовой помощи гражданам и организациям.

Адвокат, равно как и профессиональный судья, прокурор, следователь или дознаватель, обязан внимательно следить за новациями в действующем законодательстве РФ и развитием международной законодательной практики.

Зачастую, участвуя в конкретных судебных разбирательствах, адвокат убеждается в том непреложном правиле, что слабое знание норм материального и процессуального права, неосведомленность о последних изменениях в законодательстве приводят к проигрышу

процесса. Это не только вредит имиджу самого адвоката и адвокатского формирования, которое он представляет, но и ведет к разрыву соглашения с клиентом, который понадеялся на такого плохого юридического советника.

Практикующие адвокаты нередко сталкивались в судах со своими коллегами-адвокатами, которые слабое знание законов пытались подменить агрессивностью поведения в процессе, откровенным хамством, а иногда даже провокациями. Особенно часто к таким уловкам прибегают недобросовестные адвокаты при рассмотрении конкретных уголовных дел.

В практике бывают случаи, когда адвокаты — процессуальные противники в громких уголовных процессах (выступающие на стороне обвинения или защиты) не только пытались сфальсифицировать доказательства, оскорбляли участников судебных слушаний, включая судей, но и пытались незаконно оказывать давление на присяжных заседателей с целью вынесения ими нужного для таких адвокатов вердикта.

Конечно, такие случаи не являются широко распространенными, но адвокат должен быть всегда готов к подобным нештатным ситуациям и обязан не терять самообладания, находить правильные и совершенно законные методы противодействия откровенно неправомерному давлению. Здесь на выручку придут и хорошее знание законов, и быстрая реакция на меняющиеся расклады сил в процессе, и умение принимать мгновенные адекватные решения.

Большое значение в нашей работе имеет практика повышения квалификации практикующих адвокатов. Исключения здесь не сделаны ни для кого. Каждый наш коллега обязан раз в пять лет пройти специальный курс повышения квалификации, который проводится адвокатскими палатами субъектов Федерации, включая и Москву.

Хотим также подчеркнуть, что адвокатское сообщество крайне заинтересовано в притоке в его ряды молодых квалифицированных специалистов. Сразу оговоримся, что путь от выпускника вуза до получения заветных корочек удостоверения адвоката весьма долг и тернист.

Мало того что необходимо вначале поработать помощником, а затем стажером адвоката. Еще нужно сдать очень сложные и многоступенчатые экзамены. И на этих экзаменах, которые принимаются специально созданными комиссиями при адвокатских палатах РФ, «режут» соискателей беспощадно. Проценты несдавших с первой попытки претендентов составляют примерно 25–30. При этом следует учитывать, что экзамен на присвоение статуса адвоката — это не экза-

мены в вузе и даже не сдача кандидатского минимума для соискателей ученой степени. Здесь не только проверяется знание претендентом норм материального и процессуального права, но также выясняется его способность мыслить нешаблонно применительно к специфике нашей профессиональной работы.

Говоря об этом, мы хотим, чтобы те, кто из студентов соберется в дальнейшем избрать адвокатское поприще, готовились бы к этой деятельности творчески и набирались жизненного опыта, без которого наша работа превращается в простое ремесло.

ГЛАВА II. ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ АДВОКАТУРЫ в РОССИИ

§ 1. Становление и развитие российской адвокатуры до 1917 г.

История адвокатуры уходит в глубь веков. Адвокатура, возникшая еще в античные времена, — свидетельство высокоорганизованного социального общества, в котором законы играют исключительную роль. Нет демократии без гласного и состязательного процесса, нет истинного судопроизводства без юридического института (адвокатуры), связанного с охраной прав граждан и их законных интересов.

Слово «адвокат» древнеримского происхождения. На латинском языке оно обозначается «*advocare, advocatus*» («призывать», «призванный»). Искавшие справедливости призывали для защиты своих интересов близких людей. К ним могли относиться родственники, друзья. Впоследствии институт такого заступничества реформировался в патронат, ибо совершенствовалось и судоустройство. В силу этого требовалось уже квалифицированное, юридически грамотное заступничество в суде. Совершенствовался и сам институт демократии. На такую помощь могли рассчитывать уже и малообеспеченные граждане, и неимущие слои населения. Как справедливо отмечают некоторые наши специалисты по истории государства и права, «представительство» возникло еще в родовом общинном строе, до образования государства и суда. В частности, в преданиях славян часто упоминается о единоборстве участников спора (или их представителей), вытекающего из социально-бытовых конфликтов. Такой способ разрешения спора назывался «полем».

Когда в России впервые стал употребляться термин «адвокат»? Впервые это слово было официально употреблено в Воинском уставе Петра I 1715–1716 гг., в разделе «Об адвокатах и полномочных»¹.

¹ <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/Ystav1716.htm>

Что же касается первого нормативного упоминания о представительстве в суде, то следует обратить внимание прежде всего на Псковскую судную грамоту, в которой были определены персоны, могущие нанимать для участия в суде представителя. В ст. 58 Псковской грамоты указывается: «А на суд помочью не ходити, лести в судебницу двема сутяжникома, а пособников бы не было ни с одной стороны, oprич жонки, или за детину, или за черныца, или за черницу, или который человек стар вельми, или глух, ино за тех пособику бытии; а хто опроче неимет помогать или силоу в судню полезет, или подверника ударит, ино всадити его на дыбу да взять на нем князю рубль, в подверником 10 денег»¹. Законы новгородские и псковские предоставляли обеим тяжущимся сторонам равное право на внимание судей, повелевая оказывать всем равное правосудие, без различия чина и звания.

Таким образом, пользоваться услугами пособников могли женщины, дети, монахи, дряхлые старики и глухие.

Судя по следующей записи в Псковской судной грамоте: «...одному пособику одного дня за два орудия не тягаться»², представительство в судах было широко распространено и имело в большинстве случаев наемный характер, хотя и для ограниченного круга тяжущихся. Более гуманной в части представительства была Новгородская судная грамота, которая разрешала практически всем гражданам нанимать поверенных. Обращает на себя внимание следующее обстоятельство: согласно и Псковской, и Новгородской грамоте участники процесса — челобитчик и ответчик — имели равное право на справедливое правосудие; суды были обязаны судить, не обращая внимания на чины и звания.

Правовые акты позднего периода, а именно Судебники и Соборное уложение царя Алексея Михайловича, более четко регламентировали деятельность наемных поверенных; разумеется, о поверенных как об организованном и постоянном судебном институте говорить не приходится, хотя уже в Судебнике 1550 г. было записано: «...окольному и дьяку вспросити исков, и ишей и ответчиков: кто за ними стряпчие и поручники; и кого за собою стряпчих и поручников скажут, и им тем велети у поля стоати...»³

Деятельность стряпчих и поручников заключалась не только в написании ходатайств, подаче их суду, представлении в суде тяжущего со всеми вытекающими правами: представлять доказательства, заяв-

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXI веков по истории адвокатуры. М., 2005. С. 44–45.

² Там же. С. 46.

³ Там же. С. 170.

лять ходатайства, присутствовать при докладе дела и т. д. Они также присутствовали на судебных поединках, т. е. в прямом смысле битве двух вооруженных людей.

По мере того как уголовный и гражданский процессы отделялись друг от друга, а уголовное судопроизводство распадалось на две составные части — судебное рассмотрение и следственное разбирательство, происходили изменения и в статусном положении поверенных. Появились так называемые депутаты, которые присутствовали при производстве следственных действий и при разбирательстве гражданских дел. Они могли представлять обвиняемых в уголовном преступлении лиц воинского и духовного звания, купцов, крепостных крестьян. Последних представляли их помещики. Депутатство носило временный и постоянный характер. И временные, и постоянные депутаты наблюдали за следствием: временные депутаты, в отличие от постоянных, назначались для присутствия в конкретном следствии, после чего прекращали свою деятельность. Правильность следственных действий депутаты удостоверяли своей подписью; они могли приобщить к делу свое особое мнение, если усматривали нарушения.

Как известно, в Российскую империю в свое время (XIX — начало XX в.) входили Северо-Западный (шесть белорусских и литовских губерний) и Юго-Западный края (три украинские губернии). Эти девять губерний до конца XVIII в. входили в состав Польского царства.

До вхождения в Российскую империю в этих краях в соответствии с польскими конституциями 1726 и 1764 гг., а также Литовским статутом действовали адвокатуры, созданные при губернских, уездных и городских судах.

Кто мог быть адвокатом? Согласно вышеуказанным правовым документам адвокат должен быть природным дворянином, владеть поместьем, не совершать порочащих поступков, знать законы и быть верным данной им присяге.

Адвокатура в этих краях просуществовала до 1840 г.

Что касается центральной и восточной части России, то деятельность правозаступников — поверенных, стряпчих, поручников и представителей — организационно не была оформлена, их права и обязанности не регламентировались.

14 июля 1809 г. была сделана первая попытка оформить профессиональный статус судебных представителей. Правительствующий Сенат своим указом ввел обязательную регистрацию стряпчих при коммерческих судах. Закон от 14 мая 1832 г. окончательно упорядочил их деятельность. Согласно этому Закону судебное представительство в коммерческих судах могли осуществлять лица, зарегистрированные

в этих судах в качестве присяжных стряпчих. К слову сказать, отец гениального драматурга А. Н. Островского являлся присяжным стряпчим, а сам Александр Николаевич несколько лет служил в Московском коммерческом суде.

Закон от 14 мая 1832 г. устанавливал, что для внесения в состав стряпчих необходимо было подать прошение в конкретный коммерческий суд. Кандидатам предписывалось предоставлять «аттестаты, послужные списки и прочие свидетельства о звании их и поведении, какие сами признают нужными». Суд после изучения полученных от кандидата документов регистрировал его в качестве присяжного стряпчего. Если по каким-либо причинам кандидат получал словесный отказ, то суд не объявлял о причинах отказа и не вносил претендента в список стряпчих. Суду предписывалось (закон не определял количество стряпчих) иметь такое их число, «дабы оно было достаточно и дабы тяжущиеся стороны не затруднялись в выборе их». Суд мог исключать стряпчих из списка с указанием в протоколе причины исключения. Стряпчие имели право на вознаграждение за свои услуги; они не были объединены в профессиональные группы, т. е. их внутренней организации не существовало¹.

О степени профессиональной подготовки стряпчих можно судить из доклада Комиссии по составлению законов 1820 г.: «В России те, кои носят имя стряпчих, находятся в таком неуважении, какого большая часть из них действительно заслуживает, судя по примерам, как некоторые из них исполняли принятые на себя обязанности, о чем могут засвидетельствовать самые присутственные места. Кто может с благонадежностью верить им попечение о своих выгодах и положиться на них? Случалось, что они помогали той и другой стороне, затягивали и запутывали дела и вместо того, чтобы мирить тяжущихся, по невежеству или с умыслом, раздражали их еще более и всегда почти бывали главнейшими виновниками ябед и несправедливых, неясных решений в низших инстанциях, которые потом столь трудно, а иногда и невозможно переделать в высшей инстанции»².

А вот еще выдержка, но уже из документа «Замечания членов Государственного Совета и Министерства юстиции на проект положения о присяжных поверенных». В этом документе говорится: «В обществе и между правительственными лицами распространено убеждение, очень верное и вполне основательное, что одна из причин бедственного

¹ Свод законов Российской империи. Т. XI, ч. II // <http://civil.consultant.ru/reprint/books/250/1126.html#img1127>

² Адвокатура: Сборник лекций. М., 2005. С. 27.

положения нашего судопроизводства заключается в том, что лица, имеющие хождение по делам, большей частью люди очень сомнительной нравственности, не имеющие по большей части никаких сведений — ни юридических, ни практических»¹.

В самом деле, стряпчие в суде находились в бесправно-презираемом положении. Неслучайно «крапивное семя» являлось предметом насмешек, героем сатирических произведений: «Стряпчий Платонов Протас Порфирьевич уж много лет ходил по судам. Устраивал дела своих клиентов. Заматерел: цыплят из печеных яиц вылупливал. Как и всякий ловкий стряпчий, знал себе цену, стоил столько, сколько платили, но всегда считал, что ему недоплачивали. От трудов праведных так похудел, что чуть не лопнул: сам копной, брюхо горой, поперек себя толще. Притом выглядел неряшливо. Но, как говорится, не смотри, что обтрепаны рукава, а гляди, ухватка какова. Ежели ему хорошо заплатят, да еще вперед, то он с одинаковым рвением мог защищать и злодея, и его жертву.

В одно хорошее время обратился к нашему стряпчему продувной малый:

— Порфирыч, спасай-выручай! Продам простофиле больную лошадь, а она на другой же день околела. Мужик требует вернуть деньги. Выручишь — половина денег твоя!

Платонов, ежели дело пахло деньгами, никому ни в чем никогда не отказывал:

— Чего ж не помочь хорошему человеку. Перо в суде, что топор в лесу.

Хряпнул для очищения мозгов бутылъ вина и взялся за дело. Надо сказать, что законы он знал плохо, зато хорошо знал судью. Встретил через пару дней клиента:

— Твоя правда выиграла! Суд постановил, что виноват покупатель лошади.

Получил свою долю и был таков. А вскорости после того случая пришел к нему искать защиты... покупатель той лошади:

— Выручил бы ты меня, Протас Порфирьевич. Понимаешь, купил лошадь, а она сдохла, и я же виноват! Суд оставил мои кровные за продавцом.

Недолго думал стряпчий, то бишь совсем не думал:

— Чего же не помочь хорошему человеку. Не робей, моя рука длинная — достанет и до суда. Судиться — не Богу молиться. Но деньги вперед!

¹ Адвокатура: Сборник лекций. М., 2005. С. 27.

Хряпнул для очищения мозгов бутылъ вина и взялся за дело. Как он изворачивался в суде, неведомо, однако помог бедолаге-покупателю. Встретил его:

— Твоя правда выиграла. Суд постановил: продавец лошади виноват.

Что потом было? Да новый суд и новый пересуд. Вчистую разорились оба клиента. А стряпчий Платонов допреж в фаворе, ловко правду в кривду превращает, а кривду в правду»¹.

Вопрос о создании адвокатуры в России назревал. Это понимали передовые люди России, к этому убеждению приходила и власть.

Достаточно привести высказывание на эту тему гениального Пушкина. В «Истории Пугачевского бунта» он упоминает о юридическом казусе, случившемся с соратником Пугачева, бывшем членом Комиссии по составлению законов, созданной Екатериной Великой: «Падуров, как депутат, в силу привилегий, данных указом, не мог ни в каком случае быть казнен смертью. Не знаю, прибегнул ли он во время суда к защите сего закона; может быть, он его не знал; может быть, судьи о том не подумали; тем не менее казнь сего злодея противу закона. Вот один из тысячи примером, доказывающих необходимость адвокатов»².

Великие экономические достижения и буржуазные преобразования России в 60-х годах XIX в. заставили власть приступить к реформированию почти всех сфер, относящихся к государственной деятельности: военной, земской, крестьянской, судебной, школьной и т. д.

Самой значительной реформой являлась судебная 1864 г. Ее суть: отделение суда от исполнительной и законодательной власти, отмена сословных судов, учреждение суда присяжных; судьи становились независимыми и несменяемыми, учреждалась адвокатура. В основе ее деятельности решающими были принципы независимости и правозаступничества: адвокат являлся поверенным своего клиента. По содержанию и по форме созданная адвокатура напоминала французскую: система взысканий, порядок дисциплинарного производства, внутреннее самоуправление.

Как известно, Судебные уставы были введены в действие 17 апреля 1866 г. В этот же день были утверждены и первые присяжные поверенные (адвокаты). Их было 27, среди них К.К. Арсеньев, В.П. Гаевский, В.В. Самаринский-Быховец, Д.В. Стасов, В.И. Танеев, А.Н. Турчанинов, К.Ф. Хартулари и др. В 1913 г. адвокатов насчитывалось уже свыше 5,5 тыс. человек.

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 28.

² Цит. по: Гессен И. В. История российской адвокатуры. М., 1997. Т. 1. С. 30.

Кто мог быть присяжным поверенным? Ими могли быть лица, достигшие 25-летнего возраста, имевшие дипломы университетов или других высших учебных заведений об окончании курса юридических наук или о выдержанных экзаменах по этим наукам (экстернат) и прослужившие не менее пяти лет по судебному ведомству на должностях, позволяющих приобрести практические навыки в производстве судебных дел, а также помощники присяжных поверенных, бывшие таковыми не менее пяти лет.

Статья 355 Учреждения судебных установлений¹ перечисляет условия, по которым не могли быть присяжными поверенными лица моложе 25 лет, иностранцы, а также лица, объявленные несостоятельными должниками, подвергшиеся по судебным приговорам лишению или ограничению прав состояния, а также священнослужители, лишенные духовного сана по приговорам духовного суда; лица состоящие под следствием за преступления и проступки, влекущие за собою лишение или ограничение прав состояния, и те, которые, состояв под судом за такие преступления или проступки, не оправданы судебными приговорами; граждане, исключенные со службы по суду или из духовного ведомства за пороки, или же из среды обществ и дворянских собраний по приговорам тех сословий, к которым они принадлежат; лица, кому по суду воспрещено хождение по чужим делам, а также исключенные из числа присяжных поверенных.

Для того чтобы вступить в ряды присяжных поверенных, надо было подать прошение в совет присяжных поверенных. В прошении должны были быть указаны необходимые в соответствии с законом сведения. Кроме того, к прошению прилагались документы, подтверждающие образование, стаж и другую необходимую информацию.

Вновь принятые в присяжные поверенные приносили присягу. После этого его фамилия вносилась в список поверенных. Кандидатура утверждалась министром юстиции, в случае отказа решение могло быть обжаловано в Сенате.

Присяжные поверенные в соответствии с Судебными уставами имели права, несли обязанности и ответственность. Присяжные имели право вести гражданские дела во всех судах и получать вознаграждение. Оплата определялась соглашением с клиентом в письменной форме. Если такое соглашение отсутствовало, оплата определялась таксой, установленной Минюстом.

¹ Судебный устав от 20 ноября 1864 г. // www.civil.consultant.ru/reprint/books/121/280.html

Кроме присяжных поверенных, существовали частные поверенные. В отличие от присяжных поверенных, которые имели право выступать в любом суде на всей российской территории, частные поверенные имели право выступать в судах, которые выдали им разрешение на занятие этой должности. Частным поверенным необязательно было иметь высшее юридическое образование и стаж работы на юридическом поприще.

Среди прав, которые имели присяжные, было и право на корпоративное устройство. Присяжные каждого судебного округа образовывали совет. Высшим органом было общее собрание присяжных поверенных. На собрании избирались совет, его председатель и товарищ председателя. В компетенцию совета входили: прием и исключение присяжных поверенных, рассмотрение жалоб на ненадлежащее исполнение присяжными своих обязанностей, назначение поверенных для бесплатного ведения дел и т. п. Председателями советов избирались наиболее уважаемые адвокаты.

Нелегким было становление адвокатуры. Во-первых, это был организационный период; во-вторых, из-за упущений в отборе кандидатур в числе присяжных оказались недобросовестные люди, которые рассматривали свою деятельность «как торговлю словом». Вот определения, которыми их награждало общество: «присяжное жулье», «блудливый адвокатский язык». Звучали призывы: «Избавить нас от саранчи и адвокатов».

Однако наряду с этим в России появились специалисты, которые являлись гордостью русской адвокатуры. В адвокатуру приходило все больше образованнейших и талантливейших юристов. Среди них В.Д. Спасович, П.А. Потехин, А.И. Урусов, А.Л. Боровиковский, Ф.Н. Плевако, С.А. Андреевский, М.Ф. Громницкий, А.Я. Пассовер. Но и среди равных были первые. Это в первую очередь относится к Владимиру Даниловичу Спасовичу (1829—1906 гг.). Современники именовали его «Королем адвокатуры», а Ф.М. Достоевский сказал о нем: «Талант из ряда вон, сила!» Высказывания Спасовича о целях и задачах адвоката актуальны и сегодня.

Благодаря А.Ф. Кони эти задачи не остались забытыми:

«...Загляну [в] в тайны души подсудимого... сказать в пользу обвиняемого все, чего последний сам не может, не умеет или не хочет сказать, не закрывая, однако, при этом глаз на истину... Дар свободного слова предоставлен адвокату для облегчения участи подсудимого, и им не следует пользоваться для распространения преступных или противообщественных идей....Проявлять отвагу своего звания в названии вещей по их именам. <...> По политическим делам защита должна

быть свободна, причем адвокат, и не будучи солидарен с подсудимым, должен, однако, иметь право высказать все возможное для оправдания или уменьшения вины подсудимого и для ослабления невыгодного впечатления в отношении чувств, руководивших последним. В своих приемах защита не должна давать увлечь себя неуместным соображениям о возможности надоесть или наскучить судьям... в делах, имеющих предметом щекотливые подробности, она должна рисовать не их, а лишь общие начертания предмета, подражая не детальной китайской живописи, а античной скульптуре»¹.

Много ярких имен вписано в историю российской адвокатуры, много сделано ими для упрочения нравственности адвокатской профессии. Многие адвокаты всецело придерживались буквы и духа закона. Это благодаря их стараниям юридические консультации для населения были не только открыты, но и стали притягательной силой для неимущих граждан, права которых сплошь и рядом нарушались. Голос адвокатов стал громче, и все чаще адвокаты критиковали власть и обвиняли ее в бедственном положении населения.

Критика правительства, относительная независимость от властей, самоуправляемость адвокатуры — все это вызывало недовольство правителей, которые начали препятствовать демократическим преобразованиям в деятельности присяжных поверенных. В 70–80-е годы XIX в. был принят ряд мер для ограничения прав адвокатов. 3 января 1857 г. Сенат приостановил образование советов присяжных поверенных в тех округах судебных палат, где они еще не были созданы. В 1878 г. Министерство юстиции внесло в Государственный Совет проект закона о лишении поверенных права на ходатайство в суде. Позднее уездные суды были наделены правом на запрещение практики присяжного. Наконец, в 1903 г. появился циркуляр Минюста, одобренный Сенатом, в силу которого руководители окружных судов стали оказывать давление на присяжных, просивших суд оправдать подсудимых, признавших свою вину.

Принимаемые карательные меры только усилили оппозиционные настроения адвокатов по отношению к власти. Они активно выступали в политических процессах, часть их решительно осудила в 1901 г. разгон студенческой демонстрации в Петербурге. В конце 1904 г. столичные адвокаты обратились к правительству с письменным требованием «признать за всеми гражданами равное право неприкосновенности личности и жилища, свободу совести и вероисповеданий, свободу печати, собраний, союзов».

¹ Кони А. Ф. Отцы и дети судебной реформы. М., 1914. С. 230.

В борьбе за свои права адвокаты не раз предпринимали попытки объединить свои силы. К началу 1905 г. эти усилия увенчались успехом. К тому времени в судебных округах, а именно в Иркутском, Казанском, Новочеркасском, Одесском, Омском и Саратовском, появились советы присяжных поверенных.

Благодаря объединительным настроениям 28–30 марта 1905 г. состоялся Всероссийский съезд адвокатов.

Следует отметить, что Съезд проходил в условиях серьезных внешних препятствий со стороны полиции. Сознание необходимости объединения всей русской адвокатуры было столь единодушно, что в первый же день заседания 28 марта без прений, единогласно было принято постановление о том, что Съезд провозглашает учреждение Всероссийского союза адвокатов с целью объединения общественно-профессиональной деятельности адвокатуры и достижения политического освобождения России на началах демократической конституции.

Члены Съезда понимали, что в ближайшем будущем Всероссийский союз адвокатов будет иметь огромное значение для профессиональной деятельности адвокатуры. Ведь именно на таких съездах в результате тесного общения, разработок литературы будут совершенствоваться правила адвокатской этики, организовываться и объединяться старшие и младшие члены сословия, что облегчит поддержание чести и достоинства адвокатского сословия в целом, содействуя подъему нравственного уровня, ограждая членов сословия от произвола и устраняя причины, стесняющие их деятельность.

Участники Съезда признавали, что Всероссийский союз адвокатов поможет объединить, расширить и умножить учреждения, стремящиеся выполнить общественные задачи адвокатуры, например по оказанию юридической помощи народу и по защите лиц, привлекаемых по политическим делам и пострадавшим в борьбе за свои убеждения. Союз окажет неоценимые услуги науке права и судебной практике, разрабатывая и кодифицируя богатый материал, накопленный членами сословия за многие годы своей профессиональной деятельности. Кроме того, Союз, чье веское мнение народные представители оценят по достоинству, будет помогать законодательной работе будущего русского парламента в разработке и обсуждении законопроектов. Всероссийский союз адвокатов будет содействовать осуществлению мероприятий, направленных на материальное обеспечение членов сословия и их семей в случае смерти, болезни или нетрудоспособности. От объединенной адвокатуры следует ждать решения трудного, но неотложного вопроса о пенсионной кассе и об иных видах взаимопомощи.

Союз насчитывал в своем составе 2,5 тыс. присяжных поверенных и их помощников, работающих в 64 городах. Многие делегаты были сильно политизированы и предложили участникам Съезда принять участие во всеобщей политической забастовке.

Однако Съезд не поддержал это предложение, посчитав, что «[п]о техническим условиям профессиональной деятельности адвокатуры провозглашение всеобщей политической забастовки неприемлемо».

Вскоре после Съезда некоторые его члены были привлечены за участие в Союзе адвокатов к жандармскому дознанию по обвинению по ст. 126 Уголовного уложения. Как только эта новость стала известной в общественных кругах, в жандармское управление стали пачками поступать заявления от адвокатов о своей принадлежности к этому Союзу, в результате чего гонения прекратились. Почти накануне всеобщей политической забастовки, 5–6 октября 1905 г., в Москве состоялся второй Съезд, который проходил в здании судебных установлений, в помещении Совета присяжных поверенных, куда во время одного из заседаний вошла полиция, потребовавшая прекращения проведения Съезда, однако участники отказались подчиниться, а очередной оратор продолжал говорить. Тогда городовые вывели его из зала, и заседание было закрыто. Следующие заседания Съезда проходили на частных квартирах и прерывались появлением полиции, что, несомненно, усиливало общее настроение участников¹.

§ 2. Российская адвокатура после событий 1917 г. и до наших дней

Следует отметить, что большинство выдающихся адвокатов не участвовало в политической борьбе того периода, считая, что они «не политики, а судебные деятели... независимы в исполнении своего адвокатского долга». В.Д. Спасович, выражая мнение независимых мэтров российской адвокатуры, сформулировал эту позицию следующим образом: «За всякий прогресс, но легальный, за всякую эволюцию, но не революцию, за установления порядка по соглашению всех партий на арене парламента — без кровопролития и убийств».

Спасович неслучайно акцентировал внимание на парламентской борьбе за прогресс. Он считал, что все важнейшие вопросы демократического государства должны обсуждаться и решаться в парламенте. И, надо сказать, адвокаты принимали деятельное участие в работе Государственной Думы: в состав I Думы входили 36 присяжных заседателей и их помощников, в составе II Думы их было 32, в III Думе —

¹ http://mcca.su/main-page/istoriya_sozdaniya/

29, а в IV — 23. Некоторые адвокаты входили в состав Временного правительства.

28 февраля 1917 г. Временный комитет Государственной Думы назначил комиссаров в министерства и другие государственные учреждения. Представителями Временного комитета в Министерстве юстиции стали адвокаты В.А. Маклаков, М.С. Аджемов и В.П. Басаков. Среди лидеров Февральской революции ярко и весомо обозначилась фигура одного из самых политически активных и харизматичных «молодых адвокатов» — А.Ф. Керенского, который с упоением принял и оценил ее: «Бескровная революция, это была моя всегдашняя мечта...» На растущей волне своей популярности он без особого труда добился санкции Петроградского совета на занятие поста министра юстиции во Временном правительстве, где броско объявил себя «заложником революционной демократии». Утром 3 марта он, с трудом сдерживая радостную эйфорию, гордо сообщил по телефону признанному корифею отечественной адвокатуры Н.П. Карабчевскому: «Сегодня в ночь сформировано Временное правительство. Я взял портфель министра юстиции». Но это был далеко не праздный звонок. Новоиспеченный министр юстиции предложил председателю Петербургского совета присяжных поверенных забыть их давние идейные разногласия и попросил оказать помощь при подборе состава министерства и Сената: «Не можете ли Вы собрать Ваших товарищей по Совету сегодня? Я хотел бы посоветоваться, чтобы наметить кандидатов». Это обращение Керенского однозначно указывало на то, что ядром будущего Министерства юстиции и высшей судебной инстанции России должны были стать представители адвокатского сословия; тем самым Керенский хотел «поставить правосудие на недостижимую высоту»¹.

Авторитет адвокатского сословия и председателя ее столичного Совета был настолько высок, что вновь назначенные министры юстиции Временного правительства, которых оно, как правило, привлекало из среды адвокатуры, по воспоминаниям Н.К. Муравьева, «считали своим долгом явиться с визитом к председателю Петроградского совета присяжных поверенных Н.П. Карабчевскому, который обыкновенно приурочивал их прием к заседанию нашей подкомиссии»². В пер-

¹ Карабчевский Н.П. Что глаза мои видели: В 2 ч. Берлин, 1921. Ч. 2. С. 118–122.

² Н.К. Муравьев имел в виду «адвокатскую» подкомиссию Комиссии для восстановления основных положений Судебных уставов и согласования их с происшедшей переменой в государственном устройстве (см.: *Муравьев Н.К.* Автобиографическая заметка // «Стой в завете своем...» Николай Константинович Муравьев: Адвокат и общественный деятель. Воспоминания, документы, материалы. М., 2004. Ч. 2. С. 107).

вый же день руководства Министерством юстиции А.Ф. Керенский обратился к советам присяжных поверенных с телеграммой, в которой просил их «принять посильное участие в установлении истинного правосудия в нашей Родине и поднятии его на высоту, соответствующую величию народа и важности исторического момента». Он лично явился на заседание Петроградского совета присяжных поверенных, которое проводилось на квартире председателя Совета Карабчевского. Обратившись к присутствующим с краткой речью, министр просил Совет «способствовать по мере сил водворению порядка и законности». Опора высокопоставленного представителя новой власти на коллег по адвокатскому цеху во многом объяснялась тем, что Керенский считал эту профессиональную корпорацию единственной в России, «до последнего времени сохранивш [ей] верность чести и долгу», и подчеркивал, что «право соблюдалось только в этой корпорации»¹.

Вскоре в России вновь произошла смена власти. Что изменилось в деятельности адвокатуры с установлением правления большевиков? Первый же Декрет от 22 ноября (5 декабря) 1917 г. № 1 «О суде» упразднил адвокатуру и постановил: «Каждый человек может выступать в качестве адвоката защиты, пока у него или у нее имелось правильное сознание»².

Первая попытка создать институт адвокатуры была предпринята в Декрете от 15 февраля 1918 г. № 2 «О суде», в котором устанавливалось, что при местных советах рабочих, солдатских и крестьянских депутатов должны создаваться коллегии правозаступников. Предполагалось, что правозаступничество может осуществляться как в форме общественного обвинения, так и в форме общественной защиты³.

21 октября 1920 г. ВЦИК утвердил Положение о Народном суде Российской Социалистической Федеративной Советской Республики⁴, в котором говорилось об учреждении коллегии защитников, обвинителей и представителей сторон в гражданском процессе. Создавались они «для содействия суду в деле наиболее полного освещения всех обстоятельств, касающихся обвиняемого или интересов сторон, участвующих в гражданском процессе». Указанные коллегии защитников учреждались при советах рабочих, солдатских и крестьянских депута-

¹ Звягинцев А. Г., Орлов Ю. Г. В эпоху потрясений и реформ. Российские прокуроры. 1906–1917. М., 1996. С. 232.

² Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXI веков по истории адвокатуры. С. 558–561.

³ Там же. С. 572–573.

⁴ http://pravo.ru/store/doc/doc/ESU18782_0_20140421_141452_53397.pdf

тов. Члены этих коллегий становились госслужащими, их содержание устанавливалось в размере оклада народного судьи. Плата с клиентов поступала на счет народного комиссариата юстиции.

11 мая 1920 г. СНК РСФСР принял Декрет «О регистрации лиц с высшим юридическим образованием»¹. Этим лицам предписывалось в течение трех дней зарегистрироваться в отделах по учету и распределению рабочей силы местных советов. После регистрации их распределяли на работу юристами в учреждения в порядке отбывания трудовой повинности.

29 июня того же года III Всероссийский съезд работников юстиции обнародовал план привлечения защитников к отбыванию трудовой повинности. Вводилась система: вместо членов коллегии защитников, обвинителей и представителей сторон в суды направляли для ведения дел юристов, работавших в частных организациях или госучреждениях. Все это делалось на основе обязательной трудовой повинности.

26 мая 1922 г. III сессией ВЦИК было принято Постановление «Об адвокатуре»², а 5 июля того же года Народным комиссариатом юстиции (НКЮ) было утверждено Положение о коллегии защитников³. В соответствии с этими нормативными документами в каждой губернии при губернских судах создавалась коллегия защитников, которая являлась общественной организацией. Руководил коллегией президиум, избираемый общим собранием. В его компетенцию входили следующие вопросы: прием членов коллегии, исключение их за порочащие проступки, рассмотрение дисциплинарных дел, организация юридических консультаций. Надзор возлагался на суды и прокуратуру. Частная адвокатская практика вышеназванными положениями не регулировалась.

27 февраля 1932 г. НКЮ было утверждено Положение о коллективах членов коллегии защитников⁴. Данный правовой акт регулировал вопросы организации коллективов ЧКЗ и руководства их деятельностью; порядок приема и выхода из состава членов коллективов; практиканства в коллективах ЧКЗ; управления коллективами ЧКЗ и многие другие.

Пережив многочисленные реорганизации, российская адвокатура окончательно сформировалась с принятием Совнаркомом СССР

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXI веков по истории адвокатуры. С. 579–583.

² Там же. С. 584–586.

³ Там же. С. 589–597.

⁴ Там же. С. 600–606.

16 августа 1939 г. Положения об адвокатуре СССР¹. В соответствии с Положением для оказания юридической помощи населению создавались областные, краевые и республиканские коллегии адвокатов.

Помощь населению оказывалась путем дачи юридических консультаций (советов, справок, разъяснений и т. п.); составления заявлений, жалоб и других документов по просьбе граждан, учреждений, организаций и предприятий; участия адвокатов в судебных процессах в качестве защитников обвиняемых, представителей интересов ответчиков, истцов и других заинтересованных лиц.

Членами коллегии адвокатов могли быть лица, имеющие высшее юридическое образование; окончившие юридические школы при наличии стажа практической работы в судебных, прокурорских и иных органах юстиции не менее одного года; не имеющие юридического образования, но проработавшие не менее трех лет в качестве судей, прокуроров, следователей и юрисконсульты. Кроме того, заниматься адвокатской деятельностью могли лица, не состоявшие в коллегии адвокатов. Однако они допускались к занятию адвокатской деятельностью с разрешения народного комиссара юстиции союзной республики в порядке, определяемом инструкцией НКЮ СССР.

Не могли быть членами коллегии адвокатов лица, ранее судимые, лишенные избирательных прав, находящиеся под следствием и судом.

О том, как работало Положение об адвокатуре СССР от 16 августа 1939 г., вспоминает выдающийся организатор адвокатуры, проработавший в Министерстве юстиции почти полвека, кандидат юридических наук, почетный адвокат России, заслуженный юрист Российской Федерации Исая Юльевич Сухарев:

«Вся деятельность адвокатских образований протекала под неусыпным оком наркоматов, а впоследствии министерств и органов юстиции. Формирование самой коллегии и создаваемых ею юридических консультаций, прием новых членов и исключение провинившихся, даже размер адвокатского заработка — все эти вопросы решались по указке или по согласованию с чиновниками и местными партийными органами (не ниже обкома!). Особенно грозно звучала статья 12 упомянутого Положения. Она давала наркомам юстиции Союза и союзных республик право «отвода» принятых в коллегию адвокатов. Причем это право толковалось расширительно: «отвести» могли даже того, кто десятки лет отдал адвокатуре, не удосуживаясь при этом объяснить причины. В начале пятидесятых годов, в разгар борьбы с космополитизмом, таким

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI—XXI веков по истории адвокатуры. С. 609—615.

образом были лишены права на профессию более ста ленинградских адвокатов, в том числе такие выдающиеся, как Я. Киселев, Л. Мазель, Н. Рожанский, И. Олягова, Г. Ярженец, И. Адмони-Красный и др. Подобная акция, как я знаю, готовилась и в Москве.

О том, какие подчас нелепые домыслы ложились в основу такого рода репрессий, можно судить по делу об отводе из коллегии известного ленинградского адвоката Ефима Бегуна, которым довелось заниматься и мне, только что назначенному ревизором отдела адвокатуры Минюста РСФСР. Поступившая в министерство жалоба адвоката на отвод показалась мне настолько убедительной, что я обратился к министру (Ф. Беляеву) с просьбой выехать на место для проверки фактов. И вот что обнаружил.

Адвокат Бегун защищал в суде молодого человека, обвиненного в убийстве тещи. Единственной объективной уликой его причастности к убийству следствие называло совместную трапезу молодого человека с погибшей за несколько минут до трагедии. А подтверждался факт совместного ужина... наличием лапши как на столе в комнате зятя, так и в желудке убитой. В четырехчасовой защитительной речи (она стенографировалась) адвокат начисто отвел все косвенные доказательства виновности подсудимого и обратился к главному. Можно ли считать наличие лапши в желудке убитой прямым доказательством того, что женщина ужинала именно в комнате зятя? Да ни в коем случае! Поскольку лапшовый концентрат выдавался по карточкам всем ленинградцам и был в то время их обычной пищей.

Суд согласился с доводами адвоката и оправдал подзащитного. Президиум Ленгорколлегии нашел речь адвоката образцовой и направил ее стенограмму в ЛГУ в качестве пособия для будущих юристов. А вот там нашелся доцент, усмотревший в доводах адвоката... клевету на героических ленинградцев. Разве могли они в нашей замечательной стране питаться одной лапшой?! В обком КПСС полетел донос — и на политически близорукого адвоката, и на коллегию, пытавшуюся пропагандировать домыслы клеветника.

Выяснив все это, я пришел к выводу о необоснованности решения об отводе адвоката, о чем и доложил министру. Он согласился с моим заключением и отменил приказ. Добавлю, что в период хрущевской «оттепели» были отменены и другие такого рода приказы, в том числе об отводе упомянутых ранее ста с лишним ленинградских адвокатов. Правда, не все из них дожили до реабилитации»¹.

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI—XXI веков по истории адвокатуры. С. 37—38.

Осуществляя контроль за деятельностью адвокатуры, наркоматы, а затем министерства юстиции заслушивали отчеты руководителей коллегий, были правомочны отменить любое решение общего собрания и президиума и даже распустить президиум. В таких случаях вместо президиума приказом министра создавалось оргбюро из трех-пяти человек, не всегда даже членов коллегии адвокатов. Оргбюро выполняло функции президиума до тех пор, пока министр с ведома партийных органов не давал разрешения на проведение общего собрания и выборы нового президиума коллегии. С другой стороны, утвердилась практика направления на работу в адвокатуру молодых специалистов по путевкам министерств. Причем наряду с ними в адвокаты нередко направлялись и бывшие судьи, прокуроры, следователи, в том числе те, кто скомпрометировал себя на прежней работе недостойным поведением.

Положение об адвокатуре СССР просуществовало до 1962 г., когда его заменило Положение об адвокатуре РСФСР¹, утвержденное на сей раз республиканским Законом. Это стало возможным в связи со все той же послесталинской «оттепелью». Уже в 1958 г. были приняты Основы законодательства о судостроительстве Союза ССР, союзных и автономных республик, и основанное на них Положение отразило некоторое ослабление государственного руководства адвокатурой: коллегии адвокатов были признаны добровольными объединениями лиц, занимающихся адвокатской деятельностью.

В 70–90 годах прошлого века шли эффективные поиски дальнейшего совершенствования деятельности адвокатуры, повышения ее самостоятельности и роли в защите прав граждан.

В 1977 г. была принята Конституция СССР², в которой содержалась ст. 161 о коллегии адвокатов:

Для оказания помощи гражданам и организациям действуют коллегии адвокатов. В случаях, предусмотренных законодательством, юридическая помощь гражданам оказывается бесплатно.

Организация и порядок деятельности адвокатуры определяются законодательством Союза ССР и союзных республик.

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXI веков по истории адвокатуры. С. 616–623.

² <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm>

30 ноября 1979 г. в развитие ст. 161 Конституции СССР был принят Закон СССР «Об адвокатуре в СССР»¹ (далее — Закон об адвокатуре в СССР), который предусматривал правовую регламентацию деятельности адвокатских формирований, а также адвокатов.

Две статьи об адвокатах включали в себя Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (1982)².

Статья 22. Участие защитника в уголовном судопроизводстве

Защитник допускается к участию в деле с момента объявления обвиняемому об окончании предварительного следствия и предъявления обвиняемому для ознакомления всего производства по делу. По постановлению прокурора защитник может быть допущен к участию в деле с момента предъявления обвинения.

Участие защитника на предварительном следствии и при судебном разбирательстве обязательно по делам: несовершеннолетних, немых, глухих, слепых и других лиц, которые в силу своих физических или психических недостатков не могут сами осуществлять свое право на защиту. В этих случаях защитник допускается к участию в деле с момента предъявления обвинения.

По делам лиц, не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство, а также лиц, обвиняемых в совершении преступлений, за которые в качестве меры наказания может быть назначена смертная казнь, участие защитника является обязательным с момента объявления обвиняемому об окончании предварительного следствия и предъявления обвиняемому для ознакомления всего производства по делу.

Обязательное участие защитника в деле может иметь место и в других случаях, определяемых законодательством союзных республик.

Статья 23. Обязанности и права защитника

Защитник обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его ответственность, и оказывать обвиняемому необходимую юридическую помощь.

С момента допущения к участию в деле защитник вправе: иметь свидание с обвиняемым; знакомиться со всеми материалами дела и выписывать из него необходимые сведения; представлять доказательства; заявлять ходатайства; участвовать в судебном разбирательстве; заявлять отводы; приносить жалобы на действия и решения следователя; прокурора и суда. Кроме того, с разрешения следователя защитник может присутствовать при допросах обвиняемого и при производстве иных следственных действий, выполняемых по ходатайствам обвиняемого или его защитника.

Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты обвиняемого.

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXII веков по истории адвокатуры. С. 624–632.

² <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=ESU&n=1654&req=doc>

Большое значение для правового обеспечения адвокатуры, укрепления ее рядов и совершенствования деятельности имело Положение об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 г.¹ (далее — Положение об адвокатуре 1980 г.).

Положение об адвокатуре 1980 г. явилось большим шагом вперед по сравнению с предыдущими законодательными актами. Во-первых, разрабатывалось это Положение в условиях, когда прежние идеологические догмы претерпели существенные изменения: в стране строили социализм с человеческим лицом. Во-вторых, в Положении об адвокатуре 1980 г. учитывались и нормы международного права, ибо наша страна вступила к тому времени в эпоху мирного сосуществования государств с различным политическим строем и идеологией. Речь в первую очередь идет о Всеобщей декларации прав человека², принятой в декабре 1948 г. Генеральной Ассамблеей ООН, и о Международном пакте о гражданских и политических правах³, принятом в декабре 1966 г. в Нью-Йорке.

Уже в ст. 1 Положения об адвокатуре 1980 г. декларировались принципы международных актов:

Адвокатура в РСФСР содействует охране прав и законных интересов граждан и организаций, осуществлению правосудия, соблюдению и укреплению социалистической законности, воспитанию граждан в духе точного и неуклонного исполнения советских законов, бережного отношения к народному добру, соблюдения дисциплины труда, уважения к правам, чести и достоинству других лиц, к правилам социалистического общежития.

Единственной организационно-правовой формой деятельности адвокатов являлась коллегия адвокатов.

В ст. 3 Положения об адвокатуре 1980 г. правовая природа коллегии адвокатов определялась как добровольное объединение лиц, занимающихся адвокатской деятельностью. Коллегия являлась юридическим лицом.

Высшим органом коллегии адвокатов было общее собрание (конференция) членов коллегии, ее исполнительным органом — президиум.

Общее собрание (конференция) членов коллегии адвокатов созывалось не реже одного раза в год.

¹ Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI—XXI веков по истории адвокатуры. С. 633—655.

² РГ. 1995. 5 апр.

³ Ведомости ВС СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

В коллегии адвокатов, насчитывающей более 300 человек, вместо общего собрания могла созываться конференция.

Общее собрание считалось правомочным при участии в нем не менее $\frac{2}{3}$ состава членов коллегии.

Конференция членов коллегии адвокатов созывалась исходя из нормы представительства, устанавливаемой президиумом коллегии адвокатов, и считалась правомочной при участии в ней не менее $\frac{2}{3}$ делегатов, избранных по юридическим консультациям.

Все вопросы общим собранием (конференцией) решались большинством голосов адвокатов, участвующих в голосовании.

Общее собрание (конференция) членов коллегии адвокатов созывалось по инициативе президиума коллегии адвокатов, по предложению Министерства юстиции РСФСР, министерства юстиции автономной республики, отдела юстиции исполнительного комитета краевого, областного, городского совета народных депутатов, а также по требованию не менее $\frac{1}{3}$ состава коллегии.

Собрание обладало следующими полномочиями:

- избирало президиум коллегии адвокатов и ревизионную комиссию;
- устанавливало численный состав, штаты, смету доходов и расходов коллегии адвокатов с последующим утверждением советом министров автономной республики, исполнительным комитетом краевого, областного, городского совета народных депутатов;
- заслушивало и утверждало отчеты о деятельности президиума коллегии и ревизионной комиссии;
- утверждало по согласованию с профсоюзными органами правила внутреннего трудового распорядка коллегии адвокатов;
- определяло порядок оплаты труда адвокатов в соответствии с правилами, устанавливаемыми Министерством юстиции СССР;
- рассматривало жалобы на постановления президиума коллегии;
- рассматривало другие вопросы, связанные с деятельностью коллегии адвокатов.

Президиум коллегии адвокатов избирался общим собранием (конференцией) членов коллегии адвокатов тайным голосованием сроком на три года. Количество членов президиума определялось общим собранием (конференцией). Избранными в состав президиума считались кандидаты, получившие большинство голосов адвокатов, участвующих в голосовании.

Президиум коллегии адвокатов открытым голосованием избирал из своего состава председателя президиума и его заместителя (заместителей).

Президиум коллегии адвокатов в соответствии со своими полномочиями созывал общие собрания (конференции) членов коллегии адвокатов; в установленном порядке организовывал юридические консультации и руководил их деятельностью, проводил проверки работы юридических консультаций и отдельных адвокатов; назначал и освобождал от работы заведующих юридическими консультациями по согласованию с министерством юстиции автономной республики, отделом юстиции исполнительного комитета краевого, областного, городского совета народных депутатов; принимал в члены коллегии и в состав стажеров; организовывал прохождение стажировки, распределял адвокатов по юридическим консультациям и решал вопросы их перевода из одной консультации в другую, а также отчислял и исключал из членов коллегии и из состава стажеров; утверждал штаты и сметы юридических консультаций; проводил мероприятия по повышению идейно-политического уровня и юридической квалификации членов коллегии; осуществлял контроль за качеством работы адвокатов, обобщал и распространял положительный опыт работы юридических консультаций и адвокатов, разрабатывал и издавал методические пособия по вопросам адвокатской деятельности; осуществлял контроль за соблюдением правил внутреннего трудового распорядка коллегии адвокатов, применял меры поощрения, рассматривал дела о дисциплинарных проступках членов коллегии и налагал на виновных дисциплинарные взыскания; осуществлял контроль за соблюдением установленного порядка рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан в юридических консультациях; организовывал изучение и обобщение по имеющимся в коллегии материалам причин преступных проявлений и иных нарушений законности и вносил соответствующие предложения в государственные и общественные организации, а также организовывал участие адвокатов в пропаганде советского законодательства; осуществлял контроль за соблюдением порядка оплаты юридической помощи, принимал решения об оказании юридической помощи бесплатно; распоряжался средствами коллегии в соответствии со сметой; представлял коллегию адвокатов в государственных и общественных организациях; осуществлял мероприятия по улучшению материально-бытовых условий адвокатов и административно-технического персонала коллегии, а также по охране их труда; вел статистическую работу и финансовую отчетность по установленным формам и представлял ее министерству юстиции автономной республики, отделу юстиции исполнительного комитета краевого, областного, городского совета народных депутатов; представлял совету министров автономной республики, исполнительному комитету краевого, област-

ного, городского совета народных депутатов, Министерству юстиции РСФСР сообщения о деятельности коллегии адвокатов.

Деятельность президиума строилась на основе коллективности руководства, гласности, регулярной отчетности перед членами коллегии адвокатов, широкого привлечения адвокатов к работе президиума. Президиум коллегии адвокатов проводил свои заседания при наличии не менее половины членов президиума, решения принимались большинством голосов.

Согласно ст. 11 Положения в члены коллегии адвокатов принимались граждане СССР, имеющие высшее юридическое образование и стаж работы по специальности юриста не менее двух лет. Прием в члены коллегии указанных лиц мог быть обусловлен прохождением испытательного срока продолжительностью до трех месяцев.

Лица, окончившие высшие юридические учебные заведения, не имеющие стажа работы по специальности юриста или имеющие такой стаж менее двух лет, могли быть приняты в коллегию адвокатов после прохождения стажировки в коллегии сроком от шести месяцев до одного года.

Члены коллегии адвокатов и стажеры не могли состоять на службе в государственных и общественных организациях. Исключение допускалось для лиц, занимавшихся научной или педагогической деятельностью, а также для членов коллегии, работавших в районах, в которых объем адвокатской работы был недостаточным.

Отчисление адвоката из коллегии, как и прием, производился президиумом коллегии адвокатов. Основанием служили: заявление адвоката; неудовлетворительный результат испытания, обусловленного при приеме в коллегию адвокатов; невозможность исполнения адвокатом своих обязанностей вследствие недостаточной квалификации либо по состоянию здоровья.

Исключение адвоката из коллегии производилось президиумом коллегии адвокатов за систематическое нарушение внутреннего трудового распорядка или недобросовестное выполнение своих обязанностей, если к адвокату ранее применялись меры дисциплинарного или общественного воздействия; совершение иных проступков, несовместимых с пребыванием в коллегии.

Отчисление и исключение из коллегии адвокатов могли быть обжалованы в судебном порядке в месячный срок со дня вручения копии постановления президиума коллегии об отчислении или исключении.

В ст. 15 и 16 подробно регламентировались права и обязанности членов коллегии адвокатов.

Член коллегии адвокатов имел право:

- избирать и быть избранным в органы коллегии адвокатов;
- ставить перед органами коллегии адвокатов вопросы, касающиеся деятельности коллегии, вносить предложения по улучшению ее работы и принимать участие в их обсуждениях;
- принимать личное участие во всех случаях обсуждения органами коллегии его деятельности или поведения;
- выйти из состава коллегии адвокатов.

Адвокат, выступая в качестве представителя или защитника, был правомочен:

- представлять права и законные интересы лиц, обратившихся за юридической помощью, во всех государственных и общественных организациях, в компетенцию которых входило разрешение соответствующих вопросов;
- запрашивать через юридическую консультацию справки, характеристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи, из государственных и общественных организаций, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии.

Адвокат не мог быть допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением им обязанностей защитника или представителя.

В свою очередь адвокат обязывался точно и неуклонно соблюдать требования действующего законодательства, использовать все предусмотренные законом средства и способы защиты прав и законных интересов граждан и организаций, обратившихся к нему за юридической помощью; он был не вправе разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи.

За нарушение требований Закона об адвокатуре в СССР, Положения об адвокатуре 1980 г. и других актов законодательства Союза ССР и РСФСР, регулирующих деятельность адвокатуры, адвокаты могли быть привлечены к дисциплинарной ответственности.

Дисциплинарные взыскания применялись президиумом коллегии адвокатов непосредственно за обнаружением проступка, но не позднее одного месяца со дня его обнаружения, не считая времени болезни адвоката или пребывания его в отпуске. Взыскание не могло быть наложено позднее шести месяцев со дня совершения проступка.

Статья 26 предусматривала следующие меры дисциплинарных взысканий, налагаемых президиумом коллегии адвокатов:

- замечание;
- выговор;

- строгий выговор;
- исключение адвоката из коллегии.

При наложении дисциплинарного взыскания должна была учитываться тяжесть совершенного проступка.

Дисциплинарные взыскания, порядок их наложения, снятия и обжалования, предусмотренные Положением об адвокатуре 1980 г., распространялись также и на стажеров.

Представляют большой интерес взаимоотношения адвокатуры с государственными органами и общественными организациями.

Общее руководство коллегиями адвокатов согласно ст. 31 осуществляли Советы народных депутатов и их исполнительные и распорядительные органы в соответствии с законодательством, определяющим их компетенцию как непосредственно, так и через министерства юстиции, отделы юстиции исполнительных комитетов краевых, областных, городских советов народных депутатов.

Статья 32 определяла взаимоотношения Министерства юстиции СССР с адвокатурой. В соответствии с Законом об адвокатуре в СССР Министерство юстиции СССР в пределах своей компетенции контролировало соблюдение коллегиями адвокатов требований Закона об адвокатуре в СССР, Положения об адвокатуре 1980 г., других актов законодательства Союза ССР и РСФСР, регулирующих деятельность адвокатуры; устанавливало порядок оплаты юридической помощи и по согласованию с соответствующими ведомствами условия оплаты труда адвокатов; издавало инструкции и методические рекомендации по вопросам деятельности адвокатуры; устанавливало особенности порядка организации и деятельности межтерриториальных и других коллегий адвокатов.

Министерство юстиции РСФСР, министерства юстиции автономных республик, отделы юстиции исполнительных комитетов краевых, областных, городских советов народных депутатов в пределах своей компетенции контролировали соблюдение коллегиями адвокатов требований Закона об адвокатуре в СССР, Положения об адвокатуре 1980 г., других актов законодательства Союза ССР и РСФСР, регулирующих деятельность адвокатуры; устанавливало порядок оказания адвокатами юридической помощи гражданам и организациям; заслушивало сообщения председателей президиумов коллегий адвокатов о работе коллегий; содействовало созданию условий для наиболее полного использования адвокатами предоставленных им законом прав и выполнения возложенных на них обязанностей; обобщало практику работы коллегий адвокатов, организовывало распространение положительного опыта работы президиумов коллегий, юридических

консультаций и отдельных адвокатов; издавало инструкции и методические рекомендации по вопросам деятельности адвокатуры.

Коллегии адвокатов при осуществлении задач адвокатуры поддерживали связи с государственными органами и общественными организациями, оказывали правовую помощь трудовым коллективам, народным депутатам, добровольным народным дружинам, товарищеским судам и другим органам общественной самодеятельности, ведущим борьбу с правонарушениями, участвовали в правовой пропаганде и разъяснении законодательства населению.

Положение об адвокатуре 1980 г. просуществовало почти 22 года, что свидетельствует о вдумчивом и профессиональном подходе к подготовке данного нормативного акта. Рыночные отношения, установившиеся в нашем обществе, предопределили судьбу документа, явившегося фундаментом Закона об адвокатуре.

ГЛАВА III. ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА АДВОКАТА

§ 1. Понятие правовой культуры адвоката и ее отличительные признаки

Культура и право предопределяют все сферы человеческой жизни, ибо жизнедеятельность любого из нас базируется на духовно-нравственных ценностях и социальной ответственности.

Культура (от лат. *cultura* — «возделывание», «воспитание», «образование», «развитие», «почитание») — это совокупность развивающихся достижений человечества в искусстве, литературе, науке, праве, религии, философии, этике, языке, это процесс творчества и накопления опыта. Одновременно это и регулятор человеческих отношений, и интегратор интеллектуальных усилий.

Являясь частью культуры, право гармонизирует общество, обеспечивает свободу каждой его личности.

Существуют ли границы между правом и культурой? На наш взгляд, четких границ нет, ибо самостоятельность права размывается в общечеловеческой культуре, частью которой оно является, хотя проблемы соотношения культуры и права всегда существовали и будут существовать.

Для истории культуры и истории права характерна преемственность прошлого.

Важнейшей основой права и культуры является язык. Кроме того что он сплачивает индивидов общества, он передает традиции народа и не дает им угаснуть. Язык используется и в литературном творчестве, в законотворчестве и в практике правоприменения.

Право как элемент культуры и культура связаны между собой неразрывно и оказывают влияние друг на друга. В самом деле, разве не взаимосвязаны и не развивают друг друга право и мораль, право и образование, право и философия, право и экономика и т. д.? Вполне понятно, что состояние правовой системы неразрывно связано с состоянием культуры того или иного общества.

Культура и право — два взаимосвязанных явления человеческого бытия, берущих свое начало с древних времен. Культура и право пронизывают все сферы жизнедеятельности человека.

Понятия «культура» и «право» возникли в разное время. Понятие права сформировалось в глубокой древности, понятие культуры — в XVIII в.

Культура — исторически определенный уровень развития общества, творческих сил и способностей человека, выраженный в типах и формах организации жизни и деятельности людей, в их взаимоотношениях, а также в создаваемых ими материальных и духовных ценностях, включающих в себя величайшие достижения человечества в науке, литературе, искусстве, философии, этике, религии, политике. Культура — это идеи, образцы, технологии, регуляторы человеческих отношений и оценочные критерии.

Право в системе культуры является самостоятельной духовной и социальной ценностью и в то же время выражает иные ценности, связанные с правом социальные явления, защищая национальную и общечеловеческую культуру.

Право — это обусловленная природой человека и общества и выражающая свободу личности система регулирования общественных отношений, которой присущи нормативность, формальная определенность в официальных источниках и обеспеченность возможностью государственного принуждения.

Содержание понятия «право» по ряду параметров сходно с содержанием понятия «культура», ибо первое понятие — неотъемлемый элемент структуры второго. Объединяющим их началом является правовая культура, которая выступает одновременно как правовой аспект культуры и культурный аспект права.

Правовая культура — это совокупность элементов и феноменов правосознания, культуры в целом, правового поведения, формирования и функционирования правовых институтов, обеспечивающих воспроизводство правовой системы, правового процесса. В качестве структурных элементов она включает в себя культуру правового сознания, правового поведения и функционирования правовых институтов.

Правовая культура предполагает оценку «качества» правовой жизни того или иного общества и сравнение его с наиболее развитыми правовыми образцами, идеалами и ценностями. При этом важно исходить из того, что правовая культура общества, с одной стороны, результат социально-правовой активности личности, а с другой — база для проявления такой активности и формирования индивидуальной правовой культуры.

Правовую культуру личности и, следовательно, правовую культуру юристов можно определить как совокупность социально полезных качеств правосознания и основанного на нем правомерного поведения, отражающих степень освоения человеком правовых достижений общества.

Большое значение в правовой культуре имеет языковое выражение права. Проблема языка и права постоянна. Этой проблемой занимались и древнегреческие философы, и юристы Древнего Рима. Они утверждали, что слова закона не тождественны его «силе и власти».

Языковые отношения занимают важное место в системе социальных связей, подлежащих правовому регулированию. В Декларации о языках народов России от 25 октября 1991 г.¹ провозглашено право каждого человека на свободный выбор языка обучения, общения, воспитания и интеллектуального творчества. Основные сферы употребления государственного и иных языков в России определены в Законе от 25 октября 1991 г. № 1807-1 «О языках народов Российской Федерации»².

Внимание к языку неслучайно. Чтобы нормы права действовали, необходимо любые отношения в обществе облечь в строго выверенные юридические понятия и категории, охватывающие все права и обязанности, предусмотренные действующим законодательством. По мнению выдающегося ученого С.С. Алексеева, в юриспруденции важное значение имеет форма. В этом и состоит основной секрет силы права. Юристу необходимо различать, с одной стороны, конкретный фактический материал, а с другой — искусственно созданные правовые категории, конструкции и все то, что представляет право «вовне», а главное, организует его содержание, воплощает его в юридических структурах. Это и есть та самая «материя права», которую древние римляне называли телом, плотью, веществом права (*corpus juris*)³.

Вполне понятно, что юридические нормы должны найти максимально точные выражения, чтобы граждане могли понимать сформулированные требования. В этом смысле для юристов полезны рекомендации Е.В. Карпинской — научного сотрудника Института русского языка им. В.В. Виноградова по применению норм в терминологии: «Термины являются ядром специального языка и передают основную содержательную информацию».

¹ <http://base.garant.ru/1548972/>

² Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 50. Ст. 1740.

³ Алексеев С. С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. М., 2001. С. 13–14.

<...>

Норма в терминологии должна не противоречить, а соответствовать нормам общелитературного языка... <...> Нормативные требования к термину впервые были сформулированы основоположником русской терминологической школы Д.С. Лотте. Это — системность терминологии, независимость термина от контекста, краткость термина, его абсолютная и относительная однозначность, простота и понятность, степень внедрения термина»¹.

Е.В. Карпинская подробно анализирует каждое из вышеперечисленных требований:

«1. В требовании *фиксированного содержания* (одному знаку соответствует одно понятие) заключается положение о том, что термин должен иметь ограниченное, четко фиксированное содержание в пределах определенной терминосистемы в конкретный период развития данной области знания (последнее уточнение представляется важным, так как с углублением знания содержание понятия может развиваться и с течением времени тот же термин может получить иное значение). Обычные слова уточняют свое значение, приобретают разные смысловые оттенки во фразеологическом контексте, в сочетании с другими словами. Контекстная же подвижность значения для термина совершенно недопустима. Нужно подчеркнуть, что здесь содержится логическое требование к термину — постоянство его значения в рамках определенной терминосистемы.

2. Следующее требование — *точность* термина. Под точностью обычно понимается четкость, ограниченность значения. Эта четкость обусловлена тем, что специальное понятие, как правило, имеет точные границы, обычно устанавливаемые с помощью определения — дефиниции термина. С точки зрения отражения содержания понятия точность термина означает, что в его дефиниции есть необходимые и достаточные признаки обозначаемого понятия. Термин должен также (прямо или косвенно) отражать признаки, по которым можно отличить одно понятие от другого. <...>

3. Требование *однозначности* термина. Термин не должен быть многозначным. Особенно неудобна в данном случае категориальная многозначность... <...>

4. Термин *не должен иметь синонимов*. Синонимы в терминологии имеют другую природу и выполняют иные функции, чем в общелитературном языке. <...>

<...>

¹ Карпинская Е.В. Культура речи. М., 1998. С. 198.

5. Термин должен быть *систематичным*. Систематичность терминологии базируется на классификации понятий, исходя из которой выделяются необходимые и достаточные признаки, включаемые в термин, после чего подбираются слова и их части (терминоэлементы) для образования термина. С систематичностью термина тесно связана его мотивированность, т. е. семантическая прозрачность, позволяющая составить представление о называемом термином понятии. Систематичность дает возможность отражения в структуре термина его определенного места в данной терминосистеме, связи называемого понятия с другими, его отнесенности к определенной логической категории понятий. <...>

<...>

6. *Краткость* термина. Термин должен быть кратким. Здесь можно отметить противоречие между стремлением к точности терминосистемы и — к краткости терминов. Для современной эпохи особенно характерно образование протяженных терминов, в которых стремятся передать большее число признаков обозначаемых ими понятий. Намечается тенденция к усложнению структуры терминов-словосочетаний, появляются длинные, громоздкие названия, приближающиеся к терминам-описаниям. Потребность в усложненных конструкциях объясняется тем, что средствами развернутого словосочетания передается большее число признаков специального понятия и тем самым увеличивается степень семантической мотивированности термина, что для него очень существенно»¹.

Проблема языка и права — вечная проблема. Любая, даже малейшая неточность в законе рискует повлечь за собой роковые последствия. По мнению И.А. Ильина, «[н]ароду необходимо и достойно знать законы своей страны; это входит в состав правовой жизни. Право говорит на языке сознания и обращается к сознательным существам; оно утверждает и отрицает, оно формулируется и требует — для того, чтобы люди знали, что утверждено и что отринуто, и сознавали формулированное требование. И тот, кому оно «позволяет», «предписывает» и «воспрещает», является субъектом полномочий, обязанностей и запретностей, т. е. субъектом права. Самая сущность, самая природа права в том, что оно творится сознательными существами и для сознательных существ, мыслящими субъектами и для мыслящих субъектов.

Поэтому нелеп и опасен такой порядок жизни, при котором народу недоступно знание его права: когда, например, среди народа есть неграмотные люди, или когда право начертано на чуждом языке,

¹ Карпинская Е. В. Указ. соч. С. 198–202.

или когда текст законов остается недоступным для народа, или же смысл права выражается слишком сложно, запутанно и непонятно. Тогда в лучшем случае между народом и правом выдвигается иерархия корыстных посредников, взимающих особую дань за «отыскание» правоты и обслуживающих народную темноту в свою пользу; им выгодно затемнить ясное дело, а не уяснить темное, спасти «безнадежное» дело и внести кривду в суд; и под их «опытными» руками толкование закона быстро превращается в профессиональный кривотолк. Так правосознание народа вырождается от невозможности непосредственно принять право в сознание. Нельзя человеку не быть субъектом права, ибо самая сущность права состоит в том, что оно обращается ко всякому вменяемому человеку, хотя бы уже с одними запретами и предписаниями. И согласно этому невозможно, чтобы субъектом права была неодушевленная вещь, насекомое или животное, ибо право предполагает способность к знанию, разумению и к соответственному управлению»¹.

Поскольку языковые отношения имеют важнейшее значение в системе социальных и экономических связей, подлежащих правовому регулированию, то роль юридического сообщества и ее виднейших представителей в духовном управлении обществом огромна. Юристы во все времена были не только служителями закона, но и служителями слова.

§ 2. Правовая культура адвоката как одна из важных составляющих профессиональной правовой культуры

Литература и юриспруденция, искусство и право — это взаимосвязанные системы общественной жизни, выполняющие единую функцию: воспитательную и оценочно-императивную.

Существуя во взаимодействии, они обогащают друг друга.

Художники черпают вдохновение и темы в практике правоприменения, юристы, соприкасаясь с искусством, обогащают себя духовно, проникаются идеями гуманизма, корректируют свою практику, познавая идеалы человеческого бытия.

Соединение в одном лице художника и юриста дает необыкновенные результаты, порой рождая гения.

Именно великим юристом, гениальным драматургом предстает перед нами *Денис Иванович Фонвизин*. Он занимает особое место в России, ибо одним из первых затронул тему свободы человека от всех форм угнетения и утвердил себя противником неограниченного и «беззаконного самодержавия», считая, что свобода связана с освобождением

¹ Ильин И. А. О сущности правосознания. М., 1994. Т. 4. С. 160.

крестьян от рабства. Герой его гениальной комедии «Недоросль» Стародум — борец против деспотизма и крепостного права.

Фонвизин негодует, что «народ пресмыкается во мраке глубочайшего невежества» и влечит жалкое существование безгласного рабства.

Находясь в длительной служебной командировке во Франции, Денис Иванович изучал философию и юриспруденцию под началом французских философов и юристов, знакомился с трудами Д'Аламбера, Дидро, Руссо, Вольтера, Франклина. С некоторыми из них встречался.

В «Письмах из Франции»¹, адресованных П.И. Панину, много внимания он уделил законности и правосознанию. С его именем связан юридический труд «Рассуждение о непременных государственных законах», предназначенный для будущего императора Павла I. Фонвизин исходил из теории естественного права, утверждая, что «обязательства между Государем и подданными суть равным образом добровольные», поскольку «все человеческие общества основаны на взаимных добровольных обязательствах».

Эти идеи находим и в его бессмертной комедии «Недоросль». Невежество, алчность и грубость — фон этого произведения. Многие типы носят печать гротескной карикатуры; напротив, некоторые герои выражают идеалы справедливости того времени.

Нашлось в комедии место и разумному взгляду на государственное устройство. Стародум обращается к Правдину: «...угнетать рабством себе подобных незаконно... Великий государь есть государь премудрый. Его дело показать людям прямое их благо. Слава премудрости его та, чтоб править людьми, потому что управляться с истуканами нет премудрости».

Выдающимся юристом и великим литератором был и *Александр Николаевич Радищев*. Радищев получил блестящее образование: вначале учился в Московском университете, затем — в петербургском Пажеском корпусе, наконец — в Лейпцигском университете на юридическом факультете, там же сдал экзамены на врача.

Александр Николаевич в своих произведениях отрицал модный в то время «просвещенный абсолютизм», не верил в реформы сверху. Он считал, что «самодержавство есть наипротивнейшее человеческому естеству состояние».

В своем гениальном публицистическом произведении «Путешествие из Петербурга в Москву»² Радищев не только осуждал крепостничество, но и призывал к его уничтожению. «Заклепанные в узы»

¹ Фонвизин Д. И. Соч. М., 1982. С. 166–167.

² <http://ilibrary.ru/text/1850/p.1/index.html>

крестьяне «в законе мертвы». Их истязают, они лишены земли и права собственности, их «продают в оковах, как скот». Зверство помещиков доводит угнетаемых до отчаяния, это отчаяние порождает бунт. Радищев убежден, что не сбудутся надежды просветителей на нравственное перевоспитание крепостников. Крестьян освободят лишь гибель тиранов и «народное правление», которое существовало в истории России. «Новгород имел народное правление. Народ в собрании своем на вече был истинный государь». По форме правления Новгород был республикой. «Хотя у них были князья, — но мало имели власти. Вся сила правления заключалась в посадниках и тысяцких».

В своей оде «Вольность»¹ Радищев утверждает что «народное правление» возникает в результате революции.

*Возникнет рать повсюду бранна,
Надежда всех вооружит,
В крови мучителя венчанна
Омыть свой стыд уж всяк спешит.
Меч остр, я зрю, везде сверкает.
В различных видах смерть летает,
Над гордою главой царя.
Ликуйте, склепанны народы,
Се право мщенье природы
На плаху возвело царя...*

Народ свергает царя и судит его как злодея — «злодеев всех лютейшего», который «твердь свободы сокрушил».

Слог книги Радищева подобен слогу древнеримских ораторов, в которых слышно «благородное гремление звуков». Эти звуки вызывают сострадание души и ума, алкающих добрых дел.

Раскрывая тему правовой культуры, нельзя не отметить заслуги *Гавриила Романовича Державина*, а также *Ивана Ивановича Дмитриева*.

Державин и Дмитриев — министры юстиции России, выдающиеся поэты, сторонники просвещенной монархии, ограничиваемой законами.

Г.Р. Державин — первый министр юстиции России (8 сентября 1802 г. — 7 октября 1803 г.). В оде «Властителям и судиям»² поэт ставит закон выше земных властителей:

¹ Радищев А. Н. Полн. собр. соч. СПб., 1907. Т. 1. С. 229–230.

² <http://www.stihi-rus.ru/1/Derzhavin/7.htm>

*Ваш долг есть: сохранять законы,
На лица сильных не взирать...*

Идеал державинского государства — это такое человеческое устройство, где на троне властвовали бы разум, свобода, справедливость, главенство законов. Читая поэтические произведения Гавриила Романовича, мы обнаруживаем, что поэт понимает, что в России XVIII в. установилась абсолютная монархия, которая только чудом не превращается пока в деспотию. Он убеждается, что свобода законодательно не обеспечена, что человеческое достоинство попрано, что нужны меры...

Резок поэт, непримирим к несправедливым властителям, призывая карать «лукавых». Ничего подобного не было до этого в отечественной поэзии, никто не смел учить царей и требовать над ними суда.

8 сентября 1802 г. Державин назначается министром юстиции и одновременно генерал-прокурором. Под его руководством были разработаны правила судопроизводства, порядок слушания дел в Сенате, он самолично составил проект закона о третейском суде. Находясь на высоком посту министра, он старался не допускать «утеснения сильной стороной людей бессильных».

И. И. Дмитриев — третий министр юстиции России (1 января 1810 г. — 30 августа 1814 г.).

Современники вспоминали: было время, когда Ивана Дмитриева считали «действительным поэтом первого класса», когда о его стихах с единодушной похвалой отзывались Гавриил Державин, Петр Вяземский, Николай Карамзин, Василий Жуковский, Александр Пушкин и поэты пушкинского круга — Антон Дельвиг, Евгений Баратынский.

В своих стихах Дмитриев развивает мысль о монархии, считая, что хороший правитель — опора и гарант государства. Государь — наместник Бога на земле и его ревностный слуга. Соглашаясь с божественным происхождением государственной власти, Дмитриев утверждает, что смысл этой власти в справедливом управлении государством на благо его граждан. Поэт солидарен со взглядами Симеона Полоцкого, которому Россия обязана Славяно-греко-латинской академией. Как известно, Полоцкий считал, что царь должен заботиться о жителях своего государства: «Сам хочет умерети, аки отец или мать за свои дети»¹.

Более четырех лет Дмитриев возглавлял Министерство юстиции России. Свою работу он начал с упорядочения деятельности высших

¹ Полоцкий С. Избр. соч. М., 2004. С. 86.

органов государственной власти, в том числе и вверенного ему ведомства. По его инициативе был утвержден Устав Министерства юстиции. Благодаря его усилиям появился и Манифест о функциях и структуре всех российских министерств. В этом документе указывалось: «Все, что принадлежит к устройству судебного порядка, составляет предмет Министерства юстиции».

Большую лепту министр внес в совершенствование деятельности Сената, в совершенствование судоустройства и судопроизводства, начал вести подготовку по созданию училища правоведения.

Карамзин писал о нем:

*Чинов и рифм он не искал,
Но рифмы и чины к нему летели сами...*

Многие министры юстиции внесли огромный вклад в русскую культуру и среди них Д.П. Трошинский, Д.В. Дашков, Д.Н. Блудов.

Трошинский Дмитрий Прокофьевич (30 августа 1814 г. — 25 августа 1817 г.). Что способствовало служебному росту Трошинского? Труд и талант! Но что они без знания? Самообразование — вот вторая составляющая его успеха. Всю жизнь он учился, имел в России одну из богатейших библиотек.

В августе 1814 г. Александр I предложил действительному тайному советнику, бывшему члену Государственного Совета, министру уделов возглавить Министерство юстиции. Находясь на посту министра, много внимания он уделял законопроектной работе, активно боролся с произволом помещиков, способствовал улучшению судебной системы.

После отставки жил в своем поместье, в селе Кибенцы, где построил театр. Две пьесы для этого театра — «Простак» и «Собака-Вивця» — написаны отцом Н.В. Гоголя, жившим по соседству с вельможей.

Трошинский занимался коллекционированием старинных медалей, табакерок, оружия. В его коллекции находились бюро, подсвечники и фарфоровые часы королевы Марии Антуанетты. Содержал за свой счет 10 юношей, в том числе Николая Гоголя, обучавшихся в Нежинской гимназии высших наук.

Дашков Дмитрий Васильевич (20 сентября 1829 г. — 14 февраля 1839 г.).

С 1804 г. активно печатался в журналах и альманахах. В литературной среде он был известен критическими статьями, направленными против А.С. Шишкова. Дашков председательствовал в «Вольном обществе любителей словесности, наук и художеств». Его имя неразрывно связано с именами Жуковского, Батюшкова, Пушкина.

Дашков — один из основателей литературного общества «Арзамас», один из тех, кто старался облегчить Пушкину доступ в архив Министерства иностранных дел для работы над «Историей Пугачева».

Находясь на дипслужбе в Османской империи, изучил греческий язык, надеясь разыскать древние рукописи и труды Тита Ливия, Диодора и других античных авторов.

Став министром юстиции, учредил коммерческие суды, утвердил Устав торгового судоходства, боролся со злоупотреблениями, связанными с крепостным правом. При нем была завершена работа по составлению Свода законов, открыто Училище правоведения.

Блудов Дмитрий Николаевич (15 февраля 1839 г. — 31 декабря 1839 г.).

В связи с кратковременным пребыванием на посту министра юстиции Блудов не оставил после себя заметных следов своей деятельности. Однако велика его роль в последующей Судебной реформе. В 1844 г. он подготовил доклад об улучшении следственной части, в котором предлагал меры, существенно улучшающие судебную систему России. В своей объяснительной записке к проекту Устава гражданского судопроизводства он внес предложение ввести принцип состязательности процесса, сократить количество судебных инстанций, обратил внимание на подготовку кадров для судебных органов. В 1859 г. им был подготовлен проект положения о судоустройстве и проект устава по преступлениям и проступкам.

Он заимствовал из европейского процесса начала и порядки, находившиеся под строгим запретом в николаевское время: уничтожение канцелярской тайны и введение гласного судопроизводства, состязательного начала, замену письменного производства устным объяснением тяжущихся и подсудимых, введение адвокатуры, мировых судей, отделение власти судебной от административной и пр.

С 1855 по 1864 г. Блудов Д. Н. возглавлял Российскую академию наук. В свое время занимал должности министра внутренних дел, председателя Государственного Совета и Комитета министров.

Дмитрий Николаевич поддерживал дружеские отношения со многими знаменитыми поэтами и писателями. Литературный кружок «Арзамас» получил свое название от его сатирической статьи «Видение в Арзамасе». В доме Блудова литераторы всегда находили радушный прием, читали свои произведения. Вяземский писал о нем:

*Ты друг и брат певца Людмилы,
Ты другом был Карамзина.*

Неоценимую услугу русской литературе он оказал, издав последний том Карамзина. В 1848 г. спас российские университеты от закрытия.

Великое рождает великое. Великого человека с великим человеком связывает не только удача родиться, но и счастье напитаться его идеями, развивать и претворять их и ничего не делать кое-как.

Великими были наши соотечественники — драматурги *А. С. Грибоедов* и *Н. А. Островский*. Многое объединяло их: и русская земля, и русская история, и православие, и русский язык, и страстная любовь к литературе (без страсти нет гения).

Объединяла их и юриспруденция: Грибоедов окончил юридический факультет Московского университета; Островский тоже был студентом этого учебного заведения и учился на юридическом факультете.

Литература и право? Какая связь между кипением страстей и беспристрастностью закона?

Сочетание в одном человеке юриста и литератора — удачное, счастливое сочетание. Для юриста — обладателя богатого жизненного опыта, многообразных жизненных наблюдений и широких знаний, привыкшего подчинять писаным и неписаным правилам свою жизнь и ее устремления, слово так же священно, как для математика — цифра. Все дело в том, что деятельность юриста связана с законом и подчиняется ему, а это требует взвешенного и ответственного отношения к слову, ибо законы должны быть точными и ясными.

Литературное произведение, плохо написанное, не вредит обществу; плохо составленный закон — беда государства. Писатели от юриспруденции к созданию книги относятся так же самоотверженно, как и к написанию закона или же служению ему. Неслучайно многие из них, свято следуя своему литературному призванию, видят назначение писателя в совершенствовании человека, в его просвещении, в деятельности по гуманизации общества.

Во всяком случае этому следовали *А. С. Грибоедов* и *Н. А. Островский*.

Неслучайны достоинства пьесы «Горе от ума». Грибоедову удалось сочетать мысли с ритмом и метафорами, найти соответствие литературного языка просторечиям. Ему удалось достичь высших пределов формы и содержания.

Автор пьесы на стороне тех, кого попирает закон.

Служение Фемиде дало возможность другому гениальному драматургу, *А. Н. Островскому*, получить обильный материал для творчества. Как-то он признался: «Не будь я в такой передрыге [*Александр Николаевич* работал в Сове́стном, а затем в Коммерческом суде], пожалуй, не написал бы «Доходного места». Работа в судах обогатила его соци-

ально-бытовыми материалами, наложила самобытную печать на все его творчество. В 47 из его комедий в той или иной степени затрагиваются проблемы права, судоуложения и законности¹.

Музы и Фемида! Вот те богини, коим истово, бескорыстно и небезуспешно служили многие талантливые поэты, которые одновременно являлись и высокообразованными юристами России. Именно благодаря этим выдающимся людям существовала и существует тесная связь между искусством и законом, художественным творчеством и законопроектной деятельностью, литературой и юриспруденцией.

Почему среди юристов немало выдающихся поэтов? Думается, хотя это утверждение небесспорно, что юристы во время учебы и практической деятельности много внимания уделяют ораторскому искусству. Изучение латыни — а это обязательный предмет юридического образования — способствует пробуждению гармонии словотворчества. Юридическая практика тем паче является хорошей школой красноречия.

Что требуется от юристов? Писать законы и документы ясно и отчетливо, излагать свои мысли просто и лаконично.

Что обращает на себя внимание при ознакомлении с творчеством поэтов-юристов? В их стихотворениях отточена каждая мысль, строки изящны, не банальны. У поэтов хороший стиль, звучный слог. Их стихотворения не пахнут потом.

В стихах этих поэтов, если взять лупу, наверно, можно отыскать недостатки, но даже под самым мощным микроскопом вы не обнаружите там невежества.

Все они обладали высокой духовной и умственной культурой. Изящество их стихов непринужденно, и по-иному не может быть. Образование юриста дало не только умственную культуру, не только способствовало развитию интеллекта, но и возможность отшлифовать изысканность, которая позволяет прятать великие усилия по преодолению сопротивления слов.

Знатокам русской литературы хорошо известны имена поэтов-юристов Я.П. Полонского, А.М. Жемчужникова, А.Н. Майкова, А.А. Григорьева, А.Н. Апухтина, А.А. Голенищева-Кутузова, Д.Н. Цертелева, Д.М. Ратгауза.

Видное место в этой плеяде занимают адвокаты.

Все было в жизни московского присяжного поверенного *Петра Ивановича Кичеева*: и громкие судебные процессы, и покушение на самоубийство, и психиатрическая больница. А еще было безза-

¹ Сисоев В.Д. Плоды неправового суда // Представительная власть — XX век: законодательство, комментарии, проблемы. 2003. № 2—3. С. 61.

ветное служение литературе. В 80-е годы XIX в. столичные журналы и газеты охотно печатали его стихи, в 1886 г. вышла книга лирики «Стихотворения. 1863—1866»¹. Судя по лучшим творениям, Кичеев был по-настоящему талантлив. Неслучайно некоторые его стихи побудили композиторов написать к ним музыку, создать песни и романсы. Своими учителями Петр Иванович считал Пушкина, Тютчева и Некрасова.

Ближе всех ему, пожалуй, был Некрасов. Поэт-адвокат продолжил развитие образа гражданина, так ярко и последовательно проходившего через все творчество классика, однако по-своему трактовал идеалы добра и справедливости.

*...Мой Бог иной!
Ему иное есть название.
Бог к ближнему любви святой,
Бог правды, света и познания!*

В 1899 г. Кичеев опубликовал сборник очерков «Закон и жизнь (Из воспоминаний бывшего адвоката)». В этой книге он много внимания уделил причинам совершения правонарушений, указывая в первую очередь на причины психопатического и социального характера. Кичеев известен и как переводчик пьес известных зарубежных драматургов, и как оригинальный театральный критик.

Отечественную поэзию трудно представить и без *Александра Львовича Боровиковского*. Выпускник Харьковского университета, он какое-то время после учебы работал там же, на юридическом факультете. С началом судебных реформ занялся адвокатской практикой. По рекомендации А.Ф. Кони служил в Петербурге товарищем прокурора, после чего вновь стал присяжным поверенным, приобрел известность, особенно после защиты революционеров-народников.

Среди обвиняемых на процессе «50-ти» была Лидия Фигнер, младшая сестра Веры Фигнер. Общение с ней воодушевило адвоката на создание стихотворения «К судьям». Оно написано как бы от имени подсудимой.

*Тяжелою работой я разбита...
Но знаешь ли, в душе моей, на дне,
Тягчайшая из всех улик сокрыта:
Любовь к родимой стороне.*

¹ http://www.poesis.ru/poeti-poezia/kicheev-p/frm_vers.htm

*Но знай и то, что, как я ни преступна,
Ты надо мной бессилен, мой судья...
Нет, я суровой каре недоступна,
И победишь не ты, а я...*

Как поэт Боровиковский сотрудничал с журналом «Отечественные записки» и пользовался немалой популярностью в литературной среде и в кругу революционной молодежи. Писал он и баллады, элегии, отличавшиеся ясностью мысли, строгостью формы и афористичностью. Один из его афоризмов особенно часто повторяли в обществе и прессе: «Ты сосчитал на солнце пятна — и проглядел его лучи».

Литературная деятельность *Сергея Аркадьевича Андреевского* началась со стихотворных переводов Бодлера, Гюго, Мюссе, Сюлли-Прюдома. Они сразу были замечены критиками. Затем в печати появились и собственные стихотворения знаменитого адвоката, написанные под влиянием времени, проникнутые печалью, грустью, размышлениями о смысле существования, бренности бытия. Вот одно из его стихотворений того периода.

*Я ревнив к этой зелени нежной,
Первой зелени вешних лесов,
И до самой зимы белоснежной
Любоваться бы ею готов.
И в конце плодотворного мая,
Примечая богатство листвы,
Я уж думаю, грустно мечтая:
«Где ты, юность! о, юность... увя!»*

И все-таки наиболее ярко литературный дар Андреевского проявился в книге «Защитительные речи»¹. Она выдержала пять изданий. Обращаясь к автору, Антон Павлович Чехов писал: «Для меня речи таких юристов, как Вы, Кони и др., представляют двоякий интерес. В них я ищу, во-первых, художественных достоинств, искусства и, во-вторых, того, что имеет научное или судебно-практическое значение»².

С гимназических лет начал писать стихи *Николай Платонович Карабчевский*. В 1905 г. он издал их вместе с прозой в сборнике «Приподнятая завеса». У поэта-адвоката много произведений гражданской направленности, однако из-под его пера выходили строчки и другого

¹ <http://jurytrial.ru/library/item/679>

² Чехов А. П. Собр. соч. М., 1956. Т. 11. С. 544.

плана — полные грустных лирических ощущений, мрачных предчувствий и обобщений.

*Вечный кошмар — неотступна о счастье
Мысль беспокойная! Годы идут.
Люди — увь! — без любви, без участия
Стадом покорно к могиле бредут.
Смена идет поколений волнами:
Волны бегут, им неведом возврат.
Нам суждено только тешиться снами...
Кто не родился, тот счастлив сто крат!*

Один из известных адвокатов своего времени, Федор Алексеевич Червинский, тоже был талантливым поэтом. Печатался в ведущих журналах Петербурга. В 1892 г. издал сборник «Стихи». В него вошли стихотворная комедия «Птенец» (первоначальное название — «В глуши»), а также переводы Байрона, Мура, Мюссе, Шекспира. С этой комедией связана такая история. Опубликовав ее в 1891 г. в «Северном вестнике», поэт с нетерпением стал ждать отзывов. И дождался: некто Скабичевский на автора и на его произведение вылил целый ушат брани. А.П. Чехов в письме успокаивал поэта: ««Скабичевский и К°» — это мученики, взявшие на себя добровольно подвиг ходить по улицам и кричать: «Сапожник Иванов шьет сапоги дурно!» и «Столяр Семенов делает столы хорошо!» Кому это нужно? Сапоги и столы от этого не станут лучше. Вообще труд этих господ, живущих паразитарно около чужого труда и в зависимости от него, представляется мне сплошным недоразумением. Что же касается того, что Вас обругали, то это ничего. Чем раньше Вас обстреляют, тем лучше»¹.

Помощником присяжного поверенного служил поэт Григорий Яковлевич Кайзерман, окончивший в 1889 г. юридический факультет Новороссийского университета. В 16 лет в одесском журнале «Пчелка» он опубликовал свое первое стихотворение «Слепец». Он и впоследствии много писал для детей. Ряд стихотворений поэт посвятил известным литераторам: Белинскому («гордому рыцарю света»), Герцену («герою родных надежд и гордых упований»), Гоголю, Кольцову, Никитину. В 1906 г. вышла его книга «Басни Косаря» (Косарь — один из псевдонимов стихотворца).

На протяжении ряда лет в московской газете «Утро России» печатал «краткие заметки о текущей русской литературе» присяжный

¹ Чехов А. П. Указ. соч. С. 513.

поверенный *Сергей Алексеевич Соколов* (литературный псевдоним — Сергей Кречетов). Он общался с Бальмонтом, Белым, Блоком, Ивановым, Ремизовым, Сологубом и Ходасевичем, в собственном поэтическом творчестве тяготел к символизму. Много откликов вызвал его сборник стихотворений «Летучий голландец», изданный в октябре 1909 г. В числе поэтических достоинств критики отмечали «свободный и уверенный стих», «звонкие, неожиданно радующие рифмы». Эти же достоинства выделял в творчестве Сергея Кречетова и Николай Гумилев.

Не могу не упомянуть талантливого поэта Дона Аминадо. Настоящее имя и фамилия — *Арнольд-Аминад Петрович Шполянский*. В 1910 г. он окончил юридический факультет Киевского университета и в том же году в Москве стал помощником присяжного поверенного. Часто печатал стихи в журналах «Женское дело», «Новый сатирикон», «Красный смех», «Будильник» и др. В 1914 г. вышло первое, а в 1915 г. — второе издание сборника стихотворений «Песни войны».

В 1921 г. — эмиграция. Жил во Франции, работал фельетонистом в газете «Последние новости». Популярностью пользовался необыкновенной. Его творчеству давали высокую оценку Гиппиус, Горький, Бунин, Куприн. Шаляпин подарил ему свою книгу «Маска и душа» с такой надписью: «Милому Аминаду Петровичу от обожающего его поклонника Ф. Шаляпина. 1932». А Цветаева написала: «...мне хочется, чтобы Вы знали, что был все эти годы (уже скоро десятилетия!) человек, который на Вас радовался... знал Вам цену...» Многие стихи поэт-адвокат посвятил России.

*Ты была и будешь вновь,
Только мы уже не будем.
Про свою к тебе любовь
Мы чужим расскажем людям.*

Или вот такие строки:

*Живем. Скрипим. И медленно седеем.
Плетемся переулками Passy,
И скоро совершенно обалдеем
От способов «спасения» Руси.*

Как видим, среди адвокатов-поэтов были стихотворцы разной величины. Не всех музы вознесли высоко. Но все они служили им честно и благородно. И потому не должны быть забыты.

Небезынтересно будет отметить, что одной из основных тем в творчестве величайших писателей Л. Н. Толстого и Л. Н. Андреева были вопросы правоприменения, судопроизводства, законности, причин правонарушений и справедливости наказания. Этот интерес был неслучайным. Дело в том, что и Л. Н. Толстой, и Л. Н. Андреев имели самое непосредственное отношение к юриспруденции. *Лев Николаевич Толстой* с 1845 по 1847 г. учился на юридическом факультете Казанского университета. Одно время являлся мировым посредником четвертого участка Крапивенского уезда Тульской области.

Леонид Николаевич Андреев в 1897 г. окончил юридический факультет Московского университета, был судебным репортером, некоторое время занимался адвокатской практикой. Проблемы права занимали значительное место в мировоззрении писателей, соответствовали их художественной позиции и человеческой сути.

Толстой часто встречался с выдающимися юристами России, в том числе с А. Ф. Кони. Неслучайно эпизоды из уголовных дел использованы во многих его произведениях, в частности в таком гениальном произведении, как роман «Воскресение»; пьесы «Власть тьмы», «Живой труп» созданы на основе реальных фактов, ставших предметом рассмотрения в суде.

В своих литературных творениях и в публицистике Лев Николаевич подверг глубокому анализу существующее право. Вот, например, как он отзывался о праве: «Правом в действительности называется для людей, имеющих власть, делать то, что им, властвующим, выгодно...» Обличал он и юридическую науку, поскольку считал, что она, эта наука, служит для оправдания существующего зла: «Есть насилующие и насилуемые, и насилующим хочется оправдать свое насилие». Известен и призыв Л. Н. Толстого «долой государство!». С помощью государства «малое меньшинство» угнетает «большое большинство» — трудящийся народ.

Как уже упоминалось, с юриспруденцией было связано и творчество Леонида Николаевича Андреева. В «Автобиографической справке» он писал: «Суд, постоянное общение с людьми, наблюдение над ними в необычайной обстановке, тайны чужой жизни, вскрывающиеся во время судебных процессов, — все это вскрывало передо мной тайны живых людей. Судебные драмы и комедии показали мне, как живут те люди, которых мы знаем толпой в массе».

Наблюдения во время работы судебным репортером и адвокатской практики были талантливо использованы писателем в произведениях «Защита», «Валя», «Административный восторг», «Не убий», «Христиане», «Мои записки», «В Сабурово», прототипами некоторых его рассказов были реальные служители юстиции.

Правовым проблемам посвящена повесть «Рассказ о семи повешенных». В ней автор протестует против существования военно-полевых судов, которые, ничтоже сумняшеся, выносили на скорую руку приговоры о расстрелах.

В своих произведениях на юридические темы писатель показал полное бесправие, полную беззащитность бедноты перед жестокой и бездушной системой полицейщины и российского суда.

Л. Н. Андреев в своих воззрениях был гуманистом и последовательно отстаивал идеи гуманизма. В статье «О казнях. Из частного письма» (1908) он утверждал: «Смертная казнь не должна существовать, поскольку она противна закону жизни и не только нарушает право человека на жизнь, но право на разум, священный дар, которым проклала и благословила нас судьба».

Среди юристов немало выдающихся деятелей искусства, в том числе композиторы П. И. Чайковский, А. Н. Серов, художественный и музыкальный критик В. В. Стасов, великий русский певец, знаменитый тенор Л. В. Собинов, художники В. Д. Поленов, Д. М. Шербиновский, Н. К. Рерих.

В. В. Стасов после окончания Училища правоведения несколько лет занимался юридической деятельностью. Вначале работал в Межевом департаменте Правительствующего Сената, потом трудился в Сенатском департаменте герольдий, после — в Министерстве юстиции помощником юрисконсульта.

В какой-то мере по стопам Стасова пошел его младший современник *П. И. Чайковский*. Он также окончил Училище правоведения, которое давало не только юридическое, но и блестящее общее образование. В этом учебном заведении процветал особый дух художественного творчества. Много внимания уделялось художественной литературе, музыке. Как вспоминает В. В. Стасов, почти каждый учащийся играл на каком-либо музыкальном инструменте, в стенах училища часто проводились музыкальные вечера, давались концерты. Здесь развилась тяга к музыкальному творчеству у П. И. Чайковского, который после выпуска «по первому разряду» сразу в чине титулярного советника (9-й разряд) был назначен в «стол прошений» (бюро жалоб) Министерства юстиции, где прослужил более трех лет.

Безусловно, работа на юридическом поприще сослужила хорошую службу Стасову и Чайковскому. Юридическая практика дала им возможность изучить весь спектр социальной жизни общества, обогатила их житейским опытом, выковывала характеры, в какой-то мере обогородила их творчество. Неслучаен интерес Стасова к полотнам художников В. И. Якоби «Привал арестантов», В. Г. Перова «Утопленница»,

«Приезд станового на следствие», В.Е. Маковского «Оправданная», «Осужденный», «Узник», И.Е. Репина «Арест пропагандиста», «Отказ от исповеди», «Не ждали», Н.А. Ярошенко «В пересылочной тюрьме», «Всюду жизнь».

Не бесспорно, но все же можно предположить, что Шестая симфония П.И. Чайковского в определенной мере сложилась, спрессовалась не только из нерадостных размышлений композитора, но и из его знаний и жизненного опыта, в который вошла и юридическая практика. Неслучайно Шестую симфонию Б.В. Асафьев считал «трагическим документом эпохи».

В 1885 г. Петр Ильич написал «Правоведческую песню» для хора и «Правоведческий марш».

Леонид Витальевич Собинов, окончивший юридический факультет Московского университета с «дипломом первой степени со всеми вытекающими правами и преимуществами», сразу же выбрал свой путь, покинув стены учебного заведения: «Я решил идти по адвокатской части. Это дело кажется мне более простым и интересным». «Патрон» Собинова — выдающийся адвокат Ф.Н. Плевако гордился своим учеником, подававшим большие надежды на адвокатском поприще. Но... успешный дебют в Большом театре и зачисление молодого певца в оперную труппу определили судьбу ученика Плевако. Непросто дался этот выбор. Собинов вспоминал: «...Стоит только накопиться трудной и неприятной работе по адвокатуре, как я уже начинаю мечтать о том, что сцена, пожалуй, мое единственное призвание... С рвением я бросаюсь тогда к оперным клавирам, и вот здесь какой-нибудь трудный речитатив или плохо удающаяся нота, часто случайное отсутствие дыхания или голоса начинают возбуждать во мне сомнение в моих способностях быть хорошим артистом. Случись к этому выиграть дело, преодолеть пугавшую юридическую трудность, и опять берет верх сознание, что в адвокатуре я, пожалуй, больше на месте. Потом, конечно, все улаживается — и речитативы, и казуистика, но невольная эквилибристика все-таки оставляет свой неприятный след, а вопрос так и остается открытым»¹.

Выбор все-таки был сделан: Собинов стал служителем искусства, на этом поприще приобрел славу великого оперного певца, стал мастером бельканто.

В отличие от В.В. Стасова, П.И. Чайковского и Л.В. Собинова Е.Д. Поленову и Н.К. Рериху, получившим университетское юридическое образование, заниматься правовой деятельностью не довелось.

¹ Собинов Л.В. Статьи, речи, письма, воспоминания. М., 1970. Т. 2. С. 75.

Однако учеба на юридическом факультете, безусловно, способствовала формированию гуманистического мировоззрения художников, их активной общественно-политической позиции. По признанию В.Д. Поленова, «[в]от моя духовная родина, лучшее место на планете — Академия художеств и рядом с ней университет». На юридическую тему им были написаны картины «Право господина», «Арест гугенотки», «Христос и грешница».

Занятия в Академии художеств успешно сочетал с занятиями на юридическом факультете и Н.К. Рерих. Тема его дипломной университетской работы «Правовое положение художников Древней Руси».

Юридические знания Рериха, особенно в области истории государства и права, оказали влияние на выбор им тем для написания картин. Например, полотно «Сходятся старцы» посвящено проблеме общественного самоуправления древних славян. В цикле «Славяне» художник хотел создать картины «Вече...», «Князь на полюдь...».

Яркую страницу вписал Н.К. Рерих в разработку международно-правовых актов по охране культурных ценностей. В культурном мире широко известен Пакт Рериха — международно-правовое соглашение по охране памятников искусства, культуры и научных учреждений.

Таким образом, все ранее сказанное позволяет сделать вывод о взаимопроникновении и саморазвитии культуры и права, о некоторых взаимосвязанных закономерностях, в частности, одну из них можно обозначить как «преемственность», а другую — как спиралевидное, циклическое развитие.

В самом деле, культура, право и правовая культура — явления закономерного развития предшествующих поколений. Естественно, что правовая культура объединяет в себе два элемента исторического развития: правовую культуру прошлого и воспринятую от прошлой правовой культуры развивающуюся правовую культуру существующего общества. Так, современное российское право возникло на пласте права Средневековой Руси, которое в свою очередь впитало в себя все лучшее от Киевской Руси, «где духовная культура по степени зрелости значительно превосходила современные государства Западной Европы»¹.

Немало научных споров породила теория спиралевидного, циклического развития правовой культуры. Концепция ученого А.Е. Чучина-Русова о спиралевидном развитии культуры во многом сходна с утверждением Г.В. Мальцева: «Если правовая история предстает как бесконечное чередование циклов, внутри которых определяются

¹ Томсинов В.А. Политическая и правовая мысль Киевской Руси. М., 1999. С. 111.

сходные фазы и многократно воспроизводимые процессы, то выходит, что право движется по собственному кругу с обязательным возвратом в некоторые исходные точки»¹.

Культура прошлого, правовой опыт предшествующих поколений помогают адвокатам овладеть правовой культурой настоящего времени.

В юридической литературе правовая культура адвоката рассматривается в качестве одной из разновидностей профессиональной правовой культуры. Правовая культура адвоката — это развивающаяся система правовых и культурных ценностей, включающая в себя достижения в науке, искусстве, литературе, философии, этике, религии и политике; единство профессионального правосознания и социально-правового поведения члена адвокатского сообщества.

Как влияет культура на правовую культуру адвоката? Культура гармонизирует правовое сознание и правовое поведение; формирует идейно-психологические и морально-волевые качества его личности, эстетический вкус, эстетический такт, совершенствует профессиональное мастерство; воспитывает в адвокате творческое отношение к выполнению своих служебных обязанностей: гуманное отношение к человеку, добросовестное исполнение своего служебного долга по защите законных прав и свобод клиента.

Эти положения закреплены в ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката:

При осуществлении профессиональной деятельности адвокат обязан:

- 1) честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять обязанности, активно защищать права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и настоящим Кодексом;
- 2) уважать права, честь и достоинство лиц, обратившихся к нему за оказанием юридической помощи, доверителей, коллег и других лиц, придерживаться манеры поведения и стиля одежды, соответствующих деловому общению...

¹ Мальцев Г.В. Теория обычая и обычного права. М., 1999. С. 96.

ГЛАВА IV. ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ЭТИКА АДВОКАТА

§ 1. Понятие и основные принципы этического поведения адвоката

Термин «этика» (в переводе с греч. *ethica* — «обычай», «нравственный характер») впервые был введен греческим философом Аристотелем в IV в. до н. э. для обозначения науки, изучающей добродетели.

Предметом регулирования общей этики является нравственное поведение человека вообще, любой профессии и в любых обстоятельствах.

В соотношении с общей этикой адвокатская этика является производным понятием. Предметом ее регулирования служат профессиональные отношения адвокатов, их помощников и стажеров.

Необходимость выделения профессиональной адвокатской этики вытекает из особенностей адвокатской деятельности. Адвокат, с одной стороны, осуществляет функции по защите прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, возложенные на него государством, а с другой стороны, выполняет поручение лица, нуждающегося в юридической помощи, по защите его субъективных прав, нередко от того же государства в лице должностных лиц.

Адвокатская этика базируется на принципах независимости, соблюдения законности, доминантности интересов клиентов, недопустимости представительства клиентов с противоречивыми интересами (конфликт интересов), конфиденциальности, честности и добросовестности, уважения к адвокатской профессии, культуры поведения, ограниченного рекламирования деятельности адвокатов.

Доминантность интересов клиента является *важнейшим* этическим принципом адвоката. Адвокат обязан в своей профессиональной деятельности исходить из преимущества интересов клиента (естественно, в рамках законности) перед своими собственными интересами, интересами коллег, партнеров, сотрудников. Адвокат обязан избегать компромиссов, если таковые расходятся с законными интересами клиента.

Помимо принципов адвокатской этики важно соблюдать и правила профессиональной этики; в частности, эти правила предусматривают, что тактический прием не должен содержать сведения, унижающие честь и достоинство какого-либо участника процесса, если таковые не обоснованы материалами дела. Такие данные нельзя использовать в любом случае, если они не влияют на вопросы доказанности виновности подзащитного или степень его ответственности. Адвокат не может:

- оправдывать само совершение преступления;
- побуждать или провоцировать своего подзащитного или иных лиц на оговор ими невиновных, а также на обвинение виновных лиц в большем объеме, нежели это соответствует фактам;
- препятствовать сознательному и свободному желанию подзащитного признать свою вину, в том числе и в совершении преступлений, не вменяемых ему;
- использовать в защите заведомо ложные сведения, в частности о происхождении предметов и документов, подрывать авторитет следственных и судебных органов и т. д.

В этой связи на адвоката возлагается целый комплекс обязательств как юридического, так и морального характера, зачастую вступающих во взаимное противоречие и условно подразделяемых на следующие категории обязательств:

- обязательства перед доверителем;
- обязательства перед судом и другими органами власти, с которыми адвокат вступает в контакт, будучи доверенным лицом доверителя или действуя от его имени;
- обязательства перед другими адвокатами;
- обязательства перед обществом, для членов которого существование свободной и независимой профессии адвоката наряду с соблюдением правовых норм выступает важнейшей гарантией защиты прав человека.

Комплекс обязательств формирует и задачу адвокатской этики — соблюдение баланса между всеми этими категориями обязательств, между профессиональным долгом адвоката и интересами общества и государства.

В Общем кодексе правил для адвокатов стран Европейского Сообщества говорится, что в любом правовом обществе адвокату уготована особая роль¹.

¹ <http://real-voice.info/modules/myarticles/article.php?storyid=64>

Его обязанности не ограничиваются добросовестным исполнением своего долга в рамках закона. Адвокату следует действовать в интересах как права в целом, так и тех, чьи права и свободы ему доверено защищать, не только выступать в суде от имени доверителя, но и оказывать ему юридическую помощь в виде советов и консультаций.

Закон об адвокатуре содержит ряд положений, ориентирующих адвокатов на реализацию морально-этических правил и нравственных норм. Так, п. 1 ст. 7 вышеназванного Закона, формулируя обязанности адвоката, закрепляет, что он обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами.

Сравни п. 1 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката: «При осуществлении профессиональной деятельности адвокат обязан:

1) честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять свои обязанности, активно защищать права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, законом и настоящим Кодексом...»

Категории «честность» и «добросовестность» содержатся и в ст. 13 Закона об адвокатуре, в соответствии с которой претендент на присвоение статуса адвоката, успешно сдавший квалификационный экзамен, приносит присягу, где есть слова:

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

Дореволюционный российский адвокат, вступая в сословие, также клялся «не писать и не говорить на суде ничего, что могло бы клониться к ослаблению... доброй нравственности, но честно и добросовестно исполнять обязанности принимаемого на себя звания».

Преимственность данных основополагающих этических принципов очевидна.

Честность в деятельности адвоката заключается в том, чтобы при защите прав клиента не нарушать закон и использовать все законные способы защиты.

Под *компетентностью* следует понимать как собственно глубокие знания о правовом регулировании, умение правильно разобраться в ситуации, так и наличие навыков, необходимых для примене-

ния соответствующих правовых норм. В том случае, если адвокат недостаточно компетентен в правовой проблеме, он должен прямо предупредить об этом клиента. При этом адвокат может порекомендовать клиенту конкретного специалиста в соответствующей области права или с согласия клиента привлечь такого специалиста к совместной работе.

Добросовестность предполагает, что адвокат, оказывая клиенту юридическую помощь, использует все известные ему законные способы для разрешения проблемы, действуя при этом настойчиво, смело, проявляя должную выдержку.

Рассматривая вопросы этического поведения адвоката, следует особо выделить этические нормы, заложенные в присяге адвоката. Принесение присяги — не простая формальность: только с момента ее принесения претендент получает статус адвоката и становится членом адвокатской палаты.

В тексте присяги соединены два важнейших принципа адвокатской работы: законность и профессиональная нравственность. Одно невозможно без другого, и оба находятся в постоянном единстве.

Необходимость соблюдения норм адвокатской этики закреплена в п. 1 и 4 ст. 7 Закона об адвокатуре, согласно которым адвокат обязан соблюдать кодекс профессиональной этики. В случае нарушения моральных норм вмешательство каких-либо юрисдикционных органов, государственных или негосударственных, недопустимо. За нарушение норм адвокатской этики законодатель установил дисциплинарные санкции. Так, п. 1 и 5 ст. 17 Закона закрепляет, что совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, является основанием для прекращения статуса адвоката. В Кодексе профессиональной этики адвоката целый раздел (разд. 2) посвящен вопросам регулирования процедурных основ дисциплинарного производства.

Правила профессиональной этики имеют огромное практическое значение. При их наличии адвокат уже не терзается сомнениями «что такое хорошо и что такое плохо», а следует предписанным нормам поведения. И это является для него дополнительной гарантией собственной безопасности: *соблюдение правил этики позволит избежать возможности быть привлеченным к ответственности*. Все это является правовой основой этического поведения адвоката (нормативно-правовое регулирование)¹.

¹ Как мы знаем из теории права, этическая норма приобретает юридически общеобязательную силу лишь тогда, когда она закреплена в правовой норме. Вместе с тем,

Одним из первых отечественных юристов, обративших внимание на проблему взаимодействия права и морали, был А.Ф. Кони. Его перу принадлежит труд под названием «Нравственные начала в уголовном процессе»¹.

Сегодня в России при осуществлении профессиональной деятельности адвокаты руководствуются положениями Закона об адвокатуре² и Кодекса профессиональной этики адвоката.

В основу последнего были положены работы специалистов современной российской адвокатуры Михаила Александровича Гофштейна (проект кодекса Гильдии российских адвокатов), Михаила Юрьевича Барщевского (проект Кодекса адвокатской этики³) и др.

Как указывают сами авторы, данные документы были созданы в дополнение к действующим правилам, установленным законодательством об адвокатской деятельности и адвокатуре, в развитие требований, предусмотренных ст. 7 Закона об адвокатуре, в целях соблюдения профессиональной чести и нравственной ответственности перед обществом, развивая традиции российской присяжной адвокатуры.

Кодекс устанавливает обязательные для каждого адвоката правила и принципы его поведения при осуществлении адвокатской деятельности на основе нравственных критериев и традиций адвокатуры.

Кодексы адвокатской этики существуют практически во всех адвокатских сообществах цивилизованных стран. Так, в частности, в США еще в 1908 г. были приняты Правила профессиональной этики, содержавшие 70 параграфов и дававшие достаточно полный перечень установлений по вопросам взаимоотношений с судом и коллегами, добросовестного отношения к обязанностям, честности и открытости, умеренности в вопросах назначения гонорара.

В настоящее время в США действуют различные кодексы адвокатской профессиональной этики: есть этические кодексы адвокатских фирм, штатов, а также федеральный кодекс адвокатской этики. При этом все американские кодексы основаны на прецедентах.

говоря о нормативном регулировании профессиональных этических взаимоотношений, нужно понимать, что большинство этических норм находится за пределами правового регулирования (и могут возникнуть ситуации, требующие применения нравственных оценок), а следовательно, их исполнение обеспечивается не государственным принуждением, а средствами самого адвокатского сообщества.

¹ Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (общие черты судебной этики) // Кони А. Ф. Собр. соч.: В 8 т. М., 1967. Т. 4.

² Подпункт 4 п. 1 ст. 7, п. 2 ст. 4.

³ Барщевский М. Ю. Адвокатская этика. М., 2000. С. 5.

Нравственные кодексы адвокатской профессии разрабатывались во многих странах: в Польше — в 1970 г., в Венгрии — в 1972 г., в Литве (когда она еще входила в состав СССР) — в 1974 г.

В 1985 г. такие же Правила были приняты в Минской городской коллегии адвокатов. В октябре 1999 г. утверждены Правила адвокатской этики адвокатов Украины.

Интеграционные процессы в странах Европейского Сообщества обусловили принятие Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского Сообщества.

На конференции, которая состоялась в сентябре 1990 г. в Нью-Йорке, Международной ассоциацией юристов был принят правовой документ «Стандарты независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов»¹.

Хотя наш профессиональный Кодекс принят в январе 2003 г., в Российской Федерации на тот момент уже существовала обширная практика применения норм адвокатской этики. Так, 4 сентября 1997 г. президиумом Межрегиональной коллегии адвокатов помощи предпринимателям и граждан были утверждены Правила профессиональной этики этой коллегии.

Кодексы адвокатской этики существовали в Международном союзе (Содружестве) адвокатов и в Гильдии российских адвокатов.

Кроме того, ряд этических правил профессионального поведения адвоката был закреплен в процессуальном законодательстве (ст. 49, 51, 53, 72 УПК РФ)².

Как известно, в Положении об адвокатуре 1980 г. (ст. 16) были также сформулированы основные требования, предъявляемые к адвокату:

Адвокат должен быть образцом моральной чистоты и безукоризненного поведения, обязан постоянно совершенствовать свои знания, повышать свой идейно-политический уровень и деловую квалификацию, активно участвовать в пропаганде права.

¹ <http://www.5rik.ru/clear/list-233-str-41.html>

² Прямой запрет осуществления защиты двух обвиняемых с противоречивыми интересами одним адвокатом; запрет разглашения сведений, полученных адвокатом от обвиняемого в доверительном порядке; запрет отказа от принятой защиты в ходе судебного разбирательства.

§ 2. Этические правила, регулирующие взаимоотношения «адвокат — клиент»

Подсудимый: — Ваша честь, я прошу заменить мне адвоката. Тот, которого мне назначили, совершенно не интересуется моим делом!

Судья адвокату: — Что вы на это скажете?

Адвокат: — Простите, ваша честь, что вы сказали? Я прослушал...

Основу взаимоотношений адвоката с клиентом составляет доверие. С первых минут общения с адвокатом клиент должен понять, что перед ним не судья, а помощник и у него нет оснований не быть откровенным с адвокатом.

Консультируя клиента, адвокату нужно помнить, что его задача — не только дать необходимый клиенту совет, но и убедиться, что этот совет правильно воспринят.

Совет адвоката должен быть понятным и четким, ясно выражающим то, что адвокат откровенно думает по поводу плюсов и минусов рассматриваемой ситуации, а также возможных результатов судебного рассмотрения спора. При этом советы адвоката не должны выходить за рамки закона. Адвокат должен честно высказать клиенту беспристрастное мнение о вероятном исходе дела.

Адвокат помимо ведения дела оказывает клиенту иную юридическую помощь, и в частности, разъясняет правовое значение возникающих проблем.

При общении с клиентом о перспективе дела следует иметь в виду поговорку, приведенную Э. Пикаром в его книге «Об адвокате»¹: «Ничто не навредит так процессу, как название его бесприкрытым».

Пункт 2 ст. 10 Кодекса прямо указывает, что адвокат не вправе давать лицу, обратившемуся за оказанием юридической помощи, или доверителю заверения и гарантии в отношении результата выполнения поручения, которые могут прямо или косвенно вызывать у обратившегося необоснованные надежды или представления, что адвокат может повлиять на результат другими средствами, кроме добросовестного выполнения своих обязанностей.

Раскрывая данную тему, хотелось бы обратить внимание на дифференциацию правил поведения адвоката и по отраслям права. Так, адвокат не вправе принять поручение *по гражданскому делу*, если

¹ Пикар Э. Об адвокате. М., 2000. С. 154.

требования клиента не защищаются законом. Выяснив характер правоотношений и наличие правовых оснований для выполнения такого поручения, адвокат должен сообщить клиенту свое мнение относительно необходимых доказательств и перспектив судебного разбирательства.

Адвокат не должен принимать поручение на ведение гражданского дела, когда:

- правовая позиция адвоката противоречит позиции клиента;
- он является родственником другой стороны по делу.

Принимая решение о невозможности выполнения поручения, адвокат обязан поставить об этом в известность клиента заблаговременно, чтобы тот имел возможность обратиться к другому адвокату.

В том случае, когда требования клиента противоречат закону, или когда для защиты своих интересов он требует использовать незаконные средства и способы, или когда клиент для отстаивания своих интересов предлагает использовать нравственно сомнительные средства, а поддержание позиции клиента другими способами и средствами невозможно, адвокат обязан отказаться от помощи клиенту. При этом мотивы отказа от дальнейшей работы адвокат должен довести до клиента.

При ведении *уголовного дела* адвокат не вправе принять поручение, если:

- в расследовании дела или его рассмотрении участвует лицо, с которым адвокат находится в родственных отношениях;
- адвокат ранее участвовал в этом деле в качестве судьи, следователя, дознавателя, прокурора, общественного обвинителя, эксперта, переводчика, свидетеля, понятого, потерпевшего, гражданского истца или ответчика, а также секретаря судебного заседания;
- адвокат оказывает или ранее оказывал в какой-либо форме юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам обратившегося.

Особенности отношений адвоката с подзащитным заключаются в следующем.

Адвокат, выполняющий поручение по обязательному назначению, должен разъяснить своему подзащитному наличие у него права пригласить адвоката по соглашению.

Все процессуальные действия адвокат должен согласовывать со своим клиентом, разъясняя их значение и возможные последствия.

Адвокат не вправе изменять позицию защиты, которую он согласовал с клиентом. Также адвокат не вправе признавать доказанной вину подзащитного, если последний ее не признает.

В том случае, если подзащитный признает факты, лежащие в основе обвинения, как содержащие признаки состава преступления, но от-

рицает при этом свою виновность, адвокат должен исходить из необходимости надлежащей правовой оценки этих фактов, разъяснив при этом подзащитному неизбежность расхождения с его позицией¹.

В случае, когда признание виновности было вызвано незаконным воздействием на обвиняемого, адвокат обязан принять зависящие от него меры к установлению этого обстоятельства и его фиксации в протоколе.

При работе с подзащитным, находящимся под стражей, адвокат не должен передавать подзащитному, равно как и от него другим лицам, записки, вещи, продукты, алкогольные напитки, наркотики, иные запрещенные предметы.

Адвокат должен соблюдать свое профессиональное достоинство: быть высоконравственным в личной жизни, разборчивым в знакомствах. Вежливость, корректность, такт, уважительность, умение сдерживать свои чувства — не только профессиональная обязанность, но и нравственный долг адвоката как общественного деятеля.

Пункт 2 ст. 8 Кодекса подчеркивает:

При осуществлении профессиональной деятельности адвокат обязан:

<...>

2) уважать права, честь и достоинство лиц, обратившихся к нему за оказанием юридической помощи, доверителей, коллег и других лиц, придерживаться манеры поведения и стиля одежды, соответствующих деловому общению.

Одним из основных принципов этического поведения адвоката является соблюдение адвокатской тайны².

Занимая центральное место среди других материальных норм, регламентирующих деятельность адвокатуры, этот принцип имеет и глубоко нравственное содержание. Подпункт 5 п. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре устанавливает, что адвокат не должен разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи, без согласия доверителя.

Это правило, имеющее принципиальный характер, конкретизируется также в ГПК РФ, АПК РФ и УПК РФ, устанавливает свидетельский иммунитет для адвокатов в гражданском и уголовном судопроизводстве.

¹ Подпункт 3 п. 4 ст. 6 Закона об адвокатуре: адвокат не вправе «занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя».

² Статья 8 Закона об адвокатуре.

Как указывает Кодекс профессиональной этики адвоката, адвокатская тайна основана на иммунитете доверителя, предоставленного ему Конституцией РФ¹.

Принцип соблюдения адвокатской тайны обязывает адвоката соблюдать конфиденциальность в отношении сведений, полученных от клиента. При этом сам факт обращения клиента к адвокату, включая имена и названия доверителей, составляет адвокатскую тайну. Правила сохранения профессиональной тайны распространяются также на все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу, на сведения, полученные адвокатом от доверителей, на информацию о доверителе, ставшую известной адвокату в процессе оказания юридической помощи, на содержание правовых советов, данных непосредственно доверителю или ему предназначенных, на все адвокатское производство по делу и условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем, а также на любые другие сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи.

Адвокат не вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей².

Адвокат не может использовать в личных целях полученную от клиента информацию, сохраняет конфиденциальность и после завершения дела. На обязанность соблюдения конфиденциальности не распространяется действие срока давности. При этом адвокат не может быть освобожден от обязанности хранить профессиональную тайну никем, кроме доверителя.

Правила сохранения профессиональной тайны распространяются на помощников и стажеров адвоката, а также на иных сотрудников адвокатских образований³.

Этические правила, которые должен соблюдать адвокат, могут быть рассмотрены в нескольких аспектах.

В первую очередь следует сказать об этических правилах, регулирующих взаимоотношения адвоката с судом и профессиональными участниками процесса.

¹ Статья 6 Кодекса.

² См. также: Рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности (приняты Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации 30 ноября 2009 г., протокол № 3) // http://fparf.ru/documents/council_documents/council_recommendations/1617/.

³ Пункт 3 ст. 27, п. 3 ст. 28 Закона об адвокатуре.

Участники судебных слушаний вправе пользоваться лишь нравственно дозволенными приемами, обязаны соблюдать собственное достоинство, уважать честь и достоинство своих противников и других участвующих в деле лиц, помнить, что они обращаются к суду, уважение к которому проявляется и в соблюдении нравственных норм¹.

При этом участники процесса должны уважать и соблюдать моральные нормы, принятые в обществе. Они не вправе проповедовать аморальные взгляды, демонстрировать пренебрежение к нравственным ценностям и таким путем отстаивать свои позиции.

Никто из участников судебных прений не вправе унижать достоинство участвующих в деле и других лиц — начиная со своих «процессуальных противников» и кончая теми, кто в деле не участвует, но упоминается по тому или иному поводу². Отрицательная характеристика личности, основанная на установленных в суде фактах, вполне допустима, но не может использоваться для унижительных оценок кого бы то ни было из упоминаемых в судебных прениях.

Во время судебных прений каждый их участник обязан соблюдать такт в споре с теми, чье мнение он не разделяет, а также быть сдержанным в оценках личности и поведения на суде экспертов, свидетелей, переводчиков.

Стороны в судебных прениях должны оказывать уважение суду, содействовать поддержанию его авторитета. Оценка поведения судей участниками судебных прений вообще недопустима.

Адвокат не должен вступать во внесудебную полемику с допрошенными по делу свидетелями, потерпевшими и экспертами, во внесудебном общении делать заявления, носящие характер упреков в адрес других участников процесса.

Адвокат вправе беседовать с процессуальным противником своего доверителя, которого представляет другой адвокат, только с согласия или в присутствии последнего.

Возражая в установленном законом порядке против действий судей и других участников процесса, если они ущемляют право на защиту или права стороны, адвокат должен делать это в корректной форме и в соответствии с законом. Пререкания адвоката с судом являются недопустимыми.

Адвокат в судебном заседании должен беспрекословно подчиняться распоряжениям суда, соблюдать установленный порядок судебного заседания.

¹ Статья 12 Кодекса.

² Подпункт 7 п. 1 ст. 9 Кодекса.

К грубым нарушениям профессиональной этики, в частности, относятся неявка адвоката в суд без уважительной причины, систематические опоздания на судебные заседания, в которых дела должны были слушаться с его участием. При невозможности по уважительным причинам прибыть в назначенное время для участия в судебном заседании или следственном действии, а также при намерении ходатайствовать о назначении другого времени адвокат по возможности должен заблаговременно уведомить об этом суд или следователя, а также сообщить об этом другим адвокатам, участвующим в процессе, и согласовать с ними взаимно приемлемое время.

Этические нормы, регулирующие поведение адвоката в суде, достаточно просты и очевидны. «При соблюдении должного уважения к суду адвокат обязан защищать интересы клиента добросовестно с максимальной для него выгодой, однако не выходя за предусмотренные законодательством рамки», — так гласит Общий кодекс правил адвокатов стран Европейского Сообщества (п. 2.7).

Нравственное право адвоката — строить тактику защиты в соответствии с правами, предусмотренными законом (в частности, с позиции «то, что не доказано бесспорно, не может быть положено в основу обвинения» или «версия подсудимого, не опровергнутая обвинением, должна признаваться за истинную»).

Вместе с тем п. 2 ст. 7 Кодекса предписывает адвокатам учитывать то обстоятельство, что предупреждение судебных споров является составной частью оказываемой адвокатом юридической помощи, поэтому адвокат должен заботиться об устранении всего, что препятствует мировому соглашению.

Важное значение имеет соблюдение этических правил, регулирующих внутрикорпоративные взаимоотношения адвокатов.

Российский адвокат Д. П. Ватман в своей книге «Адвокатская этика»¹ отметил: «Уважение к своему товарищу по профессии, к его личности, деловой и общественной репутации должно быть руководящим правилом для каждого адвоката, нравственной обязанностью которого является забота о достоинстве носимого звания и престижа адвокатуры. Это азбука адвокатской этики, т. к. не может ожидать к себе уважения та организация, члены которой не проявляют в своих отношениях взаимной вежливости, такта и неизменной корректности, забывая в пылу судебной борьбы о высоких началах товарищеской солидарности».

¹ Ватман Д. П. Адвокатская этика (нравственные основы судебного представительства по гражданским делам). М., 1977. С. 53–54.

Адвокат строит свои отношения с другими адвокатами на основе взаимного уважения и соблюдения их профессиональных прав¹. Адвокат не вправе обсуждать с клиентами правильность действий, обоснованность гонорара другого адвоката, ранее ведшего дело, употреблять выражения, умаляющие честь, достоинство и деловую репутацию коллеги, участвовавшего в деле на других стадиях процесса.

Принимая поручение на ведение дела против коллеги в связи с его профессиональной деятельностью, адвокат обязан предварительно уведомить совет территориальной адвокатской палаты. Обязанностью адвоката также является уведомление коллеги, в конфликте с которым выступает его доверитель, с целью мирного разрешения спора в интересах клиента.

Если клиент просит вести дело совместно с другим адвокатом, необходимо согласовать с коллегой, участвующим в деле, возможность совместного ведения этого дела.

При совместном ведении дела, как правило, происходит «распределение обязанностей» между адвокатами, и не все адвокаты, ведущие дело, участвуют в обсуждении с клиентом вопроса о размере гонорара. В этом случае финансовые отношения между адвокатами должны быть прозрачными, т. е. каждому адвокату должны быть известны как общий размер гонорара, так и принципы его распределения.

Адвокаты, осуществляющие профессиональную деятельность совместно на основании партнерского договора, при оказании юридической помощи должны руководствоваться правилом о распространении тайны на всех партнеров.

Если адвокат не может прибыть в судебное заседание или намерен просить суд о рассмотрении дела в другое время, он обязан сообщить об этом адвокату другой стороны или согласовать с ним взаимоприемлемые дату и время рассмотрения дела.

В том случае, если у процессуального противника по гражданскому делу имеется адвокат, адвокат не должен общаться со стороной без участия этого адвоката.

Адвокат не вправе склонять к заключению соглашения о предоставлении юридической помощи лицо, уже имеющее договорные отношения с другим адвокатом (перехват клиентов)².

В ситуации, когда возможно возникновение конфликта интересов³, адвокат должен руководствоваться следующим правилом: адвокат

¹ Статья 15 Кодекса.

² Пункт 3 ст. 15 Кодекса.

³ Статья 6 Закона об адвокатуре, п. 3 ст. 10, ст. 11 Кодекса.

не должен консультировать или одновременно представлять интересы противоположных сторон в споре, а также каким-либо образом действовать по вопросу, в котором присутствует или может присутствовать конфликт интересов сторон¹, если только такие действия не были однозначно одобрены обеими сторонами.

В западных юридических фирмах для таких случаев существует четкий порядок, помогающий адвокату избежать ситуации возникновения конфликта интересов. Как только кто-либо из адвокатов принимает поручение по делу, он рассылает по фирме меморандум, в котором извещает своих коллег о том, кто стал ее новым клиентом и по какому делу. Это позволяет моментально выявить реальный конфликт интересов (если кто-либо из коллег уже принял дело) и служит предупреждением коллегам о том, что в возникшем споре фирма уже представляет интересы одной из сторон. В любом случае при общении с коллегами нужно не забывать о правиле: не может быть хорошей репутации партнера, работающего на фирме с плохой репутацией.

В своей профессиональной деятельности адвокат должен соблюдать также этические правила, регулирующие взаимоотношения адвокатов с государственными органами.

Статья 3 Закона об адвокатуре формулирует взаимоотношения адвокатуры и государства следующим образом: адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. В целях обеспечения доступности для населения юридической помощи и содействия адвокатской деятельности органы государственной власти обеспечивают гарантии независимости адвокатуры, осуществляют финансирование деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, а также при необходимости выделяют адвокатским образованиям служебные помещения и средства связи. Каждому адвокату гарантируется социальное обеспечение, предусмотренное для граждан Конституцией РФ.

Из приведенной нормы следует, что адвокатура является саморегулируемой и независимой организацией, профессиональным союзом правозащитников. Она занимает в общественном и государственном

¹ Правило о конфликте интересов может быть проигнорировано адвокатом в том случае, когда стороны, одна из которых является его клиентом, определили его в качестве третейского судьи, сделав это в установленном законом порядке. В данном случае адвокат действует не как представитель одной из сторон, а как независимый юрист, обоюдно избранный сторонами.

устройстве свое особое место. Адвокатура не элемент государственного устройства, она облечена доверием общества и одновременно доверием государства. При этом функции контроля адвокатуры со стороны государства ограничены.

В Кодексе указывается, что 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.

Пункт 6 ст. 10 Кодекса обязывает адвоката при отмене поручения незамедлительно возвратить доверителю все полученные от последнего подлинные документы по делу и доверенность.

При этом, согласно п. 7 ст. 10 Кодекса, адвокат в своих действиях исходит из презумпции достоверности документов и информации, представленных доверителем, и не проводит их дополнительной проверки.

Документы, связанные с выполнением адвокатом поручения, не подлежат осмотру, разглашению или изъятию без его согласия. Запрещается прослушивание телефонных разговоров адвокатов в связи с оперативно-розыскной деятельностью без санкции Генерального прокурора, его заместителей, прокуроров субъектов Федерации.

Используя нормы Закона об адвокатуре, посвященные защите адвокатской тайны, адвокат имеет большие возможности сохранить важные документы клиента. Следует помнить, что иммунитет от осмотра и изъятия распространяется не на любые документы клиента, переданные адвокату, а только на связанные с исполнением поручения.

Совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации указал¹, что для эффективного применения положений ст. 8 Закона об адвокатуре рекомендуется обязательное хранение полученных от доверителей документов и иных письменных материалов и электронных носителей с информацией, а также записей адвоката и доверителей, относящихся к оказанию юридической помощи, в соответствующих папках, имеющих надписи, например: «Материалы уголовного дела по обвинению _____ по ст. _____ УК РФ» или «Материалы и переписка по спору между ООО «_____» и Некоммерческим партнерством «_____», связанному с признанием договора поставки оборудования недействительным» и т. п.

¹ Рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности (приняты Советом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации 10 декабря 2003 г., протокол № 4).

Документы, предметы и иные сведения необходимо отмечать соответствующими надписями (наклейками) и хранить в сейфах или специальных боксах.

Весьма существенными в работе адвоката являются вопросы рекламы. Может ли адвокат рекламировать свою работу и как это вяжется с его профессиональной этикой?

В почтовом отделении лысоватый мужчина средних лет стоит у прилавка и методично ставит штампик «С любовью» на ярко-розовые конверты с изображением сердечек. Потом он достает флакончик и начинает на конверты прыскать духами. Любопытный посетитель подходит к нему и спрашивает, что это он делает. Мужчина отвечает:

— Я отправляю тысячу открыток ко дню святого Валентина с надписью «Угадай, от кого?».

— Но зачем?

— А я адвокат по бракоразводным делам...

Во Франции и в Испании, например, реклама адвокатских услуг запрещена законом.

В США Верховный суд признал незаконным запрет на рекламу адвокатских услуг, но, несмотря на это, среди самих адвокатов прибегнуть к рекламе считается неэтичным поступком и практически места не имеет.

Как правило, в странах, где подобная реклама законодательно не запрещена, кодексы адвокатской этики считают ее неэтичной.

Подпункт 6 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики запрещает адвокату навязывать свою помощь лицам, нуждающимся в юридической помощи, и привлекать их путем использования личных связей с работниками судов и правоохранительных органов, обещанием благополучного разрешения дела и другими недостойными способами.

Вместе с тем ст. 17 того же документа устанавливает, что информация об адвокате и адвокатском образовании допустима, если она не содержит:

- 1) оценочных характеристик адвоката;
- 2) отзывов других лиц о работе адвоката;
- 3) сравнений с другими адвокатами и критики других адвокатов;
- 4) заявлений, намеков, двусмысленностей, которые могут ввести в заблуждение потенциальных доверителей или вызывать у них безосновательные надежды.

Там же устанавливается обязанность адвоката (адвокатского образования) сообщать об известных ему фактах распространения не-

надлежащей рекламы его деятельности совету адвокатской палаты соответствующего субъекта Российской Федерации¹.

Здесь Кодекс практически дословно повторяет мнение одного из своих создателей — М.Ю. Барщевского. С его точки зрения, реклама для адвоката запрещена, а информация о его деятельности разрешена и, более того, необходима и полезна².

Вместе с тем очевидно, что адвокат, адвокатская фирма или коллегия адвокатов заинтересованы в распространении информации о себе. Более того, потенциальный клиент также должен иметь доступ к информации об адвокате, его квалификации, компетентности, репутации, тем более что доступ к такой информации усложняется в связи с численным ростом корпорации, а также специализацией адвокатской деятельности.

Контроль за соблюдением адвокатами Кодекса профессиональной этики осуществляют адвокатская палата субъекта и квалификационная комиссия.

Особенность наложения санкций за нарушение норм адвокатской этики — возможность привлечения адвоката к ответственности за совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, без прямого участия органов адвокатского сообщества. В соответствии с п. 6 ст. 17 Закона об адвокатуре статус адвоката может быть прекращен судом по заявлению территориального органа юстиции, располагающего сведениями об обстоятельствах, являющихся основаниями для прекращения статуса адвоката, при условии, что территориальный орган юстиции направлял представление о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату, но совет адвокатской палаты в месячный срок со дня поступления представления не принял решение о прекращении статуса адвоката в отношении данного адвоката.

Закон устанавливает, что аморальные, неэтичные действия адвоката могут быть оценены советом адвокатской палаты в соответствии с нормой, предусмотренной подп. 5 п. 1 ст. 17 Закона об адвокатуре, — совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, а также подп. 6 п. 1 той же статьи — неисполнение либо ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем. Это значит, что неэтичные, аморальные средства и методы защиты противоречат закону, а потому подлежат правовой оценке, а адвокаты, допускающие

¹ Пункт 2 ст. 17 Кодекса.

² Барщевский М. Ю. Адвокатская этика. С. 168.

такие средства и методы защиты, могут быть привлечены к дисциплинарной и иной ответственности по действующему законодательству.

Таким образом, неэтичное, аморальное поведение адвоката не только безнравственно, социально осуждаемо, осуждаемо корпорацией, но и противозаконно.

При этом надо понимать, что этика (нравственность) — сложное и многогранное явление, поэтому моральная оценка того либо иного поступка во многом зависит от социального опыта. Учитывая, что ст. 18 Кодекса допускает привлечение к дисциплинарной ответственности не только за умышленные проступки, но и за совершенные по грубой неосторожности, трудно переоценить установленное ст. 4 Кодекса право в сложных этических ситуациях обращаться за помощью в совет соответствующей адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. Кстати, адвокат, действовавший в соответствии с разъяснениями совета, не может быть привлечен к дисциплинарной ответственности (ст. 18 Кодекса).

ГЛАВА V. ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ПРАКТИКИ В ОТНОШЕНИИ АДВОКАТОВ в РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Введение

История дисциплинарных производств в России в отношении адвокатов — судебных присяжных начинается с 1864 г., после утверждения Судебных уставов в ходе Судебной реформы императора Александра II. При этом сословие присяжных поверенных России того времени по замыслу законодателя должно было формироваться из лиц, имеющих «верное ручательство нравственности, знаний и честности убеждений». Контроль за соблюдением сословной нравственности присяжных поверенных, их профессиональной деятельностью и, что очень важно, за их поведением вне профессиональной деятельности был возложен на Совет присяжных поверенных России. Можно сказать, что наблюдение Совета за присяжными поверенными простиралось на все поступки, которые могли бы иметь влияние на степень доверия общества к ним. При этом дисциплинарное производство могло быть возбуждено в отношении присяжного поверенного даже при наличии малейшего повода для возможного обвинения его в бесчестности поступков¹.

Проступками считались и появление присяжного поверенного в состоянии алкогольного опьянения в присутственном месте, употребление им оскорбительных выражений. В частности, недозволительным поступком считалось посещение ресторана в нетрезвом виде, если оно было сопряжено с осуществлением адвокатом своих профессиональных обязанностей или совершалось им с целью исполнения этих обязанностей².

¹ См.: *Севастьянова О.* На страже нравственности // Новая адвокатская газета. 2014. № 16. 16 авг. С. 16.

² См.: Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты Александр

Современная история дисциплинарных производств в отношении российских адвокатов начинается с 2003 г. Нормативная основа для дисциплинарного производства в отношении российских адвокатов была создана в 2002–2003 гг.

Как отмечалось ранее, 31 мая 2002 г. был принят Закон об адвокатуре.

31 января 2003 г. на Первом Всероссийском съезде адвокатов был утвержден Кодекс профессиональной этики адвокатов.

Адвокатская практика в различных адвокатских палатах субъектов Российской Федерации и дисциплинарная практика в отношении адвокатов в первые два года действия Закона об адвокатуре и Кодекса показали, что и Закон об адвокатуре, и Кодекс содержат не только пробелы в нормативном регулировании этой области адвокатуры, но и технические неточности в данных правовых документах. В короткие сроки эти недостатки были систематизированы адвокатским сообществом и устранены Федеральным законом от 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»», в последующем всероссийскими съездами адвокатов в 2005 и 2007 гг. были внесены существенные коррективы в Кодекс.

Далее Кодекс претерпел некоторые изменения с учетом практики его применения адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации только 22 апреля 2013 г. и 22 апреля 2015 г. соответственно на Шестом и Седьмом всероссийских съездах адвокатов.

В течение 2014 г. и в настоящее время адвокатское сообщество и государство в лице Министерства юстиции РФ активно обсуждают необходимость внесения изменений в Закон об адвокатуре, которые должны еще больше систематизировать и регламентировать адвокатскую деятельность в России. При этом в обществе существуют различные точки зрения на инициативы Минюста России изменить Закон об адвокатуре: адвокаты, как правило, говорят о том, что эти инициативы и проекты изменений к названному Закону должны исходить от адвокатского сообщества, которое нужно рассматривать как некоммерческую саморегулируемую организацию. В свою очередь Минюст России настаивает на том, что оно является контролирующим органом государства за деятельностью адвокатского сообщества и что институт адвокатуры — публично-правовой, в лице адвокатов государство гарантирует гражданам право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48

Конституции РФ), адвокат — сторона судебного процесса, это субъект следственных действий по уголовным делам и потому государство вправе инициировать изменения в Закон об адвокатуре. В любом случае внесение изменений в действующий Закон об адвокатуре приведет к необходимости внесения изменений и дополнений в действующий Кодекс.

Можно сказать, что в последние годы рассмотрение квалификационными комиссиями и советами адвокатских палат субъектов Российской Федерации дисциплинарных производств осуществлялось в условиях стабильного регулирования и применения накопленного опыта за прошедшие 10 лет. Некоторые адвокатские палаты субъектов Российской Федерации занимались обобщением дисциплинарной практики, и следует признать, что систематизация дисциплинарной практики в Московской палате адвокатов, которая является самой многочисленной среди всех адвокатских палат Российской Федерации, проводится очень тщательно и с большим спектром показателей.

В 2014 г. Адвокатская палата г. Москвы выпустила объемный, около 900 с., сборник дисциплинарной практики за 2009 г. под редакцией первого вице-президента Палаты Г.М. Резника, составителем и ответственным редактором которого выступил заместитель Председателя Квалификационной комиссии Палаты Н.М. Кипнис¹.

Без всякого сомнения, каждому начинающему свою практику адвокату рекомендуется ознакомиться с этой книгой.

Следует отметить, что статистика дисциплинарной практики Адвокатской палаты г. Москвы за 2012–2014 гг. не дает оснований полагать, что деятельность адвокатского сообщества является консервативно-стабильной, как, возможно, принято считать.

§ 1. Процедура осуществления дисциплинарного производства в отношении адвокатов

Раздел 2 Кодекса в ст. 19–26 детально описывает все этапы рассмотрения и разрешения жалоб, представлений и обращений на действия (бездействие) адвоката.

Дисциплинарное производство включает в себя три стадии (ст. 22 Кодекса):

1) возбуждение дисциплинарного производства президентом адвокатской палаты субъекта Российской Федерации либо лицом, его замещающим;

¹ Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2009 г.: Сборник / Адвокатская палата г. Москвы; сост. и отв. ред. Н.М. Кипнис. М., 2014.

**Статистика дисциплинарных производств в Адвокатской палате
г. Москвы на основе материалов Совета Палаты**

Подано жалоб на адвокатов	Возбуждены дисциплинарные производства	Рассмотрено Советом Палаты	Результаты рассмотрения дисциплинарных производств
2014 г. — 2078 жалоб, в том числе 32 заявления из судов	272	249	121 — прекращено по различным основаниям; 17 — вынесены замечания; 55 — вынесены предупреждения; 43 — прекращен статус адвоката, в том числе у 10 — за неисполнение своих адвокатских обязанностей
2013 г. — 709 жалоб, в том числе 44 заявления из судов	180	179	100 — прекращено по различным основаниям; 19 — вынесены замечания; 29 — вынесены предупреждения; 32 — прекращен статус адвоката, в том числе у трех — за неисполнение своих адвокатских обязанностей
2012 г. — 1691 жалоба, в том числе 32 заявления из судов	204	190	97 — прекращено по различным основаниям; 27 — вынесены замечания; 21 — вынесены предупреждения; 45 — прекращен статус адвоката, в том числе у семи — за неисполнение своих адвокатских обязанностей

Примечание: в 2009 г. Совет Адвокатской палаты г. Москвы рассмотрел 157 дисциплинарных производств.

2) разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации;

3) разбирательство в совете адвокатской палаты субъекта Российской Федерации.

Поводами для возбуждения дисциплинарного производства являются:

— жалоба, поданная в адвокатскую палату другим адвокатом, доверителем адвоката или его законным представителем, а равно — при отказе адвоката принять поручение без достаточных оснований — жалоба лица, обратившегося за оказанием юридической помощи в порядке ст. 26 Закона об адвокатуре;

- представление, внесенное в адвокатскую палату вице-президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим;
- представление, внесенное в адвокатскую палату органом государственной власти, уполномоченным в области адвокатуры;
- обращение суда (судьи), рассматривающего дело, представителем (защитником) по которому выступает адвокат, в адрес адвокатской палаты¹.

Жалобы на адвокатов пишут в основном их клиенты — доверители либо в их лице адвокаты, представляющие их интересы. Однако в дисциплинарной практике не редки случаи жалоб адвокатов на своих коллег (см. дисциплинарные производства № Зка 152/982 от 25 ноября 2009 г. и № Зка 12/842 от 25 февраля 2009 г.).

Адвокат, подавая жалобу на своего коллегу, формально вправе это делать в соответствии со ст. 20 Кодекса и ст. 7 Закона об адвокатуре. Однако иногда такое действие адвоката может рассматриваться не как его стремление защитить интересы своего доверителя, а как его желание вывести из процесса своего процессуального оппонента как максимум или отвлечь такого оппонента от его стратегии по защите интересов доверителя, другими словами, злоупотребить своим правом на подачу жалобы против своего коллеги по ремеслу, используя его тактические, технические и формальные нарушения правил, от которых никто не застрахован в рамках одного судебного разбирательства, будь то уголовного или гражданского процесса².

А. Жалобы в адрес адвокатской палаты на действия (бездействие) адвоката пишут судьи, которые рассматривают дело, в котором адвокат выступает в качестве представителя (защитника) стороны судебного процесса. В последнее время жалобы судей на адвокатов оформляются в виде постановления судьи или частного постановления судьи. Наиболее типичными основаниями для написания судьями жалоб на адвокатов являются следующие:

- неуважение к суду, выраженное в устных выступлениях и в процессуальных документах;
- разговор по мобильному телефону в судебном заседании;
- самовольное оставление зала суда;
- неявка в судебное заседание.

Б. Представления о неправомерных действиях (бездействии) адвокатов (защитников), как правило, пишут следователи, прокуроры

¹ Пункт 1 ст. 20 Кодекса.

² См.: Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2009 г.: Сборник / Адвокатская палата г. Москвы; сост. и отв. ред. Н.М. Кипнис.

и другие сотрудники правоохранительных органов либо орган государственной власти, уполномоченный в области адвокатуры.

Основаниями для направления в совет палаты представления на адвокатов могут служить следующие факты:

- неявка адвоката на следственные действия, о которых он уведомлен;

- действия (бездействие) адвоката, направленные на затягивание сроков ознакомления подследственным с материалами уголовного дела;

- действия (бездействие) адвоката, направленные на затягивание слушаний в судебных заседаниях.

В некоторых сообщениях судей и следователей о неявках адвокатов для участия соответственно в судебном заседании или следственном действии утверждается, что неявка адвоката свидетельствует о том, что он якобы «ненадлежащим образом выполняет свои профессиональные обязанности по защите подсудимого», «отказался от принятой на себя защиты, ненадлежащим образом исполнил профессиональные обязанности перед доверителем» и т. п.¹

В целом анализ практики дисциплинарных производств в Адвокатской палате г. Москвы показывает, что случаи умышленного затягивания ознакомления с материалами дела, срыва процесса или следственных действий без уважительных причин со стороны адвокатов крайне редки².

В. Представления вице-президентов адвокатских палат на адвокатов о необходимости проведения дисциплинарного производства в отношении адвоката связаны в основном с неисполнением адвокатом своих обязанностей перед адвокатской палатой.

Основаниями для таких представлений могут являться следующие события:

- неуплата адвокатом взносов;
- утеря адвокатом связи с адвокатским образованием, в котором он был зарегистрирован, или с советом палаты;
- неисполнение адвокатом решений совета палаты и пр.

Согласно п. 5 ст. 19 Кодекса дисциплинарное производство осуществляется только квалификационной комиссией и советом адвокат-

¹ См.: Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2009 г.: Сборник / Адвокатская палата г. Москвы; сост. и отв. ред. Н.М. Кипнис. См. также дисциплинарное производство от 3 октября 2012 г. по делу адвокатов Т-С и С.

² См.: Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2009 г.: Сборник / Адвокатская палата г. Москвы; сост. и отв. ред. Н.М. Кипнис. С. 10.

ской палаты, членом которой состоит адвокат на момент возбуждения такого производства.

Прежде чем перейти к детальному рассмотрению процедуры дисциплинарной практики в отношении адвокатов, следует обратить внимание на п. 7 ст. 19 Кодекса. Отзыв жалобы, представления, обращения либо примирение адвоката с заявителем, выраженные в письменной форме, возможны до принятия решения советом и могут повлечь прекращение дисциплинарного производства на основании решения совета по заключению квалификационной комиссии. Повторное возбуждение дисциплинарного производства по данному предмету и основанию не допускается.

Основной посыл этой статьи Кодекса заключается в том, что адвокат, на которого пожаловался доверитель (клиент), может договориться с доверителем (клиентом) о примирении и в этом случае возбужденное дисциплинарное производство в отношении адвоката может быть прекращено советом палаты. Примирение с доверителем (клиентом) наступает, например, в результате выплаты адвокатом части полученного гонорара, передачи доверителю документов, которыми владеет адвокат и которые очень важны для клиента (доверителя), и т. д.

Вторым важным для деятельности адвоката посылом в указанной статье Кодекса является норма, согласно которой повторное возбуждение дисциплинарного производства в отношении адвоката по тем же основаниям и фактам не допускается вне зависимости от срока давности.

В п. 1 ст. 20 Кодекса детально описывается как, кем и в какой форме подаются жалоба, обращение, представление.

Возможно, следует обратить особое внимание на следующие нормы этой статьи:

1) лицо, требующее привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности, должно обязательно указать на конкретные действия (бездействие) адвоката, в которых выразилось нарушение им профессиональных обязанностей¹;

2) возбуждение дисциплинарного производства в отношении адвоката недопустимо в случаях, когда действия (бездействие) адвоката не были напрямую связаны с его профессиональной деятельностью²;

3) анонимные жалобы и сообщения на действия (бездействие) адвокатов не рассматриваются³.

¹ Пункт 3 ст. 20 Кодекса.

² Пункт 4 ст. 20 Кодекса.

³ Пункт 6 ст. 20 Кодекса.

§ 2. Возбуждение дисциплинарного производства

Все жалобы, заявления, представления после надлежащей регистрации в адвокатской палате субъекта Российской Федерации рассматриваются президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим. После их рассмотрения и при наличии оснований президент адвокатской палаты своим распоряжением возбуждает дисциплинарное производство, как правило, в течение 10 дней со дня их поступления в палату¹.

Кодекс достаточно четко определяет случаи, когда в возбуждении дисциплинарного производства в отношении адвоката может быть отказано заявителю²:

1) дисциплинарное производство с теми же участниками по тому же предмету и основанию уже рассматривалось советом палаты субъекта Российской Федерации;

2) совет палаты субъекта Российской Федерации уже выносил решение о прекращении дисциплинарного производства в отношении адвоката по основаниям, которые изложены в п. 1 ст. 25 Кодекса;

3) истек срок применения мер дисциплинарной ответственности к адвокату, который установлен Кодексом в 12 месяцев (не более одного года) с момента совершения им нарушения, либо в случае истечения шести месяцев со дня обнаружения проступка адвоката, не считая времени болезни адвоката или нахождения в отпуске.

Необходимо отметить, что дисциплинарная практика по этому вопросу весьма обширна. Достаточно посмотреть уже опубликованную практику Совета палаты г. Москвы за 2009 г., где можно найти более 20 решений по данному вопросу с обоснованием позиции, в том числе со ссылками на постановления Европейского Суда по правам человека от 15 декабря 2005 г. по жалобе № 53203/99 «Ваньян Г.А. против Российской Федерации»³, от 28 октября 2003 г. по жалобе № 39657/98 «П.С. против Нидерландов»⁴, а также на практику применения УПК РФ⁵.

После выхода распоряжения президента адвокатской палаты о возбуждении дисциплинарного производства секретариат совета палаты извещает всех участников дисциплинарного производства о месте

¹ Пункт 1 ст. 21 Кодекса.

² Пункт 2 ст. 21 Кодекса.

³ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2006. № 7.

⁴ Там же. 2004. № 2.

⁵ См.: Дисциплинарная практика Адвокатской палаты г. Москвы, 2009 г.: Сборник / Адвокатская палата г. Москвы; сост. и отв. ред. Н.М. Кипнис. С. 771.

и времени рассмотрения дисциплинарного дела, о возможности ознакомиться со всеми материалами дела дисциплинарного производства. Адвокат уведомляется о дисциплинарном деле в отношении его извещением, к которому приложены все материалы дела по адресу адвоката. Дисциплинарная практика дает однозначный ответ о том, что адресом адвоката считается адрес, указанный в региональном реестре субъекта Российской Федерации, на территории которого он осуществляет свою деятельность (ст. 22 Закона об адвокатуре).

Квалификационная комиссия в лице председателя комиссии может запросить у адвоката документы, имеющие отношение к делу, а также представить отзыв по существу дела (п. 6 ст. 23 Кодекса). Фактически квалификационная комиссия формирует дисциплинарное дело адвоката, готовит весь пакет документов по делу для членов комиссии. Дело должно быть рассмотрено комиссией в срок не более двух месяцев. Нередко по усмотрению комиссии рассмотрение дела может быть отложено, но на срок не более двух месяцев. При этом особое внимание обращается на предельный шестимесячный срок рассмотрения дела адвоката, предусмотренный п. 5 ст. 18 Кодекса (см. выше).

§ 3. Рассмотрение дисциплинарного дела квалификационной комиссией

Как правило, квалификационная комиссия собирается один раз в месяц для рассмотрения поступивших в комиссию жалоб на адвокатов от президента адвокатской палаты.

Разбирательство в комиссии осуществляется устно на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства. Перед началом разбирательства все члены комиссии предупреждаются о недопустимости разглашения и об охране сведений, которые будут получены в ходе разбирательства и которые относятся к персональным данным, коммерческой, адвокатской и иной тайне¹.

Секретарь комиссии делает сообщение о том, кто явился на заседание комиссии, а кто и по каким причинам не может присутствовать. При этом неявка кого-либо из участников дисциплинарного производства не является основанием для отложения рассмотрения жалобы на адвоката, и члены комиссии рассматривают дело на основе материалов и устных заявлений участников разбирательства².

¹ Пункт 1 ст. 23 Кодекса.

² Пункт 3 ст. 23 Кодекса.

Установилась практика, согласно которой один из членов комиссии готовит проект заключения комиссии по дисциплинарному производству в отношении адвоката на основе тех письменных материалов, которые были получены от участников разбирательства (жалоба, отзыв адвоката, договор на оказание адвокатской помощи и пр.) до начала разбирательства. Далее в ходе разбирательства проект дорабатывается и дополняется новыми фактами и данными. Комиссия вправе запросить дополнительные сведения и материалы, необходимые для объективного рассмотрения дела. Следует отметить, что заключения комиссии по сложным разбирательствам к моменту их подписания председателем комиссии в качестве вердикта состоят из 25–30 печатных листов и охватывают все аспекты дисциплинарного производства.

По результатам разбирательства квалификационная комиссия вправе вынести следующие заключения:

1) о наличии в действиях (бездействии) адвоката нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре или Кодекса, либо о неисполнении или ненадлежащем исполнении им своих обязанностей перед доверителем, либо о неисполнении решений органов адвокатской палаты.

В качестве примера критерия для принятия решения о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности можно привести так называемый конфликт интересов, когда адвокат участвует в производстве по уголовному или гражданскому делу и одновременно оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им лица в действующем деле. Более того, при наличии оснований для отвода адвокат обязан устраниваться от участия в производстве по такому уголовному или гражданскому делу¹;

2) о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие отсутствия в действиях (бездействии) адвоката нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре или Кодекса либо вследствие надлежащего исполнения адвокатом своих обязанностей перед доверителем или адвокатской палатой.

В связи с этой нормой Кодекса полезно привести пример общепринятого в адвокатском сообществе критерия для прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката: претензии к адвокату в части, касающейся выбранной адвокатом тактики ведения дела, не могут служить основанием для привлечения адвоката к дис-

¹ Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2014. № 2 (124).

циплинарной ответственности за нарушение норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекса;

3) о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие состоявшегося ранее заключения квалификационной комиссии и решения совета этой или иной адвокатской палаты по производству с теми же участниками по тому же предмету и основанию;

4) о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие отзыва жалобы, примирения лица, подавшего жалобу, и адвоката;

5) о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие истечения сроков применения мер дисциплинарной ответственности к адвокату;

6) о необходимости прекращения дисциплинарного производства вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства.

В качестве критерия для принятия такого решения может служить общепризнанное понимание того, что любая беседа адвоката со своими знакомыми и друзьями не может рассматриваться как оказание этим лицам юридической помощи в том смысле, в каком это понятие определено в п. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре.

Иное понимание будет противоречить общим принципам нравственности в обществе (см. п. 3 ст. 4 Кодекса) и сведет вопрос об оказании юридической помощи к абсурду, поскольку адвокату придется даже при даче знакомым элементарной справки по российскому законодательству заключать в простой письменной форме соглашение об оказании юридической помощи¹.

Вышеприведенный перечень заключений комиссии носит исчерпывающий характер².

Если п. 3–5 ст. 23 Кодекса достаточно ясны и понятны с точки зрения оснований для прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката, то п. 1, 2 и 6 указанной статьи являются предметом постоянных дискуссий в адвокатском сообществе и частых публикаций в адвокатско-юридической прессе.

Заседание комиссии по дисциплинарному производству оформляется протоколом, который должен быть подписан председателем либо лицом, которое выполняло функции председателя комиссии на таком заседании, и секретарем комиссии. Приложениями к протоколу заседания комиссии являются заключения комиссии по дисциплинарному

¹ Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. 2011. № 1–3 (87–89).

² Пункт 9 ст. 23 Кодекса.

производству в отношении каждого адвоката, по которому принято решение комиссии, а также все материалы по каждому делопроизводству и возможные аудио- и видеозаписи¹.

Кодекс дает описание того, что должно быть отражено в заключении квалификационной комиссии по дисциплинарному производству в отношении адвоката.

Заключение комиссии должно состоять из:

1) вводной части, где указываются время и место вынесения заключения, состав комиссии, участники дисциплинарного производства, повод для возбуждения дисциплинарного производства;

2) описательной части, где должны содержаться указание на предмет жалобы и суть объяснения адвоката на предмет жалобы либо указывается, что адвокат проигнорировал жалобу и вызов на заседание комиссии;

3) мотивировочной части, где детально излагаются:

— фактические обстоятельства делопроизводства, установленные комиссией;

— доказательства, на которых основаны ее выводы;

— доводы, по которым она отвергает те или иные доказательства;

— правила профессионального поведения адвокатов, которыми руководствовалась комиссия при вынесении заключения;

4) резолютивной части, где содержится одно из заключений, предусмотренных п. 9 ст. 23 Кодекса. Следует отметить, что бывают случаи, когда в жалобе на адвоката содержатся несколько обвинений и дисциплинарное производство велось по нескольким заявленным в жалобе требованиям заявителя. В этом случае резолютивная часть такого заключения комиссии содержит несколько заключений.

Например, руководствуясь п. 7 ст. 33 Закона об адвокатуре и подп. 1, 2 п. 9 ст. 23 Кодекса, Квалификационная комиссия Адвокатской палаты г. Москвы единогласно вынесла заключение:

— о нарушении адвокатом О. положений абз. 1 ст. 12 Кодекса («участвуя или присутствуя на судопроизводстве... адвокат должен соблюдать нормы соответствующего процессуального законодательства, проявлять уважение к суду и другим участникам процесса...»), что выразилось в сообщении от своего имени в ходе допроса свидетеля С. 13 июня 2012 г. следователю Б. о том, что в конце допроса он будет рекомендовать свидетелю воспользоваться ст. 51 Конституции Российской Федерации (то есть отказаться от дачи показаний!), и самовольном оставлении в последующем (до окончания допроса) места

¹ Пункт 13 ст. 23 Кодекса.

производства следственного действия (допроса) — кабинета следователя УФСБ России по ЧР;

— о необходимости прекращения дисциплинарного производства в отношении адвоката О., возбужденного по представлению Главного управления Министерства юстиции РФ по г. Москве от 3 июля 2012 г., основанному на обращении руководителя СО — начальника СО Управления УФСБ России по ЧР, вследствие отсутствия в указанных действиях (бездействии) нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, включая Кодекс¹.

§ 4. Рассмотрение дисциплинарного производства в совете палаты адвокатов

Как было сказано в предыдущих главах, совет адвокатской палаты субъекта Российской Федерации является высшим органом в принятии решения о судьбе адвоката.

Дисциплинарное дело адвоката с заключением квалификационной комиссии передается президенту адвокатской палаты субъекта Российской Федерации и должно быть рассмотрено на заседании совета палаты, как правило, не позднее двух месяцев с момента вынесения заключения квалификационной комиссией. Для этих целей секретариат совета палаты рассылает соответствующие уведомления всем участникам дисциплинарного производства, готовит материалы — досье по каждому производству, включая информацию об адвокате.

Каждый из участников дисциплинарного производства не позднее 10 суток с момента вынесения квалификационной комиссией заключения вправе представить в совет палаты свое письменное заявление с согласием (что бывает чрезвычайно редко) или несогласием с заключением комиссии. Чаще всего адвокаты передают свои заявления в совет палаты с аргументацией своего несогласия с решением квалификационной комиссии. Доверители адвоката, как правило, участвуют в заседании совета палаты со своей аргументацией. Представители правоохранительных органов чрезвычайно редко участвуют в заседаниях совета палаты, о чем свидетельствуют протоколы заседаний Совета Адвокатской палаты г. Москвы и других субъектов Российской Федерации.

Следует отметить, что неявка кого-либо из участников дисциплинарного производства на заседание совета палаты не препятствует разбирательству и принятию решения советом палаты.

¹ Пункт 14 ст. 23 Кодекса.

Необходимо обратить внимание на тот факт, что Кодекс прямо указывает на то, что совет палаты при разбирательстве на своем заседании не вправе пересматривать выводы квалификационной комиссии в части установленных ею фактических обстоятельств в дисциплинарном производстве, а равно выходить за пределы жалобы¹.

Во время заседания совета палаты с учетом конкретных обстоятельств дела нередко случаи, когда члены совета предпринимают усилия к примирению адвоката и лица, подавшего жалобу. Это касается и возврата части или полностью полученного вознаграждения от доверителя, признания обоснованными претензии заявителя и соответствующих извинений адвоката за свои действия и (или) бездействие по отношению к заявителю (доверителю). В большинстве случаев доверители не согласны с соотношением выполненной адвокатом работы (оказанной юридической помощи) и размером выплаченного вознаграждения. Нередки случаи, когда адвокат соглашается вернуть заявителю (доверителю) часть полученного вознаграждения и достигнуть с заявителем мирового соглашения ради прекращения дисциплинарного производства.

Решение совета палаты по жалобе принимается путем голосования. Заверенная копия принятого решения в 10-дневный срок направляется заявителю и в адвокатское образование, в котором состоит адвокат, по дисциплинарному производству в отношении которого принято решение².

У совета палаты шире возможности по принятию решения по итогам рассмотрения дисциплинарного производства в сравнении с квалификационной комиссией. Кодекс предусматривает, что совет палаты может принять следующие решения:

1) о наличии в действиях (бездействии) адвоката нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса, о неисполнении или ненадлежащем исполнении им своих обязанностей перед доверителем или адвокатской палатой и о применении к адвокату мер дисциплинарной ответственности, предусмотренных ст. 18 Кодекса;

2) о прекращении дисциплинарного производства в отношении адвоката вследствие отсутствия в его действиях (бездействии) нарушения норм законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и (или) Кодекса либо вследствие надлежащего исполнения им своих обязанностей перед доверителем или адвокатской палатой, на основа-

¹ Пункт 4 ст. 24 Кодекса.

² Пункт 5 ст. 24 Кодекса.

нии заключения комиссии или вопреки ему, если фактические обстоятельства комиссией установлены правильно, но ею сделана ошибка в правовой оценке деяния адвоката или толковании закона и Кодекса;

3) о прекращении дисциплинарного производства вследствие состоявшегося ранее заключения квалификационной комиссии и решения совета палаты или совета иной адвокатской палаты по производству с теми же участниками по тому же предмету и основанию;

4) о прекращении дисциплинарного производства вследствие отзыва жалобы, представления, обращения либо примирения лица, подавшего жалобу, и адвоката;

5) о направлении дисциплинарного производства квалификационной комиссии для нового разбирательства;

6) о прекращении дисциплинарного производства вследствие истечения сроков применения мер дисциплинарной ответственности, обнаружившегося в ходе разбирательства советом палаты или квалификационной комиссией;

7) о прекращении дисциплинарного производства вследствие малозначительности совершенного адвокатом проступка с указанием адвокату на допущенное нарушение;

8) о прекращении дисциплинарного производства вследствие обнаружившегося в ходе разбирательства советом палаты или квалификационной комиссией отсутствия допустимого повода для возбуждения дисциплинарного производства¹.

Как видно из приведенного в ст. 25 Кодекса перечня возможных решений совета палаты по итогам рассмотрения дисциплинарного производства в отношении адвоката, совет палаты в дополнение к решениям, которые может принять квалификационная комиссия, обладает правом:

— не согласиться с решением квалификационной комиссии и по различным причинам (новые обстоятельства, появившиеся в ходе заседания совета палаты, представленные отзывы сторон по делу, недостаточно глубокое и тщательное изучение фактов и событий дела и пр.) вернуть дисциплинарное дело на новое рассмотрение (разбирательство) в квалификационную комиссию²;

— прекратить дисциплинарное производство в отношении адвоката вследствие малозначительности совершенного адвокатом проступка с указанием адвокату на допущенное нарушение³.

¹ Пункт 1 ст. 25 Кодекса.

² Пункт 5 ст. 25 Кодекса.

³ Пункт 7 ст. 25 Кодекса.

Так например, Совет Адвокатской палаты Москвы 18 июня 2015 г. на основе заключения квалификационной комиссии палаты прекратил дисциплинарное производство в отношении адвоката Дагира Хасавова, которого Главное управление Минюста России по Москве в своем представлении просило лишить статуса за интервью телеканалу «РЕН ТВ», показанное 24 апреля 2015 г. в сюжете «Шариатский суд идет»¹.

В практике советов палат были случаи, когда адвокаты узнавали о вынесенных решениях о привлечении их к дисциплинарной ответственности спустя достаточно продолжительное время (болезнь, длительная командировка, приостановка статуса для работы в избирательных органах и учебы и пр.). В таких случаях Кодекс предусматривает возможность совета палаты отменить либо изменить свое решение о применении мер дисциплинарной ответственности к адвокату при наличии новых и (или) вновь открывшихся обстоятельств².

Решение совета палаты по жалобе принимается путем голосования. Заверенная копия принятого решения в 10-дневный срок направляется заявителю и в адвокатское образование, в котором состоит адвокат, по дисциплинарному производству в отношении которого принято решение.

Надлежаще оформленное решение совета палаты необходимо заявителю (доверителю) для следующих возможных дальнейших действий по защите своих интересов:

- подать гражданский иск о возмещении убытков, полученных в результате действий (бездействия) адвоката;
- подать заявление в следственные и другие правоохранительные органы с целью защиты своих интересов по действующему уголовному, административному или гражданскому делу, в котором фигурирует заявитель (доверитель);
- подать заявление о восстановлении сроков исковой давности и пр.

Кодекс достаточно лояльно решает вопрос о дальнейшей судьбе адвокатов с дисциплинарным взысканием. Так, если в течение года со дня наложения дисциплинарного взыскания адвокат не будет подвергнут новому дисциплинарному взысканию, он считается не имеющим дисциплинарного взыскания. Другими словами, взыскание «гасится» автоматически. Кроме того, совет палаты вправе до истечения года снять дисциплинарное взыскание по собственной инициативе,

¹ <http://pravo.ru/story/view/120491/73749/>

² Пункт 3 ст. 25 Кодекса.

по заявлению самого адвоката, по ходатайству адвокатского образования, в котором состоит адвокат¹.

Материалы дисциплинарного производства хранятся в делах совета палаты в течение трех лет с момента вынесения решения. Материалы дисциплинарного производства, по которому было принято решение о прекращении статуса адвоката, хранятся в делах совета палаты в течение пяти лет с момента вынесения решения².

Адвокатское сообщество очень трепетно относится к разглашению материалов дисциплинарного производства в отношении адвокатов. Кодекс прямо указывает, что их разглашение не допускается, а в случае опубликования полностью или частично (например, в сборниках дисциплинарных практик советов адвокатских палат субъектов Российской Федерации, в статьях периодических изданий адвокатского сообщества: журнал «Адвокат», газета «Новая адвокатская газета» и пр.) решения совета палаты по дисциплинарному производству должны публиковаться без указания фамилий (наименований) его участников.

¹ Пункт 1 ст. 26 Кодекса.

² Пункт 2 ст. 26 Кодекса.

ГЛАВА VI. НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ АДВОКАТСКИХ ОБРАЗОВАНИЙ И ИНЫХ НЕКОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

§ 1. Теоретические проблемы права собственности некоммерческих организаций

С начала рыночных реформ перед отечественным законодателем встал вопрос о формировании целостной концепции права собственности, свободной от идеологизированной, политэкономической трактовки.

Не следует забывать, что в советской юридической науке главное место принадлежало праву государственной, социалистической собственности, которая признавалась основой всего народнохозяйственного механизма. Праву личной собственности, а также другим видам коллективной собственности (кооперативно-колхозной, собственности общественных, в том числе религиозных, организаций) уделялось меньше внимания. Эти формы собственности находили свое закрепление в Конституции и специальных законах, но считались второстепенными. Такое же отношение складывалось и в сфере правового регулирования отношений по поводу указанных форм собственности. Долгие годы советское законодательство, а вместе с ним и юридическая наука развивались изолированно от других правовых систем и, несмотря на заимствование многих институтов из германского права и других европейских континентальных правовых систем, декларировали содержательную новизну и исключительность.

В постсоветском обществе определенное время отношение к собственности формировалось с учетом наших прежних представлений об этом важнейшем элементе жизни государства, общества и гражданина. Реальная трансформация представлений о собственности с учетом принципов, принятых в основных современных правовых системах, начала происходить в основном с принятием Конститу-

ции РФ и узаконением таких важнейших для любого общества и государства категорий, как частная собственность на различные имущественные и неимущественные объекты, защита этой собственности всеми способами, установленными законом, предпринимательство и т. п., хотя следует отметить, что в Советском Союзе первые шаги в этом направлении начали предприниматься еще в середине 80-х годов XX в.

Декларирование Российским государством новой экономической политики, основанной на свободе предпринимательства, стабильности рыночных отношений, может являться надежной гарантией укрепления института собственности в России, появления в сознании людей твердого убеждения в том, что нажитое, приобретенное или полученное иным законным путем имущество не будет затем грабительски отобрано, изъято, раздавлено, выброшено на улицу... Многое здесь, бесспорно, зависит от права, закона, от правовых регуляторов — предписаний, установлений или запретов, — направленных на защиту собственности. Поэтому весьма актуальными представляются сегодня проблемы совершенствования правового регулирования собственности в настоящий период.

Законодательное признание и адекватное понимание права собственности способны не только оградить имущественные интересы адвокатских сообществ, граждан и юридических лиц от произвольного вмешательства извне, в том числе и публичной власти, но и стать достаточно эффективным средством формирования подлинного, независимого от государства гражданского общества, в условиях которого только и могут существовать рыночное хозяйство и свободные граждане.

За последнее десятилетие этим вопросам права собственности посвящено значительное количество научных исследований, теоретических и практических работ отечественных юристов.

Основная часть этих научно-практических изысканий связана с разными аспектами права собственности коммерческих организаций, индивидуальных предпринимателей, физических лиц. Менее пристальное внимание, как нам представляется, уделено вопросам собственности некоммерческих организаций, особенно адвокатских формирований, хотя проблема эта едва ли менее актуальна и более исследована, чем те, которые связаны с коммерческими хозяйственными сообществами.

Происходящие в последнее десятилетие изменения так или иначе связаны с развитием многообразия организационно-правовых форм юридических лиц в целом и некоммерческих организаций в частности. В связи с этим обращают на себя внимание некоторые пробелы в законодательстве, о чем речь пойдет далее.

Одновременно ознакомившись с имеющимися в отечественной и зарубежной литературе подходами к пониманию регулирования права собственности юридических лиц и, в частности, некоммерческих организаций, можно констатировать, что оно на сегодняшний день имеет определенные пустоты, «белые пятна». В особенности это касается регулирования имущественных отношений с участием таких достаточно новых форм некоммерческих объединений, которыми являются адвокатские коллективы (палаты, коллегии, адвокатские бюро, консультации), а также индивидуальных адвокатов, участвующих в хозяйственном обороте. На некоторые из этих недостатков и дефектов действующего законодательства мы обратим внимание в рамках данного раздела учебника.

Рассмотрение таких проблем у юристов, как правило, предваряется исследованием более общих проблем, связанных с правовым регулированием вопросов собственности. Не будем оригинальными и начнем с риторического вопроса: какие сегодня существуют позиции по указанному кругу проблем и что мы лично подразумеваем под понятием «право собственности»?

Так, иногда под правом собственности понимается делегирование суверенной власти, которая в современном обществе принадлежит государству, т. е. сторонники указанной концепции полагают, что право собственности исходит от государства (позитивистская концепция).

Сторонники другой концепции (концепция естественного права) полагают, что право собственности стоит над государством; подобное право не является властным полномочием государства, делегированным индивидом, но принадлежит к естественным правам индивидов, которые государство — для поддержания своей легитимности — обязано уважать.

Все правовые системы на различных этапах своего развития вырабатывали право собственности в интересах предотвращения или разрешения конфликтов вокруг ограниченных ресурсов.

Профессор У. Маттеи приводит такой пример.

Гипотетическая ситуация А: первая из сестер, назовем ее Кларой, не хочет поделиться игрушкой со второй сестрой — Гретой. Грета поднимает крик, желая получить игрушку. Гипотетическая ситуация Б: Клара физически завладевает игрушкой, силой или хитростью отобрав ее у Греты. Грета поднимает крик, добиваясь возвращения игрушки. Желаящие восстановить мир родители оказываются перед выбором. Они могут посчитать, что, как следует из ситуации А, игрушка принадлежит Кларе, которая вправе сопротивляться домогательствам Греты. Или же, наоборот, они могут посчитать, что Клара воспользовалась

игрушкой, принадлежащей Грете, и в силу этого принять плач Греты за праведный. В данном случае родители признают право личной собственности на игрушку и как следствие этого понуждают ту из сестер, которая таким правом не обладает, возвратить игрушку ее законному владельцу¹.

Опираясь на этот пример, У. Маттеи подчеркивает, насколько право собственности не нуждается в существовании государства.

В действительности нормы права собственности являются весьма древними, более древними, чем сама идея государства.

Папуасы сиане считали, что личная собственность также неразрывно связана с человеком, как его тень². На Древнем Востоке вещь представлялась связанной, соединенной с человеком³. По «Русской правде» рабы, являющиеся несвободными, т. е. лишенными юридической личности, не имели вергельда, т. е. материального возмещения ущерба личности вместо расправы⁴. Согласно древнеримским обычаям личные вещи уничтожались со смертью хозяина⁵.

Анализируя различные взгляды на понятие права собственности (древние, старые и современные), можно сказать, что в самом первом приближении собственность определяется как отношение индивида или коллектива к принадлежащей ему вещи как к своей.

Еще Аристотель высказывал мысль: ««Собственность» нужно понимать в том же смысле, что и «часть». Часть же есть не только часть чего-либо другого, но она вообще немыслима без этого другого»⁶. То есть собственность, по Аристотелю, выступает как немыслимая без собственника его часть.

Собственность стоит в ряду таких ранее возникших понятий, как имущество, богатство, как бы просвечивающих через собственность, и хотя в современном юридическом словоупотреблении они используются нередко как синонимы, архаичные значения более древних понятий сказываются на собственности.

¹ См.: Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999.

² См.: История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М., 1976. С. 350.

³ См.: Вейнберг И.П. Человек в культуре древнего Ближнего Востока. М., 1986. С. 76.

⁴ См.: Вернадский Г. Киевская Русь. М., 1980. С. 150.

⁵ См.: Вочи П. Очерк истории римского наследственного права с древнейших времен до эпохи Северов // Современные исследования римского права: Реферативный сборник / Под ред. В.С. Нерсисянца и др. М., 1987. С. 123.

⁶ Аристотель. Соч. М., 1976–1983. Т. 4. С. 381–382.

Из элементарного определения собственности следует, что собственность — это отношение человека к вещи. На одном полюсе этого отношения выступает собственник, который относится к вещи как к своей, на другом — несобственники, которые обязаны относиться к ней как к чужой.

Раскрывая понятие права собственности, можно выделить те элементы, которые ему присущи.

Собственности присуще волевое содержание, поскольку именно воля собственника определяет бытие принадлежащей ему вещи. Это значит, что все третьи лица обязаны воздерживаться от каких бы то ни было посягательств на чужую вещь, а значит, и на волю собственника, которая воплощена в этой вещи.

Собственность является общественным отношением, поскольку без отношения других лиц к принадлежащей собственнику вещи как к чужой не было бы и отношения собственника к ней как к своей.

Содержание собственности как общественного отношения раскрывается в процессе тех связей и взаимозависимости, в которые собственник вступает с другими людьми в процессе производства, распределения, обмена и потребления материальных благ.

Собственность — это имущественное отношение, поскольку ему присущ материальный субстрат.

Воля собственника в отношении принадлежащей ему вещи выражается во владении, пользовании и распоряжении ею. Рассматривая право собственности в объективном и субъективном смысле, можно сказать, что в первом случае речь идет о юридическом институте — совокупности правовых норм, значительная часть которых, имея гражданско-правовую природу, входит в подотрасль вещного права.

Однако в сам институт права собственности включаются не только гражданско-правовые нормы: он охватывает все нормы права, закрепляющие, регулирующие и защищающие принадлежность материальных благ конкретным лицам.

Иными словами, это комплексный многоотраслевой институт права, в котором, однако, преобладающее место занимают гражданско-правовые нормы.

В субъективном смысле это возможность определенного поведения, дозволенного законом управомоченному лицу.

Статья 35 Конституции РФ закрепляет в России право частной собственности. За рубежом собственность определяется несколько по-иному.

Так, ст. 544 Гражданского кодекса Французской Республики гласит: «Собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами

наиболее абсолютным образом, с тем чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами»¹.

По Германскому гражданскому уложению «собственник вещи может, насколько тому не препятствует закон или права третьих лиц, обращаться с вещью по своему усмотрению и исключать других от всякого воздействия на нее»².

Японская традиция определяет право собственности как полное господство над вещью³.

Везде в развитом праве мы находим весьма простые определения понятия собственности. Что же касается наших традиций, то в российском законодательстве право собственности подразумевает под собой основанное на законе владение, пользование и распоряжение имуществом.

Впервые это было закреплено в 1832 г. в ст. 420 т. 10 ч. 1 Свода законов Российской империи⁴, откуда затем по традиции перешло и в гражданские кодексы 1922 и 1964 гг., Основы гражданского законодательства 1961 и 1991 гг., части первую и вторую ГК РФ.

Так, например, в п. 1 ст. 209 действующего ГК РФ правомочия собственника раскрываются с помощью традиционной для русского гражданского права триады — владения, пользования и распоряжения.

Под **владением** понимается основанная на законе возможность иметь у себя данное имущество, под **пользованием** — основанная на законе возможность эксплуатации и хозяйственного или иного использования имущества путем извлечения из него полезных свойств, его потребления. **Распоряжение** трактуется как возможность определения юридической судьбы имущества путем изменения его принадлежности, состояния или назначения.

Рассмотрим теперь вопрос о юридических лицах как собственниках в российском праве.

Круг юридических лиц, выступающих в качестве собственников, очень широк. К ним относятся хозяйственные общества и товарищества, производственные и потребительские кооперативы, общественные и религиозные организации, ассоциации и союзы.

Все юридические лица, о которых идет речь, подразделяются на коммерческие и некоммерческие организации и соответственно наделяются либо общей, либо специальной правоспособностью,

¹ См.: Адвокатура: Сборник лекций. М., 2005. С. 101.

² См. там же. С. 101–102.

³ См.: *Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми*. Гражданское право Японии: В 2 кн. Кн. 1. М., 1983. С. 163.

⁴ См.: Адвокатура: Сборник лекций. С. 102.

что самым непосредственным образом сказывается на содержании принадлежащего им права собственности, пределах и способах его осуществления.

Хотя набор правомочий остается неизменным (правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом), по своему содержанию и границам они далеко **не одинаковы**.

У коммерческих организаций эти полномочия и по содержанию, и по границам осуществления гораздо шире; возможности же некоммерческих организаций существенно более узки.

Рассмотрим подробнее право собственности некоммерческих организаций в России на современном этапе.

Можно отметить, что в институт права собственности некоммерческих организаций включаются не только гражданско-правовые нормы, но и все нормы права, закрепляющие, регулирующие и защищающие принадлежность материальных благ конкретным некоммерческим организациям. К ним, следовательно, относятся не только соответствующие нормы гражданского права, но и определенные предписания конституционного и административно-правового характера и даже некоторые уголовно-правовые правила, устанавливающие принадлежность имущества определенным лицам, закрепляющие за ними известные возможности его использования и предусматривающие юридические способы охраны прав и интересов собственников.

Характеристику права собственности некоммерческих организаций следует начать с того, что все они, будучи юридическими лицами по ГК РФ, признаются собственниками. Право собственности некоммерческих организаций помимо Конституции РФ и действующего гражданского законодательства регулируется также и специальными нормативными юридическими актами, призванными восполнить или дополнить некоторые основополагающие положения этого законодательства (в частности, это законы о некоммерческих организациях, об общественных организациях, о профсоюзах, о потребительской кооперации, об адвокатуре и т. п.).

При этом Конституция РФ и иные законы Российской Федерации прямо направлены на формирование надежной правовой основы для нормального создания и функционирования некоммерческих организаций.

Так, ст. 30 Конституции РФ провозглашает, что «каждый имеет право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов. Свобода деятельности общественных объединений гарантируется. Никто не может быть принужден

к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем». Указанный принцип «свободы выбора и свободы деятельности» заложен практически во всех нормативных юридических актах, регулирующих деятельность некоммерческих организаций, что следует признать правильным.

Как субъекты права собственности некоммерческие организации закрепляются в ст. 50, 116, 117 и 118 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹ (далее — Закон о некоммерческих организациях), Федеральном законе от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (далее — Закон об общественных объединениях), в законодательстве о профсоюзах, о потребительской кооперации и некоторых других нормативных правовых актах. Субъектами права собственности некоммерческих организаций являются общественные и религиозные организации, фонды, государственные корпорации, некоммерческие партнерства, учреждения, автономные некоммерческие организации, объединения юридических лиц, потребительские кооперативы, адвокатские формирования.

Следует иметь в виду, что правовой режим собственности вышеперечисленных организаций достаточно сильно различается.

Так, потребительские кооперативы занимаются хозяйственной деятельностью, пусть и не направленной систематически на извлечение прибыли, в то время как общественные и религиозные организации главным образом заняты общественно-политической, культурно-просветительской и подвижнической деятельностью по утверждению в обществе принципов добра, социальной защищенности и справедливости. Целью же адвокатских сообществ, также выступающих субъектами права собственности некоммерческих организаций, являются исключительно правозащитные функции.

Некоммерческие организации не являются постоянными профессиональными участниками гражданского оборота, они выступают в роли самостоятельных юридических лиц в связи с необходимостью материального обеспечения основной, главной деятельности, не связанной с участием в имущественных отношениях. Именно эта основная деятельность и определяет их специальную (целевую) правоспособность.

Некоммерческие организации используют имеющееся у них имущество лишь для достижения целей, предусмотренных их учредительными документами; при этом такими целями не могут быть получение прибыли и распределение ее между участниками.

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 245.

Ввиду указанных обстоятельств закон в большинстве случаев не предусматривает для этих организаций минимального размера уставного капитала, а также возможности банкротства.

Вопросы собственности некоммерческих организаций, как мы уже отмечали ранее, регулируются, как правило, помимо норм гражданского законодательства специальными законодательными актами.

Так, некоммерческая организация, согласно Закону о некоммерческих организациях, может иметь в собственности или в оперативном управлении здания, сооружения, жилищный фонд, оборудование, инвентарь, денежные средства в рублях и иностранной валюте, ценные бумаги и иное имущество. Некоммерческая организация может иметь в собственности или бессрочном пользовании земельные участки.

Источниками формирования имущества некоммерческой организации в денежной или иных формах выступают:

- регулярные и единовременные поступления от учредителей (участников, членов);
- добровольные имущественные взносы и пожертвования;
- выручка от реализации товаров, работ, услуг;
- дивиденды (доходы, проценты), получаемые по акциям, облигациям, другим ценным бумагам и вкладам;
- доходы, получаемые от собственности некоммерческой организации;
- другие не запрещенные законом поступления.

Законами могут устанавливаться ограничения на источники доходов некоммерческих организаций отдельных видов.

Например, существуют определенные ограничения на источники доходов иностранных некоммерческих организаций.

Согласно п. 4 ст. 2 Закона о некоммерческих организациях под иностранной некоммерческой неправительственной организацией понимается организация, не имеющая извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющая полученную прибыль между участниками, созданная за пределами территории Российской Федерации в соответствии с законодательством иностранного государства, учредителями (участниками) которой не являются государственные органы.

Иностранная некоммерческая неправительственная организация осуществляет свою деятельность на территории Российской Федерации через свои структурные подразделения — отделения, филиалы и представительства.

Структурное подразделение — отделение иностранной некоммерческой неправительственной организации признается формой некоммер-

ческой организации и подлежит государственной регистрации в порядке, предусмотренном ст. 13¹ Закона о некоммерческих организациях. Структурные подразделения — филиалы и представительства иностранных некоммерческих неправительственных организаций приобретают правоспособность на территории Российской Федерации со дня внесения в реестр филиалов и представительств международных организаций и иностранных некоммерческих неправительственных организаций сведений о соответствующем структурном подразделении в порядке, предусмотренном ст. 13² Закона о некоммерческих организациях.

Согласно п. 6 ст. 2 названного Закона под некоммерческой организацией, выполняющей функции иностранного агента, в данном Законе понимается российская некоммерческая организация, которая получает денежные средства и иное имущество от иностранных государств, их государственных органов, международных и иностранных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства либо уполномоченных ими лиц и (или) от российских юридических лиц, получающих денежные средства и иное имущество от указанных источников (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ) (далее — иностранные источники), и которая участвует, в том числе в интересах иностранных источников, в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации.

Некоммерческая организация, за исключением политической партии, признается участвующей в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, если независимо от целей и задач, указанных в ее учредительных документах, она участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях.

К политической деятельности не относится деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, профилактики и охраны здоровья граждан, социальной поддержки и защиты граждан, защиты материнства и детства, социальной поддержки инвалидов, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта, защиты растительного и животного мира, благотворительная деятельность, а также деятельность в области содействия благотворительности и добровольчества.

Весьма примечательно в этом плане постановление Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2014 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 6 статьи 2 и пункта 7 статьи 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», части шестой

статьи 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и части 1 статьи 1934 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, Фонда «Костромской центр поддержки общественных инициатив», граждан Л.Г. Кузьминой, С.М. Смиренского и В.П. Юкечека о выявлении конституционно-правового смысла взаимосвязанных положений этих нормативных правовых актов»¹.

Важно подчеркнуть, что полученная некоммерческой организацией прибыль не подлежит распределению между участниками (членами) некоммерческой организации.

Сходным образом урегулированы вопросы собственности в Федеральном законе от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях»², которые мы тоже относим к некоммерческим организациям.

Следует отметить, что Закон об общественных объединениях регламентирует вопросы собственности этого вида некоммерческих организаций несколько иначе.

Так, общественное объединение, являющееся юридическим лицом, может иметь в собственности земельные участки, здания, строения, сооружения, жилищный фонд, транспорт, оборудование, инвентарь, имущество культурно-просветительного и оздоровительного назначения, денежные средства, акции, другие ценные бумаги и иное имущество, необходимое для материального обеспечения деятельности этого общественного объединения, указанной в его уставе.

Помимо этого, и это является весьма существенным, в собственности общественного объединения могут также находиться учреждения, издательства, средства массовой информации, создаваемые и приобретаемые за счет средств данного общественного объединения в соответствии с его уставными целями (ст. 30 Закона об общественных объединениях).

Еще более специфичным в области регулирования прав собственности юридических лиц является, с нашей точки зрения, законодательство о профсоюзах, которое стоит, пожалуй, особняком от всех вышеперечисленных нормативных юридических актов, регулирующих деятельность некоммерческих организаций. В частности, Федеральным законом от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных

¹ СЗ РФ. 2014. № 16. Ст. 1921.

² СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3340.

союзах, их правах и гарантиях деятельности»¹ профсоюзам предоставлено право учреждать банки, фонды солидарности, страховые, культурно-просветительные фонды, фонды обучения и подготовки кадров, а также другие фонды, соответствующие уставным целям профсоюзов. Из этого следует, что профсоюзы, например, могут быть собственниками финансово-кредитных учреждений, являющихся чисто коммерческими организациями, создаваемыми исключительно для получения прибыли. Мы в принципе совершенно не против предоставления профсоюзам таких правомочий, однако это требует определенного осмысления роли профсоюзов в нашем обществе с точки зрения формирования единой правовой доктрины собственности некоммерческих организаций.

Неслучайно в связи с этим в конце декабря 2014 г. в упомянутом Законе появилась весьма важная новелла, согласно которой профсоюзы вправе осуществлять на основе федерального законодательства самостоятельно, а также через учрежденные ими организации приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям.

В нынешних условиях в случае возникновения отношений между работодателем и работником государство остается по-прежнему главным организатором договорного процесса. Особое место в надлежащем урегулировании этого вопроса принадлежит, бесспорно, профсоюзам.

Как известно, ст. 7 Конституции РФ устанавливает, что Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, провозглашается охрана труда и здоровья людей, гарантируются минимальный уровень оплаты труда, поддержка семьи, развитие социальных служб.

В то же время служение правам человека составляет конечное и самое важное назначение социального государства. Прежде всего это проявляется в охране собственности, которая составляет фундамент самообеспечения жизненными благами. Государство создает мощную поощрительную систему для увеличения числа собственников и роста их богатства, в том числе и с помощью профсоюзов.

Отказ от централизованного управления трудом, присущего административно-командной системе, приводит к созданию двухъярусного регулирования труда: централизованного и локального. Успешное функционирование этого процесса во многом зависит

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

от сбалансированного урегулирования имущественных прав и привилегий профсоюзов. Неслучайно Конституция РФ, как мы уже отмечали, признавая право граждан на объединение, специально выделяет право на создание профсоюзов и на их свободную деятельность по защите интересов работников. Деятельность профсоюзов играет конструктивную роль в утверждении социально ориентированной экономики, соблюдении прав человека. Деятельность профсоюзов уже поэтому может быть направлена на укоренение в сознании наемного работника уважения не только к своей собственности, но и к собственности других...

Поэтому проблему собственности профсоюзов как некоммерческих организаций необходимо, по нашему мнению, рассматривать и с этих позиций.

§ 2. Особенности регулирования права собственности адвокатских образований

Особое место в ряду некоммерческих организаций занимают адвокатские образования, имеющие статус юридического лица и выступающие как некоммерческие организации. Для нас, адвокатов, проблемы собственности российской адвокатуры являются сегодня особенно актуальными.

Действовавшее ранее законодательство об адвокатуре (Положение об адвокатуре 1980 г.) напрямую не относило коллегии адвокатов к некоммерческим организациям. Например, ст. 3 названного Положения устанавливала, что «коллегии адвокатов являются добровольными объединениями лиц, занимающихся адвокатской деятельностью».

Ныне действующий законодательный акт об адвокатуре четко относит коллегии адвокатов, адвокатские бюро, а также юридические консультации к некоммерческим организациям.

Таким образом, коллегии адвокатов, юридические бюро, юридические консультации по своей юридической сути являются некоммерческими организациями, и вопросы собственности указанных некоммерческих структур подлежат регулированию применительно к этой категории юридических лиц.

Сразу оговоримся, что если скрупулезно изучить все нормативные акты, прямо или косвенно относящиеся к вопросам правового регулирования вопросов собственности коллегий адвокатов, можно сделать один очень простой вывод о фактическом отсутствии такового. Закон об адвокатуре эти вопросы отражает только на уровне отсылок к гражданскому законодательству о некоммерческих организациях.

Скажем, в п. 11 ст. 22 названного Закона зафиксировано, что имущество, внесенное учредителями коллегии адвокатов в качестве вкладов, принадлежит ей на праве собственности. Каких-либо иных норм, регламентирующих право собственности коллегий адвокатов, в данном Законе нет. То же можно сказать и об адвокатских бюро.

Более подробно в данном Законе сформулированы вопросы собственности адвокатских палат субъектов Российской Федерации и Федеральной палаты адвокатов.

Например, в ст. 34 Закона об адвокатуре указано, что имущество адвокатской палаты формируется за счет отчислений, осуществляемых адвокатами на общие нужды адвокатской палаты, грантов и благотворительной помощи (пожертвований), поступающих от юридических и физических лиц в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Адвокатская палата является собственником данного имущества. Норма аналогичного содержания содержится и в ст. 38 указанного Закона о правовом режиме имущества Федеральной палаты адвокатов.

Нам представляется, что вопросы собственности решены в Законе об адвокатуре не на должном уровне, особенно применительно к коллегиям адвокатов, адвокатским бюро и юридическим консультациям. Ни вышеназванный Закон, ни законодательство о некоммерческих организациях в полной мере не учитывают специфику правового регулирования вопросов собственности этих адвокатских формирований. Адвокат в коллегии адвокатов, адвокатском бюро или в юридической консультации — это, как правило, не только учредитель и участник этого юридического лица, но он также оказывает в рамках данного юридического лица оплачиваемую правовую помощь. Своими отчислениями от гонораров он способствует формированию собственности адвокатского сообщества. Этот, а равно и другие не менее важные моменты, связанные с собственностью адвокатуры, надлежащим образом, как мы полагаем, законом не урегулированы.

Что же делать? Поскольку, как мы уже отмечали, практически вопросы собственности коллегий адвокатов действующим законодательством не урегулированы или урегулированы лишь на уровне общих правовых деклараций и предписаний, бесспорно, что в такой ситуации новый закон об адвокатуре в Российской Федерации просто необходим, и мы в принципе поддерживаем идею его принятия. Однако требуется взвешенная и тщательно отработанная концепция этого закона как с точки зрения ее содержания, так и с точки зрения юридической техники. В этой концепции одно из доминирующих мест должны занять, как нам представляется, вопросы собственности субъектов адвокатской деятельности.

Думается, что коллегии адвокатов, адвокатские бюро, юридические консультации, являясь юридическими лицами, вправе иметь в собственности земельные участки, здания, сооружения, жилищный фонд, транспорт, оборудование, денежные средства в рублях и иностранной валюте и иное имущество, необходимое для материального обеспечения своей уставной деятельности.

Имущество, приобретенное коллегией адвокатов, адвокатским бюро, юридической консультацией в процессе их профессиональной деятельности, переданное им в дар или приобретенное ими на других законных основаниях, должно принадлежать коллегии адвокатов, адвокатскому бюро, юридической консультации на праве собственности. Представляется, что адвокаты не могут иметь права собственности и иные вещные или обязательственные права на имущество указанных структурных единиц российской адвокатуры.

По нашему мнению, указанные проблемы должны быть отражены в процессе совершенствования российского законодательства об адвокатуре.

Мы не ставили целью осветить весь спектр вопросов собственности субъектов адвокатской деятельности. В то же время мы попытались сфокусировать внимание читателей на основных аспектах правового регулирования вопросов собственности в деятельности адвокатуры, представляющих, по нашему мнению, наибольшую актуальность.

ГЛАВА VII. НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА В АРБИТРАЖНОМ СУДЕ

§ 1. Общие вопросы

Объединение Верховного Суда РФ и ВАС РФ, которое состоялось год назад, — составная часть концепции совершенствования законодательства Российской Федерации о судебной системе и одно из основных направлений реализации концепции судебной реформы. При этом в числе наиболее значимых концептуальных положений судебной реформы рассматриваются положения об определении нынешней компетенции арбитражных судов и о критериях ее разграничения с судами общей юрисдикции.

Но прежде чем приступить к рассмотрению конкретных вопросов заявленной нами темы, необходимо сделать одно важное отступление.

Единый Верховный Суд РФ начал свою работу 6 августа 2014 г., а за день до этого перестал существовать ВАС РФ. Именно тогда вступили в силу соответствующие изменения в федеральные конституционные законы от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹, от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» (за исключением некоторых положений) и Федеральный закон от 5 февраля 2014 г. № 16-ФЗ «О порядке отбора кандидатов в первоначальный состав Верховного Суда Российской Федерации, образованного в соответствии с Законом Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации»»² (далее — Закон о порядке отбора кандидатов).

¹ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

² СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 567.

Реформа эта более чем спорная и вызывает больше критики, чем одобрения, особенно со стороны юристов (как теоретиков, так и практиков), хотя мы ее поддерживаем, и вот почему.

В процессе объединения двух высших органов судебной власти в России некоторые скептики заявляли о том, что вся российская система гражданского судопроизводства коренным образом изменится. Однако этого не произошло. В целом после объединения судов сама система изменилась не очень сильно. Высшими судебными инстанциями остались две — Конституционный Суд РФ, которого изменения не коснулись, и Верховный Суд РФ.

Система нижестоящих федеральных судов теперь стала единой, с разделением на федеральные суды общей юрисдикции и федеральные арбитражные суды.

К первым теперь относятся верховные суды республик, краевые, областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов, районные суды, военные и специализированные суды.

В систему арбитражных судов сегодня входят арбитражные суды округов (или арбитражные кассационные суды), арбитражные апелляционные суды и арбитражные суды субъектов Российской Федерации, а также специализированные арбитражные суды. К последним пока относится только Суд по интеллектуальным правам, которого изменения в принципе особо не затронули.

Обеспечением деятельности перечисленных судов в настоящее время занимается Судебный департамент при Верховном Суде РФ, который до нынешней судебной реформы занимался вопросами обеспечения только судов общей юрисдикции.

Возглавляет новый Верховный Суд РФ председатель — В.М. Лебедев, который имеет первого заместителя и семь заместителей — председателей судебных коллегий по должности.

Как и прежде, председатель Верховного Суда РФ назначается Советом Федерации Федерального Собрания РФ на шесть лет по представлению Президента РФ при наличии положительного заключения Высшей квалификационной коллегии судей РФ. Занимать свой пост он также сможет бессрочно, в том числе при превышении предельного возраста пребывания в должности судьи — 70 лет. Порядок назначения заместителей председателя также не изменится, и занимать свои должности они вправе до достижения возраста 70 лет, зато назначаться могут неоднократно.

В составе нового Верховного Суда РФ, как и ранее, предусмотрены Пленум и Президиум, а также семь судебных коллегий.

Законом о порядке отбора кандидатов установлено количество судей, которые избираются в пять коллегий первого состава объединенного суда. Так, на Судебную коллегия по административным делам отводится 33 судьи, на Судебную коллегия по гражданским делам — 32 судьи, на Судебную коллегия по экономическим спорам — 30 судей, на Судебную коллегия по уголовным делам — пять судей. Председатели и судьи всех коллегий назначаются председателем Верховного Суда РФ.

Еще две коллегии помимо перечисленных — Апелляционная и Дисциплинарная — сформированы из состава уже назначенных судей Верховного Суда РФ. Шесть членов Дисциплинарной коллегии избраны сроком на три года Пленумом Верховного Суда РФ по представлению В.М. Лебедева тайным голосованием с использованием бюллетеней и при соблюдении конкурсного подхода. В Апелляционную коллегия вошли 10 судей Верховного Суда РФ, избранных сроком на пять лет на эти должности Пленумом Верховного Суда РФ по представлению председателя Верховного Суда РФ.

Следует подчеркнуть, что при формировании нового состава судей Верховного Суда РФ определенная часть судей ВАС РФ и Верховного Суда РФ прежнего состава лишились своих должностей, поскольку к кандидатам предъявлялись весьма высокие требования. Не все судьи выдержали это испытание.

Как отмечалось ранее, полагаем, что объединение двух органов высшей судебной власти вполне обоснованно.

В то же время в результате этого объединения нельзя допустить утрату тех передовых достижений правовой мысли, которые сегодня, по общему мнению многих юристов — как ученых, так и практиков, — выгодно выделяют арбитражные суды на фоне судов общей юрисдикции (это электронный документооборот, введенные арбитражным процессуальным законодательством и отсутствующие в практике общих судов новые механизмы урегулирования процессуальных отношений, в целом более высокое качество АПК РФ по сравнению, например, с ГПК РФ и т.д.)¹.

Обоснованные опасения вызывает тот факт, что достижения сложившейся практики осуществления арбитражного судопроизводства в России на протяжении более 20 лет могут оказаться перечеркнутыми, а это и открытость судебной системы, и скорость рассмотрения дел, и высокое качество принимаемых судебных актов.

¹ См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. М., 2010. С. 46–47.

Новый Верховный Суд РФ должен воспринять весь положительный опыт организации и деятельности как Верховного Суда РФ, так и ВАС РФ.

Президент РФ В.В. Путин сформулировал необходимость реформы. Он мотивировал ее стремлением избежать выполнения различными ветвями судебной системы аналогичных функций, исключить возможность отказа в судебной защите по причине споров о подведомственности, реализовать единообразие судебной практики, установить общие правила судопроизводства. Однако в противовес указанному мнению юристы и обозреватели зачастую приводят и иные причины, которые, по их мнению, остались за рамками.

Также высказывается мнение, что предполагается организация более качественногобора кандидатов при назначении на должности судей, поскольку предусмотрена двухэтапная процедура их переназначения. Она включает проведение специальной комиссией в отношении кандидатов квалификационного экзамена и проверки. Это создаст дополнительный объем организационной работы, которая усложнит на этот период выполнение своих обязанностей опытным судьям, отработавшим в системе много лет, имеющим колоссальный опыт разрешения споров, обладающим учеными степенями докторов и кандидатов юридических наук.

Также необходим отдельный двухуровневый орган судейского сообщества, который бы предметно решал вопросы квалификационной аттестации судей. Сегодня ими занимается квалификационная коллегия судей РФ (обоих уровней), но наряду со множеством иных вопросов. Сам же институт квалификационной аттестации исчерпал себя, превратившись в орган, осуществляющий периодическое, практически автоматическое повышение квалификационного класса судьи после достижения им определенного стажа в прежнем классе, но в границах своей должности и уровня звенности суда, в котором он работает. Института же внеочередной аттестационной проверки судьи на соответствие тому квалификационному классу, в котором он пребывает, нет вообще, как и методики квалификационной оценки соответствия руководителя суда занимаемой им должности¹.

Многие эксперты опасаются, что общий уровень работы с документами и скорость рассмотрения дел в результате слияния только упадут. «ВАС — очень прогрессивный суд по сравнению с ВС РФ и даже с некоторыми зарубежными судами: стараниями его председателя

¹ См.: *Амосов С. М.* Обязанности по доказыванию в арбитражном процессе // Российский юридический журнал. 1998. № 1 (17).

и персонала за последние десять лет было сделано очень много в области информатизации делопроизводства, прозрачности правосудия и обобщения правоприменительной практики, что очень ценится в юридическом сообществе. ВС, к сожалению, пока уступает ВАС по всем обозначенным параметрам», — говорит Н. Кондрашов¹. Переход к «средней температуре по больнице», по его словам, понизит качество судопроизводства.

В.В. Путин однозначно подчеркнул: полностью одну систему вливать в другую нецелесообразно, речь идет только о том, чтобы избежать дублирования функций в работе. В судебной практике известно, что нередко возникают случаи, когда стороны ведут спор в судах общей юрисдикции, а потом неудовлетворенная решением сторона обращается с этим же вопросом в арбитраж и получает решение, противоположное тому, которое было вынесено ранее.

Происшедшее объединение судов, как представляется, позволит обеспечить единые подходы к разрешению споров. Таким образом, негативные последствия неизбежны, поскольку речь идет о соединении двух несоразмерных систем, одна из которых поглотила другую просто потому, что она существенно больше. Однако актуальность и целесообразность указанных изменений также вполне обоснованы. Вместе с тем сейчас сложно прогнозировать, как будет отстроена работа единого суда.

Вопросы компетенции арбитражных судов приобретают особую актуальность в условиях существования двух самостоятельных ветвей судебной власти в Российской Федерации, когда от правильного определения юрисдикции во многом зависят доступ к правосудию, реализация гарантированного Конституцией РФ (ст. 47) права на «своего судью», на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

Неслучайно, что эти проблемы сегодня возникают крайне часто. Многие адвокаты, участвовавшие при разрешении различных хозяйственных споров в арбитражных судах, неоднократно сталкивались с ситуациями, когда нарушения при определении подсудности или подсудности, неоправданный перенос рассмотрения конкретных споров в суды общей юрисдикции приводили к серьезным ущемлениям законных прав и интересов хозяйствующих субъектов, добросовестных предпринимателей. Во многом такие нарушения способствовали возникновению «экономических войн» между хозяйственными обществами и товариществами. Вынесение запретов некоторыми судами общей

¹ <http://www.kommersant.ru/doc/2219010>

юрисдикции на проведение общих собраний акционеров или участников хозяйственных формирований, арест акций и долей, смена органов управления организаций — вот неполный перечень тех «мер», которые использовались некоторыми судами при пределах собственности.

Весьма характерен такой пример. Деятельность одного из российских гигантов химической промышленности в конце прошлого века была практически полностью парализована в связи с противоправными действиями отдельных судей судов общей юрисдикции г. Москвы, Ленинградской, Челябинской, Новосибирской и Московской областей, Республики Калмыкия.

Так, по «жалобам» миноритарных акционеров, владевших тысячами долями процента голосующих акций этого предприятия, в рамках законодательства об обжаловании в суд действий должностных лиц, ущемляющих законные права и интересы граждан (а не в рамках искового производства), согласно определениям данных судов были арестованы все акции и активы предприятия, запрещено проведение собраний акционеров, отстранены от должности генеральный директор и все члены совета директоров акционерного общества. Налицо было явное злоупотребление правом¹.

Бесспорно, что такие недочеты в деятельности некоторых судов Российской Федерации не могли не волновать законодателя, что и было учтено при реформировании российской судебной системы.

В самом общем плане компетенция судов определена в Конституции РФ, установившей исключительные полномочия судов по осуществлению правосудия (ст. 118). При этом наиболее полно определена компетенция Конституционного Суда РФ (ст. 125 Конституции РФ), призванного осуществлять судебную власть посредством конституционного судопроизводства.

Тем самым на конституционном уровне разграничена компетенция Конституционного Суда РФ и других судов. А вот с разграничением компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов в свете проводимой судебной реформы дело обстоит гораздо сложнее, хотя сегодня и появилось больше ясности в этом вопросе.

В соответствии со ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд РФ является высшим судебным органом по гражданским делам, разрешению экономических споров, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам, образованным в соответствии с федеральным конституционным законом, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за деятельностью этих судов и дает разъяснения по вопросам судебной практики.

¹ См.: Адвокатура: Сборник лекций. С. 113.

Значит ли это, что уголовные, гражданские и административные дела не могут рассматривать никакие другие суды, кроме судов общей юрисдикции, и именно применительно к этим и только к этим судам могут использоваться формы судопроизводства — конституционного, уголовного, гражданского и административного, — называемые в ст. 118 Конституции РФ? И в форме какого судопроизводства должны и могут рассматривать экономические споры арбитражные суды, если никакой иной, кроме предусмотренных в ст. 118 Конституции РФ, формы судопроизводства не существует?

Представляется, что ответы на эти вопросы дают нормы федеральных конституционных законов, определяющих полномочия судов, и федеральных законов, устанавливающих порядок судопроизводства и правила подведомственности дел.

Арбитражные суды осуществляют свою деятельность в соответствии с Федеральным конституционным законом от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»¹.

В ст. 4 этого Закона предусмотрено, что арбитражные суды в Российской Федерации осуществляют правосудие путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции данным Федеральным конституционным законом, АПК РФ и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами².

Таким образом, на уровне конституционного закона допускается возможность определения компетенции арбитражных судов в АПК РФ.

Нам важно знать, что при этом АПК РФ, как и названный Закон, при определении компетенции арбитражных судов исходит из того, что их основными задачами в Российской Федерации при рассмотрении подведомственных им споров являются:

- защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов предприятий, учреждений, организаций (далее — организации) и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

- содействие укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

¹ СЗ РФ. 1995, № 18. Ст. 1589.

² Следует иметь в виду, что в тексте приводятся только ныне действующие нормы законов с учетом последних изменений, связанных с реформой судебной системы в России.

— осуществление защиты прав и законных интересов граждан и организаций в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Эта задача реализуется в процессе осуществления арбитражными судами правосудия путем разрешения экономических споров и иных отнесенных к их компетенции дел (ст. 5 вышеупомянутого Закона).

Казалось бы, законодатель тем самым четко определил пределы юрисдикции арбитражных судов. Однако сложность состоит в том, что понятие экономического спора нормативно не определено, хотя ГК РФ дает определение предпринимательской деятельности (ст. 2). Это в определенной степени является основанием для ограничительного толкования пределов компетенции арбитражных судов.

Понятие экономической деятельности широко используется в Конституции РФ (ст. 8, 34) и связывается с определенной сферой общественных отношений. Отсутствие в законе их формального определения не дает оснований ограничивать компетенцию арбитражных судов пределами рассмотрения споров имущественного характера. Арбитражные суды, например, могут рассматривать споры, связанные с интеллектуальной собственностью, где в качестве предмета спора зачастую не фигурируют имущественные отношения.

§ 2. Подведомственность дел арбитражным судам и судам общей юрисдикции

Данная проблема имеет огромное практическое значение, поскольку при обращении клиента к адвокату за правовой помощью всегда возникает вопрос об определении подведомственности будущего спора.

В соответствии со ст. 22 ГПК РФ суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают:

1) исковые дела с участием граждан, организаций, органов государственной власти, органов местного самоуправления о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, земельных, экологических и иных правоотношений;

2) дела, разрешаемые в порядке приказного производства и связанные с различными требованиями и заявлениями. В частности, в порядке приказного производства рассматриваются требования:

- а) основанные на нотариально удостоверенной сделке;
- б) основанные на сделке, совершенной в простой письменной форме;

в) основанные на совершенном нотариусом протесте векселя в неплатеже, неакцепте и недатировании акцепта;

г) о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей, не связанные с установлением отцовства, оспариванием отцовства (материнства) или необходимостью привлечения других заинтересованных лиц;

д) о взыскании с граждан недоимок по налогам, сборам и другим обязательным платежам;

е) о взыскании начисленной, но не выплаченной работнику заработной платы;

ж) заявленные органом внутренних дел, органом налоговой полиции, подразделением судебных приставов о взыскании расходов, произведенных в связи с розыском ответчика, или должника и его имущества, или ребенка, отобранного у должника по решению суда, а также расходов, связанных с хранением арестованного имущества, изъятого у должника, и хранением имущества должника, выселенного из занимаемого им жилого помещения (ст. 122 ГПК РФ);

3) дела, возникающие из публичных правоотношений, а именно:

а) по заявлениям граждан, организаций, прокурора об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части, если рассмотрение этих заявлений не отнесено федеральным законом к компетенции иных судов;

б) по заявлениям об оспаривании решений и действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих;

в) по заявлениям о защите избирательных прав или права на участие в референдуме граждан Российской Федерации (ст. 245 ГПК РФ);

4) дела особого производства, а именно:

а) об установлении фактов, имеющих юридическое значение;

б) об усыновлении (удочерении) ребенка;

в) о признании гражданина безвестно отсутствующим либо об объявлении гражданина умершим;

г) об ограничении дееспособности гражданина, о признании гражданина недееспособным, об ограничении или о лишении несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет права самостоятельно распоряжаться своими доходами;

д) об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипации);

е) о признании движимой вещи бесхозяйной и признании права муниципальной собственности на бесхозяйную недвижимую вещь;

ж) о восстановлении прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя или ордерным ценным бумагам (вызывное производство);

з) о внесении исправлений или изменений в записи актов гражданского состояния;

и) по заявлениям о совершении нотариальных действия или об отказе в их совершении;

к) по заявлениям о восстановлении утраченного судебного производства (ст. 262 ГПК РФ);

5) дела об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов;

6) дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений.

Важно подчеркнуть, что суды общей юрисдикции не рассматривают экономические споры и другие дела, отнесенные действующим законодательством к ведению арбитражных судов.

В ГПК РФ (ч. 4 ст. 22) содержится норма, согласно которой при обращении в суд с заявлением, содержащим несколько связанных между собой требований, из которых одни подведомственны суду общей юрисдикции, а другие — арбитражному суду, если разделение требований невозможно, дело подлежит рассмотрению и разрешению в суде общей юрисдикции.

Если в достаточно общей форме сформулировать основные различия подведомственности дел судам общей юрисдикции и арбитражным судам, можно констатировать, что арбитражные суды стали в полной мере органами экономического правосудия (ст. 27–33 АПК РФ), а суды общей юрисдикции — органами правосудия по иным категориям дел.

Мы уже подробно перечислили основные категории дел, которые подведомственны судам общей юрисдикции. В этом плане можно говорить о наличии целого ряда судебных производств, в каждом из которых дело разрешается по установленным для него правилам. Все перечисленные нами категории дел подведомственны судам общей юрисдикции, если не установлен иной судебный порядок их рассмотрения. Наиболее важное значение для нас имеют понимание и применение в судебной практике ч. 3 ст. 22 ГПК РФ, согласно которой исключение подведомственности суду общей юрисдикции в пользу арбитражных судов производится только в случаях, предусмотренных федеральным конституционным законом и федеральным законом.

Подведомственность дел арбитражным судам, как мы уже отмечали, определена в ст. 27–33 АПК РФ. Основным критерием разграничения предметов ведения является экономический либо неэкономический предмет спора. Субъектный состав спора в данном случае является важным, но в настоящее время не основополагающим критерием разграничения подведомственности судов общей юрисдикции и арбитражных судов. В этом аспекте следует рассматривать и ч. 4 ст. 22 ГПК РФ, на которую мы уже ссылались. Не секрет, что адвокаты в своей практической работе неоднократно сталкиваются с проблемой определения подведомственности. Зачастую, когда имеется, условно говоря, «смешанный состав» исковых требований, весьма сложно определить надлежащий суд (арбитражный или общей юрисдикции), куда следует обратиться в целях защиты имущественных и иных интересов клиента. В связи с этим интересен один пример из практики.

Действуя в интересах гражданки П., адвокаты коллегии «М» обратились в городской суд г. Нальчика (Кабардино-Балкарская Республика) с иском о признании договора дарения 51% долей общества с ограниченной ответственностью «Р», заключенного между ее мужем, участником общества, и гражданином Г., недействительным, поскольку указанное отчуждение долей мужем было произведено без ее согласия, чем были грубо нарушены требования Семейного кодекса РФ. Полагая, что одни требования гражданки П. подведомственны арбитражному суду, а другие — суду общей юрисдикции, адвокаты, руководствуясь ч. 4 ст. 22 ГПК РФ, просили суд г. Нальчика рассмотреть и вынести решение по данному делу. Решение судом было вынесено в пользу гражданки П., но затем обжаловано гражданином Г. в Верховный суд Республики. Верховный суд Кабардино-Балкарской Республики отменил данное решение и прекратил производство по делу, указав на неподведомственность данного спора суду общей юрисдикции, который по своему характеру является спором экономическим¹.

Понятие экономического спора связано с категорией предпринимательской деятельности, определение которой дано в ст. 2 ГК РФ. Под предпринимательской понимается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Кроме того, в качестве экономических споров также можно рассматривать споры, связанные с доступом к предпринимательской деятельности

¹ См.: Адвокатура: Сборник лекций. С. 119–120.

и предъявлением иных имущественных требований¹. Таким образом, экономический характер спора отражает содержание спорного правоотношения и характеризует взаимоотношения спорящих сторон, — спор возник из предпринимательской и (или) иной экономической деятельности. На такое понимание данного вопроса нас ориентирует и п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 18 августа 1992 г. № 12/12 «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам»², в котором подчеркивается необходимость исходить из существа взаимоотношений спорящих сторон.

Экономический характер спора является общим критерием применительно к подведомственности дел, возникающих как из гражданских, так и из публичных правоотношений.

Субъектный критерий также позволяет разграничить подведомственность дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами. К числу субъектных дел, которые рассматриваются арбитражными судами, относятся следующие:

1) юридические лица, т. е. организации, которые имеют в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечают по своим обязательствам этим имуществом, могут от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде (ст. 49 ГК РФ). Правосубъектность юридического лица возникает с момента государственной регистрации в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³, поскольку оно считается созданным с момента такой регистрации.

Следует отметить, что, по нашему мнению, не все споры между организациями подведомственны арбитражному суду, хотя такая позиция может вызвать определенную критику.

Приведем конкретный пример. Скажем, согласно ч. 3 ст. 33 АПК РФ арбитражные суды рассматривают дела по спорам об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей (так называемая специальная подведомственность). С другой стороны,

¹ См.: Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 280.

² Вестник ВАС РФ. 1992. № 1.

³ СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3431.

как, например, быть со спором об отказе не в государственной регистрации юридического лица или индивидуального предпринимателя, а в регистрации изменений в учредительные документы хозяйственного общества, с чем адвокаты сталкиваются неоднократно в процессе своей профессиональной деятельности по оказанию правовой помощи клиентам? Думается, что такой спор все же подведомственен суду общей юрисдикции.

Косвенно мы находим ответ на подобный вопрос в действующем российском законодательстве. Так, в соответствии со ст. 12 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»¹ отказ регистрирующего органа в государственной регистрации религиозной организации, а также его уклонение от такой регистрации могут быть обжалованы в суд;

2) граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющие статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке, если экономический спор касается их взаимоотношений. В соответствии со ст. 23 ГК РФ граждане вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Глава крестьянского (фермерского) хозяйства, осуществляющего деятельность без образования юридического лица, признается предпринимателем с момента государственной регистрации крестьянского (фермерского) хозяйства.

Правило о подведомственности спора арбитражному суду сохраняется до тех пор, пока гражданин не утратит статус индивидуального предпринимателя. В связи с этим в п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»² отмечено, что гражданин, занимавшийся предпринимательской деятельностью, но не прошедший государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя, не приобретает в связи с занятием этой деятельностью правового статуса предпринимателя. Поэтому споры с участием таких лиц, в том числе связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, подведомственны суду общей юрисдикции. При разрешении данных споров могут быть применены положения ГК РФ об обязательствах, связанных с осуществле-

¹ СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

нием предпринимательской деятельности (п. 4 ст. 23). С момента прекращения действия государственной регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя, в частности в связи с истечением срока действия свидетельства о государственной регистрации, аннулированием государственной регистрации и т. п., дела с участием указанных граждан, в том числе и связанные с осуществлявшейся ими ранее предпринимательской деятельностью, подведомственны судам общей юрисдикции, за исключением случаев, когда такие дела были приняты к производству арбитражным судом с соблюдением правил о подведомственности до наступления указанных выше обстоятельств.

Адвокатам в своей практической работе следует также иметь в виду, что согласно ст. 33 АПК РФ ряд категорий дел отнесен, как уже отмечалось, к специальной (исключительной) компетенции арбитражных судов независимо от субъектного состава. К подведомственности судов общей юрисдикции также отнесен ряд дел, которые по своему содержанию могут быть разрешены только ими. Например, это дела о признании брака недействительным (п. 2 ст. 27 СК РФ), об установлении отцовства (ст. 49 СК РФ), факта признания отцовства (ст. 50 СК РФ), о лишении родительских прав (ст. 70 СК РФ) или об ограничении родительских прав (ст. 73 СК РФ), о взыскании алиментов (ст. 80 СК РФ), об установлении усыновления ребенка (ст. 125 СК РФ).

Статья 225¹ АПК РФ, введенная в 2009 г., подробно раскрывает понятие споров, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 33 АПК РФ.

§ 3. Арбитражное судопроизводство как способ защиты прав предпринимателей.

Понятие и юридическая сущность корпоративных споров

Необходимо отметить, что практически впервые в российском арбитражном законодательстве недавно появился юридический термин «дела по корпоративным спорам». О чем идет речь?

Сегодня арбитражные суды рассматривают дела по спорам, связанным с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным за-

коном (далее — корпоративные споры), в том числе по следующим корпоративным спорам:

1) споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридического лица;

2) споры, связанные с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паев членов кооперативов, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав, за исключением споров, вытекающих из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, споров, возникающих в связи с разделом наследственного имущества или разделом общего имущества супругов, включающего в себя акции, доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паи членов кооперативов;

3) споры по искам учредителей, участников, членов юридического лица (далее — участники юридического лица) о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок;

4) споры, связанные с назначением или избранием, прекращением, приостановлением полномочий и ответственностью лиц, входящих или входивших в состав органов управления и органов контроля юридического лица, а также споры, возникающие из гражданских правоотношений, между указанными лицами и юридическим лицом в связи с осуществлением, прекращением, приостановлением полномочий указанных лиц;

5) споры, связанные с эмиссией ценных бумаг, в том числе с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, решений органов управления эмитента, с оспариванием сделок, совершенных в процессе размещения эмиссионных ценных бумаг, отчетов (уведомлений) об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг;

6) споры, вытекающие из деятельности держателей реестра владельцев ценных бумаг, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, с осуществлением держателем реестра владельцев ценных бумаг иных прав и обязанностей, предусмотренных федеральным законом в связи с размещением и (или) обращением ценных бумаг;

7) споры о созыве общего собрания участников юридического лица;

8) споры об обжаловании решений органов управления юридического лица;

9) споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью.

Рассмотрим данную проблему более подробно, поскольку адвокатам приходится в последнее время значительно чаще участвовать в делах по корпоративным спорам и практика такого участия показывает, что уже сегодня у нас накопилось довольно много вопросов в области правоприменения.

Необходимо отметить, что положения ст. 225¹ АПК РФ, и это очень важно, детализируют предмет правового регулирования данного Кодекса, предусматривая ряд дополнительных категорий дел, подлежащих рассмотрению в арбитражных судах России. Перечень таких споров определен указанной статьей. Конкретизация категорий дел, подсудных арбитражным судам Российской Федерации, вызвана объективной действительностью, поскольку с развитием рыночных отношений, становлением малого и среднего бизнеса в России активизируется и экономическая деятельность предприятий, возникают все новые проблемы, требующие компетентного урегулирования на основании и с соблюдением правовых предписаний действующего законодательства. Такое положение дел требует своевременной корректировки действующего законодательства в целях приведения его в соответствие с требованиями экономической жизнедеятельности.

Следует подчеркнуть, что законодатель пока не дал легального определения понятия корпоративных споров. Лишь в уже не действующем сегодня Кодексе корпоративного поведения, введенном распоряжением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг России от 4 апреля 2002 г. № 421/р, содержалось неполное определение понятия «корпоративный конфликт».

Так, в п. 1.1.1 гл. 10 Кодекса корпоративного поведения было определено, что любое разногласие или спор между органом общества и его акционером, которые возникли в связи с участием акционера в обществе (в том числе и по вопросам надлежащего выполнения рекомендаций данного Кодекса или внутренних документов общества, принятых в соответствии с рекомендациями Кодекса), либо разногласие или спор между акционерами, если это затрагивает интересы общества, по своей сути представляет собой корпоративный конфликт, так как затрагивает или может затронуть отношения внутри общества¹.

¹ Вестник ФКЦБ России. 2002. № 4 (распоряжение).

Ныне действующий Кодекс корпоративного управления, введенный в действие письмом Центрального Банка РФ от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463¹, подобной дефиниции не содержит, что вряд ли следует признать правильным.

Понятие «корпоративный спор» является сложным в силу двудеиной смысловой нагрузки: прилагательное «корпоративный» определяет субъектный состав спорных правоотношений, предмет и объект спора; существительное «спор» указывает на процессуальный характер понятия.

Исходя из смысла ст. 225¹ АПК РФ субъектами корпоративного спора могут выступать:

- юридическое лицо;
- орган управления юридического лица;
- предпринимательские объединения юридических лиц;
- акционер, участник (учредитель).

Предметом корпоративного спора могут выступать:

- защита прав миноритарных акционеров;
- внесение записей в реестр владельцев именных ценных бумаг;
- обжалование решений органов управления юридического лица;
- перевод на акционера и (или) акционерное общество прав и обязанностей покупателей акций в связи с преимущественными правами на приобретение отчуждаемых акций;
- признание сделок, совершаемых обществом, недействительными;
- признание записи, внесенной в Единый государственный реестр юридических лиц, недействительной;
- иные.

Поскольку законодательного определения понятия «корпоративные споры» в настоящее время не существует, под данной категорией споров подразумевают споры по применению внутрикорпоративных норм между акционерами, участниками хозяйственных товариществ и обществ, а также между указанными корпорациями и акционерами либо их участниками, возникающие на основе разногласий между ее членами (участниками), входящими в состав коллективных образований, организаций, признанных юридическими лицами, объединенных капиталом (добровольными взносами), осуществляющих какую-либо социально полезную экономическую деятельность. Зачастую такие споры носят длительный характер, связаны с привлечением разно-

¹ Вестник Банка России. 2014. № 40.

образных, в том числе административных и силовых, ресурсов, нередко с различного рода фальсификациями¹.

Однако, несмотря на положительное значение рассматриваемой законодательной новеллы, упомянутая статья также не конкретизирует понятие корпоративного спора, определяя его опосредованно, через выделение категорий дел, которые могут быть отнесены к корпоративным спорам.

Анализируя положения ст. 225¹ АПК РФ с учетом практических проблем осуществления экономической деятельности юридическими лицами, можно выделить следующие виды корпоративных споров:

- о признании недействительным договора о создании, реорганизации, ликвидации юридического лица;
- об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации юридических лиц;
- об исключении из общества;
- о переуступке доли в уставном капитале другим участникам;
- о переводе прав и обязанностей покупателя акций;
- о признании недействительным отказа от внесения записи в реестр акционеров;
- об обжаловании решений совета директоров об отказе от внесения вопроса или кандидатуры по предложению акционера для обсуждения на общем собрании, а также об отказе в созыве внеочередного общего собрания;
- о выплате стоимости доли в имуществе общества;
- о признании недействительным решения общего собрания общества;
- о взыскании действительной стоимости доли в имуществе общества;
- об отчуждении доли в уставном капитале общества;
- об осуществлении права преимущественной покупки доли в уставном капитале общества;
- о требованиях акционеров об обязании совета директоров зарегистрировать выпуск акций и отчет об итогах выпуска дополнительных акций;
- о недействительности договоров купли-продажи акций;
- о взыскании дивидендов на акции;
- об обязании общества предоставить доступ к документам общества;

¹ <http://www.mosuruslugi.ru/articles/657/>

- об обязанности предоставить список лиц, имеющих право на участие в общем собрании;

- о возмещении убытков, причиненных обществу виновными действиями должностных лиц общества (членов совета директоров, директора, члена правления, управляющей организации);

- о противодействии необоснованным и незаконным поглощениям.

Независимо от вида и категории корпоративного спора его предметом выступают:

- незаконное владение акциями;
- нарушение преимущественного права;
- ущемление прав при дополнительной эмиссии;
- нарушение права на участие в собраниях;
- нарушение права на ознакомление с документами общества;
- невыплата дивидендов;
- совершение крупных сделок;
- смена совета директоров;
- смена генерального директора;
- внесение изменений в реестр;
- переход права собственности на недвижимость;
- нарушение условий договора;
- истребование дебиторской задолженности.

Условно все указанные виды корпоративных споров можно разделить на несколько категорий.

Во-первых, это споры, связанные с совершением сделок с акциями, долями.

Значительную часть данной категории составляют споры по фактам нарушения прав акционеров или иных участников общества.

Как показывает практика работы адвокатов в арбитражных судах по рассмотрению конкретных корпоративных споров, права акционеров могут быть нарушены в следующих случаях:

- невыплата дивидендов;
- недопущение акционеров к управлению предприятием;
- консолидация или дробление акций общества;
- увеличение или уменьшение уставного капитала общества;
- внесение изменений в учредительные документы общества;
- оформление сделок купли-продажи акций, продажа акций закрытого акционерного общества третьим лицам;
- нарушение обязанностей реестродержателя по отношению к акционерам.

И хотя права акционеров в указанных случаях защищены и регулируются Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ

«Об акционерных обществах в Российской Федерации»¹ (далее — Закон об акционерных обществах) и большинство из вышеперечисленных нарушений могут быть устранены акционерами самостоятельно, тем не менее в ряде сложных ситуаций возникает необходимость обращения к квалифицированному адвокату в области корпоративных правоотношений.

Защита адвокатом интересов акционеров может осуществляться посредством:

- 1) представительства интересов акционера на общих собраниях акционеров, в том числе по вопросу утверждения и выплаты дивидендов;
- 2) реализации права акционера требовать выкупа акционерным обществом у него акций исходя из реальной остаточной стоимости, рассчитанной на основании рыночной стоимости имущества общества;
- 3) истребования на основании адвокатского запроса бухгалтерских и других документов общества;
- 4) анализа финансово-хозяйственной деятельности общества и действий его исполнительных органов на предмет нарушения законодательства (мы, адвокаты, называем это правовым аудитом);
- 5) взыскания убытков в отношении членов исполнительных органов общества, причиненных обществу их виновными действиями (бездействием), и проведения исполнительного производства;
- 6) реализации требования акционеров, владеющих в совокупности более чем 10% голосующих акций, проведения внеочередного общего собрания акционеров;
- 7) признания сделок недействительными.

Во-вторых, это споры, связанные с совершением обществом крупных сделок или сделок с заинтересованностью.

Данные виды сделок предусмотрены законодательством об отдельных видах юридических лиц, в частности Законом об акционерных обществах и Федеральным законом от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»² (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью).

По общему правилу сделка признается крупной, если по ней предполагается отчуждение имущества, стоимость которого составляет 25% и более от балансовой стоимости активов общества. Для совершения хозяйственным обществом крупной сделки необходимо ее одобрение компетентным органом общества в соответствии с требованиями закона. Заинтересованность в совершении сделки предполагает возмож-

¹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

² СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

ность получения личной выгоды для каких-либо лиц по результатам совершения сделки. Заинтересованность в совершении обществом сделки может возникнуть у директора общества, членов совета директоров, правления, крупных акционеров. Сделка с заинтересованностью возникает, когда указанные лица являются сторонами, выгодоприобретателями, посредниками или представителями в этой сделке, а также в иных случаях, предусмотренных законом. Для совершения хозяйственным обществом сделки с заинтересованностью необходимо ее одобрение компетентным органом общества. При этом решение об одобрении сделки с заинтересованностью должно соответствовать требованиям закона.

В-третьих, это споры о признании недействительными решений органов управления общества, понуждении акционерного общества к выкупу акций.

При рассмотрении в арбитражных судах исков о признании недействительным решения общего собрания акционеров адвокату следует учитывать, что к нарушениям закона, которые могут служить основаниями для удовлетворения таких исков, относятся:

- несвоевременное извещение (неизвещение) акционера о дате проведения общего собрания;
- непредоставление акционеру возможности ознакомиться с необходимой информацией (материалами) по вопросам, включенным в повестку дня собрания;
- несвоевременное предоставление бюллетеней для голосования и др.

Иск о признании решения общего собрания недействительным подлежит удовлетворению, если допущенные нарушения требований действующего российского законодательства, иных правовых актов или устава общества ущемляют права и законные интересы акционера, голосовавшего против этого решения или не участвовавшего в общем собрании акционеров.

Вместе с тем, разрешая такие споры, суд вправе с учетом всех обстоятельств дела оставить в силе обжалуемое решение, если голосование данного акционера не могло повлиять на результаты голосования, допущенные нарушения не являются существенными и решение не повлекло причинения убытков акционеру. Для отказа в иске о признании решения общего собрания недействительным по указанным основаниям необходима совокупность перечисленных обстоятельств.

Например, согласно п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О неко-

торых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» решение общего собрания участников общества, принятое с нарушением требований законодательства или устава общества и нарушающее права и законные интересы участника общества, может быть признано судом недействительным по заявлению участника общества, не принимавшего участия в голосовании или голосовавшего против оспариваемого решения (ст. 43 Закона об обществах с ограниченной ответственностью)¹.

Согласно п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» иск о признании решения общего собрания недействительным подлежит удовлетворению, если допущенные нарушения требований данного Закона, иных правовых актов или устава общества ущемляют права и законные интересы акционера, голосовавшего против этого решения или не участвовавшего в общем собрании акционеров².

Адвокату следует знать, что в предмет доказывания по спорам о признании недействительными решений органов управления общества входит установление следующих обстоятельств:

- право истца на обжалование решения общего собрания участников;
- срок, в течение которого иск может быть предъявлен;
- соблюдение положений законодательства и устава общества при проведении оспариваемого собрания;
- нарушение прав и законных интересов истца как участника общества принятыми на собрании решениями;
- может ли голосование участника, подавшего заявление, повлиять на результаты голосования, является ли допущенное нарушение существенным, повлечет или нет решение причинение убытков участнику общества.

В-четвертых, это споры по поводу исключения участников из обществ, регистрации выпусков и дополнительных выпусков акций.

В соответствии со ст. 10 Федерального закона об обществах с ограниченной ответственностью участники общества, доли которых в совокупности составляют не менее чем 10% уставного капитала общества, вправе требовать в судебном порядке исключения из общества участника, который грубо нарушает свои обязанности либо своими

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 3.

² Вестник ВАС РФ. 2004. № 1.

действиями (бездействием) делает невозможной деятельность общества или существенно ее затрудняет.

Пункт 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 разъясняет, что под действиями (бездействием) участника, которые делают невозможной деятельность общества либо существенно ее затрудняют, следует, в частности, понимать систематическое уклонение без уважительных причин от участия в общем собрании участников общества, лишаящее общество возможности принимать решения по вопросам, требующим единогласия всех его участников. При решении вопроса, является ли допущенное участником общества нарушение грубым, необходимо принимать во внимание степень его вины, наступление (возможность наступления) негативных для общества последствий.

В-пятых, это споры по поводу внесения изменений в учредительные документы.

Учредительные документы представляют собой комплекс правоустанавливающих документов, определяющих индивидуальные особенности юридического лица. В соответствии с действующим законодательством участники юридических лиц вправе обжаловать в суд решение, принятое общим собранием акционеров, учредителей либо иных участников, принятое с нарушением требований правовых актов Российской Федерации, устава общества, в случае, если они не принимали участия в общем собрании акционеров или голосовали против принятия такого решения и указанным решением нарушены их права и законные интересы. Такое заявление может быть подано в течение шести месяцев со дня, когда акционер узнал или должен был узнать о принятом решении. Суд вправе с учетом всех обстоятельств оставить в силе обжалуемое решение, если голосование данного акционера не могло повлиять на результаты голосования, допущенное нарушение не является существенным и нарушение не повлекло причинения убытков данному акционеру. Значительная часть споров данной категории, возникающих в настоящее время в практической деятельности, связана с внесением изменений в учредительные документы, касающихся установления принадлежности долей.

В-шестых, это другие споры.

Данная категория предоставляет возможность отнесения иных видов споров к категории корпоративных, которые подлежат рассмотрению в арбитражных судах. Исходя из анализа правовой дефиниции ст. 225¹ АПК РФ к данной категории можно отнести корпоративные споры, вытекающие из следующих видов правоотношений:

- о созыве общего собрания участников общества;
- об эмиссии ценных бумаг, акций общества;
- связанных с осуществлением деятельности должностными лицами органов управления общества;
- по осуществлению деятельности реестродержателями и т. п.

Постановление Пленума ВАС РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 определяет, что арбитражным судам подведомственны все споры, возникающие между участником общества (товарищества) и обществом (товариществом), вытекающие из деятельности обществ (товариществ) и связанные с осуществлением прав и выполнением обязанностей участниками обществ (товариществ); споры между участниками обществ (товариществ) в случае, если хотя бы один из них является гражданином (не предпринимателем), подлежат рассмотрению арбитражными судами, если эти споры связаны с предпринимательской или иной экономической деятельностью общества (товарищества).

Внесением изменений и дополнений в АПК РФ законодатель, как уже отмечалось, предусмотрел специальную подсудность отдельных категорий дел арбитражным судам независимо от того, являются все участники спора юридическими лицами либо отдельные участники выступают в качестве физических лиц. Обязательным условием при определении подсудности в данном случае является непосредственная связь спора с осуществлением деятельности юридическим лицом; если же спор вытекает из трудовой деятельности физического лица — субъекта спора, он не может быть рассмотрен арбитражным судом.

Основными видами корпоративных споров, подсудных арбитражным судам, как уже ранее подчеркивалось, являются:

- 1) споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридического лица.

В основном на практике данный вид споров связан с необходимостью соблюдения предписаний законодательства по совершению обязательных действий в отношении создаваемого юридического лица, например своевременное уведомление налогового органа, государственного органа по статистике, пенсионного фонда и т. п. Законодательно установлены не только перечень и порядок создания, реорганизации и ликвидации юридических лиц, но и сроки совершения отдельных юридически значимых действий, несоблюдение которых влечет применение штрафных санкций, а в ряде случаев судебное разбирательство в отношении указанного юридического лица. При ликвидации юридического лица могут возникать различные виды споров, в том числе и корпоративные. Наиболее частыми,

как показывает практика работы адвокатов в арбитражных судах, являются споры о признании или об установлении в судебном порядке задолженности ликвидируемого лица. В частности, установление задолженности юридического лица, в отношении которого введены процедуры в деле о банкротстве, производится только в судебном порядке, причем в рамках дела о банкротстве, т.е. применительно к данному случаю корпоративный спор может переходить в иную категорию. Его особенностью в данном случае будет являться участие нескольких субъектов, отстаивающих свои права, которые, по их мнению, нарушены ликвидируемым юридическим лицом. При ликвидации юридического лица в добровольном порядке на руководителя должника возлагается обязанность погашения всех долгов, причем закон прямо не предусматривает, в каком порядке будет производиться такое погашение: в добровольном — посредством признания долга либо в судебном — на основании судебного решения;

2) споры, связанные с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паев членов кооперативов, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав, за исключением споров, вытекающих из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, споров, возникающих в связи с разделом наследственного имущества или разделом общего имущества супругов, включающего в себя акции, доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паи членов кооперативов.

Данная категория споров в большинстве своем вызвана изменениями в действующем законодательстве. Так, например, в ряде сельскохозяйственных субъектов распределение паев происходило посредством выделения общей совместной собственности. Действующее законодательство в настоящее время предусматривает необходимость индивидуализации пая каждого участника. Большинство акционерных обществ в настоящее время совершают сделки с акциями и иными ценными бумагами без учета преимущественного права покупки ценных бумаг другими участниками общества. Как показывает анализ судебной практики, данный вид споров является доминирующим. Значительную часть споров составляют и дела по фактам, вытекающим из нарушений порядка перераспределения долей в уставном капитале. Так, в ряде случаев при выходе одного из участников из состава общества и передаче им доли самому обществу указанные доли не перераспределяются между участниками общества, а производится уменьшение уставного капитала, тем самым нарушается преимущественное право участников;

3) споры по искам учредителей, участников, членов юридического лица о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок. В отношении данной категории споров учредители, участники и члены юридического лица выступают в качестве его законных представителей и вправе осуществлять любые действия, направленные на защиту своих прав и интересов в качестве участников общества. Поскольку указанные лица выступают непосредственными «создателями» юридического лица, они заинтересованы в эффективном осуществлении деятельности юридическим лицом, получении от такой деятельности прибыли, в связи с чем вправе обратиться в суд в случае, если их права нарушаются или иным образом ущемляются при осуществлении юридическим лицом текущей деятельности;

4) споры, связанные с назначением или избранием, прекращением, приостановлением полномочий и ответственностью лиц, входящих или входивших в состав органов управления и органов контроля юридического лица, а также споры, возникающие из гражданских правоотношений, между указанными лицами и юридическим лицом в связи с осуществлением, прекращением, приостановлением полномочий указанных лиц.

Поскольку указанные в данном пункте субъекты являются представителями юридического лица в силу закона, их действия в качестве единоличных органов управления или членов коллегиальных органов управления должны быть направлены на достижение предусмотренных уставом юридического лица целей, а также на развитие предприятия, повышение его эффективности и рентабельности. Учитывая, что действия органов управления юридического лица непосредственно нацелены на реализацию основных направлений деятельности предприятия, они отнесены законом к подсудности арбитражных судов независимо от субъектного состава конкретного спорного отношения;

5) споры, связанные с эмиссией ценных бумаг, в том числе с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, решений органов управления эмитента, с оспариванием сделок, совершенных в процессе размещения эмиссионных ценных бумаг, отчетов (уведомлений) об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг.

Эмиссия ценных бумаг в большинстве случаев направлена на развитие юридического лица, однако она непосредственно затрагивает

интересы его собственников, держателей ценных бумаг, поскольку, в частности, влияет на распределение количества голосов обладателей ценных бумаг при принятии решений общими собраниями участников.

Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹ императивной нормой предусматривает порядок эмиссии ценных бумаг. В качестве одного из обязательных условий эмиссии предполагается предоставление информации о возможном изменении доли участия акционеров в уставном капитале эмитента в результате размещения эмиссионных ценных бумаг, о расходах, связанных с эмиссией ценных бумаг. Немаловажное значение имеет также определение способа и порядка возврата средств, полученных в оплату размещаемых эмиссионных ценных бумаг, в случае признания выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг несостоявшимся или недействительным, а также в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. В настоящее время указанные виды отношений являются наиболее спорными в рамках рассматриваемого вида корпоративных споров;

б) споры, вытекающие из деятельности держателей реестра владельцев ценных бумаг, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, с осуществлением держателем реестра владельцев ценных бумаг иных прав и обязанностей, предусмотренных федеральным законом в связи с размещением и (или) обращением ценных бумаг. В обязанности регистратора, согласно Положению о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утв. постановлением ФКЦБ России от 2 октября 1997 г. № 27², входят следующие действия:

- осуществлять открытие лицевых счетов в порядке, предусмотренном указанным Положением;
- исполнять операции по лицевым счетам в порядке и сроки, предусмотренные данным Положением;
- устанавливать размер оплаты за оказание услуг в соответствии с требованиями нормативных актов Федеральной комиссии;
- принимать передаточное распоряжение, если оно предоставлено зарегистрированным лицом, передающим ценные бумаги, или лицом, на лицевой счет которого должны быть зачислены ценные бумаги, или уполномоченным представителем одного из этих лиц, или иным способом в соответствии с правилами ведения реестра;
- осуществлять проверку полномочий лиц, подписавших документы;

¹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

² Вестник ФКЦБ России. 1997. № 7.

- осуществлять сверку подписи на распоряжениях;
- ежедневно осуществлять сверку количества, категории (типа), вида, государственного регистрационного номера выпуска размещенных ценных бумаг с количеством ценных бумаг, учитываемых на счетах зарегистрированных лиц, эмиссионном счете эмитента, лицевом счете эмитента;
- предоставлять информацию из реестра в порядке, установленном упомянутым Положением;
- соблюдать установленный нормативными актами Федеральной комиссии порядок передачи реестра при прекращении действия договора с эмитентом;
- в течение времени, установленного правилами ведения реестра, но не менее чем четыре часа каждый рабочий день недели (включая обособленные подразделения регистратора) обеспечивать эмитенту, зарегистрированным лицам, уполномоченным представителям возможность предоставления распоряжений и получения информации из реестра;
- по распоряжению эмитента или лиц, имеющих на это право в соответствии с законодательством Российской Федерации, предоставлять им список лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров;
- по распоряжению эмитента предоставлять ему список лиц, имеющих право на получение доходов по ценным бумагам;
- информировать зарегистрированных лиц по их запросам о правах, закрепленных ценными бумагами, и о способах и порядке осуществления этих прав;
- обеспечить хранение в течение сроков, установленных нормативными актами Федеральной комиссии и вышеназванным Положением, документов, являющихся основанием для внесения записей в реестр;
- хранить информацию о зарегистрированном лице не менее трех лет после списания со счета зарегистрированного лица всех ценных бумаг.

В случае утраты регистрационного журнала и данных лицевых счетов, зафиксированных на бумажных носителях и (или) с использованием электронных баз данных, регистратор обязан:

- уведомить об этом Федеральную комиссию в письменной форме в срок не позднее следующего дня с даты утраты;
- опубликовать сообщение в средствах массовой информации о необходимости предоставления зарегистрированными лицами документов в целях восстановления утраченных данных реестра;

— принять меры к восстановлению утраченных данных в реестре в 10-дневный срок с момента утраты.

Регистратор обязан отказать во внесении записей в реестр в следующих случаях:

— не представлены все документы, необходимые для внесения записей в реестр в соответствии с Положением о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг;

— представленные документы не содержат всей необходимой в соответствии с указанным Положением информации либо содержат информацию, не соответствующую имеющейся в документах, представленных регистратору в соответствии с п. 7.1 данного Положения;

— операции по счету зарегистрированного лица, в отношении которого предоставлено распоряжение о списании ценных бумаг, заблокированы;

— в реестре отсутствует анкета зарегистрированного лица с образцом его подписи, документы не представлены лично зарегистрированным лицом, подпись на распоряжении не заверена одним из предусмотренных в названном Положении способов;

— у регистратора есть существенные и обоснованные сомнения в подлинности незаверенной подписи на документах, когда документы не представлены лично зарегистрированным лицом, передающим ценные бумаги, или его уполномоченным представителем;

— в реестре не содержится информация о лице, передающем ценные бумаги, и (или) о ценных бумагах, в отношении которых предоставлено распоряжение о внесении записей в реестр, и отсутствие этой информации не связано с ошибкой регистратора;

— количество ценных бумаг, указанных в распоряжении или ином документе, являющемся основанием для внесения записей в реестр, превышает количество ценных бумаг, учитываемых на лицевом счете зарегистрированного лица;

— стороны по сделке не оплатили или не предоставили гарантии по оплате услуг регистратора в размере, установленном преysкурантом регистратора.

Регистратор не имеет права:

— аннулировать внесенные в реестр записи;

— прекращать исполнение надлежащим образом оформленного распоряжения по требованию зарегистрированного лица или его уполномоченного представителя;

— отказать во внесении записей в реестр из-за ошибки, допущенной регистратором или эмитентом;

— при внесении записи в реестр предъявлять требования к зарегистрированным лицам и приобретателям ценных бумаг, не предусмотренные законодательством Российской Федерации и Положением о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг.

Регистратор обязан раскрывать заинтересованным лицам информацию о своей деятельности. К данной информации относятся:

— место нахождения, почтовый адрес, номер телефона и факса регистратора;

— перечень эмитентов, реестры которых ведет регистратор;

— место нахождения и почтовый адрес трансфер-агента регистратора;

— почтовый адрес и полномочия обособленного подразделения регистратора;

— формы документов для проведения операций в реестре;

— правила ведения реестра;

— прейскурант цен на услуги регистратора;

— фамилия, имя, отчество руководителя исполнительного органа регистратора и его обособленного подразделения;

7) споры о созыве общего собрания участников юридического лица. Данная категория споров предполагает действия уполномоченных субъектов, которыми по смыслу ст. 225¹ АПК РФ являются участники (учредители) юридического лица в случае нарушения сроков и порядка созыва общего собрания. Однако при разработке и принятии данных правовых норм Верховный Суд РФ высказал иную точку зрения, указав в качестве поправки возможность рассмотрения арбитражными судами споров о созыве общего собрания участников коммерческой организации, обосновывая данное уточнение необходимостью соблюдения положений о подсудности дел, установленной Конституцией РФ и федеральными конституционными законами России.

Верховный Суд РФ указал, что отнесение всех споров о созыве общего собрания вступает в противоречие с действующими правовыми предписаниями. Однако данная поправка не была воспринята в рамках ст. 225¹ АПК РФ. Такое положение вещей объясняется тем, что к компетенции арбитражного суда в качестве корпоративного спора относятся споры о созыве общих собраний участников юридических лиц, поскольку такие споры непосредственно связаны с экономической деятельностью юридического лица, решения общего собрания нацелены на определение основных направлений осуществления юридическим лицом своей экономической деятельности. В соответствии с действующим законодательством некоммерческие организации вправе осуществлять коммерческую деятельность, если такая деятельность

направлена на достижение основных уставных целей, ради реализации которых создано юридическое лицо;

8) споры об обжаловании решений органов управления юридического лица. Решение органа управления юридического лица может быть признано судом недействительным по заявлению заинтересованного лица при условии выявления нарушений действующего законодательства при его принятии. Однако признание решения органа управления недействительным является правом, а не обязанностью суда. При всестороннем и полном рассмотрении обстоятельств дела суд может как признать решение недействительным, так и оставить его в силе. Основаниями для отнесения конкретного спора к компетенции арбитражного суда являются его неразрывная связь с экономической деятельностью юридического лица и направленность на достижение определенных результатов такой деятельности. При отсутствии такого фактора в соответствии с нормами Конституции РФ и другими законами России данный спор может быть отнесен к подсудности суда общей юрисдикции;

9) споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью. В большинстве случаев деятельность нотариуса применительно к перераспределению долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью сводится к удостоверению свободы волеизъявления сторон в сделке, а также подлинности подписей на документах. Данный вид споров составляет незначительную часть корпоративных споров, поскольку законодательно предусмотрены меры ответственности не только к участникам общества, не соблюдающим требования действующего законодательства, но и к нотариусам, не исполняющим обязательных правовых предписаний. Зачастую такие споры возникают в связи с отказом нотариуса в удостоверении сделки. Как правило, основанием для такого отказа выступает непредставление или представление в неполном объеме документов, необходимых для совершения юридически значимого действия нотариусом.

В большинстве случаев, как мы полагаем, ст. 225¹ АПК РФ затрагивает компетенцию не только арбитражных судов, но и судов общей юрисдикции, в связи с чем необходимы:

- внесение соответствующих изменений в положения действующего законодательства, определяющего подсудность различных видов судов;

- четкое определение границы подсудности корпоративных споров, поскольку установление взаимосвязи спора с экономической деятельностью юридического лица является на практике затрудни-

тельным и может быть произведено в ряде случаев только решением суда, что сопряжено с затягиванием судебного разбирательства дела по существу, а также с дополнительными расходами на проведение судебных процедур. В настоящее время законодательно предусмотрено лишь одна оговорка, способствующая определению подсудности спора: если дело связано с осуществлением трудовой деятельности, оно подсудно судам общей юрисдикции, если с экономической деятельностью — арбитражным судам.

Существует и еще одна проблема, связанная с определением подведомственности дел арбитражным судам и судам общей юрисдикции. Это трудовые споры. Согласно установившейся практике дела по трудовым спорам между акционером — физическим лицом и акционерным обществом, участником иного хозяйственного формирования и этим хозяйственным формированием подведомственны судам общей юрисдикции. Вопрос о том, является ли возникший спор между указанными субъектами трудовым, судам необходимо решать на основании ст. 381 ТК РФ, согласно которой индивидуальный трудовой спор — это неурегулированные разногласия между работодателем и работником по вопросам применения законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашения, трудового договора, о которых заявлено в орган по рассмотрению трудовых споров.

Адвокатам следует иметь в виду, что в ст. 22 ГПК РФ, как уже отмечалось нами ранее, содержится коллизийная норма о том, что при взаимосвязи нескольких требований, если хотя бы одно из них подведомственно суду общей юрисдикции, а другие — арбитражному суду, дело подведомственно суду общей юрисдикции. Указанная статья допускает и разъединение требований, если они могут быть рассмотрены отдельно. В этом случае судья выносит определение о принятии требований, подведомственных суду общей юрисдикции, и об отказе в принятии требований, подведомственных арбитражному суду.

Необходимо учитывать, что полного завершенного разграничения предметов ведения между судами общей юрисдикции и арбитражными судами достичь не удалось. Скажем, спор из договора подряда, который был заключен между гражданами, не имеющими статуса предпринимателя, будет рассматриваться судом общей юрисдикции. Спор между гражданином-предпринимателем и организацией, касающийся их взаимоотношений в соответствии с Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей», когда товар приобретался гражданином не для целей предпринимательства, будет также рассматриваться судом общей юрисдикции.

§ 4. Особенности участия адвоката в арбитражном суде первой инстанции. Исковое производство

Важным направлением работы адвоката по оказанию правовой помощи является его участие в арбитражном судопроизводстве, включая первую инстанцию арбитражного суда, апелляционный суд, кассационную инстанцию, а также Судебную коллегию Верховного Суда РФ (в порядке, определяемом ст. 291¹–291¹⁵ АПК РФ).

Наибольшее количество недочетов допускается адвокатами на стадии производства в первой инстанции арбитражного суда. И в первую очередь это касается правил и процедур предъявления иска.

Когда клиент приходит к адвокату с просьбой о правовой помощи по хозяйственному спору или иному спору, подведомственному арбитражному суду, следует прежде всего выяснить ряд важных обстоятельств, которые могут напрямую влиять на возможность подачи иска.

В первую очередь адвокат выясняет вопрос о подсудности предполагаемого спора.

По общему правилу иск предъявляется в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства ответчика (ст. 35 АПК РФ).

Допускается подсудность по выбору истца (ст. 36 АПК РФ).

Так, иск к ответчику, место нахождения или место жительства которого неизвестно, может быть предъявлен в арбитражный суд по месту нахождения его имущества либо по его последнему известному месту нахождения или месту жительства в Российской Федерации.

Иск к ответчикам, находящимся или проживающим на территориях разных субъектов Российской Федерации, предъявляется в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства одного из ответчиков.

Иск к ответчику, находящемуся или проживающему на территории иностранного государства, может быть предъявлен в арбитражный суд по месту нахождения на территории Российской Федерации имущества ответчика.

Иск, вытекающий из договора, в котором указано место его исполнения, может быть предъявлен также в арбитражный суд по месту исполнения договора.

Иск к юридическому лицу, вытекающий из деятельности его филиала, представительства, расположенных вне места нахожде-

ния юридического лица, может быть предъявлен в арбитражный суд по месту нахождения юридического лица или его филиала, представительства.

Иски о возмещении убытков, причиненных столкновением судов, взыскании вознаграждения за оказание помощи и спасание на море могут предъявляться в арбитражный суд по месту нахождения судна ответчика или порта приписки судна ответчика либо по месту причинения убытков.

Выбор между арбитражными судами, которым согласно ст. 36 АПК РФ подсудно дело, принадлежит истцу.

В соответствии со ст. 37 АПК РФ подсудность, установленная ст. 35 и 36 АПК РФ, может быть изменена по соглашению сторон до принятия арбитражным судом заявления к своему производству.

Важно определить, не подлежит ли планируемый для подачи в арбитражный суд иск рассмотрению по правилам ст. 38 АПК РФ, которая регулирует вопросы исключительной подсудности.

Согласно этой статье:

- иски о правах на недвижимое имущество предъявляются в арбитражный суд по месту нахождения этого имущества;

- иски о правах на морские и воздушные суда, суда внутреннего плавания, космические объекты предъявляются в арбитражный суд по месту их государственной регистрации;

- иск к перевозчику, вытекающий из договора перевозки грузов, пассажиров и их багажа, в том числе в случае, если перевозчик является одним из ответчиков, предъявляется в арбитражный суд по месту нахождения перевозчика;

- иск по спору, в котором лицом, участвующим в деле, является арбитражный суд, предъявляется в Арбитражный суд Московской области, за исключением случая, если лицом, участвующим в деле, является арбитражный суд, расположенный на территории Московского судебного округа. В этом случае иск предъявляется в Арбитражный суд Тверской области;

- заявление о признании должника банкротом подается в арбитражный суд по месту нахождения должника;

- исковое заявление или заявление по спору, указанному в ст. 225¹ АПК РФ, подается в арбитражный суд по месту нахождения юридического лица, указанного в ст. 225¹ АПК РФ;

- заявление об установлении фактов, имеющих юридическое значение, подается в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства заявителя, за исключением заявления об установлении фактов, имеющих юридическое значение для возникновения, изме-

нения или прекращения прав на недвижимое имущество, которое подается в суд по месту нахождения недвижимого имущества;

- заявление об оспаривании решений и действий (бездействия) судебного пристава-исполнителя подается в арбитражный суд по месту нахождения судебного пристава-исполнителя;

- заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства, подаются в арбитражный суд по месту государственной регистрации на территории Российской Федерации организации-ответчика;

- заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства и не имеющими государственной регистрации на территории Российской Федерации, подаются в Арбитражный суд Московской области;

- заявление о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений подается стороной, в пользу которой состоялось решение иностранного суда, в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника;

- встречный иск независимо от его подсудности предъявляется в арбитражный суд по месту рассмотрения первоначального иска.

Если в договоре, неисполнение или ненадлежащее исполнение условий которого является предметом спора между двумя хозяйствующими субъектами, указано, что этот спор подлежит рассмотрению в конкретном арбитражном суде, то этот спор должен будет рассматриваться именно в этом суде (так называемая арбитражная оговорка), если только это положение договора о месте разрешения спора не противоречит требованиям ст. 38 АПК РФ.

Еще один важный вопрос, который подлежит изучению при обращении к адвокату за юридической помощью по поводу хозяйственного спора, — это вопрос определения сроков исковой давности. Нередки случаи, когда к адвокату приходит потенциальный клиент, показывает имеющиеся у него документы и просит подготовить соответствующий иск в арбитражный суд. Когда адвокат начинает изучать такие документы, то очень быстро убеждается, что пропущены все мыслимые и немыслимые сроки исковой давности.

Следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 196 ГК РФ общий срок исковой давности составляет три года со дня, определяемого в соответствии со ст. 200 данного Кодекса.

Срок исковой давности не может превышать 10 лет со дня нарушения права, для защиты которого этот срок установлен, за исключением случаев, установленных Федеральным законом от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»¹.

Согласно ст. 18 названного Закона возмещение вреда, включая моральный вред, причиненного в результате террористического акта, осуществляется в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о гражданском судопроизводстве, за счет средств лица, совершившего террористический акт, а также за счет средств его близких родственников, родственников и близких лиц при наличии достаточных оснований полагать, что деньги, ценности и иное имущество получены ими в результате террористической деятельности и (или) являются доходом от такого имущества. На требование о возмещении вреда, причиненного в результате террористического акта жизни или здоровью граждан, исковая давность не распространяется. Срок исковой давности по требованиям о возмещении вреда, причиненного имуществу в результате террористического акта, устанавливается в пределах сроков давности привлечения к уголовной ответственности за совершение указанного преступления.

Для отдельных видов требований законом могут устанавливаться специальные сроки исковой давности, сокращенные или более длительные по сравнению с общим сроком (ст. 197 ГК РФ).

Например, согласно п. 10 ст. 152 ГК РФ срок исковой давности по требованиям, предъявляемым в связи с распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию гражданина в средствах массовой информации, составляет один год со дня опубликования таких сведений в соответствующих средствах массовой информации.

Следует иметь в виду, что сроки исковой давности и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон.

Течение срока исковой давности приостанавливается (ст. 202 ГК РФ):

- 1) если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство (непреодолимая сила);
- 2) если истец или ответчик находится в составе Вооруженных Сил РФ, переведенных на военное положение;
- 3) в силу установленной на основании закона Правительством РФ отсрочки исполнения обязательств (мораторий);

¹ СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1146.

4) в силу приостановления действия закона или иного правового акта, регулирующих соответствующее отношение.

Течение срока исковой давности приостанавливается при условии, что указанные в п. 1 ст. 202 ГК РФ обстоятельства возникли или продолжали существовать в последние шесть месяцев срока исковой давности, а если этот срок равен шести месяцам или менее шести месяцев — в течение срока исковой давности.

Если стороны прибегли к предусмотренной законом процедуре разрешения спора во внесудебном порядке (процедура медиации, посредничество, административная процедура и т. п.), течение срока исковой давности приостанавливается на срок, установленный законом для проведения такой процедуры, а при отсутствии такого срока — на шесть месяцев со дня начала соответствующей процедуры.

Со дня прекращения обстоятельства, послужившего основанием приостановления течения срока исковой давности, течение ее срока продолжается. Остающаяся часть срока исковой давности, если она составляет менее шести месяцев, удлиняется до шести месяцев, а если срок исковой давности равен шести месяцам или менее шести месяцев — до срока исковой давности.

Если все же сроки исковой давности пропущены, в исключительных случаях, когда суд признает уважительной причину пропуска срока исковой давности по обстоятельствам, связанным с личностью истца (тяжелая болезнь, беспомощное состояние, неграмотность и т. п.), нарушенное право гражданина подлежит защите. Причины пропуска срока исковой давности могут признаваться уважительными, если они имели место в последние шесть месяцев срока давности, а если этот срок равен шести месяцам или менее шести месяцев — в течение срока давности (ст. 205 ГК РФ).

Следует иметь в виду, что согласно ст. 208 ГК РФ исковая давность не распространяется на:

- требования о защите личных неимущественных прав и других нематериальных благ, кроме случаев, предусмотренных законом;
- требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов;
- требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Однако требования, предъявленные по истечении трех лет с момента возникновения права на возмещение такого вреда, удовлетворяются за прошлое время не более чем за три года, предшествовавшие предъявлению иска, за исключением случаев, предусмотренных Федеральным законом «О противодействии терроризму»;

— требования собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения (ст. 304 ГК РФ);

— другие требования в случаях, установленных законом.

Весьма важным обстоятельством, связанным с подготовкой документов к подаче иска в арбитражный суд, является изучение вопроса о соблюдении в необходимых случаях досудебного урегулирования спора.

В заключенном между сторонами хозяйственном договоре может содержаться специальный пункт об обязательном досудебном урегулировании спора путем заявления претензии, которая рассматривается сторонами в устанавливаемые договором сроки. Это очень важный момент. Несоблюдение досудебного порядка урегулирования хозяйственного спора приведет к оставлению арбитражным судом поданного с нарушением этого порядка иска без рассмотрения (ст. 148 АПК РФ).

Также будет оставлен без рассмотрения иск, поданный в арбитражный суд без соблюдения досудебного порядка урегулирования хозяйственного спора, установленного законодательством Российской Федерации, другими нормативными юридическими актами.

Обязательный досудебный порядок урегулирования споров предусмотрен:

— Кодексом торгового мореплавания РФ (ст. 405–407);

— Кодексом внутреннего водного транспорта РФ (ст. 161);

— Уставом автомобильного транспорта и городского электрического наземного транспорта, утв. Федеральным законом от 8 ноября 2007 г. № 259-ФЗ¹ (ст. 39);

— Уставом железнодорожного транспорта РФ, утв. Федеральным законом от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ² (ст. 118);

— Федеральным законом от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»³ (ст. 44), а также иными нормативными юридическими актами.

Выяснив все вышеперечисленные обстоятельства, адвокат по просьбе клиента приступает к процедуре подачи иска в арбитражный суд.

В соответствии со ст. 125 АПК РФ исковое заявление подается в арбитражный суд в письменной форме. Исковое заявление подписывается истцом или его представителем. Исковое заявление также может быть подано в арбитражный суд посредством заполнения формы,

¹ СЗ РФ. 2007. № 46. Ст. 5555.

² СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170.

³ СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895.

размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В исковом заявлении должны быть указаны:

- 1) наименование арбитражного суда, в который подается исковое заявление;
- 2) наименование истца, его место нахождения; если истцом является гражданин, его место жительства, дата и место его рождения, место его работы или дата и место его государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, номера телефонов, факсов, адреса электронной почты истца;
- 3) наименование ответчика, его место нахождения или место жительства;
- 4) требования истца к ответчику со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты, а при предъявлении иска к нескольким ответчикам — требования к каждому из них;
- 5) обстоятельства, на которых основаны исковые требования, и подтверждающие эти обстоятельства доказательства;
- 6) цена иска, если иск подлежит оценке;
- 7) расчет взыскиваемой или оспариваемой денежной суммы;
- 8) сведения о соблюдении истцом претензионного или иного досудебного порядка, если он предусмотрен федеральным законом или договором;
- 9) сведения о мерах, принятых арбитражным судом по обеспечению имущественных интересов до предъявления иска;
- 10) перечень прилагаемых документов.

В заявлении должны быть указаны и иные сведения, если они необходимы для правильного и своевременного рассмотрения дела, могут содержаться ходатайства, в том числе ходатайства об истребовании доказательств от ответчика или других лиц.

К исковому заявлению должны быть приложены:

- 1) уведомление о вручении или иные документы, подтверждающие направление другим лицам, участвующим в деле, копий искового заявления и приложенных к нему документов, которые у других лиц, участвующих в деле, отсутствуют;
- 2) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в установленных порядке и размере или право на получение льготы по уплате государственной пошлины, либо ходатайство о предоставлении отсрочки, рассрочки, об уменьшении размера государственной пошлины;
- 3) документы, подтверждающие обстоятельства, на которых истец основывает свои требования;

4) копии свидетельства о государственной регистрации в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя;

5) доверенность или иные документы, подтверждающие полномочия на подписание искового заявления;

6) копии определения арбитражного суда об обеспечении имущественных интересов до предъявления иска;

7) документы, подтверждающие соблюдение истцом претензионного или иного досудебного порядка, если он предусмотрен федеральным законом или договором;

8) проект договора, если заявлено требование о понуждении заключить договор;

9) выписка из Единого государственного реестра юридических лиц или Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей с указанием сведений о месте нахождения или месте жительства истца и ответчика и (или) приобретении физическим лицом статуса индивидуального предпринимателя либо прекращении физическим лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя или иной документ, подтверждающий указанные сведения или отсутствие таковых. Такие документы должны быть получены не ранее чем за 30 дней до дня обращения истца в арбитражный суд.

Документы, прилагаемые к исковому заявлению, могут быть представлены в арбитражный суд в электронном виде.

Важным вопросом, который должен быть решен при подаче искового заявления в суд, является вопрос об обеспечительных мерах.

Следует иметь в виду, что согласно ст. 99 АПК РФ суд по заявлению организации или гражданина вправе принять предварительные обеспечительные меры, направленные на обеспечение имущественных интересов заявителя до предъявления иска.

Предварительные обеспечительные меры принимаются арбитражным судом по правилам, установленным ст. 99 АПК РФ.

Заявление об обеспечении имущественных интересов подается в арбитражный суд по месту нахождения заявителя, либо по месту нахождения денежных средств или иного имущества, в отношении которых заявитель ходатайствует о принятии мер по обеспечению имущественных интересов, либо по месту нарушения прав заявителя.

Заявление об обеспечении имущественных интересов по спору, указанному в ст. 225¹ АПК РФ, подается в арбитражный суд по месту нахождения юридического лица, указанного в данной статье, а в случае, если такой спор вытекает из деятельности держателя реестра владельцев ценных бумаг, — по месту нахождения эмитента ценных бумаг.

При подаче заявления об обеспечении имущественных интересов заявитель представляет в арбитражный суд документ, подтверждающий произведенное встречное обеспечение в размере указанной в заявлении суммы обеспечения имущественных интересов.

В случае непредставления указанного документа арбитражный суд вправе предложить заявителю предоставить встречное обеспечение в соответствии со ст. 94 АПК РФ и оставляет заявление об обеспечении имущественных интересов без движения по правилам ст. 128 АПК РФ до представления документа, подтверждающего произведенное встречное обеспечение.

Об обеспечении имущественных интересов арбитражный суд выносит определение. В определении устанавливается срок, не превышающий 15 дней со дня вынесения определения, для подачи искового заявления по требованию, в связи с которым судом приняты меры по обеспечению имущественных интересов заявителя.

Должник по требованию, в связи с которым арбитражным судом приняты предварительные обеспечительные меры, может ходатайствовать перед судом о замене этих мер встречным обеспечением в соответствии с ч. 2 ст. 94 АПК РФ.

Исковое заявление подается заявителем в арбитражный суд, который вынес определение об обеспечении имущественных интересов, или иной суд, о чем заявитель сообщает арбитражному суду, вынесшему указанное определение.

Если заявителем не было подано исковое заявление в срок, установленный в определении арбитражного суда об обеспечении имущественных интересов, обеспечение отменяется тем же арбитражным судом.

Об отмене обеспечения имущественных интересов выносится определение.

Копии определения направляются заявителю и иным заинтересованным лицам не позднее следующего дня после дня вынесения определения.

В случае подачи заявителем искового заявления по требованию, в связи с которым арбитражным судом приняты меры по обеспечению имущественных интересов заявителя, эти меры действуют как меры по обеспечению иска.

Организация или гражданин, права и (или) законные интересы которых нарушены обеспечением имущественных интересов до предъявления иска, вправе требовать по своему выбору от заявителя возмещения убытков или выплаты компенсации в порядке, предусмотренном ст. 98 АПК РФ, если заявителем в установленный судом срок не было подано исковое заявление по требованию, в связи с которым арбитраж-

ным судом были приняты меры по обеспечению его имущественных интересов, или если вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда в иске отказано.

Адвокат, представляющий интересы истца, обязан направить другим лицам, участвующим в деле, копии искового заявления и прилагаемых к нему документов, которые у них отсутствуют, заказным письмом с уведомлением о вручении.

Необходимо обратить внимание на то, что в соответствии с ч. 2 ст. 125 АПК РФ в исковом заявлении могут быть указаны, если это необходимо для правильного и своевременного рассмотрения дела, в том числе номера телефонов, факсов, адреса электронной почты, а также могут содержаться ходатайства, в том числе ходатайства об истребовании доказательств от ответчика или других лиц.

Кроме того, в соответствии с ч. 3 ст. 125 АПК РФ истец (или его адвокат) не просто обязан направить другим лицам, участвующим в деле, копии искового заявления и прилагаемых к нему документов, которые у них отсутствуют. Адвокат, действующий в интересах истца, должен направить перечисленные документы заказным письмом с уведомлением о вручении.

Следует иметь в виду, что в АПК РФ не содержится института отказа в принятии искового заявления. Однако арбитражный судья может оставить исковое заявление без движения. Теперь в арбитражном процессе, как и в гражданском, допускается исправление нарушенной формы или содержания искового заявления, а также его неправильной оплаты (ст. 128 АПК РФ)¹. В определении об оставлении искового заявления без движения арбитражный суд должен указать основания оставления искового заявления без движения и срок, в течение которого адвокат, представляющий интересы истца, должен устранить обстоятельства, послужившие основанием для оставления искового заявления без движения.

Копия данного определения направляется истцу не позднее следующего дня после дня его вынесения. В случае, если обстоятельства, послужившие основанием для оставления искового заявления без движения, будут устранены в срок, установленный в определении арбитражного суда, заявление будет считаться поданным в день его первоначального поступления в суд и принимается к производству арбитражного суда.

¹ Аналогичные нормы имеются в гл. 34 (ст. 263 «Оставление апелляционной жалобы без движения») и 35 (ст. 280 «Оставление кассационной жалобы без движения») АПК РФ.

Поданное адвокатом с нарушением установленных законом правил исковое заявление в арбитражный суд и последующее оставление этого искового заявления без движения, бесспорно, могут негативно отразиться на дальнейших взаимоотношениях адвоката и клиента по поводу оказания последнему квалифицированной юридической помощи. Поэтому, по нашему мнению, несоблюдение адвокатом простых, казалось бы, формальностей по поводу подачи иска в арбитражный суд может перерасти в дальнейшем в серьезный конфликт между адвокатом и клиентом, привести к расторжению соглашения на оказание правовой помощи. От этого может пострадать не только имидж самого адвоката, но также и авторитет адвокатского формирования, которое представляет данный адвокат, если только он не выступает в личном качестве как лицо, возглавляющее адвокатский кабинет.

Необходимо отметить, что с момента принятия АПК РФ в июле 2002 г. некоторое время существовала достаточно обширная практика запрета арбитражными судами проведения общих собраний акционеров, что негативно сказывалось на хозяйственной деятельности акционерных обществ различных типов. Неслучайно поэтому, как уже отмечалось, через год было принято постановление Пленума ВАС РФ от 9 июля 2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров»¹.

В частности, в данном Постановлении было указано, что «запрещение проводить общее собрание акционеров фактически означает запрет акционерному обществу осуществлять свою деятельность в той части, в какой она осуществляется посредством принятия решений общим собранием. Такая мера по своему содержанию противоречит смыслу обеспечительных мер, имеющих своей целью защиту интересов заявителя, а не лишение другого лица возможности и права осуществлять свою законную деятельность. Поэтому суд не может в порядке принятия обеспечительных мер по спорам об обжаловании решений органов управления акционерного общества, о признании недействительными сделок с акциями общества, о применении последствий недействительности таких сделок, о признании недействительным выпуска акций акционерного общества, а также по иным спорам запрещать акционерному обществу, его органам или акционерам проводить годовое или внеочередное общее собрание акционеров. Суд также не может принимать обеспечительные меры, фактически означающие запрет на проведение общего собрания акционеров, в том числе созы-

¹ Вестник ВАС РФ. 2003. № 9.

вать общее собрание, составлять список акционеров, имеющих право на участие в общем собрании акционеров, предоставлять помещения для проведения собрания, рассылать бюллетени для голосования, подводить итоги голосования по вопросам повестки дня».

Важным этапом рассмотрения иска, поданного адвокатом от имени клиента, является подготовка дела к судебному разбирательству.

В соответствии с ч. 1 ст. 133 АПК РФ задачами подготовки дела к судебному разбирательству являются определение характера спорного правоотношения и подлежащего применению законодательства, обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела; разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле, и других участников арбитражного процесса; оказание содействия лицам, участвующим в деле, в представлении необходимых доказательств; примирение сторон.

Подготовка дела к судебному разбирательству проводится судьей единолично по каждому делу, находящемуся в производстве арбитражного суда первой инстанции, в целях обеспечения его правильного и своевременного рассмотрения (ч. 2 ст. 133 АПК РФ).

Арбитражный суд первой инстанции после принятия заявления к производству выносит определение о подготовке дела к судебному разбирательству и указывает сторонам на возможность заявить ходатайство о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей, а также на действия, которые надлежит совершить лицам, участвующим в деле, и сроки совершения этих действий. На подготовку дела к судебному разбирательству может быть указано в определении о принятии заявления к производству.

Подготовка дела к судебному разбирательству проводится в срок, определяемый судьей с учетом обстоятельств конкретного дела и необходимости совершения соответствующих процессуальных действий, и завершается проведением предварительного судебного заседания, если в соответствии с АПК РФ не установлено иное (ст. 134 АПК РФ).

Действующие поправки в ст. 134 АПК РФ, касающиеся сроков подготовки к судебному разбирательству, были внесены Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»¹. Ранее действовавшая редакция данной статьи предусматривала, что подготовка дела к судебному разбирательству должна быть завершена в срок, не превышающий двух месяцев со дня поступления заявления в арбитражный суд, проведением предварительного судебного заседа-

¹ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4197.

ния, если в соответствии с АПК РФ не установлено иное. Полагаем, что прежняя редакция ст. 134 АПК РФ в большей степени препятствовала появлению волокиты при рассмотрении конкретных дел в арбитражных судах, а изъятие из текста этой статьи конкретного срока, в течение которого судья должен был завершить подготовку к делу, является абсолютно неоправданным. Во всяком случае, адвокаты в процессе своей профессиональной деятельности по защите интересов доверителей в арбитражных судах неоднократно сталкивались с немотивированным затягиванием арбитражными судьями процедуры подготовки к судебному заседанию. Как правило, в обоснование этого затягивания приводился один-единственный довод: у судьи чрезвычайно много дел в производстве.

Мы с пониманием относимся к действительно очень большой загруженности судей арбитражных судов. Достаточно зайти в помещение Арбитражного суда г. Москвы и посмотреть у дверей зала заседаний любого судьи список дел, которые судья должен рассмотреть в течение одного рабочего дня, чтобы убедиться в правдивости данного тезиса. Однако этим ни в коей мере нельзя оправдать волокиту при рассмотрении конкретных дел. И здесь можно говорить не только о чисто рабочих моментах работы судей арбитражных судов, но также и о несовершенстве законодательства.

Законодатель вменил, как отмечалось ранее, арбитражным судам рассмотрение любых споров, относящихся к их юрисдикции.

Мы не считаем, что такие споры должны рассматриваться исключительно в ином порядке (например, судами общей юрисдикции), однако полагаем, что частично некоторые вопросы, связанные с корпоративными спорами, можно было бы передать для рассмотрения по существу в суды общей юрисдикции (в частности, мировым судьям).

Скажем, неужели для того, чтобы рассмотреть спор о создании общества с ограниченной ответственностью с двумя учредителями и участниками, уставный капитал которых составляет 10 тыс. руб., необходимо задействовать всю систему государственного арбитражного судопроизводства, начиная от суда первой инстанции и, возможно, кончая Верховным Судом РФ? Не слишком ли дорого обходятся государству такие процедуры? Думается, что уже сейчас назрела необходимость подобного реформирования подведомственности дел арбитражным судам. И это, как представляется, может существенно «разгрузить» арбитражные суды, а следовательно, повысить их эффективность в принятии решений.

В предварительном судебном заседании дело рассматривается единолично судьей с извещением сторон и других заинтересованных лиц

о времени и месте его проведения. Указанные лица вправе участвовать в предварительном судебном заседании путем использования систем видеоконференц-связи в соответствии со ст. 153¹ АПК РФ.

Данная статья предусматривает, что лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса могут участвовать в судебном заседании путем использования систем видеоконференц-связи при условии заявления ими ходатайства об этом и при наличии в соответствующих арбитражных судах технической возможности осуществления видеоконференц-связи.

В случае удовлетворения ходатайства об участии в судебном заседании путем использования систем видеоконференц-связи арбитражный суд, рассматривающий дело, поручает соответствующему арбитражному суду, при содействии которого заявитель сможет участвовать в таком судебном заседании, организацию видеоконференц-связи в целях участия заявителя в судебном заседании, о чем выносится определение в соответствии со ст. 73 АПК РФ.

Арбитражный суд, осуществляющий организацию видеоконференц-связи, проверяет явку и устанавливает личность явившихся лиц, проверяет их полномочия и выясняет вопрос о возможности их участия в судебном заседании в соответствии с правилами, установленными ч. 2 ст. 153 АПК РФ.

При использовании систем видеоконференц-связи в арбитражном суде, рассматривающем дело, а также в арбитражном суде, осуществляющем организацию видеоконференц-связи, составляется протокол и ведется видеозапись судебного заседания. Материальный носитель видеозаписи судебного заседания направляется в пятидневный срок в суд, рассматривающий дело, и приобщается к протоколу судебного заседания.

Арбитражный суд, рассматривающий дело, может отказать в удовлетворении ходатайства об участии в судебном заседании путем использования систем видеоконференц-связи в случаях, если:

- 1) отсутствует техническая возможность для участия в судебном заседании с использованием систем видеоконференц-связи;
- 2) разбирательство дела осуществляется в закрытом судебном заседании.

При неявке в предварительное судебное заседание надлежащим образом извещенных истца и (или) ответчика, других заинтересованных лиц, которые могут быть привлечены к участию в деле, заседание проводится в их отсутствие.

Арбитражный суд в предварительном судебном заседании:

- 1) разрешает ходатайства сторон;

2) определяет достаточность представленных доказательств, доводит до сведения сторон, какие доказательства имеются в деле;

3) выносит на рассмотрение вопросы, разрешаемые при подготовке дела к судебному разбирательству, и совершает предусмотренные АПК РФ иные процессуальные действия.

В предварительном судебном заседании стороны вправе представлять доказательства, заявлять ходатайства, излагать свои доводы по всем возникающим в заседании вопросам.

Суд по ходатайству лиц, участвующих в деле, вправе объявить перерыв в предварительном судебном заседании на срок не более пяти дней для представления ими дополнительных доказательств.

После завершения рассмотрения всех вынесенных в предварительное судебное заседание вопросов арбитражный суд с учетом мнения сторон и привлекаемых к участию в деле третьих лиц решает вопрос о готовности дела к судебному разбирательству.

Особо хотелось бы выделить то, что в АПК РФ содержится гл. 12 «Судебные извещения».

Долгое время (более семи лет) вопросы о порядке надлежащего извещения лиц, участвующих в деле, и иных участников арбитражного процесса о времени и месте судебного заседания или проведения отдельного процессуального действия путем направления копии судебного акта фактически не были урегулированы. В свою очередь это порождало многочисленные жалобы, приводило к отмене судебных актов, принятых в отсутствие лиц, участвующих в деле, которые не были надлежащим образом извещены о рассмотрении дела.

Именно поэтому адвокаты считают чрезвычайно важным включение в АПК РФ данной главы, подробным образом регламентирующей всю процедуру отправления судом копий судебных актов лицам, участвующим в деле, и иным участникам арбитражного процесса.

Так, согласно ст. 121 АПК РФ лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса должны извещаться арбитражным судом о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия путем направления копии судебного акта в порядке, установленном АПК РФ, не позднее чем за 15 дней до начала судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия, если иное не предусмотрено АПК РФ.

Информация о принятии искового заявления или заявления к производству, о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия должна размещаться арбитраж-

ным судом на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» не позднее чем за 15 дней до начала судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия, если иное не предусмотрено АПК РФ. Документы, подтверждающие размещение арбитражным судом на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» указанных сведений, включая дату их размещения, приобщаются к материалам дела.

Судебный акт, которым извещаются или вызываются участники арбитражного процесса, должен содержать:

- 1) наименование и адрес арбитражного суда, адрес официального сайта арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», номера телефонов арбитражного суда, адреса электронной почты, по которым лица, участвующие в деле, могут получить информацию о рассматриваемом деле;
- 2) время и место судебного заседания или проведения отдельного процессуального действия;
- 3) наименование лица, извещаемого или вызываемого в суд;
- 4) наименование дела, по которому осуществляется извещение или вызов, а также указание, в качестве кого лицо вызывается;
- 5) указание, какие действия и к какому сроку извещаемое или вызываемое лицо вправе или обязано совершить.

В случаях, не терпящих отлагательства, арбитражный суд может известить или вызвать лиц, участвующих в деле, и иных участников арбитражного процесса телефонограммой, телеграммой, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи.

Судебное извещение, адресованное юридическому лицу, направляется арбитражным судом по месту нахождения юридического лица¹. Если иск вытекает из деятельности филиала или представительства юридического лица, такое извещение направляется также по месту нахождения этого филиала или представительства. Место нахождения юридического лица, его филиала или представительства определяется

¹ В силу п. 2 ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации на территории Российской Федерации путем указания наименования населенного пункта (муниципального образования). Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа — иного органа или лица, уполномоченных выступать от имени юридического лица в силу закона, иного правового акта или учредительного документа.

на основании выписки из Единого государственного реестра юридических лиц.

Судебные извещения, адресованные гражданам, в том числе индивидуальным предпринимателям, направляются по месту их жительства¹. При этом место жительства индивидуального предпринимателя определяется на основании выписки из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей.

Если лицо, участвующее в деле, ведет дело через представителя, судебное извещение направляется также по месту нахождения представителя.

Если лицо, участвующее в деле, заявило ходатайство о направлении судебных извещений по иному адресу, арбитражный суд направляет судебное извещение также по этому адресу. В этом случае судебное извещение считается врученным лицу, участвующему в деле, если оно доставлено по указанному таким лицом адресу.

Иностранные лица должны извещаться арбитражным судом по правилам, установленным в гл. 12 АПК РФ, если иное не предусмотрено АПК РФ или международным договором Российской Федерации. Скажем, 15 ноября 1965 г. была принята Конвенция «О вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам»². Российская Федерация присоединилась к этой Конвенции в 2001 г. в соответствии с Федеральным законом от 12 февраля 2001 г. № 10-ФЗ³.

¹ В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» место жительства — это жилой дом, квартира, комната, жилое помещение специализированного жилищного фонда (служебное жилое помещение, жилое помещение в общежитии, жилое помещение маневренного фонда, жилое помещение в доме системы социального обслуживания населения и др.) либо иное жилое помещение, в которых гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору найма специализированного жилого помещения либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, и в которых он зарегистрирован по месту жительства. Местом жительства гражданина, относящегося к коренному малочисленному народу Российской Федерации, ведущего кочевой и (или) полукочевой образ жизни и не имеющего места, где он постоянно или преимущественно проживает, в соответствии с указанным Законом может быть признано одно из поселений, находящихся в муниципальном районе, в границах которого проходят маршруты кочевий данного гражданина (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1227).

² СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4951.

³ СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 615.

Лица, участвующие в деле, после получения определения о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, а лица, вступившие в дело или привлеченные к участию в деле позднее, и иные участники арбитражного процесса после получения первого судебного акта по рассматриваемому делу самостоятельно принимают меры по получению информации о движении дела с использованием любых источников такой информации и любых средств связи.

Лица, участвующие в деле, несут риск наступления неблагоприятных последствий в результате непринятия мер по получению информации о движении дела, если суд располагает информацией о том, что указанные лица надлежащим образом извещены о начавшемся процессе, за исключением случаев, когда лицами, участвующими в деле, меры по получению информации не могли быть приняты в силу чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств.

Следует отметить, что в силу ч. 3 ст. 65 АПК РФ адвокат, участвующий в деле, должен раскрыть доказательства, на которые он ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания или в пределах срока, установленного судом, если иное не установлено АПК РФ.

Кроме того, адвокат вправе ссылаться только на те доказательства, с которыми другие лица, участвующие в деле, были заблаговременно ознакомлены.

В предварительном судебном заседании адвокат, участвующий в деле, вправе представлять доказательства, заявлять ходатайства, излагать свои доводы по всем возникающим в заседании вопросам.

Суд по ходатайству адвоката, участвующего в деле, вправе объявить перерыв в предварительном судебном заседании на срок не более пяти дней для представления им дополнительных доказательств. Этим правом адвокаты в последнее время стали пользоваться достаточно часто, поскольку в процессе предварительного судебного заседания нередко возникают ситуации, когда требуется некоторое время для того, чтобы осмыслить позицию противоположной стороны, провести необходимые срочные консультации с доверителем.

После завершения рассмотрения всех вынесенных в предварительное судебное заседание вопросов арбитражный суд с учетом мнения сторон и привлекаемых к участию в деле третьих лиц решает вопрос о готовности дела к судебному разбирательству, определяет достаточность представленных доказательств, доводит до сведения сторон, какие доказательства имеются в деле (п. 2 ч. 2 ст. 136 АПК РФ).

Кроме того, в соответствии с ч. 2 ст. 66 АПК РФ арбитражный суд вправе предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства, необходимые для выяснения обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела и принятия законного и обоснованного судебного акта до начала судебного заседания. При изменении обстоятельств, подлежащих доказыванию в связи с изменением истцом основания или предмета иска и предъявлением ответчиком встречного иска, арбитражный суд, согласно ч. 3 ст. 66 АПК РФ, вправе установить срок представления дополнительных доказательств.

После завершения рассмотрения всех вынесенных в предварительное заседание вопросов арбитражный суд с учетом мнения сторон и привлекаемых к участию в деле третьих лиц решает вопрос о готовности дела к судебному разбирательству. Признав дело подготовленным, судья заканчивает проведение предварительного судебного заседания и выносит в соответствии с ч. 1 ст. 137 АПК РФ определение о назначении дела к судебному разбирательству.

Адвокаты должны учитывать, что АПК РФ (ст. 137) предусматривает следующую возможность. Если в предварительном судебном заседании присутствуют лица, участвующие в деле, и они не возражают против продолжения рассмотрения дела в судебном заседании арбитражного суда первой инстанции, то суд завершает предварительное заседание и открывает судебное заседание в первой инстанции. Исключения составляют лишь случаи, когда в соответствии с АПК РФ требуется коллегиальное рассмотрение данного дела.

Отметим, что в первой инстанции арбитражного суда коллегиальным составом судей рассматриваются следующие категории дел:

- дела об оспаривании нормативных правовых актов;
- дела, направленные в арбитражный суд первой инстанции на новое рассмотрение с указанием на коллегиальное рассмотрение;
- дела, решения о коллегиальном рассмотрении которых приняты председателем судебного состава в связи с их особой сложностью на основании мотивированного заявления судьи;
- дела, относящиеся к подсудности Суда по интеллектуальным правам.

Следует иметь в виду, что арбитражный суд первой инстанции в составе судьи и двух арбитражных заседателей рассматривает экономические споры и иные дела, возникающие из гражданских и иных правоотношений, если какая-либо из сторон заявит ходатайство о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей. Правовой статус арбитражных заседателей, а также их компетенция помимо АПК РФ

закреплены в Федеральном законе от 30 мая 2001 г. № 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»¹.

Не подлежат рассмотрению с участием арбитражных заседателей дела, предусмотренные ч. 2 ст. 17 АПК РФ, а также дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, и дела особого производства.

Дела в арбитражном суде апелляционной и кассационной инстанций, а также в порядке надзора рассматриваются коллегиально в составе трех или иного нечетного количества судей, если иное не установлено АПК РФ.

При коллегиальном рассмотрении дела один из судей председательствует в судебном заседании.

В случае, если АПК РФ судье предоставлено право единолично рассматривать дела и разрешать отдельные процессуальные вопросы, судья действует от имени арбитражного суда.

Важным этапом работы адвоката по оказанию правовой помощи клиенту является его непосредственное участие в судебном разбирательстве.

Согласно ст. 152 АПК РФ дело должно быть рассмотрено арбитражным судом первой инстанции в срок, не превышающий трех месяцев со дня поступления заявления в арбитражный суд, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и на принятие решения по делу, если АПК РФ не установлено иное.

Данный срок может быть продлен на основании мотивированного заявления судьи, рассматривающего дело, председателем арбитражного суда до шести месяцев в связи с особой сложностью дела, со значительным числом участников арбитражного процесса. И здесь мы вновь возвращаемся к теме затягивания арбитражными судами сроков проведения необходимых судебных процедур, чему способствует, увы, законодательство.

Поскольку, как было отмечено ранее, срок подготовки к судебному заседанию в АПК РФ не установлен, можно предположить, что он может носить весьма длительный характер (например, не менее трех месяцев, если предположить, что с согласия руководителя арбитражного суда общий срок рассмотрения дела составит шесть месяцев), что вряд ли следует признать правильным.

Срок, на который производство по делу было приостановлено или судебное разбирательство было отложено в случаях, предусмотрен-

¹ СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2288.

ных АПК РФ, не включается в срок рассмотрения дела, установленный ч. 1 ст. 152 АПК РФ, но учитывается при определении разумного срока судопроизводства.

Важно знать, что указанный срок исчисляется со дня вынесения определения о назначении дела к судебному разбирательству, если иное не установлено АПК РФ, т. е. после подготовки дела к судебному разбирательству.

В соответствии с положениями п. 3 ч. 2 ст. 153 АПК РФ судья, а при коллегиальном рассмотрении дела судья, председательствующий в судебном заседании, выясняет вопрос о возможности слушания дела. Кроме того, согласно п. 9 ч. 2 ст. 153 АПК РФ судья, а при коллегиальном рассмотрении дела судья, председательствующий в судебном заседании, выясняет, поддерживает ли истец иск, признает ли иск ответчик, не хотят ли стороны закончить дело мировым соглашением. Об этом делаются соответствующие записи в протоколе судебного заседания.

Протокол судебного заседания составляется в письменной форме. Он может быть как написан от руки, так и напечатан на машинке или составлен с использованием компьютера (ч. 4 ст. 155 АПК РФ).

Законом предусмотрена возможность ведения арбитражным судом стенографической записи, а также аудио- и (или) видеозаписи судебного заседания. В данном случае в протоколе судебного заседания делается отметка об использовании технических средств записи судебного заседания, а материальные носители аудио- и видеозаписи приобщаются к протоколу судебного заседания.

Адвокат по ходу судебного процесса вправе ходатайствовать об отложении судебного разбирательства. Срок отложения не должен превышать один месяц. В соответствии с ч. 10 ст. 158 АПК РФ судебное разбирательство в новом судебном заседании возобновляется с того момента, с которого оно было отложено, и повторное рассмотрение доказательств, исследованных до отложения судебного разбирательства, не производится.

При этом стоит отметить, что, как правило, месячный срок отложения арбитражными судами не соблюдается.

Перерыв в судебном заседании в соответствии со ст. 163 АПК РФ арбитражный суд может объявить по ходатайству адвоката, иного лица, участвующего в деле, или по своей инициативе. Установлено, что перерыв в судебном заседании может быть объявлен на срок, не превышающий пяти дней. После окончания перерыва судебное заседание продолжается, а повторное рассмотрение исследованных до перерыва доказательств не проводится, в том числе и при замене представителей лиц, участвующих в деле.

Важная функция адвоката в арбитражном процессе — надлежащее участие в судебных прениях. Судебные прения состоят из устных выступлений лиц, участвующих в деле, и их представителей, включая в первую очередь адвокатов. В своем выступлении в прениях адвокат обосновывает свою позицию по делу. Адвокат, равно как и другие участники судебных прений, не вправе ссылаться на обстоятельства, которые судом не выяснялись, и на доказательства, которые не исследовались в судебном заседании или признаны судом недопустимыми. После выступления адвоката в судебных прениях он вправе выступить с репликой. Право последней реплики всегда принадлежит ответчику и (или) его адвокату.

Если арбитражный суд во время или после судебных прений признает необходимость выяснить дополнительные обстоятельства или исследовать новые доказательства, суд возобновляет исследование доказательств, на что указывает в протоколе судебного заседания.

Резолютивная часть решения арбитражного суда по рассмотренному делу оглашается судом в день принятия данного решения по существу. Изготовление же решения в полном объеме может быть отложено на срок, не превышающий пяти дней. Датой же принятия решения в полном объеме считается дата его изготовления. Именно с этой даты и будут исчисляться соответствующие процессуальные сроки.

ГЛАВА VIII. УЧАСТИЕ АДВОКАТА НА СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И ИЗБРАНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ПОДОЗРЕВАЕМОГО (ОБВИНЯЕМОГО)

§ 1. Общая характеристика полномочий адвоката по защите интересов доверителя на стадии возбуждения уголовного дела и избрания меры пресечения

Полномочия адвокатов, участвующих в качестве представителя или защитника доверителя в уголовном судопроизводстве, закреплены в Конституции РФ, УПК РФ, а также в Законе об адвокатуре.

Следует отметить, что адвокат может выступать в уголовном судопроизводстве не только в качестве защитника подозреваемого или обвиняемого, но также и в качестве представителя потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя.

В соответствии с Законом об адвокатуре адвокат в уголовном судопроизводстве, представляя интересы потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя, а также выступая защитником подозреваемого или обвиняемого, вправе:

- 1) собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, а также иных организаций. Указанные органы и организации обязаны в порядке, установленном законодательством, выдавать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии;
- 2) опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь (так называемое адвокатское расследование);
- 3) собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством РФ;

4) привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи;

5) беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в том числе в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности;

6) фиксировать (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную и иную охраняемую законом тайну;

7) совершать иные действия, не противоречащие законодательству РФ (п. 3 ст. 6 Закона).

Адвокат не вправе:

1) принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случае, если оно имеет заведомо незаконный характер;

2) принимать от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, поручение в случаях, если он:

а) имеет самостоятельный интерес по предмету соглашения с доверителем, отличный от интереса данного лица; участвовал в деле в качестве судьи, третейского судьи или арбитра, посредника, прокурора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста, переводчика, является по данному делу потерпевшим или свидетелем, а также если он являлся должностным лицом, в компетенции которого находилось принятие решения в интересах данного лица;

б) состоит в родственных или семейных отношениях с должностным лицом, которое принимало или принимает участие в расследовании или рассмотрении дела данного лица;

в) оказывает юридическую помощь доверителю, интересы которого противоречат интересам данного лица;

3) занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора доверителя;

4) делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает;

5) разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя;

6) отказаться от принятой на себя защиты (п. 4 ст. 6 Закона).

Важно подчеркнуть, что Закон об адвокатуре запрещает негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Уголовно-процессуальное законодательство (ст. 49 УПК РФ) дает легальное определение понятия «защитник» в уголовном судопроизводстве. Им признается лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В качестве защитников по общему правилу допускаются адвокаты. Согласно определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката.

Перечень близких родственников, которые могут быть допущены в качестве защитников, содержится в п. 4 ст. 5 УПК РФ. Это супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и сестры, дедушка, бабушка, внуки.

Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. При этом никто не вправе требовать от адвоката и его доверителя предъявления соглашения об оказании юридической помощи для вступления адвоката в дело.

Важно подчеркнуть, что положение п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ принято во исполнение постановления Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова»¹. В Постановлении указано, что Конституция РФ, гарантируя государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, ч. 1 ст. 45), предоставляет каждому право на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48) и, кроме того, прямо предусматривает, что «каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения» (ч. 2 ст. 48).

Введение в уголовно-процессуальное законодательство данной новеллы (п. 5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ) является, бесспорно, значительным прорывом в деле защиты законных прав и интересов граждан, что полностью соответствует взятым Российской Федерацией на себя обязательствам рецепции и неуклонного соблюдения международно-пра-

¹ СЗ РФ. 2000. № 27. Ст. 2882.

вовых актов по правам человека. Не секрет, что в доперестроечные времена и долгое время после начала перестройки уголовно-процессуальное законодательство России в определенной степени умаляло или полностью игнорировало право подозреваемого или обвиняемого на получение квалифицированной юридической помощи на стадии предварительного следствия или дознания. Задержание, предъявление обвинения, избрание меры пресечения (включая и заключение под стражу) в отношении подозреваемого или обвиняемого производились органом следствия или дознания без участия защитника, что приводило к массовым нарушениям прав и свобод граждан. Защитник по общему правилу (за редкими исключениями, предусмотренными ст. 49 УПК РСФСР) допускался к участию в уголовном деле лишь с момента объявления обвиняемому о завершении предварительного следствия или дознания и предъявления ему всех материалов уголовного дела (ст. 201 УПК РСФСР). Де-юре и де-факто на протяжении долгих месяцев до окончания предварительного следствия или дознания подозреваемый или обвиняемый, заключенный под стражу, находился один на один со следователем или дознавателем, был лишен каких-либо законных способов прибегнуть к квалифицированной помощи адвоката.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство четко регулирует вопросы приглашения, назначения и замены защитника.

В соответствии со ст. 50 УПК РФ защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Подозреваемый, обвиняемый вправе пригласить несколько защитников. На практике весьма распространены случаи, когда подозреваемый или обвиняемый отказывается от услуг защитника, который приглашен родственниками подозреваемого или обвиняемого и с которыми защитником заключено соглашение. В этом случае подозреваемому или обвиняемому должно быть обеспечено участие защитника, которому он доверяет ведение своего дела, а в случаях, прямо предусмотренных действующим уголовно-процессуальным законодательством, участие защитника должно быть обеспечено подозреваемому или обвиняемому следователем или дознавателем, а также судом.

В случае неявки приглашенного защитника в течение пяти суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа принять меры по назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение пяти суток не может принять участие в про-

изводстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашают другого защитника и не ходатайствуют о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника, за исключением тех случаев, когда участие защитника обязательно по закону.

Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу явка защитника, приглашенного им, невозможна, то дознаватель, следователь или прокурор принимают меры по назначению защитника. При отказе подозреваемого, обвиняемого от назначения защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом.

Как отмечалось выше, приглашение, назначение и замена защитника — это довольно деликатные темы, выходящие далеко за рамки уголовно-процессуальных норм. Хотя формально в некоторых ситуациях, предусмотренных УПК РФ, следователь, дознаватель, прокурор или суд могут «назначить» защитника, все же не испросить согласие подозреваемого, обвиняемого, назначить ему конкретное лицо в качестве защитника — значит, по нашему мнению, нарушить права подозреваемого или обвиняемого на защиту, что подтверждается и судебной практикой¹.

Как общее правило УПК РФ устанавливает участие защитника по всем делам, если подозреваемый, обвиняемый сам не отказался от защитника. Если защитник не приглашен подозреваемым, обвиняемым или иными лицами по их просьбе, дознаватель, следователь, прокурор, суд осведомляются у него о желании иметь защитника и при необходимости принимают меры к его назначению.

Помимо этого уголовно-процессуальное законодательство предусматривает дополнительные гарантии участия защитника по тем делам и в отношении тех лиц, которые в большей степени нуждаются в юридической помощи.

§ 2. Основные способы защиты адвокатом интересов доверителя на стадии возбуждения уголовного дела

Работа адвоката по защите интересов подозреваемого или обвиняемого на стадии возбуждения уголовного дела является одним из важнейших этапов участия адвоката на стадии предварительного

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 140.

расследования или дознания. Правильно выбранная адвокатом тактика защиты интересов доверителя уже на самой начальной стадии возбуждения уголовного дела дает возможность в дальнейшем избежать крайне негативных последствий для лица, которое подверглось уголовному преследованию.

При возбуждении уголовного дела публичного обвинения (ст. 146 УПК РФ) адвокат незамедлительно должен ознакомиться с постановлением, вынесенным по этому поводу следователем или дознавателем, и при необходимости обжаловать его следователю (дознавателю), руководителю следственного органа (органа дознания) или в суд в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ.

Как показывает практика, наиболее эффективным методом обжалования вышеуказанных действий органов следствия (дознания) является подача соответствующей жалобы в суд.

Жалоба в порядке ст. 125 УПК РФ может быть подана защитником непосредственно либо через дознавателя, следователя, руководителя следственного органа или прокурора.

Судья проверяет законность и обоснованность возбуждения дознавателем, следователем, руководителем следственного органа или прокурором уголовного дела не позднее чем через пять суток со дня поступления жалобы в судебном заседании с участием заявителя и его защитника, законного представителя или представителя, если они участвуют в уголовном деле, а также с участием прокурора, следователя, руководителя следственного органа. Неявка лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не настаивающих на ее рассмотрении с их участием, не является препятствием для рассмотрения жалобы судом. Жалобы, подлежащие рассмотрению судом, рассматриваются в открытом судебном заседании, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 241 УПК РФ.

В начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, представляется явившимся в судебное заседание лицам, разъясняет их права и обязанности. Затем заявитель, если он участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Заявителю предоставляется возможность выступить с репликой.

По результатам рассмотрения жалобы судья выносит одно из следующих постановлений:

- 1) о признании постановления о возбуждении уголовного дела соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение;
- 2) об оставлении жалобы без удовлетворения.

Копии постановления судьи направляются заявителю, прокурору и руководителю следственного органа.

Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение обжалуемого решения, если это не найдет нужным сделать орган дознания, дознаватель, следователь, руководитель следственного органа, прокурор или судья.

Помимо того что адвокат вправе обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела вследствие недостаточности улик для возбуждения уголовного дела, такое постановление может быть обжаловано и по чисто процессуальным основаниям.

Какие процессуальные нарушения допускаются при возбуждении уголовного дела? Зачастую вопреки п. 4 ст. 146 УПК РФ копия постановления руководителя следственного органа, следователя, дознавателя о возбуждении уголовного дела направляется прокурору с большим опозданием, а не незамедлительно, как того требует закон, что приводит к нарушению прав подозреваемого. Ведь если прокурор признает постановление о возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, он вправе в срок не позднее 24 часов с момента получения материалов, послуживших основанием для возбуждения уголовного дела, отменить постановление о возбуждении уголовного дела, о чем выносит мотивированное постановление, копию которого незамедлительно направляет должностному лицу, возбудившему уголовное дело. О принятом решении руководитель следственного органа, следователь, дознаватель незамедлительно уведомляют заявителя, а также лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело.

Адвокаты неоднократно сталкиваются с ситуациями, когда при задержании конкретного гражданина нарушается порядок задержания, установленный ст. 92 УПК РФ.

В частности, после доставления подозреваемого в орган дознания или к следователю значительно превышает срок, в течение которого должен быть составлен протокол задержания (по закону это срок не может превышать трех часов). Зачастую в протоколе не делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены права, предусмотренные ст. 46 УПК РФ.

В протоколе задержания должны быть указаны дата и время составления протокола, дата, время, место, основания и мотивы задержания подозреваемого, результаты его личного обыска и другие обстоятельства его задержания. Протокол задержания подписывается лицом, его составившим, и подозреваемым.

Нередки случаи, когда вопреки требованиям ст. 92 УПК РФ орган дознания, дознаватель или следователь несвоевременно сообщают про-

курору о произведенном задержании в письменном виде (а этот срок установлен в пределах 12 часов с момента задержания подозреваемого).

Например, по делу, возбужденному в отношении сотрудницы ФГУП «Охрана» МВД России гражданки Ш.¹, следователи Следственного департамента МВД России не только не сообщили соответствующему прокурору о ее задержании в установленные сроки, но также с момента задержания и до допроса в качестве подозреваемой возили ее в служебной машине в течение почти 10 часов, убеждая написать чистосердечное признание. Когда, наконец, ее привезли для допроса и встречи с защитником в помещение Следственного департамента МВД России, Ш. находилась в состоянии сильного душевного волнения и практически не могла адекватно отвечать на вопросы следователя. По поводу данных действий органов следствия ее защитник сразу подал жалобу. В дальнейшем уголовное преследование в отношении Ш. было прекращено.

Согласно ст. 92 УПК РФ подозреваемый должен быть допрошен в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 46, ст. 189 и 190 УПК РФ. До начала допроса подозреваемому по его просьбе обеспечивается свидание с защитником наедине и конфиденциально. В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше двух часов может быть ограничена дознавателем, следователем с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее двух часов.

То, что дознаватель или следователь может ограничить время свидания подозреваемого с его защитником, мы рассматриваем как попытку изначально поставить стороны уголовного процесса в неравное положение, когда необходимость производства следственных действий ставится выше соблюдения законных прав и интересов подозреваемого и его защитника, что вряд ли следует признать правильным.

§ 3. Роль адвоката в защите интересов подозреваемого (обвиняемого) при избрании меры пресечения

После возбуждения уголовного дела, как отмечалось выше, подозреваемому, обвиняемому избирается мера пресечения.

Согласно ст. 97 УПК РФ дознаватель, следователь, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиня-

¹ В этом деле непосредственное участие принимали адвокаты Межтерриториальной коллегии адвокатов «Клишин и партнеры г. Москва».

емому, подозреваемому одну из мер пресечения, предусмотренных УПК РФ, при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый, подозреваемый:

- 1) скроется от дознания, предварительного следствия или суда;
- 2) может продолжать заниматься преступной деятельностью;
- 3) может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу.

Мерами пресечения являются:

- 1) подписка о невыезде;
- 2) личное поручительство;
- 3) наблюдение командования воинской части;
- 4) присмотр за несовершеннолетним обвиняемым;
- 5) залог;
- 6) домашний арест;
- 7) заключение под стражу (ст. 98 УПК РФ).

Наиболее серьезной мерой пресечения является заключение под стражу, применяемое по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет при невозможности применения иной, более мягкой меры пресечения. При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. Такими обстоятельствами не могут являться данные, не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований ст. 89 УПК РФ. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до трех лет, при наличии одного из следующих обстоятельств:

- 1) подозреваемый или обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории РФ;
- 2) его личность не установлена;
- 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;
- 4) он скрылся от органов предварительного следствия или суда.

Заключение под стражу в качестве меры пресечения не может быть применено в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных ст. 159–159⁶, 160, 165 УК РФ, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской де-

тельности, а также ст. 171–174, 174¹, 176–178, 180–183, 185–185⁴, 190–199² УК РФ, при отсутствии обстоятельств, указанных в п. 1–4 ч. 1 ст. 108 УПК РФ.

Практика показывает, что мера пресечения в виде заключения под стражу принимается гораздо чаще, чем это действительно вызвано интересами следствия.

Заключение под стражу максимально ограничивает свободу и личную неприкосновенность граждан (ст. 22 Конституции РФ). В связи с этим процессуальное законодательство устанавливает особые гарантии законности и обоснованности избрания и применения данной меры пресечения (ст. 10 УПК РФ):

1) заключение под стражу применяется только по судебному решению (ч. 2 ст. 22 Конституции РФ; ч. 2 ст. 29 УПК РФ). Заключение под стражу может быть применено на основании решения иностранного суда без подтверждения судом РФ при исполнении запроса о выдаче (ч. 2 ст. 466 УПК РФ);

2) заключение под стражу не применяется при невозможности избрания другой, более легкой меры пресечения, в том числе в случаях, предусмотренных ч. 1.1 ст. 110 УПК (в связи с тяжелым заболеванием). «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом», — гласит ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах.

Согласно п. 6.1 Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила)¹, «предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера при условии должного учета интересов расследования предполагаемого правонарушения и защиты общества и жертвы»;

3) специальным условием избрания и применения заключения под стражу является обвинение (подозрение) в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок более трех лет.

Данное условие нуждается в ограничительном толковании. Заключение под стражу может применяться только тогда, когда реально возможно назначение наказания в виде лишения свободы, как правило, более чем на три года.

Конституционный Суд РФ в связи с этим неоднократно подчеркивал, что «не допускается заключение под стражу... если лицу не может

¹ Данный документ опубликован не был.

быть назначено наказание в виде лишения свободы» (Определение от 21 декабря 2000 г. № 296-О¹). Об отсутствии данного условия (и невозможности заключения под стражу) свидетельствует следующее:

а) недостаточная обоснованность обвинения (подозрения), например явно «завышенные» квалификация преступления, объем обвинения или недостаточно установленная причастность данного лица к совершению преступления. Для заключения лица под стражу необходимы доказательства, которые ведут к однозначному логическому выводу о виновности обвиняемого, пока их не оспорит сторона защиты. Это то, что в английском процессе называют *prima facie evidence* — доказательства, убедительные на первый взгляд. Именно они достаточны в состязательном суде и для предъявления первоначального обвинения, и для заключения под стражу. Если защита в дальнейшем опровергнет или поставит под серьезное сомнение эти доказательства, данная мера пресечения должна отменяться судом.

Данное положение было воспринято в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 октября 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога»². Скажем, в п. 2 указанного Постановления указывается, что избрание в качестве меры пресечения заключения под стражу допускается только после проверки судом обоснованности подозрения в причастности лица к совершенному преступлению. Обоснованное подозрение предполагает наличие достаточных данных о том, что лицо могло совершить преступление (лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения; потерпевший или очевидцы указали на данное лицо как на совершившее преступление; на данном лице или его одежде, при нем или в его жилище обнаружены явные следы преступления и т. п.).

Проверяя обоснованность подозрения в причастности лица к совершенному преступлению, суд не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности лица.

Готовясь к судебным слушаниям по поводу избрания в отношении подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу, защитник должен учитывать, что именно на суде лежит обязанность оценки обоснованности подозрения о совершении данным лицом преступления, в связи с которым оно заключается под стражу в каче-

¹ СЗ РФ. 2001. № 17. Ст. 1766.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 2.

стве подозреваемого (см., например, определения Конституционного Суда РФ от 12 июля 2005 г. № 330-О¹, от 4 декабря 2003 г. № 417-О²).

При этом суд не должен предрешать вопрос об обоснованности или необоснованности обвинения (см., например, постановления Конституционного Суда РФ от 13 июня 1996 г. № 14-П³, от 2 июля 1998 г. № 20-П⁴, от 22 марта 2005 г. № 4-П⁵ и ряд других).

Европейский Суд по правам человека также указывает, что разумные основания подозрения (наличие фактов или информации, убеждающих объективного наблюдателя в том, что подозреваемый мог совершить преступление) являются неотъемлемой частью гарантий от произвольного ареста или заключения под стражу. Наличие разумных подозрений, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non* законности продления срока содержания под стражей, но с течением времени перестает быть самодостаточным. В таких случаях Европейский Суд обычно выясняет, оправдывали ли лишение свободы другие основания, приведенные судебными органами. Если такие основания были «существенными» и «достаточными», Европейский Суд устанавливает, проявили ли национальные органы «особое усердие» при производстве по делу (см. Постановление Европейского Суда по делу «Лабита против Италии» (*Labita v. Italy*), жалоба № 26772/95, § 152 и 153, ECHR 2000-IV)⁶;

б) санкция уголовно-правовой нормы формально предусматривает наказание большее, чем три года лишения свободы, однако в силу прямого требования закона суд обязан его уменьшить при смягчающих обстоятельствах (ст. 62 УК РФ); неоконченном преступлении (ст. 66 УК РФ); незначительной степени участия лица в совершении преступления (ст. 67 УК РФ); несовершеннолетии обвиняемого (ст. 88 УК РФ); согласии обвиняемого с предъявленным обвинением (ч. 7 ст. 316 УПК РФ), заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (ч. 5 ст. 317⁷ УПК РФ).

Например, наказание за покушение на совершение преступления не может превышать $\frac{3}{4}$ максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей ста-

¹ Данный документ опубликован не был.

² Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

³ СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185.

⁴ СЗ РФ. 1998. № 28. Ст. 3393.

⁵ СЗ РФ. 2005. № 4. Ст. 1271.

⁶ [{«itemid»: \[«001-58559»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559#)

твией Особенной части УК РФ за оконченное преступление (ч. 3 ст. 66 УК РФ). Следовательно, при обвинении лица в покушении на совершение такого преступления заключение под стражу по общему правилу не допускается.

Весьма важна помощь адвоката несовершеннолетним гражданам, которые подверглись уголовному преследованию. Необходимо учитывать, что при привлечении к уголовной ответственности несовершеннолетних избрание в отношении этих лиц меры пресечения в виде заключения под стражу допускается лишь в исключительных случаях. Такими случаями следует признавать только четыре ситуации, указанные в ч. 1 ст. 108 УПК РФ. Иное толкование ухудшит положение несовершеннолетних по сравнению с совершеннолетними обвиняемыми (подозреваемыми), что противоречит смыслу специальной нормы, содержащейся в ч. 2 ст. 108 УПК РФ. Заключение под стражу не может применяться к несовершеннолетним обвиняемым, впервые совершившим преступление средней тяжести в возрасте до 16 лет, так как в силу требований ч. 6 ст. 88 УК РФ данным лицам вообще не может быть назначено наказание в виде лишения свободы.

Особое внимание адвокат должен уделять процедуре принятия судом решения об избрании заключения под стражу.

Основным документом, который рассматривает суд при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, является постановление следователя или дознавателя о возбуждении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. К этому постановлению в обязательном порядке должны быть приложены те материалы, которых, по мнению следователя или дознавателя, будет достаточно для подтверждения наличия условий, оснований, мотивов избрания заключения под стражу и подтверждения невозможности избрания другой меры пресечения. Среди этих материалов должны быть копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, иные материалы о причастности лица к преступлению, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания этому лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т. п.). При этом отсутствие документов, удостоверяющих личность подозреваемого или обвиняемого, не может само по себе служить основанием для отказа в удовлетворении ходатайства.

В тех случаях, когда в уголовном деле защитник не участвует и об этом не сделана запись в протоколе допроса подозреваемого или обвиняемого, к материалам дела прилагается письменное заявление подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника.

В судебном заседании одновременно могут быть рассмотрены ходатайства об избрании меры пресечения в отношении нескольких подозреваемых или обвиняемых по одному уголовному делу, однако это не освобождает суд от обязанности мотивировать свое решение в отношении каждого лица.

Часть 6 ст. 108 УПК РФ предусматривает, что прокурор либо по его поручению лицо, возбудившее ходатайство, обосновывает его. Эта норма нуждается в ограничительном толковании, если лицом, возбудившим ходатайство, является следователь. В настоящее время процессуальный статус прокурора претерпел существенные изменения. Теперь прокурор неправомочен давать следователю согласие на возбуждение перед судом ходатайства об избрании заключения под стражу и потерял право давать следователю поручение поддерживать данное ходатайство. Поэтому оно может поступить в суд вне зависимости от позиции прокурора. Обязанность прокурора поддерживать ходатайство вопреки своему внутреннему убеждению нарушала бы ряд принципов уголовного процесса (ст. 10 «Неприкосновенность личности» и ст. 17 «Свобода оценки доказательств» УПК РФ). В связи с этим представляется, что личное участие следователя в судебном заседании может разрешить рассматриваемое противоречие: следователь поддерживает свое ходатайство, а прокурор осуществляет надзор за его законностью и обоснованностью. Так, например, в п. 1.17 приказа Следственного комитета РФ от 15 января 2011 г. № 1 «Об организации процессуального контроля в Следственном комитете Российской Федерации»¹ особо указывается на необходимость организовывать и контролировать обязательное участие следователей в судебных заседаниях по рассмотрению ходатайств о производстве процессуальных и иных следственных действий и их качественную подготовку к поддержанию этих ходатайств.

Для решения этой проблемы приказ Генерального прокурора РФ от 2 июня 2011 г. № 162 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия»² (п. 1.6) предписывает прокурору, участвующему в судебном заседании, составлять письменное заключение об обоснованности

¹ <http://docs.cntd.ru/document/902277155>

² СПС «Гарант».

заявленного ходатайства, которое следует согласовывать с соответствующим руководителем либо его заместителем, а п. 1.13 приказа Следственного комитета РФ от 15 января 2011 г. № 1 указывает на необходимость заблаговременного направления следователем прокурору копии соответствующих материалов для выработки единой правовой позиции.

Роль прокурора как органа надзора позволяет ему обжаловать принятое судебное решение в кассационном и надзорном порядке как против, так и в пользу интересов подозреваемого или обвиняемого.

Из данного правила бывают и исключения. Скажем, при избрании 6 марта 2015 г. Кунцевским районным судом г. Москвы подозреваемому Ж. меры пресечения в виде заключения под стражу прокурор не поддержал ходатайство следователя о заключении Ж. под стражу, что было весьма позитивно оценено защитой. Обосновывая свою позицию на этом заседании, прокурор абсолютно справедливо указал на то, что следствие преждевременно и бездоказательно обратилось в суд с ходатайством о заключении Ж. под стражу. Несмотря на это, Ж. был арестован, но прокурор судебное решение обжаловать не стал, и в стадии апелляции им правомерность избрания в отношении Ж. меры пресечения в виде заключения под стражу уже не оспаривалась, что вряд ли следует признать правильным¹.

Рассмотрение ходатайства об избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей проводится в открытом судебном заседании, за исключением случаев, указанных в ч. 2 ст. 241 УПК РФ.

Так, закрытое судебное разбирательство допускается на основании определения или постановления суда в случаях, когда:

- 1) разбирательство уголовного дела в суде может привести к разглашению государственной или иной охраняемой федеральным законом тайны;
- 2) рассматриваются уголовные дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста 16 лет;
- 3) рассмотрение уголовных дел о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство;

¹ Из практики работы Межтерриториальной коллегии адвокатов «Клишин и партнеры г. Москва».

4) этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц.

Скажем, при рассмотрении Московским областным судом в 2009–2010 гг. с участием коллегии присяжных заседателей уголовного дела по обвинению граждан К., Н., Я. и М. в покушении на убийство двух и более лиц, совершенное в составе организованной группы, с применением взрывных устройств, взрывчатых веществ и огнестрельного оружия, данный судебный процесс по ходатайству представителей потерпевших проходил в закрытом режиме.

§ 4. Особенности избрания судом меры пресечения в виде заключения под стражу

Будущим адвокатам необходимо учитывать, что избрание меры пресечения в виде заключения под стражу, как правило, носит неотложный характер, поэтому неявка участников процесса (кроме обвиняемого или подозреваемого) не является препятствием для рассмотрения ходатайства. Участие защитника в заседании должно быть обеспечено следователем, дознавателем, если в установленном порядке не принят отказ от защитника. В судебной практике допускается продление сроков задержания как для явки вновь назначенного защитника, так и для обеспечения явки законного представителя.

Часть 5 ст. 108 УПК РФ предусматривает норму о существенных ограничениях при так называемом заочном аресте. По общему правилу в судебном заседании о рассмотрении ходатайства об избрании заключения под стражу обязательно участие самого обвиняемого (подозреваемого). Принятие судебного решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого допускается в следующих случаях:

а) когда обвиняемый объявлен в международный розыск (ч. 5 ст. 108 УПК РФ). Объявление в международный розыск регулируется подзаконными нормативными актами, скажем, приказами МВД России № 786, Минюста России № 310, ФСБ России № 470, ФСО России № 454, ФСКН России № 333, ФТС России № 971 от 6 октября 2006 г. утверждена «Инструкция по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола»¹;

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2006. № 47.

б) в отношении скрывшегося обвиняемого в судебном производстве суд вправе рассмотреть ходатайство о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу без него (ч. 2 ст. 238 УПК РФ);

в) решение о заключении под стражу лица для его выдачи по запросу иностранного государства может быть принято прокурором на основе иностранного судебного решения, в том числе и заочного (ч. 2 ст. 466 УПК РФ);

г) когда обвиняемый находится на стационарной судебно-психиатрической экспертизе или имеются иные обстоятельства, исключающие возможность его доставления в суд (болезнь обвиняемого, карантин в месте содержания его под стражей, стихийное бедствие и др.), допускается продление срока заключения под стражу в отсутствие обвиняемого (ч. 13 ст. 109 УПК РФ). При этом участие защитника в судебном заседании является обязательным.

Исключения из запрета заочного ареста не противоречат праву каждого задержанного незамедлительно предстать перед судом, так как после реального исполнения и применения заключения под стражу обвиняемый (подозреваемый) вправе подать жалобу и участвовать в ее рассмотрении в вышестоящем суде. При этом обвиняемый (подозреваемый) имеет право принести жалобу вне зависимости от фактического исполнения принятого решения о заключении под стражу (Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. № 4-П¹). При рассмотрении ходатайства о заключении под стражу или продлении его срока в отсутствие обвиняемого в судебном заседании требуется обеспечить участие защитника, который вступает в дело вне зависимости от факта предъявления обвинения (п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ).

Действующий процессуальный закон содержит существенный пробел, так как не запрещает «заочный арест» подозреваемого, если он не задержан в порядке ст. 91–92 УПК РФ. С учетом возможности приостановления дела в отношении подозреваемого (ст. 208 УПК РФ) для органов расследования существует «соблазн» заключить под стражу именно подозреваемых. Для этого им необходимо как можно дольше не выносить постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого в отношении лица, уклоняющегося от явки. Это грубо нарушит право на защиту, когда фактически обвиняемый длительное время будет пребывать в статусе подозреваемого, теоретически обладая меньшим объемом прав на защиту. В результате из исключительности избрания меры пресечения в отношении подозреваемого (ст. 100

¹ СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

УПК РФ) на практике это может превратиться в правило, причем для самой строгой меры пресечения. При этом неизбежно будут нарушаться условия для избрания мер пресечения (доказанность обвинения). В данном случае необходимо исходить из приоритетных норм Конституции РФ и международного права и не допускать заочного ареста подозреваемых.

Правовые ограничения заочного ареста направлены на реализацию международно-правовой нормы: каждое лицо, подвергнутое задержанию или аресту, незамедлительно доставляется к судье (ч. 3 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

По сложившейся судебной практике обязанность извещения сторон о времени и месте рассмотрения ходатайства возлагается на должностных лиц, обратившихся с ходатайством¹.

Согласно принципу состязательности (ст. 15 УПК РФ) сторона защиты должна иметь возможность заблаговременно ознакомиться с ходатайством и подтверждающими его материалами (см., например, Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 285-О²). В частности, в данном Определении отмечено, что непременной составляющей права на судебную защиту, как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение относительно позиции, занимаемой противоположной стороной, и приводимых ею доводов; без ознакомления с вынесенным в отношении заинтересованного участника процесса решением и его обоснованием он не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу в суд, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам.

Как подчеркивает Конституционный Суд РФ, отказ защитнику в ознакомлении с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу, не допускается (Определение от 12 мая 2003 г. № 173-О³). Такое ознакомление производится в разумное время, но в пределах установленного законом срока для рассмотрения судом соответствующего ходатайства об избрании

¹ Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева. М., 2004. С. 396.

² СЗ РФ. 2001. № 10. Ст. 994.

³ СЗ РФ. 2003. № 27 (ч. 2). Ст. 2872.

обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо о продлении срока его содержания под стражей.

Закон не предусматривает производства следственных действий в этом судебном заседании, однако должны быть в соответствии с требованием устности (ст. 240 УПК РФ) оглашены материалы, подтверждающие ходатайство об избрании заключения под стражу. Сторона защиты вправе представить свои материалы, опровергающие необходимость заключения под стражу. В судебном заседании при рассмотрении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или продления срока содержания под стражей в соответствии с п. 10.4.16 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде, утвержденной приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2003 г. № 36¹, ведется протокол.

Продление срока задержания допускается неоднократно, но в целом не более чем на 72 часа (в дополнение к 48 часам основного срока задержания) при одновременном соблюдении следующих условий:

- 1) при признании судом задержания законным и обоснованным;
- 2) при ходатайстве об этом одной из сторон, а не по инициативе суда. Если соответствующая просьба отсутствует, то судья должен вынести постановление либо об отказе в удовлетворении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, либо об избрании этой меры пресечения. В первом случае судья должен освободить задержанного;

- 3) при необходимости и возможности представления органами уголовного преследования дополнительных доказательств обоснованности избрания заключения под стражу или нежелания стороны защиты представить доказательства необоснованности этой меры. На подозреваемого или обвиняемого не возлагается бремя доказывания необоснованности мер принуждения. Поэтому задержание продляется, если следователь (дознатель) докажет, что еще за 72 часа он сможет получить конкретные доказательства, обосновывающие искомую им меру пресечения. Если же за истекающие 48 часов задержания следователь не принимал никаких мер для получения таких доказательств, то подозреваемый должен быть освобожден;

- 4) при невозможности избрания более мягкой меры пресечения, чем заключение под стражу. Соблюдение данного условия обеспечивается неотложностью ситуации, когда освобождение подозреваемого или обвиняемого реально повлечет невозполнимые утраты для дела (сокрытие этих лиц, уничтожение следов).

¹ ПГ. 2004. № 246. 5 нояб.

Как отмечалось выше, рассматривая ходатайство об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, суд должен выяснить, приложены ли к нему копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого; копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого; иные материалы, свидетельствующие о причастности лица к преступлению, а также сведения об участии в деле защитника, потерпевшего; имеющиеся в деле данные, подтверждающие необходимость избрания в отношении лица заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости и т. п.) и невозможность избрания иной, более мягкой меры пресечения (например, домашнего ареста или залога) (ч. 3 ст. 108 УПК РФ).

Если при рассмотрении этого ходатайства одной из сторон заявлено ходатайство об отложении судебного заседания для представления дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, судья обсуждает такое ходатайство в судебном заседании с участием сторон и в случае его удовлетворения выносит постановление о продлении срока задержания не более чем на 72 часа, указав дату и время, до которых продлевается срок задержания (п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК РФ). При проведении повторного судебного заседания судья возобновляет судебное разбирательство (ч. 2 ст. 253 УПК РФ) и с участием сторон на основе имеющихся материалов, включая вновь поступившие, выносит решение об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу либо об отказе в удовлетворении ходатайства об этом.

При отказе суда в удовлетворении ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу подозреваемый, обвиняемый подлежат немедленному освобождению из-под стражи вне зависимости от того, истек ли 48-часовой срок с момента их задержания, за исключением случая избрания судом меры пресечения в виде залога (п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41).

Решение о мере пресечения суд принимает по ходатайству стороны. Уголовно-процессуальный кодекс РФ (ч. 10 ст. 108) разрешает суду избрать меру пресечения в виде заключения под стражу и по собственной инициативе. Данная норма нуждается в ограничительном толковании в силу принципа состязательности. Состязательность предполагает, что суд действует в рамках требования (обвинения, иска, жалобы, ходатайства) стороны (ч. 3 ст. 15 УПК РФ). Такой же вывод содержится в Постановлении Конституционного Суда РФ от 14 января 2000 г.

№ 1-П¹. Поэтому представляется, что суд не должен избирать заключение под стражу при наличии против этого возражений со стороны обвинения. Это связано и с правом обвинителя отказаться от обвинения или его части. Такой отказ уменьшает обвинение и в соответствующих случаях исключает избрание заключения под стражу. Рассматривая данную проблему, Конституционный Суд РФ подчеркнул, что само по себе право суда ставить и решать по собственной инициативе вопрос об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей не противоречит Конституции РФ, так как не освобождает суд от обязанности выслушать мнения сторон, а стороны не могут быть лишены возможности привести свои доводы (Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П²).

¹ СЗ РФ. 2000. № 5. Ст. 611.

² СЗ РФ. 2005. № 4. Ст. 1271.

ГЛАВА IX. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ОРГАНОВ СЛЕДСТВИЯ (ДОЗНАНИЯ), ПРОКУРАТУРЫ И ЗАЩИТЫ НА СТАДИИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ (ДОЗНАНИЯ)

§ 1. Участники предварительного расследования (дознания)

Обобщенное определение участников данного процесса дано в ст. 5 УПК РФ: это стороны обвинения и защиты.

К стороне обвинения относятся: прокурор, следователь, руководитель следственного органа, орган дознания, начальник подразделения дознания, дознаватель, потерпевший, частный обвинитель, гражданский истец, представитель потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя (гл. 6 УПК РФ). Нас будут интересовать два субъекта из этого перечня — прокурор и следователь.

К стороне защиты относятся: подозреваемый, обвиняемый, законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого, защитник, гражданский ответчик, его законный представитель (гл. 7 УПК РФ).

Кто такой следователь? Ответ на этот вопрос дает ст. 38 УПК РФ. **Следователь** является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять предварительное следствие по уголовному делу.

Следователь уполномочен:

- 1) возбуждать уголовное дело в порядке, установленном ст. 146 УПК РФ;
- 2) принимать уголовное дело к своему производству или передавать его руководителю следственного органа для направления по подследственности;
- 3) самостоятельно направлять ход расследования, принимать решение о производстве следственных и иных процессуальных действий,

за исключением случаев, когда в соответствии с настоящим Кодексом требуется получение судебного решения или согласия руководителя следственного органа;

4) давать органу дознания в случаях и порядке, установленных УПК РФ, обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также получать содействие при их осуществлении;

5) обжаловать с согласия руководителя следственного органа в порядке, установленном ч. 4 ст. 221 УПК РФ, решение прокурора об отмене постановления о возбуждении уголовного дела, о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков;

6) осуществлять иные полномочия, предусмотренные УПК РФ.

В случае несогласия с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, следователь обязан представить свои письменные возражения руководителю следственного органа, который информирует об этом прокурора.

Таким образом, следователь — это «хозяин» расследования, его основная движущая сила.

Прокурор — должностное лицо, уполномоченное от имени государства осуществлять уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия (ст. 37 УПК РФ).

Прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия.

Согласно Федеральному закону от 17 января 1992 г. № 2202 «О прокуратуре Российской Федерации»¹ предметом прокурорского надзора является соблюдение прав и свобод человека и гражданина, установленного порядка разрешения заявлений и сообщений о совершенных и готовящихся преступлениях, выполнения оперативно-розыскных мероприятий и проведения расследования, а также законность решений,

¹ СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

принимаемых органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие (ст. 29).

Полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие, устанавливаются уголовно-процессуальным законодательством РФ и другими федеральными законами. Скажем, согласно Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»¹ прокурорский надзор за исполнением положений этого Закона осуществляют Генеральный прокурор РФ и уполномоченные им прокуроры.

По требованию указанных прокуроров руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, представляют им оперативно-служебные документы, включающие в себя дела оперативного учета, материалы о проведении оперативно-розыскных мероприятий с использованием оперативно-технических средств, а также учетно-регистрационную документацию и ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих содействие этим органам на конфиденциальной основе, представляются соответствующим прокурорам только с письменного согласия перечисленных лиц, за исключением случаев, требующих их привлечения к уголовной ответственности.

Прокуроры обеспечивают защиту сведений, содержащихся в представленных документах и материалах.

Неисполнение законных требований прокурора, вытекающих из его полномочий по надзору за оперативно-розыскной деятельностью, влечет за собой установленную законом ответственность.

Следует подчеркнуть, что указания Генерального прокурора РФ по вопросам дознания, не требующим законодательного регулирования, являются обязательными для исполнения (ст. 30 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»).

В ходе досудебного производства по уголовному делу прокурор уполномочен:

1) проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях;

¹ СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

2) выносить мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных прокурором нарушений уголовного законодательства;

3) требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия;

4) давать дознавателю письменные указания о направлении расследования, производстве процессуальных действий;

5) давать согласие дознавателю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения;

5.1) истребовать и проверять законность и обоснованность решений следователя или руководителя следственного органа об отказе в возбуждении, о приостановлении или прекращении уголовного дела и принимать по ним решение в соответствии с УПК РФ;

6) отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего прокурора, а также незаконные или необоснованные постановления дознавателя в порядке, установленном УПК РФ;

7) рассматривать представленную руководителем следственного органа информацию следователя о несогласии с требованиями прокурора и принимать по ней решение;

8) участвовать в судебных заседаниях при рассмотрении в ходе досудебного производства вопросов об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока содержания под стражей либо об отмене или изменении данной меры пресечения, а также при рассмотрении ходатайств о производстве иных процессуальных действий, которые допускаются на основании судебного решения, и при рассмотрении жалоб в порядке, установленном ст. 125 УПК РФ;

8.1) при наличии оснований возбуждать перед судом ходатайство о продлении срока домашнего ареста или срока содержания под стражей по уголовному делу, направляемому в суд с обвинительным заключением или обвинительным актом;

9) разрешать отводы, заявленные дознавателю, а также его самоотводы;

10) отстранять дознавателя от дальнейшего производства расследования, если им допущено нарушение требований УПК РФ;

11) изымать любое уголовное дело у органа дознания и передавать его следователю с обязательным указанием оснований такой передачи;

12) передавать уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении от одного органа предварительного следствия другому (за исключением передачи уголовного дела или материалов проверки сообщения о преступлении в системе одного органа предварительного следствия) в соответствии с правилами, установленными ст. 151 УПК РФ, изымать любое уголовное дело или любые материалы проверки сообщения о преступлении у органа предварительного следствия федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) и передавать его (их) следователю Следственного комитета РФ с обязательным указанием оснований такой передачи;

13) утверждать постановление дознавателя о прекращении производства по уголовному делу;

14) утверждать обвинительное заключение, обвинительный акт или обвинительное постановление по уголовному делу;

15) возвращать уголовное дело дознавателю, следователю со своими письменными указаниями о производстве дополнительного расследования, об изменении объема обвинения либо о квалификации действий обвиняемых или для пересоставления обвинительного заключения, обвинительного акта или обвинительного постановления и устранения выявленных недостатков;

16) осуществлять иные полномочия, предоставленные прокурору УПК РФ.

По мотивированному письменному запросу прокурора ему предоставляется возможность ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела.

В ходе судебного производства по уголовному делу прокурор поддерживает государственное обвинение, обеспечивая его законность и обоснованность.

Прокурор вправе в порядке и по основаниям, которые установлены УПК РФ, отказаться от осуществления уголовного преследования с обязательным указанием мотивов своего решения.

Полномочия прокурора осуществляются прокурорами района, города, их заместителями, приравненными к ним прокурорами и вышестоящими прокурорами.

В случае несогласия руководителя следственного органа либо следователя с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, прокурор вправе обратиться с требованием об устранении указанных нарушений к руководителю вышестоящего следственного органа. В случае несогласия руководителя вышестоящего следствен-

ного органа с указанными требованиями прокурора прокурор вправе обратиться к Председателю Следственного комитета РФ или руководителю следственного органа федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти). В случае несогласия Председателя Следственного комитета РФ или руководителя следственного органа федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, прокурор вправе обратиться к Генеральному прокурору РФ, решение которого является окончательным.

В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката.

Адвокат, как отмечалось ранее, допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

В случае если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении.

Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого.

Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого.

Уголовно-процессуальный закон установил правовые процедуры приглашения, назначения и замены защитника, решил вопросы оплаты его труда (ст. 50 УПК РФ).

Так, защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Подозреваемый, обвиняемый вправе пригласить несколько защитников.

По просьбе подозреваемого, обвиняемого участие защитника обеспечивается дознавателем, следователем или судом.

В случае неявки приглашенного защитника в течение пяти суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому

пригласить другого защитника, а в случае его отказа принять меры по назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение пяти суток не может принять участие в производстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашают другого защитника и не ходатайствуют о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу явка защитника, приглашенного ими, невозможна, то дознаватель или следователь принимает меры по назначению защитника. При отказе подозреваемого, обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ.

В случае если адвокат участвует в производстве предварительного расследования или судебном разбирательстве по назначению дознавателя, следователя или суда, расходы на оплату его труда компенсируются за счет средств федерального бюджета.

Так, например, в постановлении Правительства РФ от 1 декабря 2012 г. № 1240 «О порядке и размере возмещения процессуальных издержек, связанных с производством по уголовному делу, издержек в связи с рассмотрением гражданского дела, а также расходов в связи с выполнением требований Конституционного Суда Российской Федерации и о признании утратившими силу некоторых актов Совета Министров РСФСР и Правительства Российской Федерации»¹ предусмотрен порядок компенсации адвокатам расходов, связанных с исполнением ими профессиональных обязанностей по уголовным делам².

В случаях, прямо предусмотренных ст. 51 УПК РФ, участие защитника является обязательным. В частности, если:

- 1) подозреваемый, обвиняемый не отказались от защитника в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ;
- 2) подозреваемый, обвиняемый являются несовершеннолетними;
- 3) подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

¹ СЗ РФ. 2012. № 5 (ч. 6). Ст. 7058.

² По данному вопросу см. также: Постановление Правительства РФ от 23 декабря 2014 г. № 1462 // СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. 2). Ст. 257.

3.1) судебное разбирательство проводится в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ. Согласно данной норме УПК РФ в исключительных случаях судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в отсутствие подсудимого, который находится за пределами территории РФ и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу;

4) подозреваемый, обвиняемый не владеют языком, на котором ведется производство по уголовному делу;

5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет, пожизненного лишения свободы или смертной казни;

6) уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей;

7) обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном гл. 40 УПК РФ, которая предусматривает особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением;

8) подозреваемый заявил ходатайство о производстве по уголовному делу дознания в сокращенной форме в порядке, установленном гл. 32¹ УПК РФ («Дознание в сокращенной форме»).

В случаях, предусмотренных п. 1–5 ч. 1 ст. 51 УПК РФ, участие защитника обеспечивается в порядке, установленном ч. 3 ст. 49 УПК РФ, а в случаях, предусмотренных п. 6, 7 и 8 ч. 1 ст. 51 УПК РФ, — с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей или ходатайства о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном гл. 40 УПК РФ, либо с момента заявления подозреваемым ходатайства о производстве по уголовному делу в порядке, установленном гл. 32¹ УПК РФ.

Если в случаях, предусмотренных ч. 1 ст. 51 УПК РФ, защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то дознаватель, следователь или суд обеспечивают участие защитника в уголовном судопроизводстве.

Подозреваемый, обвиняемый вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника (ст. 52 УПК РФ). Такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого или обвиняемого. Отказ от защитника заявляется в письменном виде. Если отказ от защитника заявляется во время производства

следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе данного следственного действия.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1¹ по этому поводу особо отмечается, что судам надлежит обеспечивать выполнение требований закона об участии в уголовном судопроизводстве защитника. Его участие обязательно, если подозреваемый или обвиняемый не отказался от него в порядке, установленном ст. 52 УПК РФ. При этом участие в производстве по уголовному делу обвинителя (государственного обвинителя) не является обязательным условием участия в уголовном судопроизводстве защитника, поскольку обвиняемый (подсудимый) вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника. В таких случаях суду необходимо выяснить причину отказа от защитника и установить, не был ли такой отказ вынужденным, обусловленным, например, соображениями материального порядка. Отказ от защитника может быть принят судом, если будут выяснены его причины, а участие защитника в судебном заседании фактически обеспечено судом. При принятии отказа от защитника суду надлежит в определении (постановлении) мотивировать свое решение.

С учетом изложенного вынесение приговора с соблюдением процедур, установленных УПК РФ, не может рассматриваться как нарушение прав подсудимого на защиту, если отказ от защитника был заявлен в письменном виде или отражен в протоколе соответствующего процессуального действия.

Поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 49 УПК РФ один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, может быть допущено судом в качестве защитника только наряду с адвокатом, принятие отказа от адвоката влечет за собой и прекращение участия в деле этого лица (за исключением производства у мирового судьи).

Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя и суда.

Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Допуск защитника не влечет за собой повторения процессуальных действий, которые к этому моменту уже были произведены.

Согласно ст. 53 УПК РФ с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе:

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 5.

1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ, т. е. до первого допроса — наедине, конфиденциально;

2) собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 УПК РФ. В частности, защитник вправе собирать доказательства путем:

2.1) получения предметов, документов и иных сведений;

2.2) опроса лиц с их согласия;

2.3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии;

3) привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 УПК РФ;

4) присутствовать при предъявлении обвинения;

5) участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном настоящим Кодексом;

6) знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому;

7) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств;

8) заявлять ходатайства и отводы;

9) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом;

11) использовать иные не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты.

Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать

письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол.

Защитник не вправе разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК РФ. За разглашение данных предварительного расследования защитник несет ответственность в соответствии со ст. 310 УК РФ.

§ 2. Стадии предварительного расследования (дознания)

Следует иметь в виду, что адвокат (защитник) вправе представлять интересы доверителя еще на стадии доследственной проверки, регламентированной ст. 144 УПК РФ, т.е. с момента поступления заявления о преступлении.

Согласно п. 1.1 ст. 144 УПК РФ лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, разъясняются их права и обязанности, предусмотренные УПК РФ, и обеспечивается возможность осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе права не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК РФ, пользоваться услугами адвоката, а также приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа в порядке, установленном гл. 16 УПК РФ. Участники проверки сообщения о преступлении могут быть предупреждены о неразглашении данных досудебного производства в порядке, установленном ст. 161 УПК РФ. При необходимости безопасность участника досудебного производства обеспечивается в порядке, установленном ч. 9 ст. 166 УПК РФ, в том числе при приеме сообщения о преступлении.

Полученные в ходе проверки сообщения о преступлении сведения могут быть использованы в качестве доказательств при условии соблюдения положений ст. 75 и 89 УПК РФ. Если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или потерпевшим будет заявлено ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы, то такое ходатайство подлежит удовлетворению.

Следует отметить, что адвокат допускается органом следствия или дознания к доследственной проверке также на основании ордера.

Как отмечалось выше, защитник участвует в нескольких стадиях предварительного расследования:

1) вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, т. е. обвиняемого физически может не быть, он может отсутствовать, но защитник обязан вступить в процесс и приступить к изучению материалов дела;

2) возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица;

3) задержание в порядке ст. 91–92 УПК РФ;

4) заключение под стражу подозреваемого;

5) объявление подозреваемому постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

6) фактическое задержание лица, подозреваемого в совершении преступления. Вместе с тем прямого определения этому юридическому понятию УПК РФ не дает. Необходимо учитывать, что УПК РФ имеет в виду только уголовно-процессуальное задержание (как известно, есть еще и административно-правовое). Кроме того, доставление лица в полицию — это не всегда элемент, этап фактического задержания. Его можно считать таковым, когда задержание осуществляется по уголовному делу на основании постановления должностного лица (следователя, дознавателя). Но доставление лица, захваченного в момент совершения преступления, нельзя считать этапом (моментом) задержания; необходимо прежде установить личность, решить вопрос о возбуждении дела. Примечательно, что УПК РФ разделяет понятие доставления лица (в орган дознания) и его задержания, установив, что после доставления подозреваемого в орган дознания следователь или дознаватель обязан составить в срок не более трех часов протокол задержания. Таким образом, момент объявления задержанному протокола задержания и является моментом фактического задержания.

Зачастую в ходе предварительного расследования или дознания возникает практический вопрос: а сколько защитников может быть приглашено подозреваемым или обвиняемым для представления его интересов? УПК РФ, другие законодательные акты России подобных ограничений не содержат. Тем не менее, как показывает практика, некоторые подозреваемые или обвиняемые злоупотребляют этим правом.

Как уже отмечалось, УПК РФ обязывает следственные органы в случае неявки приглашенного защитника в течение пяти суток предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого адвоката. Может сложиться ситуация, когда защитник не имеет возможности в течение пяти суток прибыть к следователю; в этом случае следователь также предлагает подозреваемому, обвиняемому назвать другого

защитника для участия в процессе (при условии, что подозреваемый, обвиняемый настаивают на участии адвоката в деле) (ст. 50 УПК РФ).

Теоретически эта ситуация может тянуться сколько угодно долго. При некорректно построенной защите и тактике защиты подозреваемый и обвиняемый по заранее срежиссированному плану могут с интервалом в пять суток настаивать на прибытии разных защитников, пытаясь сорвать предъявление обвинения, будучи арестованными в порядке ст. 100 УПК РФ.

Следователи находят выход из положения. Они приглашают защитника сами, обеспечивая при проведении следственных действий конституционные права подозреваемых и обвиняемых.

Правда, имеется и другая, негативная сторона. Нередко недобросовестные следователи находятся в сговоре со «своими» защитниками, которые фактически оказывают скрытое воздействие на подзащитных. Иногда такие следователи сами навязывают услуги приглашаемого ими адвоката, добиваясь раскрытия преступлений по горячим следам.

Ранее отмечалось, что ордер и удостоверение надлежащего образца — это обязательные документы, являющиеся условием вступления адвоката в уголовный процесс на стадии предварительного расследования (дознания).

На практике имеют место случаи, когда защитники, вступая в процесс, предъявляют ордера, выписанные не по форме, либо обещают предъявить их позднее.

Следователи и дознаватели умело пользуются фактами нарушения этой процедуры и отказывают в допуске защитника.

Большое значение, как неоднократно подчеркивалось ранее, закон придает участию защитника в предъявлении обвинения.

Согласно ст. 172 УПК РФ обвинение должно быть предъявлено лицу не позднее трех суток со дня вынесения постановления о его привлечении в качестве обвиняемого в присутствии защитника, если он участвует в деле.

Следователь извещает обвиняемого о дне предъявления обвинения и одновременно разъясняет ему право самостоятельно пригласить защитника либо ходатайствовать об обеспечении участия защитника следователем в порядке, установленном ст. 50 УПК РФ.

Обвиняемый, содержащийся под стражей, извещается о дне предъявления обвинения через администрацию места содержания под стражей.

Обвиняемый, находящийся на свободе, извещается о дне предъявления обвинения в порядке, установленном ст. 188 УПК РФ.

В соответствии со ст. 188 УПК РФ свидетель, потерпевший вызывается на допрос повесткой, в которой указываются сведения: кто и в ка-

ком качестве вызывается, к кому и по какому адресу, дата и время явки на допрос, а также последствия неявки без уважительных причин.

Повестка вручается лицу, вызываемому на допрос, под расписку либо передается с помощью средств связи. В случае временного отсутствия лица, вызываемого на допрос, повестка вручается совершеннолетнему члену его семьи либо передается администрации по месту его работы или по поручению следователя иным лицам и организациям, которые обязаны передать повестку лицу, вызываемому на допрос.

Лицо, вызываемое на допрос, обязано явиться в назначенный срок либо заранее уведомить следователя о причинах неявки. В случае неявки без уважительных причин лицо, вызываемое на допрос, может быть подвергнуто приводу либо к нему могут быть применены иные меры процессуального принуждения, предусмотренные ст. 111 УПК РФ.

Согласно данной статье в целях обеспечения установленного УПК РФ порядка уголовного судопроизводства, надлежащего исполнения приговора дознаватель, следователь или суд вправе применить к подозреваемому или обвиняемому следующие меры процессуального принуждения:

- 1) обязательство о явке;
- 2) привод;
- 3) временное отстранение от должности;
- 4) наложение ареста на имущество.

В случаях, предусмотренных УПК РФ, дознаватель, следователь или суд вправе применить к потерпевшему, свидетелю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику и (или) понятому следующие меры процессуального принуждения:

- 1) обязательство о явке;
- 2) привод;
- 3) денежное взыскание.

Лицо, не достигшее возраста 16 лет, вызывается на допрос через его законных представителей либо через администрацию по месту его работы или учебы. Иной порядок вызова на допрос допускается лишь в случае, когда это обусловлено обстоятельствами уголовного дела.

Военнослужащий вызывается на допрос через командование воинской части.

Следователь, удостоверившись в личности обвиняемого, объявляет ему и его защитнику, если он участвует в уголовном деле, постановление о привлечении данного лица в качестве обвиняемого. При этом следователь разъясняет обвиняемому существо предъявленного обвинения, а также его права, предусмотренные ст. 47 УПК РФ, что удосто-

веряется подписями обвиняемого, его защитника и следователя на постановлении с указанием даты и времени предъявления обвинения.

В случае неявки обвиняемого или его защитника в назначенный следователем срок, а также в случае, когда место нахождения обвиняемого не установлено, обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода при условии обеспечения следователем участия защитника.

В случае отказа обвиняемого подписать постановление следователь делает в нем соответствующую запись.

Следователь вручает обвиняемому и его защитнику копию постановления о привлечении данного лица в качестве обвиняемого.

Другая копия этого постановления направляется прокурору.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ четко регламентирует порядок вызова следователем или дознавателем обвиняемого для участия в следственных мероприятиях, предусматривая при этом и порядок процессуального принуждения в необходимых случаях к такому участию. Однако возникает вопрос: а к защитнику обвиняемого подобные меры принуждения могут быть применены? Конечно, нет. По общему правилу защитник должен быть вызван в процесс:

- повесткой с уведомлением о вручении;
- телефонограммой в адрес адвокатского формирования (адвокатский кабинет, адвокатское бюро, коллегия адвокатов, консультация).

Прокурорская практика показывает, что некоторые недобросовестные защитники говорят о неполучении вызова. В любом случае он должен быть реальным. В ряде случаев суды не признают реальным вызов, если на повестке расписались родственники или телефонограмму принял секретарь адвокатского формирования.

Необходимо добиваться реального доведения до защитника вызова.

Предъявление обвинения — это объявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого, разъяснение существа предъявленного обвинения, последующий допрос обвиняемого. Иногда обвиняемый отказывается от подписи в ознакомлении с постановлением. Следователь обязан сделать об этом, как уже отмечалось, соответствующую отметку (запись).

Не всегда суды этому верят, особенно если защитник настаивает на том, что предъявления обвинения не было. В этом случае обязательно присутствие понятых, а также фиксация отказа видеозаписью.

В практике работы органов прокуратуры был случай, когда обвиняемый отказывался читать постановление, создавал шумовые эффекты при попытках следователя зачитать постановление о привлечении в качестве обвиняемого. Следователь использовал следующий прием:

несмотря на создаваемые помехи, зачитал вслух данное постановление с одновременной фиксацией на видеокамеру.

Предварительное расследование (дознание) заканчивается предъявлением обвиняемому и его защитнику для ознакомления всех материалов уголовного дела (ст. 217 УПК РФ) и последующим направлением уголовного дела вместе с обвинительным заключением для утверждения прокурору, о чем речь пойдет в других главах учебника.

Заканчивая разговор на данную тему, следует отметить, что несоблюдение прав подозреваемого или обвиняемого на стадии предварительного расследования или дознания, а также его защитника, всегда влечет за собой признание произведенных при таких нарушениях процессуальных действий недействительными.

ГЛАВА X. УЧАСТИЕ АДВОКАТА В РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В СУДЕ

Участие адвоката на этой стадии уголовного судопроизводства является, пожалуй, одной из самых важных форм работы адвоката в уголовном процессе. От того, как адвокат будет представлять интересы своего доверителя в судебном заседании, зависит многое. В обществе существует достаточно распространенное (и превратное) мнение о том, что адвокат, защищая преступника, который обвиняется в совершении особо тяжких преступлений (убийство, дача и получение взятки, хищение имущества путем мошеннических действий и ряд других), преследует прежде всего свои личные имущественные интересы, не вдаваясь особо в морально-этическую составляющую подобных негативных явлений. Это абсолютно неверно! Да, как правило, адвокат в уголовном процессе работает «за деньги». Это может быть гонорар от самого обвиняемого или его близких, компенсационные выплаты адвокату, которые предусмотрены российским законодательством за его участие в уголовном деле. Впрочем, это не самое главное, а скорее совсем не главное в работе адвоката. Важнее всего в работе адвоката на этой стадии построить защиту обвиняемого в суде таким образом, чтобы все допущенные на стадии предварительного расследования или дознания процессуальные ошибки были правильно восприняты судом и суд дал им надлежащую правовую оценку. Усилия адвоката направляются и на то, чтобы суд также работал строго в «правовом поле». Малейшее отступление от уголовного или уголовно-процессуального закона, допущенное следователем, дознавателем или судьей, адвокат должен пресекать любыми предоставленными ему законом правовыми средствами. Адвокаты любят говорить, что защищают в суде не убийцу или насильника, а подозреваемого, обвиняемого от сознательных или неумышленных нарушений закона, которые допущены или допускаются

в отношении этих лиц на стадии предварительного расследования (дознания) или непосредственно в суде.

Адвокат не только представляет в уголовном суде интересы обвиняемого, но также может участвовать в судебных слушаниях на стороне потерпевшего, свидетеля, иных лиц, прямо предусмотренных УПК РФ. Тем не менее нас больше всего интересуют вопросы участия адвоката именно в защите интересов обвиняемого в уголовном процессе. Эту работу можно условно разделить на несколько этапов.

§ 1. Участие адвоката на стадии подготовки уголовного дела к судебному заседанию

Первым этапом работы адвоката по защите интересов обвиняемого в суде является его участие на стадии подготовки уголовного дела к судебному заседанию.

В соответствии со ст. 227 УПК РФ по поступившему уголовному делу судья принимает одно из следующих решений:

- а) о направлении уголовного дела по подсудности;
- б) о назначении предварительного слушания;
- в) о назначении судебного заседания.

Решение судьи оформляется постановлением, в котором указываются:

- а) дата и место вынесения постановления;
- б) наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление;
- в) основания принятого решения.

Решение принимается в срок не позднее 30 суток со дня поступления уголовного дела в суд. В случае если в суд поступает уголовное дело в отношении обвиняемого, содержащегося под стражей, судья принимает решение в срок не позднее 14 суток со дня поступления уголовного дела в суд. По просьбе защитника суд вправе предоставить ему возможность для дополнительного ознакомления с материалами уголовного дела, поскольку зачастую при выполнении требований ст. 217 УПК РФ об ознакомлении обвиняемого и его защитника со всеми материалами уголовного дела следователи (дознаватели) пользуются предоставленными им УПК РФ правами ограничить время этого ознакомления на основании судебного решения. В итоге нередко многотомные уголовные дела адвокату приходится досконально изучать уже непосредственно в суде.

Какие вопросы могут рассматриваться на этой стадии с обязательным участием защитника? Это очень важные вопросы об избрании

в отношении обвиняемого меры пресечения в виде залога, домашнего ареста или заключения под стражу либо о продлении срока домашнего ареста или срока содержания под стражей по ходатайству прокурора или по инициативе суда, а также о проведении предварительного слушания по уголовному делу. Обвиняемый и его защитник должны быть извещены о месте, дате и времени судебного заседания, где будут рассматриваться подобные вопросы, не менее чем за трое суток до его начала.

Каковы основания для проведения предварительного слушания?

В соответствии со ст. 229 УПК РФ суд по ходатайству защитника и обвиняемого или по собственной инициативе при наличии оснований, предусмотренных данной статьей, проводит предварительное слушание в порядке, установленном гл. 34 УПК РФ.

Предварительное слушание проводится:

а) при наличии ходатайства стороны об исключении доказательств, заявленного в соответствии с ч. 3 ст. 229;

б) при наличии основания для возвращения уголовного дела прокурору в случаях, предусмотренных ст. 237 настоящего Кодекса;

в) при наличии основания для приостановления или прекращения уголовного дела;

г) при наличии ходатайства защитника о проведении судебного разбирательства в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ, которая предусматривает, что в исключительных случаях судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в отсутствие подсудимого, который находится за пределами Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу;

д) для решения вопроса о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей;

е) при наличии не вступившего в законную силу приговора, предусматривающего условное осуждение лица, в отношении которого в суд поступило уголовное дело, за ранее совершенное им преступление;

ж) при наличии основания для выделения уголовного дела.

Ходатайство о проведении предварительного слушания может быть заявлено защитником после ознакомления с материалами уголовного дела либо после направления уголовного дела с обвинительным заключением или обвинительным актом в суд в течение трех суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта.

Проведение предварительного слушания имеет огромное процессуальное значение. Как отмечалось выше, гл. 34 УПК РФ регламентирует порядок проведения предварительного слушания.

Согласно ст. 234 УПК РФ предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон при условии соблюдения требований гл. 33, 35 и 36 УПК РФ с определенными изъятиями.

Уведомление о вызове сторон в судебное заседание должно быть направлено не менее чем за трое суток до дня проведения предварительного слушания.

Предварительное слушание может быть проведено в отсутствие обвиняемого по его ходатайству либо при наличии оснований для проведения судебного разбирательства в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК РФ.

Неявка других своевременно извещенных участников производства по уголовному делу не препятствует проведению предварительного слушания.

Огромное значение на этой стадии судебного процесса имеет заявление защитником ходатайств об исключении доказательств.

В случае если защитником заявлено ходатайство об исключении доказательства, судья выясняет у стороны обвинения, имеются ли у нее возражения против данного ходатайства. При отсутствии возражений судья удовлетворяет ходатайство и выносит постановление о назначении судебного заседания, если отсутствуют иные основания для проведения предварительного слушания.

Ходатайство защитника об истребовании дополнительных доказательств или предметов подлежит удовлетворению, если данные доказательства и предметы имеют значение для уголовного дела.

По ходатайству защитника в качестве свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом.

В ходе предварительного слушания ведется протокол.

Согласно ст. 235 УПК РФ защитник вправе заявить ходатайство об исключении из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, любого доказательства. В случае заявления ходатайства его копия передается стороне обвинения в день представления ходатайства в суд.

Ходатайство об исключении доказательства должно содержать указания на:

а) доказательство, об исключении которого ходатайствует сторона;
б) основания для исключения доказательства, предусмотренные УПК РФ, и обстоятельства, обосновывающие ходатайство.

Судья вправе допросить свидетеля и приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве. В случае если сторона обвинения возражает против исключения доказательства, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами.

Следует отметить, что право заявлять ходатайство об исключении доказательств принадлежит и стороне обвинения, в частности прокурору. Однако, как показывает многолетняя практика участия адвокатов в судах по рассмотрению конкретных уголовных дел, сторона обвинения пользуется этим процессуальным правом крайне неохотно, полагая при этом, что подобные действия могут «размыть» всю доказательственную базу.

Необходимо учитывать, что при рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного защитником на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК РФ, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство.

Если суд принял решение об исключении доказательства, то данное доказательство теряет юридическую силу и не может быть положено в основу приговора или иного судебного решения, а также исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства.

Если уголовное дело рассматривается судом с участием присяжных заседателей, то стороны либо иные участники судебного заседания не вправе сообщать присяжным заседателям о существовании доказательства, исключенного по решению суда.

При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым.

Согласно ст. 236 УПК РФ по результатам предварительного слушания судья принимает одно из следующих решений:

а) о направлении уголовного дела по подсудности;
б) о возвращении уголовного дела прокурору;
в) о приостановлении производства по уголовному делу;
г) о прекращении уголовного дела;
д) о назначении судебного заседания;
е) об отложении судебного заседания в связи с наличием не вступившего в законную силу приговора, предусматривающего условное

осуждение лица, в отношении которого в суд поступило уголовное дело, за ранее совершенное им преступление;

ж) о выделении или невозможности выделения уголовного дела в отдельное производство в случаях, предусмотренных УПК РФ, и о назначении судебного заседания.

Решение судьи оформляется постановлением в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 227 УПК РФ. В постановлении должны быть отражены результаты рассмотрения заявленных ходатайств и поданных жалоб.

Если судья удовлетворяет ходатайство защитника об исключении доказательства и при этом назначает судебное заседание, то в постановлении указывается, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания.

Если в ходе предварительного слушания прокурор изменяет обвинение, то судья также отражает это в постановлении и в случаях, предусмотренных УПК РФ, направляет уголовное дело по подсудности.

Если при разрешении ходатайства обвиняемого и его защитника о предоставлении времени для ознакомления с материалами уголовного дела суд установит, что требования ч. 5 ст. 109 УПК РФ были нарушены, а предельный срок содержания обвиняемого под стражей в ходе предварительного следствия истек, то суд изменяет меру пресечения в виде заключения под стражу, удовлетворяет ходатайство обвиняемого и его защитника и устанавливает им срок для ознакомления с материалами уголовного дела.

Судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, может быть обжаловано в порядке, предусмотренном гл. 45¹ и 47¹ УПК РФ, за исключением судебного решения о назначении судебного заседания в части разрешения вопросов, указанных в п. 1, 3–5 ч. 2 ст. 231 УПК РФ.

Зачастую в ходе предварительного слушания защитник представляет суду доказательства того, что в ходе предварительного следствия (дознания) в отношении его подзащитного были допущены процессуальные нарушения. В этом случае защитник вправе ходатайствовать о возвращении уголовного дела прокурору.

В соответствии со ст. 237 УПК РФ судья по ходатайству защитника правомочен вернуть уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях, если:

а) обвинительное заключение, обвинительный акт или обвинительное постановление составлены с нарушением требований УПК РФ,

что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения, акта или постановления;

б) копия обвинительного заключения, обвинительного акта или обвинительного постановления не была вручена обвиняемому, за исключением случаев, если суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном ч. 4 ст. 222 или ч. 3 ст. 226 УПК РФ;

в) есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера;

г) имеются предусмотренные ст. 153 УПК РФ основания для соединения уголовных дел;

д) при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные ч. 5 ст. 217 УПК РФ;

е) фактические обстоятельства, изложенные в обвинительном заключении, обвинительном акте, обвинительном постановлении, постановлении о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера, свидетельствуют о наличии оснований для квалификации действий обвиняемого, лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния либо в ходе предварительного слушания или судебного разбирательства установлены фактические обстоятельства, указывающие на наличие оснований для квалификации действий указанных лиц как более тяжкого преступления, общественно опасного деяния.

При наличии обстоятельств, указанных в ст. 226² (обстоятельства, исключающие производство дознания в сокращенной форме) и ч. 4 ст. 226⁹ УПК РФ (особенности судебного производства по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме), судья по ходатайству защитника или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору для передачи его по подследственности и производства дознания в общем порядке.

Следует отметить, что по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме, судебное производство осуществляется в порядке, установленном ст. 316 («Порядок проведения судебного заседания и постановления приговора») и 317 УПК РФ («Пределы обжалования приговора»), с изъятиями, предусмотренными ст. 226⁹ УПК РФ.

В связи с этим адвокату важно знать, что приговор по делу, рассматриваемому в порядке ст. 226⁹ УПК РФ, постановляется на основании исследования и оценки только тех доказательств, которые указаны в обвинительном постановлении, а также дополнительных данных о личности подсудимого. По ходатайству стороны защиты судья вправе приобщить к уголовному делу и учесть при определении меры наказания надлежащим образом оформленные документы, содержащие дополнительные данные о личности подсудимого, в том числе о наличии у него иждивенцев, а также иные данные, которые могут быть учтены в качестве обстоятельств, смягчающих наказание.

При поступлении возражения какой-либо из сторон против дальнейшего производства по уголовному делу, дознание по которому производилось в сокращенной форме, с применением особого порядка судебного разбирательства, а равно по собственной инициативе в случае установления обстоятельств, препятствующих постановлению законного, обоснованного и справедливого приговора, в том числе при наличии достаточных оснований предполагать самооговор подсудимого, судья выносит постановление о возвращении уголовного дела прокурору для передачи его по подследственности и производства дознания в общем порядке.

Адвокат должен знать, что согласно п. 1.2 ст. 237 УПК РФ судья по ходатайству прокурора вправе возвратить уголовное дело прокурору для устранения препятствий к его рассмотрению судом в случаях, если:

а) после направления уголовного дела в суд наступили новые общественно опасные последствия инкриминируемого обвиняемому деяния, являющиеся основанием для предъявления ему обвинения в совершении более тяжкого преступления;

б) ранее вынесенные по уголовному делу приговор, определение или постановление суда отменены в порядке, предусмотренном гл. 49 УПК РФ, а послужившие основанием для их отмены новые или вновь открывшиеся обстоятельства являются в свою очередь основанием для предъявления обвиняемому обвинения в совершении более тяжкого преступления.

Эти полномочия суда и прокурора могут серьезно повлиять на стратегию и тактику защиты адвокатом интересов обвиняемого, поскольку подобное возвращение уголовного дела в соответствующий орган прокуратуры может резко ухудшить процессуальное положение подзащитного и в будущем не исключается предъявление новых обвинений в отношении этого лица.

Необходимо иметь в виду, что при возвращении уголовного дела прокурору судья должен решить вопрос о мере пресечения в отно-

нении обвиняемого. При необходимости судья продлевает срок содержания обвиняемого под стражей для производства следственных и иных процессуальных действий с учетом сроков, предусмотренных ст. 109 УПК РФ.

И здесь хотелось бы сделать одно важное отступление. В соответствии со ст. 109 УПК РФ максимальный срок содержания гражданина под стражей составляет 18 месяцев. Однако это жесткое ограничение вряд ли применимо в случаях, когда уголовное дело в отношении обвиняемого, содержащегося под стражей, уже поступило в суд для рассмотрения по существу. Все же предписания ст. 109 УПК РФ в основном связаны с предварительным расследованием. Да, можно твердо констатировать, что следователю ни один суд не разрешит продлить обвиняемому срок содержания под стражей более 18 месяцев. В этом случае действует главный принцип, которым следователь должен руководствоваться в своей работе: не уложился в сроки, отведенные законом, изволь человека отпустить, даже если он обвиняется в совершении особо опасных преступлений. Однако для суда эти требования в ряде случаев необязательны, поскольку в упомянутой статье УПК РФ, а также в других нормах закона не содержится прямых запретов суду продлять обвиняемому срок содержания под стражей сверх 18 месяцев при условии, что уголовное дело уже поступило в суд для рассмотрения по существу. В практике адвокатов бывали случаи, когда подсудимые более двух лет содержались под стражей, пока уголовное дело рассматривалось в суде. Скажем, уголовное дело в отношении граждан К., Я., Н. и М., обвиняемых в совершении покушения на убийство, совершенное особо опасным способом с применением взрывного устройства, взрывчатых веществ и огнестрельного оружия в течение более трех (!!!) лет (февраль 2006 г. — август 2009 г.) подряд рассматривалось с участием присяжных заседателей Московским областным судом. И все это время подсудимые находились под стражей, а сроки содержания этих лиц под стражей по ходатайству прокурора судом систематически продлялись, что вряд ли следует признать правильным. Как представляется, максимальные сроки содержания граждан под стражей должны распространяться на все стадии уголовного процесса, включая и судебные слушания.

Адвокат должен следить за соблюдением судом сроков начала разбирательства в судебном заседании. Согласно ст. 233 УПК РФ рассмотрение уголовного дела в судебном заседании должно быть начато не позднее 14 суток со дня вынесения судьей постановления о назначении судебного заседания, а по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, — не позднее 30 суток.

Рассмотрение уголовного дела в судебном заседании не может быть начато ранее семи суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта.

На стадии предварительного слушания по ходатайству защитника уголовное дело в отношении его подзащитного или уголовное преследование подзащитного может быть судом прекращено.

Согласно ст. 239 УПК РФ в случаях, предусмотренных п. 3–6 ч. 1, ч. 2 ст. 24 УПК РФ («Основания отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела») и п. 3–6 ч. 1 ст. 27 УПК РФ («Основания прекращения уголовного преследования»), а также в случае отказа прокурора от обвинения в порядке, установленном ч. 7 ст. 246 УПК РФ, судья выносит постановление о прекращении уголовного дела.

По ходатайству защитника судья может также прекратить уголовное дело при наличии оснований, предусмотренных ст. 25 УПК РФ («Прекращение уголовного дела в связи с примирением сторон») и 28 УПК РФ («Прекращение уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием»).

В постановлении о прекращении уголовного дела или уголовного преследования:

- а) указываются основания прекращения уголовного дела и (или) уголовного преследования;
- б) решаются вопросы об отмене меры пресечения, наложения ареста на имущество, корреспонденцию, временного отстранения от должности, а также контроля и записи переговоров;
- в) разрешается вопрос о вещественных доказательствах.

Копия постановления о прекращении уголовного дела направляется прокурору, а также вручается лицу, в отношении которого прекращено уголовное преследование, и потерпевшему в течение пяти суток со дня его вынесения.

§ 2. Общие условия участия адвоката в судебном разбирательстве

Приступая к защите интересов обвиняемого в судебном разбирательстве, адвокат должен учитывать ряд важных требований, предусмотренных УПК РФ, другими правовыми актами, содержащими нормы уголовно-процессуального права, а также сложившейся в этой области судебной практикой.

По общему правилу в судебном разбирательстве все доказательства по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию.

Суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, производит другие судебные действия по исследованию доказательств.

Необходимо учитывать, что оглашение показаний, данных при производстве предварительного расследования, возможно лишь в случаях, предусмотренных ст. 276 и 281 УПК РФ.

Так, согласно ст. 276 УПК РФ оглашение показаний подсудимого, данных при производстве предварительного расследования, а также воспроизведение приложенных к протоколу допроса материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки его показаний могут иметь место по ходатайству сторон в следующих случаях:

а) при наличии существенных противоречий между показаниями, данными подсудимым в ходе предварительного расследования и в суде, за исключением случаев, предусмотренных п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ («Недопустимые доказательства»);

б) когда уголовное дело рассматривается в отсутствие подсудимого в соответствии с ч. 4 и 5 ст. 247 УПК РФ («Участие подсудимого»);

в) отказа от дачи показаний, если соблюдены требования п. 3 ч. 4 ст. 47 УПК РФ («Обвиняемый»).

Данные требования распространяются также на случаи оглашения показаний подсудимого, данных ранее в суде.

Следует отметить, что в процессе защиты обвиняемых в суде адвокаты неоднократно сталкивались с попытками стороны обвинения огласить на судебных слушаниях показания свидетелей защиты, где имелись незначительные, чисто текстуальные противоречия с теми показаниями, которые они давали суду. Этими действиями сторона обвинения зачастую пыталась вывести свидетелей из равновесия, запутать их в своих же показаниях, повлиять на изменение этими свидетелями показаний в пользу обвинения. Поэтому очень важно, чтобы адвокат в таких случаях использовал весь арсенал своих полномочий, во-первых, не допуская удовлетворения судом подобного ходатайства стороны обвинения и, во-вторых, препятствуя постановке стороной обвинения провокационных вопросов свидетелям защиты, если все же суд его удовлетворил.

В соответствии со ст. 214 УПК РФ разбирательство уголовных дел во всех судах открытое, за исключением случаев, предусмотренных УПК РФ. Это значит, что в зале судебных заседаний могут находиться не только непосредственные участники уголовного процесса, но и посторонние граждане. Правда, бывают случаи, когда и в открытом судебном заседании присутствие сторонней публики ограничивается.

Эти ограничения носят скорее технический характер и обусловлены в первую очередь вместимостью зала судебных заседаний.

Например, как уже отмечалось, судебные заседания по рассмотрению Московским областным судом уголовного дела по обвинению К., Я., Н. и М. в покушении на убийство, совершенное с применением взрывного устройства, взрывчатых веществ и огнестрельного оружия, проходили по ходатайству прокурора и представителей потерпевших в закрытом режиме, поскольку в процессе исследования доказательств рассматривались вопросы, связанные с охраняемой федеральными законами тайной.

В любом случае в определении или постановлении суда о проведении закрытого разбирательства должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых суд принял данное решение.

Уголовное дело рассматривается в закрытом судебном заседании с соблюдением всех норм уголовного судопроизводства. Определение или постановление суда о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании может быть вынесено в отношении всего судебного разбирательства либо соответствующей его части.

Переписка, запись телефонных и иных переговоров, телеграфные, почтовые и иные сообщения лиц могут быть оглашены в открытом судебном заседании только с их согласия. В противном случае указанные материалы оглашаются и исследуются в закрытом судебном заседании. Данные требования применяются и при исследовании материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписей, киносъемки, носящих личный характер.

Лица, присутствующие в открытом судебном заседании, вправе вести аудиозапись и письменную запись. Проведение фотографирования, видеозаписи и (или) киносъемки допускается с разрешения председательствующего в судебном заседании.

Что касается закрытого судебного заседания, то судья правомочен устанавливать и иные ограничения. Скажем, в процессе по делу К., Я., Н. и М. судья Московского областного суда К. запретил сторонам пользоваться мобильной связью, а также компьютерами, что вызвало серьезные возражения со стороны защитников обвиняемых.

Адвокат должен учитывать, что его подзащитный участвует в судебном заседании непосредственно. В исключительных случаях в целях обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства суд вправе при рассмотрении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 205–206 (соответственно террористический акт; захват заложника), 208 (организация незаконного вооруженного формирова-

ния или участие в нем), ч. 4 ст. 211 (угон судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава), ч. 1 ст. 212 (массовые беспорядки), ст. 275 (государственная измена), 276 (шпионаж), 279 (вооруженный мятеж) и 281 (диверсия) УК РФ, по ходатайству любой из сторон принять решение об участии в судебном заседании подсудимого, содержащегося под стражей, путем использования систем видео-конференц-связи. Как правило, подобные ходатайства заявляет прокурор.

Приговор суда провозглашается в открытом судебном заседании. В случае рассмотрения уголовного дела в закрытом судебном заседании или уголовного дела о преступлениях в сфере экономической деятельности, а также о преступлениях, предусмотренных ст. 205–206, 208, ч. 4 ст. 211, ч. 1 ст. 212, ст. 275, 276, 279 и 281 УК РФ, на основании определения или постановления суда могут оглашаться только вводная и резолютивная части приговора.

В соответствии со ст. 242 УПК РФ уголовное дело рассматривается одним и тем же судьей или одним и тем же составом суда.

Если кто-либо из судей лишен возможности продолжать участие в судебном заседании, то он заменяется другим судьей и судебное разбирательство уголовного дела начинается сначала.

Здесь хотелось бы сделать важное отступление, непосредственно связанное с участием адвокатов в одном достаточно громком уголовном процессе, который проходил в Санкт-Петербургском городском суде с небольшими перерывами почти шесть лет, вплоть до февраля 2006 г.

Фабула дела такова. Уголовное дело по обвинению Ш. и членов его банды поступило в указанный суд в декабре 2000 г. и было назначено к слушанию на январь 2001 г.

Еще в период ознакомления с материалами уголовного дела все обвиняемые (а их было 17 человек) заявили ходатайства о рассмотрении их дела с участием присяжных заседателей, ссылаясь на ч. 2 ст. 20 Конституции РФ. Однако в удовлетворении данных ходатайств судом было отказано, поскольку в соответствии со ст. 8 Федерального закона от 18 декабря 2001 г. № 177-ФЗ¹ правило о рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей вводилось на территории г. Санкт-Петербурга в действие лишь с 1 января 2004 г. Поэтому уголовное дело в отношении обвиняемого Ш. и членов его организованной преступной группировки (а члены банды обвинялись в совершении нескольких убийств при отягчающих обстоятельствах, разбойных нападениях, похищении людей, изготовлении и сбыте

¹ СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4924.

взрывных устройств и взрывчатых веществ) в силу Закона не могло рассматриваться с участием присяжных заседателей.

Поскольку подобного рода уголовные дела должны рассматриваться судом коллегиально, было принято решение о рассмотрении уголовного дела в отношении Ш. и членов его банды с участием народных заседателей, что прямо предусматривал Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 37-ФЗ «О народных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»¹, действовавший в тот период. Не соглашаясь с подобным решением, большинство обвиняемых и их защитников начали срывать судебные слушания, не давая суду рассматривать уголовное дело по существу, постоянно требуя реализации их законного права на суд присяжных. Такая ситуация со срывами судебных заседаний продолжалась вплоть до сентября 2004 г.!!! И все равно суд, ссылаясь на требования УПК РФ о неизменности состава суда, начавшего рассмотрение дела по существу, продолжил рассмотрение уголовного дела с участием народных заседателей и в таком составе постановил приговор. В настоящее время в Европейском Суде по правам человека рассматриваются жалобы нескольких осужденных по данному уголовному делу в связи с лишением их права на рассмотрение дела надлежащим составом суда.

Можно утверждать, что данный процесс весьма наглядно показал несовершенство уголовно-процессуального законодательства России, приведшее, по нашему мнению, к неудовлетворению абсолютно правомерных требований подсудимых о рассмотрении их дела с участием присяжных заседателей. И хотя на тот момент существовали законодательные ограничения реализации этого права, суд должен был руководствоваться в первую очередь положениями Конституции РФ, имеющей высшую юридическую силу.

Продолжая разговор об общих условиях участия адвоката в судебном разбирательстве, следует подчеркнуть, что согласно ст. 244 УПК РФ в судебном заседании стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, рассмотрение иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства.

Судья не может ограничить защитника в выборе способов защиты своего доверителя в судебном заседании, если только действия защитника не противоречат закону.

Какие права у защитника в ходе судебного процесса? Круг этих прав весьма широк. Так, в соответствии со ст. 248 УПК РФ защитник подсудимого участвует в исследовании доказательств, заявляет ходатайства, излагает суду свое мнение по существу обвинения и его

¹ СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 158.

доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или оправдывающих его, о мере наказания, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства.

При неявке защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается. Замена защитника производится в соответствии с ч. 3 ст. 50 УПК РФ.

В случае замены защитника суд предоставляет вновь вступившему в уголовное дело защитнику время для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. Замена защитника не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в суде. По ходатайству защитника суд может повторить допросы свидетелей, потерпевших, экспертов либо иные судебные действия.

Представляя интересы подзащитного в уголовном процессе, адвокат должен учитывать весьма важные особенности этого процесса. В первую очередь это касается пределов судебного разбирательства (ст. 252 УПК РФ). Что это значит? В данном случае речь идет о том, что судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого и лишь по предъявленному ему обвинению.

Изменение обвинения в судебном разбирательстве допускается, если этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается его право на защиту.

Проще говоря, если в ходе судебного заседания прокурором или кем-либо из представителей стороны обвинения будет заявлено ходатайство о переквалификации действий обвиняемого на более тяжкую статью УК РФ по сравнению с упомянутой в обвинительном заключении, такое ходатайство судом должно быть безусловно отклонено.

Как отмечалось ранее, суд, согласно ст. 255 УПК РФ, вправе избрать, изменить или отменить меру пресечения в отношении подсудимого. И здесь вновь приходится говорить о том, что правила о максимальных сроках (не более 18 месяцев) содержания лиц под стражей, регламентированных ст. 109 УПК РФ, в процессе судебных слушаний не действуют.

Например, если заключение под стражу избрано подсудимому в качестве меры пресечения, то срок содержания его под стражей со дня поступления уголовного дела в суд и до вынесения приговора не может превышать шесть месяцев, за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 ст. 255 УПК РФ.

Согласно этой норме закона суд, в производстве которого находится уголовное дело, по истечении шести месяцев со дня поступления

уголовного дела в суд вправе продлить срок содержания подсудимого под стражей. При этом продление срока содержания под стражей допускается только по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях и каждый раз не более чем на три месяца (т. е. фактически неограниченное число раз).

На практике, о чем мы уже неоднократно говорили, бывали случаи, когда обвиняемые, содержащиеся под стражей, с момента поступления уголовного дела в суд и до момента постановления приговора находились в следственном изоляторе несколько лет, что вряд ли следует признать правильным. В связи с этим мы полагаем, что требуется коренной пересмотр подобных норм УПК РФ, предоставляющих суду право «держат» гражданина под стражей весьма длительное время. При этом следует учесть, что до момента постановления приговора и вступления его в законную силу не считается доказанным факт совершения гражданином преступления, в котором он обвиняется. И нередко бывали случаи, когда в процессе рассмотрения уголовного дела в суде это дело буквально «рассыпалось» на глазах у сторон процесса, обвиняемого оправдывали и освобождали из-под стражи. А он уже «просидел» несколько лет. И хотя существует право на реабилитацию, предусмотренную соответствующими нормами УПК РФ (ст. 134, например), однако оно вряд ли восполнит непоправимый моральный, нравственный и физический вред, нанесенный гражданину, не говоря уже о том, что при адаптации к жизни после длительного нахождения под стражей гражданина будут подстерегать и другие трудности.

Во время судебного процесса защитник должен все время следить за тем, чтобы его доверитель не нарушал порядок в судебном заседании, не пререкался с судьей и другими участниками процесса. Надо вовремя пресекать такие попытки подзащитного, разъясняя ему весьма негативные последствия подобных неправомерных действий.

Согласно ст. 258 УПК РФ при нарушении порядка в судебном заседании, неподчинении распоряжениям председательствующего или судебного пристава подсудимый, присутствующий в зале судебного заседания, предупреждается о недопустимости такого поведения, либо удаляется из зала судебного заседания, либо на него налагается денежное взыскание в порядке, установленном ст. 117 и 118 УПК РФ.

К защитнику судом также могут быть применены меры процессуального принуждения. При неподчинении защитника распоряжениям председательствующего слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено, если не представляется возможным без ущерба для уголовного дела заменить данное лицо другим. Одновременно суд сообщает об этом в адвокатскую палату,

которая может принять решение о применении к такому адвокату мер воздействия, предусмотренных Законом об адвокатуре, вплоть до лишения адвоката статуса.

Необходимо знать, что подсудимый может быть удален из зала судебного заседания до окончания прений сторон. При этом ему должно быть предоставлено право на последнее слово. Приговор в этом случае должен провозглашаться в его присутствии или объявляться ему под расписку немедленно после провозглашения.

Удаление подсудимого из зала судебного заседания до окончания прений сторон крайне негативно сказывается на выработке адвокатом стратегии и тактики защиты его интересов, практически полностью лишает его возможности участвовать в допросах свидетелей, иных участников уголовного процесса, давать показания по существу предъявленных ему обвинений, заявлять отводы и ходатайства. Поэтому крайне важно, чтобы защитник загодя, еще до начала судебных слушаний, сориентировал бы доверителя на надлежащее поведение в зале судебных заседаний и не допускал бы неоправданные пререкания с судьей или иными участниками уголовного процесса. Это особенно важно при рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей, когда в процессе рассмотрения дела присяжные могут обратить внимание на неадекватное поведение подсудимого и при вынесении вердикта учесть это обстоятельство.

§ 3. Участие адвоката на стадии судебного следствия

Этот этап работы адвоката в суде по рассмотрению уголовных дел обладает рядом особенностей и нюансов, не говоря уже о его исключительной важности для интересов подзащитного.

С чего начинается судебное следствие? С изложения государственным обвинителем предъявленного подсудимому обвинения, а по уголовным делам частного обвинения — с изложения заявления частным обвинителем.

Председательствующий опрашивает подсудимого: понятно ли ему обвинение, признает ли он себя виновным и желает ли он или его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению (ст. 273 УПК РФ)?

После этого председательствующий и стороны уголовного процесса должны определить порядок исследования доказательств. В соответствии со ст. 274 УПК РФ очередность исследования доказательств определяется стороной, представляющей доказательства суду. По общему правилу первой представляет доказательства сторона обвинения,

хотя это не является обязательным требованием закона. Защитник и подсудимый вправе ходатайствовать перед судом о праве представления доказательств первыми, хотя мы отрицательно относимся к такой постановке вопроса, поскольку в этом случае защита сильно ослабляет свои позиции, позволяя прокурору и иным участникам процесса со стороны обвинения использовать представленные стороной защиты доказательства в выгодном для них ракурсе, а иногда и полностью дезавуировать их.

После исследования доказательств, представленных стороной обвинения, исследуются доказательства, представленные стороной защиты.

Допрос подсудимого проводится в соответствии со ст. 275 УПК РФ. С разрешения председательствующего подсудимый вправе давать показания в любой момент судебного следствия.

Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то очередность представления ими доказательств определяется судом с учетом мнения сторон.

При согласии подсудимого дать показания первыми его допрашивают защитник и участники судебного разбирательства со стороны защиты, затем государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения. Председательствующий отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу (ст. 275 УПК РФ).

Зачастую в судебном процессе происходят настоящие схватки между защитником и прокурором по поводу постановки подсудимому, свидетелям и иным участникам процесса (например, экспертам) наводящих вопросов. Теоретическое и практическое осмысление понятия «наводящий вопрос» имеет большое значение в уголовном судопроизводстве. Так что же такое «наводящий вопрос» и почему мы придаем этой проблеме такое серьезное значение?

Процесс постановки и формулировки вопросов является достаточно важным при производстве допроса, очной ставки и ряда других следственных действий как на стадии предварительного расследования, так и в ходе судебного следствия. Исторические памятники права отражают роль вопросов при формировании процедуры и правил производства допросов. Так, Устав уголовного судопроизводства 1914 г. предусматривал особые правила производства допроса обвиняемого. Согласно ст. 404 Устава уголовного судопроизводства предлагаемые обвиняемому вопросы «должны быть кратки и ясны»¹.

¹ Устав уголовного судопроизводства / Сост. М. В. Беренштам и С. Н. Новиков. 4-е изд. СПб., 1914. С. 94.

Нередко перед началом допроса подсудимого сам он или его защитник заявляют суду, что подсудимый будет отвечать только на вопросы стороны защиты, игнорируя вопросы прокурора или иных участников со стороны обвинения. Правомерно ли это? Полагаем, что да. Исходя из стратегии и тактики защиты интересов подсудимого, адвокат может порекомендовать ему избрать на допросе именно такую форму ответов. Во всяком случае УПК РФ не препятствует реализации такого плана, выработанного адвокатом и его подзащитным в уголовном процессе, и адвокаты нередко используют подобный вид допроса подсудимого.

В процессе судебного следствия многое зависит от допросов свидетелей как со стороны защиты, так и со стороны обвинения (ст. 278 УПК РФ). Принцип участия защитника на этой стадии судебного следствия достаточно прозрачен. Если адвокат допрашивает свидетеля защиты, следует путем постановки уточняющих и конкретизирующих вопросов сориентировать его на дачу таких показаний, которые могут максимально свидетельствовать о непричастности подсудимого к инкриминируемому ему преступному деянию или доказывать неправильную квалификацию действий подсудимого следствием (дознанием). Если адвокат ведет допрос свидетеля со стороны обвинения, то необходимо постараться весьма подробно выяснить все детали и нюансы тех событий, свидетелем которых стал этот человек. В начальной стадии допроса свидетеля прокурором, а затем каким-либо представителем стороны обвинения адвокат должен жестко пресекать любые попытки с их стороны оказать психологическое или иное давление на свидетеля в виде постановки наводящих вопросов или вопросов, в которых присутствует скрытая угроза возникновения для свидетеля неблагоприятных последствий, если его показания вдруг начнут выбиваться из задуманной прокурором или иным лицом линии обвинения. Это достигается защитником путем заявления протестов на неправомерные действия стороны обвинения, которые могут быть заявлены суду как устно, так и в письменной форме. В любом случае подобные протестные реплики защитника должны быть зафиксированы судьей и внесены в протокол судебного заседания.

В практике работы адвокатов в уголовном суде нередко возникали случаи, когда свидетели обвинения полностью или частично отказывались от показаний, данных ими ранее на стадии предварительного расследования (дознания). Как правило, основным мотивом изменения таких показаний в суде являлось оказание неправомерного давления на этих свидетелей еще на стадии расследования уголовного дела в целях получения нужных для следствия показаний. Бесспорно, суд весьма настороженно принимает такие свидетельства. Поэтому задача

адвоката в этом случае главным образом заключается в том, чтобы суд стал трактовать подобные сомнения в пользу подсудимого (это основополагающий принцип еще древнеримского права — *in dubio pro reo*).

Помимо допросов свидетелей в суде допрашиваются потерпевшие, их представители, эксперты, иные участники уголовного судопроизводства.

По окончании исследования представленных сторонами доказательств председательствующий опрашивает стороны: желают ли они дополнить судебное следствие? В случае заявления ходатайства о дополнении судебного следствия суд обсуждает его и принимает соответствующее решение.

После разрешения ходатайств и выполнения связанных с этим необходимых судебных действий председательствующий объявляет судебное следствие окончанным.

§ 4. Участие адвоката на стадии прений сторон и последнего слова подсудимого

Следующим важным этапом работы адвоката на стадии судебных слушаний является его участие в прениях сторон, которые состоят из речей обвинителя и защитника. При отсутствии защитника в прениях сторон участвует подсудимый (ст. 292 УПК РФ).

В прениях сторон могут также участвовать потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, подсудимый вправе ходатайствовать об участии в прениях сторон.

Последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом. При этом первым во всех случаях выступает обвинитель, а последними — подсудимый и его защитник. Гражданский ответчик и его представитель выступают в прениях сторон после гражданского истца и его представителя.

Участник прений сторон не вправе ссылаться на доказательства, которые не рассматривались в судебном заседании или признаны судом недопустимыми.

Суд не вправе ограничивать продолжительность прений сторон. При этом председательствующий вправе останавливать участвующих в прениях лиц, если в своей речи они касаются обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому уголовному делу, а также доказательств, признанных недопустимыми.

После произнесения речей всеми участниками прений сторон каждый из них может выступить еще один раз с репликой. Право последней реплики принадлежит подсудимому или его защитнику.

После окончания прений сторон председательствующий предоставляет подсудимому последнее слово, в том числе с использованием систем видео-конференц-связи. Никакие вопросы к подсудимому во время его последнего слова не допускаются.

Суд не может ограничивать продолжительность последнего слова подсудимого. При этом председательствующий вправе останавливать подсудимого в случаях, когда обстоятельства, излагаемые подсудимым, не имеют отношения к рассматриваемому уголовному делу.

Согласно ст. 294 УПК РФ, если участники прений сторон или подсудимый в последнем слове сообщат о новых обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, или заявят о необходимости предъявить суду для исследования новые доказательства, то суд вправе возобновить судебное следствие. По окончании возобновленного судебного следствия суд вновь открывает прения сторон и предоставляет подсудимому последнее слово.

Заслушав последнее слово подсудимого, суд удаляется в совещательную комнату для постановления приговора, о чем председательствующий объявляет присутствующим в зале судебного заседания.

Перед удалением суда в совещательную комнату участникам судебного разбирательства должно быть объявлено время оглашения приговора.

Участие в прениях, по нашему мнению, можно считать самой важной и одновременно самой сложной частью работы адвоката в судебном заседании. Выступление в прениях невозможно заранее подготовить в окончательном виде в отличие от речи в объяснениях. Выступление в прениях должно учитывать сказанное другими лицами, участвующими в деле, в их объяснениях, а также результаты исследования доказательств, заключение прокурора или представителя государственных органов или органов местного самоуправления, если они участвуют в судебном разбирательстве. Нередко в судебном заседании неожиданно появляются новые доводы стороны обвинения, возражения против доказательственной силы представленных документов, показаний свидетеля или иных материалов. Об этих доводах, возражениях необходимо помнить и умело вплетать их опровержение в логичную речь о том, почему исследованные доказательства подтверждают обстоятельства, на которые сторона ссылается, и почему доказательства противной стороны не обладают силой, а ее правовое обоснование несостоятельно.

Выступление защитника в суде иногда осложняется тем, что судья, используя свое полномочие задавать вопрос в любой момент выступления, прерывает защитника на полуслове, задает вопросы об обстоятель-

ствах, о которых адвокат пока не успел рассказать, требует немедленно показать какой-то документ. Адвокат при этом вынужден отвечать на вопрос судьи, удерживая в памяти слова, на которых остановился, а нередко перестраивать на ходу свое выступление, переставлять акценты с одних обстоятельств и доказательств на другие.

Таким образом, выступление в прениях — всегда экспромт. Помогают адвокату справиться с неожиданными эскападами другой стороны в судебном заседании несложные приемы. Так, тезисы выступления в прениях могут быть подготовлены до начала судебного заседания. В сложном деле возможно несколько вариантов таких тезисов, нацеленных на различные возражения противной стороны. Кроме того, во время выступлений других лиц полезно вести записи, отмечая моменты, на которые обязательно надо ответить в прениях.

Невозможно точно предсказать, что произойдет в судебном заседании, но готовиться к выступлению в прениях можно и нужно.

Выяснение всех возможных обстоятельств дела во время беседы с подзащитным и тщательное изучение доказательств до судебного заседания позволят адвокату предположить возможные возражения стороны обвинения и подготовиться к ним.

Завершаются прения сторон репликами, когда слово предоставляется лицам, участвующим в деле, для того, чтобы с учетом всего сказанного в прениях сформулировать последние убедительные доводы в обоснование своей позиции. Реплика является возможностью подвести итог всему изложенному в судебном заседании и обратить внимание судьи на те обстоятельства и доказательства, которые подтверждают обоснованность позиции защиты. Реплика не должна быть простым повторением основного выступления в прениях, а должна учитывать высказанные в прениях доводы других лиц, участвующих в деле. Не рекомендуется использовать реплику для повторного произнесения речи, уже прозвучавшей в прениях.

По сложившемуся обыкновению реплика не должна быть продолжительной. Последними реплику произносят защитник и подсудимый, и это священное их право, так как они изначально являются более слабой стороной с точки зрения их процессуального положения: подсудимый и представляющий его интересы адвокат защищаются в процессе. В некоторых случаях можно наблюдать, как защитник отказывается от произнесения реплики. С точки зрения тактики ведения уголовного процесса такой отказ, несомненно, является ошибкой, так как судья — это прежде всего человек и он лучше всего запомнит то, что услышит в последние минуты. Поэтому реплика должна быть краткой и яркой, содержащей какой-то ключевой довод. В таком случае

судья при постановлении приговора начнет вспоминать приведенные стороной защиты доказательства именно с реплики.

Нами рассмотрены основные направления работы адвоката на стадии рассмотрения уголовного дела в суде, регламентированные гл. 35 УПК РФ.

Мы не ставили задачу в этом разделе учебника рассмотреть все без исключения формы участия адвоката в уголовном процессе.

Закон регламентирует весьма важные функции адвоката в судах, когда применяется особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (гл. 40, 40¹ УПК РФ); при рассмотрении конкретных уголовных дел у мирового судьи; при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей. Тем не менее мы полагаем, что основная функция защитника и в этих прямо предусмотренных законом видах судебного разбирательства остается неизменной: опираясь на доказательственную базу уголовного дела, используя недочеты, допущенные в ходе предварительного расследования (дознания) и в процессе судебных слушаний, максимально добиться от суда того, чтобы его подзащитный не был подвергнут уголовному наказанию без каких-либо правовых оснований.

ГЛАВА XI. НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА В НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

§ 1. Общие вопросы

Закон об адвокатуре предусматривает, что адвокат не только дает консультации по правовым вопросам, в частности налоговым, но и выступает в качестве представителя доверителя в налоговых правоотношениях.

Особенности деятельности адвоката — представителя налогоплательщика выражаются в том, что он осуществляет свою деятельность как профессиональный юрист, который должен обладать специальными знаниями и опытом именно в налоговом праве. Объясняется это спецификой отрасли налогового права, изначально неравным положением субъектов налоговых правоотношений и большим количеством норм законодательства о налогах и сборах.

Одно важное качество, отличающее адвоката от иных лиц, которым закон предоставляет возможность осуществлять представительство в налоговых правоотношениях: адвокат является независимым советником по правовым вопросам.

Налоговые отношения можно определить как урегулированные нормами налогового права общественные отношения, возникающие по поводу установления, ведения и взимания налогов, а также отношения, возникающие в процессе осуществления налогового контроля, обжалования актов налоговых органов, действий (бездействия) их должностных лиц и привлечения к ответственности за совершение налогового правонарушения.

Под установлением налога понимается первичное нормотворческое действие, принятие нормативного акта, посредством которого конкретный налоговый платеж определяется как таковой и находит свое место в действующей налоговой системе государства¹.

¹ Налоги и налоговое право: Учебное пособие / Под ред. А.В. Брызгалина. М., 1997. С. 193.

Введение налога — вторичное нормотворческое действие, принятие соответствующего нормативного акта, подробно регламентирующего условия, порядок и процедуру фактического взимания того или иного налога в бюджет¹.

Из анализа понятий можно сделать вывод, что адвокат не участвует в правоотношениях, связанных с установлением и введением налогов, так как это прерогатива законодательной власти и органов местного самоуправления, тогда как в вопросах взимания налогов, при осуществлении налогового контроля, при обжаловании актов налоговых органов, действий (бездействия) их должностных лиц он может принимать активное участие посредством института представительства².

Налоговый кодекс РФ предписывает, что налогоплательщик (физическое или юридическое лицо, на которое законодательством возложена обязанность уплачивать налоги (сборы)) может участвовать в налоговых правоотношениях через законного или уполномоченного представителя. Законными представителями налогоплательщика-организации признаются лица, уполномоченные представлять организацию на основании закона или ее учредительных документов (например, генеральный директор общества с ограниченной ответственностью), физического лица — лица, выступающие в качестве его представителей в соответствии с гражданским законодательством РФ (например, родители).

Адвокат может являться только уполномоченным представителем налогоплательщика (если речь не идет о его несовершеннолетних детях, например). Для того чтобы адвокат мог осуществлять полномочия уполномоченного представителя налогоплательщика — юридического лица, необходимо оформление доверенности в простой письменной форме с печатью и подписью руководителя организации. Уполномоченный представитель налогоплательщика — физического лица осуществляет свои полномочия на основании **нотариально** удостоверенной доверенности или доверенности, приравненной к нотариально удостоверенной в соответствии с гражданским законодательством РФ.

Применительно к правовым последствиям действий (бездействия) представителя (адвоката) соответствующее разъяснение дано в п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 57: по смыслу гл. 4 НК РФ, в том числе п. 1 ст. 26, субъектом налогового правоотношения

¹ Налоги и налоговое право: Учебное пособие. С. 193.

² Речь идет только о профессиональной деятельности адвоката. Вопросы, связанные с обязанностью адвоката самостоятельно уплачивать налоги, в данном случае не анализируются.

является сам налогоплательщик, независимо от того, лично ли он участвует в этом правоотношении либо через законного или уполномоченного представителя. В связи с этим при решении вопроса о привлечении налогоплательщика к ответственности за то или иное нарушение законодательства о налогах и сборах действия (бездействие) его представителя расцениваются как действия (бездействие) самого налогоплательщика. За ненадлежащее исполнение возложенных на него обязанностей в сфере налогообложения законный или уполномоченный представитель отвечает перед доверителем по правилам соответственно гражданского, семейного или трудового законодательства.

Юридическая помощь, связанная с представлением интересов юридического или физического лица, доверителя, оказываемая адвокатом в качестве уполномоченного представителя, может осуществляться в форме:

- правового анализа налоговых ситуаций, которые возникают у доверителя при осуществлении им финансово-хозяйственной деятельности;
- консультаций по вопросам налогообложения;
- оптимизации налогообложения путем выбора соответствующих видов договорных отношений с контрагентами (как при заключении договоров, так и с помощью изменения условий уже заключенных договоров), наиболее выгодного определения расходов, уменьшающих прибыль, а также с помощью определения способов ведения бухгалтерского учета, позволяющих законно уменьшить налогооблагаемую базу, или иных способов;
- осуществления защиты и представления интересов доверителя в отношениях с налоговыми органами, иными участниками налоговых отношений;
- осуществления защиты и представления интересов доверителя в судах.

Все права налогоплательщиков можно условно разделить на три группы¹.

Права, обеспечивающие правильное, надлежащее исполнение обязанности по уплате налогов. К ним относится право на получение бесплатной информации от налоговых органов по месту учета о действующих налогах и сборах, законодательстве о налогах и сборах и об иных актах, а также о правах и об обязанностях налогоплательщиков, полномочиях

¹ Маслова О. П., Кабакина Е. Е. Проблемы соблюдения налоговыми органами прав налогоплательщиков // Налоговые споры. 2004. № 6.

налоговых органов и их должностных лиц. Налогоплательщики имеют право получать формы налоговых деклараций (расчетов) и разъяснения о порядке их заполнения.

Также сюда можно отнести право получать от Министерства финансов РФ письменные разъяснения по вопросам применения законодательства РФ о налогах и сборах, от финансовых органов субъектов Федерации и муниципальных образований — по вопросам применения соответственно законодательства субъектов Федерации о налогах и сборах и нормативных правовых актов муниципальных образований о местных налогах и сборах.

Права, обеспечивающие учет экономических интересов налогоплательщика при уплате налогов. К ним относятся: право пользоваться налоговыми льготами при наличии оснований и в порядке, установленном законодательством о налогах и сборах; право получать рассрочку, налоговый кредит или инвестиционный налоговый кредит; право на своевременный зачет или возврат сумм излишне уплаченных налогов, пени, штрафов, право на возмещение в полном объеме убытков, причиненных незаконными решениями или незаконными действиями (бездействием) налоговых органов; право на осуществление совместной с налоговыми органами сверки расчетов по налогам, сборам, пеням и штрафам, а также на получение акта совместной сверки расчетов по налогам, сборам, пеням и штрафам.

Процессуальные права налогоплательщиков при осуществлении налогового контроля. В эту группу включены права: требовать от должностных лиц налогового органа соблюдения законодательства о налогах и сборах при совершении ими действий в отношении налогоплательщиков, в том числе соблюдения сроков проведения проверок, порядка оформления результатов проверок, правил привлечения к налоговой и административной ответственности и др.; представлять свои интересы в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, лично либо через своего представителя; представлять налоговым органам и их должностным лицам пояснения по исчислению и уплате налогов, а также по актам проведенных налоговых проверок; присутствовать при проведении выездной налоговой проверки; получать копии акта налоговой проверки и решений налоговых органов, а также налоговые уведомления и требования об уплате налогов; участвовать в процессе рассмотрения материалов налоговой проверки или иных актов налоговых органов; требовать от должностных лиц налоговых органов и иных уполномоченных органов соблюдения законодательства о налогах и сборах при совершении ими действий в отношении налогоплательщиков; не выполнять неправомерные акты и требования

налоговых органов, иных уполномоченных органов и их должностных лиц, не соответствующие НК РФ или иным федеральным законам, а также обжаловать в установленном порядке акты налоговых органов, иных уполномоченных органов и действия (бездействие) их должностных лиц.

Чаще всего участие адвоката требуется при осуществлении налоговыми органами контроля за деятельностью налогоплательщика, а также в случае нарушения прав налогоплательщика. Рассмотрим эти ситуации.

§ 2. Участие адвоката при осуществлении налоговыми органами некоторых форм налогового контроля

Большинство нарушений прав налогоплательщика возникает при проведении налоговыми органами налоговых проверок.

Проверки, проводимые налоговыми органами, делятся на камеральные (на основе налоговой декларации, представляемой налогоплательщиком в налоговый орган по месту учета) и выездные (на территории, в офисе налогоплательщика).

Камеральная налоговая проверка проводится в течение трех месяцев с момента представления налоговой декларации и соответствующих документов. Лицо, проводящее камеральную налоговую проверку, обязано рассмотреть представленные налогоплательщиком пояснения и документы. При этом налоговый орган не имеет право требовать у налогоплательщика дополнительные сведения и документы, если представление таких документов вместе с налоговой декларацией не предусмотрено НК РФ.

Если после рассмотрения представленных пояснений и документов либо при отсутствии пояснений налогоплательщика налоговый орган установит факт совершения налогового правонарушения или иного нарушения законодательства о налогах и сборах, то должностные лица налогового органа обязаны составить акт проверки.

При проведении камеральной налоговой проверки участие адвоката может сводиться к даче консультаций налогоплательщику как непосредственно до начала такой проверки, т. е. на стадии заполнения налоговой декларации, так и на стадии проведения проверки, например в случае неправомерных истребований документов проверяющим или при необходимости давать пояснения после получения акта налоговой проверки.

При проведении выездной налоговой проверки участие адвоката также желательно, так как позиция налогоплательщика

по тем или иным вопросам применения налогового права, выраженная при взаимодействии с налоговыми органами, может существенно облегчить положение налогоплательщика в дальнейшем.

Далее будут рассмотрены этапы проведения выездной налоговой проверки организации и описаны возможные действия адвоката (представителя налогоплательщика).

Выездная налоговая проверка начинается с вручения решения о проведении такой проверки руководителю организации под расписку или иному уполномоченному на то лицу. Дата вручения решения о проведении проверки очень важна для определения сроков проведения проверки. Выездная налоговая проверка по общему правилу не может длиться более двух месяцев¹. Данное ограничение было введено законодателем в связи с тем, что выездная налоговая проверка сопровождается нарушением обычного ритма хозяйственной жизни налогоплательщиков.

Присутствие сотрудников налоговых органов на территории налогоплательщика, необходимость выделения для их контрольной деятельности рабочего места с функционирующим оборудованием, постоянное взаимодействие работников проверяемой организации с инспекторами, сопровождаемое требуемыми объяснениями особенностей хозяйственных операций, приводят к определенному ограничению экономической свободы налогоплательщиков.

Несмотря на указанные в ст. 89 НК РФ сроки проведения выездных налоговых проверок, руководитель налогового органа вправе приостанавливать их.

Общий срок приостановления проведения выездной налоговой проверки не может превышать шесть месяцев.

На этот период приостанавливаются действия налогового органа по истребованию документов у налогоплательщика, которому в этом случае возвращаются все подлинники, истребованные при проведении проверки, за исключением документов, полученных в ходе проведения выемки, а также действия налогового органа на территории (в помещении) налогоплательщика, связанные с указанной проверкой.

Адвокат может обжаловать решение о приостановлении проверки, однако судебное разбирательство скорее всего будет течь дольше, чем сама приостановка проверки, поэтому при принятии решения об обращении в суд необходимо взвесить все за и против.

¹ Вместе с тем закон допускает продление указанного срока до четырех месяцев, а в исключительных случаях — до шести месяцев.

В день окончания выездной налоговой проверки проверяющими должна быть составлена справка о проведенной проверке и вручена налогоплательщику или его представителю. Адвокат должен убедиться в том, что справка получена, с тем чтобы у налогового органа не было возможности продолжить проведение проверки.

В течение двух месяцев после окончания выездной налоговой проверки сотрудниками налогового органа составляется акт, который вручается налогоплательщику (представителю). В акте налоговой проверки указываются документально подтвержденные факты налоговых правонарушений, выявленные в ходе проверки, или отсутствие таковых, а также выводы и предложения проверяющих по устранению выявленных нарушений.

Нельзя недооценивать роль адвоката на следующем этапе. Это так называемый этап возражений. На этой стадии налогоплательщик может воспользоваться своим правом и представить в течение месяца со дня получения акта письменные объяснения, привести свои доводы несогласия с выводами проверяющих, изложенными в акте выездной налоговой проверки.

Грамотно и с соблюдением законодательства написанные возражения учитываются руководителем налогового органа при вынесении решения. Поэтому на этапе возражений адвокату надлежит собрать как можно больше документов, опровергающих доводы налогового органа, сформировать правовую позицию.

При рассмотрении материалов выездной налоговой проверки руководителем налогового органа учитываются все находящиеся к этому времени в распоряжении руководителя документы, касающиеся проверки, в том числе письменные объяснения налогоплательщика. Налогоплательщик также извещается о времени и месте рассмотрения материалов проверки. Умение адвоката убедить процессуального противника в своей правовой позиции играет не последнюю роль в этом процессе. Этот этап является последним, когда можно повлиять на выносимое решение.

Результатом рассмотрения материалов проверки является вынесение решения. Решения бывают трех видов:

- о привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности;
- об отказе в привлечении к налоговой ответственности за совершение налогового правонарушения;
- о сборе дополнительных материалов налогового контроля.

Решение об отказе в привлечении к налоговой ответственности выносится в том случае, если отсутствуют событие налогового правонарушения, вина лица в совершении налогового правонарушения,

истек срок давности привлечения к ответственности¹ и лицо к моменту совершения деяния не достигло 16-летнего возраста.

Решения о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения и об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения вступают в силу по истечении одного месяца со дня вручения соответствующего постановления лицу, в отношении которого они были вынесены.

До момента вступления решения в силу, может быть подана апелляционная жалоба в вышестоящий налоговый орган. Решение, которое адвокат безуспешно обжаловал в вышестоящий налоговый орган, может быть обжаловано в Федеральную налоговую службу в течение трех месяцев со дня принятия решения по жалобе (апелляционной жалобе) или в суд.

После вступления решения в силу в течение 10 рабочих дней налоговый орган должен направить налогоплательщику требование об уплате налога. Если решение не будет исполнено добровольно в срок, который указан в требовании, налоговый орган получит право взыскать все доначисленное (в том числе пени и штрафы) в принудительном порядке.

Неисполнение требования может повлечь за собой и другие последствия.

Налоговая инспекция может направить материалы в следственные органы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Сделать это она обязана при одновременном выполнении следующих условий:

- если налогоплательщик не исполнил требование в полном объеме в течение двух месяцев со дня окончания срока его исполнения;
- если указанное требование направлено налогоплательщику на основании решения о привлечении его к ответственности за совершение налогового правонарушения;
- если размер недоимки позволяет сделать предположение о факте совершения налогового преступления.

Во всех перечисленных выше стадиях адвокат, знающий все тонкости закона, процессуальные сроки, основы налогового учета, может принимать активное участие, помогая налогоплательщику выработать правильную позицию как в налоговом органе, так и — в последующем — в суде.

¹ Согласно ст. 113 НК РФ лицо не может быть привлечено к ответственности за совершение налогового правонарушения, если со дня его совершения либо следующего дня после окончания налогового периода, в течение которого было совершено это правонарушение, истекли три года.

§ 3. Особенности рассмотрения налоговых споров

В рамках налоговых правоотношений виды исков можно выделять по различным основаниям. Наиболее часто рассматривается деление в зависимости того, кто является субъектом обращения в судебные органы.

Так, различают **иски, подаваемые налоговыми органами**. Это иски о взыскании налоговых санкций, налогов и пени, признании недействительным акта регистрации, ликвидации организации любой правовой формы. Так, например, налоги с организации взыскиваются в судебном порядке, если их сумма превышает 5 млн руб.

Законом установлен шестимесячный срок для обращения налоговых органов с требованием о взыскании налоговых санкций — так называемый срок давности взыскания санкций. Срок начинает течь со дня истечения срока для уплаты санкций по требованию (ст. 115 НК РФ).

Иски о взыскании налогов и пени и санкций налоговые органы подают чаще всего в отношении физических лиц, так как налоги и санкции (вне зависимости от суммы) с физических лиц взыскиваются только в судебном порядке.

Налоговым кодексом РФ также установлен срок для взыскания недоимки с физического лица. Согласно п. 3 ст. 48 НК РФ исковое заявление о взыскании недоимки с физического лица может быть подано налоговым органом в суд в течение **шести месяцев после истечения срока исполнения требования об уплате налога**. Указанное заявление подается, только если сумма налогов, пеней и штрафов, подлежащая взысканию с физического лица, превышает 3 тыс. руб.

Налогоплательщики (налоговые агенты)¹ обращаются в суд чаще всего с заявлениями об оспаривании ненормативных правовых актов, действий (бездействия) налоговых органов и с требованиями о возврате из бюджета сумм налогов.

При оспаривании ненормативных правовых актов, действий (бездействия) чаще всего имеются в виду:

1. Акты (действия) налоговых органов, которые связаны с проведением налоговой проверки (как камеральной, так и выездной) и процедурой рассмотрения ее материалов, так называемыми процедурными решениями. К ним можно отнести, например:

¹ Налоговым агентом признается лицо, на которое в соответствии с нормами НК РФ возложена обязанность по исчислению, удержанию у налогоплательщика и перечислению в бюджет налогов.

- решение о проведении выездной налоговой проверки;
- решение о приостановлении проведения выездной налоговой проверки;
- решение о продлении или об отказе в продлении сроков представления документов;
- решение об отложении рассмотрения материалов налоговой проверки;
- решение о проведении дополнительных мероприятий налогового контроля;
- постановления о назначении экспертизы, производстве выемки;
- требование о представлении документов и др.

2. Итоговые решения, принимаемые по результатам рассмотрения материалов проверки:

- решения о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения;
- решения об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения.

Оспаривание в суде как процедурных, так и итоговых решений **возможно только после соблюдения досудебного порядка урегулирования споров.**

Право на обращение в суд есть не у каждого налогоплательщика. Поэтому сначала адвокату следует определить, есть ли у доверителя такое право. Арбитражный процессуальный кодекс РФ (ст. 198) предоставляет право на обращение в арбитражный суд лицам в том случае, если они полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение, действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативно-правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Налоговый кодекс РФ также связывает право на обжалование актов налоговых органов, действий или бездействия должностных лиц с нарушением прав налогоплательщика (налогового агента).

Необходимо отметить, что зачастую речь идет о нарушении следующих прав налогоплательщиков:

1. **Право частной собственности.** В соответствии со ст. 35 Конституции РФ право частной собственности охраняется законом. Акты налоговых органов зачастую незаконно возлагают на лиц обязанность по уплате налогов и тем самым влекут незаконное изъятие денежных средств (имущества) налогоплательщика, принадлежащих ему на праве собственности.

2. Право не выполнять неправомерные акты и требования налоговых органов (подп. 11 п. 1 ст. 21 НК РФ). В связи с тем что налоговым органам предоставлено право в бесспорном порядке взыскивать суммы налога и пени, налогоплательщик не может воспользоваться своим правом не выполнять неправомерный акт и требование налогового органа.

3. Право исполнять обязанность по уплате законно установленных налогов (ст. 57 Конституции РФ). В соответствии с п. 1 ст. 44 НК РФ обязанность по уплате налога возникает, изменяется и прекращается при наличии оснований, установленных НК РФ. Возложение на налогоплательщика обязанности по уплате налога, не вытекающей из норм законодательства о налогах и сборах, лишает его возможности соблюдать законодательство о налогах и сборах и тем самым исполнять обязанность, закрепленную Конституцией РФ.

4. Право на свободную экономическую деятельность (ст. 8 Конституции РФ). Незаконное изъятие собственности налогоплательщика нарушает принцип стабильных условий хозяйствования. Исполнение ненормативного акта в случае несоответствия его закону порождает самостоятельные экономические последствия, которые налогоплательщик не мог предвидеть, исчисляя и уплачивая налог в соответствии с нормами права. В связи с этим нарушается стабильность его хозяйственной деятельности.

При обращении в суд необходимо обратить внимание на следующее принципиальное обстоятельство.

Заявление согласно ст. 198 АПК РФ и ст. 256 ГПК РФ может быть подано организацией в арбитражный суд и физическим лицом в суд общей юрисдикции **в течение трех месяцев со дня, когда организации (физическому лицу) стало известно о нарушении ее (его) прав и охраняемых законом интересов**, если иное не определено федеральным законом. НК РФ устанавливает свое правило на этот счет: «В случае обжалования в судебном порядке актов налоговых органов ненормативного характера, действий или бездействия их должностных лиц (за исключением актов ненормативного характера, принятых по итогам рассмотрения жалоб, апелляционных жалоб, актов ненормативного характера федерального органа исполнительной власти, уполномоченного по контролю и надзору в области налогов и сборов, действий или бездействия его должностных лиц) срок для обращения в суд исчисляется со дня, когда лицу стало известно о принятом вышестоящим налоговым органом решении по соответствующей жалобе, или со дня истечения срока принятия решения по жалобе (апелляционной жалобе)...»¹

¹ Пункт 3 ст. 138 НК РФ.

Пропущенный по уважительной причине срок подачи заявления может быть восстановлен судом.

Указанное выше положение по существу устанавливает специальный срок исковой давности по делам, связанным с оспариванием ненормативных актов и решений государственных органов, отличный от **общего срока исковой давности, составляющего три календарных года**.

Обращение в арбитражный суд в силу ч. 4 ст. 4 АПК РФ и в суд общей юрисдикции в силу ст. 245 ГПК РФ осуществляется в форме **заявления**. Лицо, обращающееся в суд (вне зависимости, будь то налоговый орган или налогоплательщик), именуется «заявителем».

При подаче заявления налогоплательщик обязан уплатить государственную пошлину. При обжаловании решения налогового органа, действия (бездействия) должностных лиц налогоплательщик исходит из того, что заявленное требование является **нематериальным**, несмотря на то, что за этим стоит конкретная материальная проблема.

При взыскании налога из бюджета государственная пошлина рассчитывается исходя из суммы, заявленной к возврату. В любом случае расходы по уплате госпошлины всегда возлагаются на проигравшую сторону, и если таковой становится налоговый орган, освобожденный от уплаты госпошлины, то расходы покрывает бюджет.

В связи с тем что налоговым органам предоставлено право на беспорное взыскание сумм налогов и пеней, доначисленных по результатам проверок, очень важно при подаче заявления в суд ходатайствовать о принятии мер по обеспечению иска. В настоящий момент суды все реже удовлетворяют заявления об обеспечении иска.

В соответствии с ч. 2 ст. 90 АПК РФ обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, **если непринятие этих мер может затруднить** или сделать невозможным исполнение **судебного акта**, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Согласно ч. 1 ст. 197 АПК РФ дела об оспаривании затрагивающих права и законные интересы лиц в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, в том числе судебных приставов-исполнителей, рассматриваются арбитражным судом по общим правилам искового производства, предусмотренным настоящим Кодексом, с особенностями, установленными в гл. 24 АПК РФ.

В вышеупомянутой главе не установлены особенности рассмотрения ходатайств о принятии обеспечительных мер при оспаривании

ненормативных правовых актов государственных органов, в связи с чем в данном случае необходимо исходить из соответствующих положений гл. 8 АПК РФ.

Частью 7 ст. 201 АПК РФ установлено, что решения арбитражного суда по делам об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц подлежат немедленному исполнению, если иные сроки не установлены в решении суда.

Со дня принятия решения арбитражного суда о признании недействительным ненормативного правового акта полностью или в части указанный акт или отдельные его положения не подлежат применению (ч. 8 ст. 201 АПК РФ).

Из приведенного положения следует, что в случае признания ненормативного акта государственного органа недействительным, решением арбитражного суда по общему правилу должно обеспечиваться немедленное восстановление нарушенных принятием этого ненормативного акта прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, непринятие обеспечительных мер усугубляет положение налогоплательщика, тем более что в этом случае происходит незаконное изъятие денежных средств еще до момента вынесения решения судом.

Судопроизводство по делам с участием налоговых органов происходит в обычном порядке, установленном процессуальным законодательством. В отличие от гражданских споров в налоговом споре обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного акта налогового органа закону или иному правовому акту, законности действий (бездействия) должностных лиц налогового органа возлагается на налоговый орган. Это не означает, что адвокат не обязан доказывать обстоятельства, на которые он ссылается, однако основное бремя доказывания лежит на налоговом органе.

Основными доказательствами в налоговых спорах являются первичные документы налогоплательщика: договоры, счета-фактуры, акты выполненных работ, платежные поручения и др. Переписка с контрагентами, внутренняя документация, приказы, локальные акты также могут быть использованы для доказывания своей позиции.

В том случае, если на стадии проведения проверки налогоплательщик не представил документы в налоговый орган, это не лишает его права представить документы в суд.

Зачастую необходимо обжаловать несколько связанных между собой актов налогового органа. Например, при вынесении решения

о привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности налогоплательщику направляются также требования об уплате налога и санкций.

Налоговые органы нередко нарушают требования закона, касающиеся уплаты налога. Так, ст. 69 НК РФ предусмотрено, что требование должно содержать сведения о сумме задолженности по налогу, размере пеней, начисленных на момент направления требования, сроке уплаты налога, установленного законодательством о налогах и сборах, сроке исполнения требования, а также мерах по взысканию налога и обеспечению исполнения обязанности по уплате налога в случае неисполнения требования налогоплательщиком.

Тем не менее адвокату при оценке судебной перспективы обжалования требования об уплате налога необходимо учитывать, что в основе требования об уплате налога лежит либо решение, принятое по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки, либо представленная налогоплательщиком налоговая декларация, либо налоговое уведомление.

Поэтому требование об уплате налога не может быть признано недействительным в связи с отсутствием в нем сведений, указанных в п. 4 ст. 69 НК РФ, если такие сведения содержатся соответственно в решении, налоговой декларации, налоговом уведомлении и на эти документы имеется ссылка в данном требовании.

В случае обжалования неправомерного действия (бездействия) должностных лиц налогового органа или самого налогового органа суд признает действие или бездействие незаконным и обязывает налоговый орган действовать определенным образом.

Например, адвокат обратился от имени общества в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным бездействия инспекции, выразившегося в нерассмотрении в установленные законом сроки поданной уточненной налоговой декларации по налогу на добавленную стоимость за III квартал 2009 г., об обязании инспекции рассмотреть и обработать поданную обществом уточненную налоговую декларацию по налогу на добавленную стоимость за III квартал 2009 г. Суд признал незаконным бездействие налогового органа и обязал инспекцию провести камеральную налоговую проверку поданной декларации.

Вынося решение о возмещении денежных средств из бюджета, суд выдает исполнительный лист на сумму, подлежащую возврату.

Стадией вынесения решения в пользу налогоплательщика не заканчивается оказание юридической помощи адвокатом доверителю-налогоплательщику. В случае неисполнения решения арбитражного

суда по одному делу его исполнение не может осуществляться путем предъявления иска в суд по другому делу о признании незаконным бездействия налогового органа, на который арбитражным судом возложена обязанность исполнения судебного акта.

В случае отказа налогового органа исполнить решение суда необходимо обращаться к судебному приставу-исполнителю, который устанавливает срок для добровольного исполнения требований, а в случае невыполнения данного требования без уважительных причин применяет к должнику штрафные санкции и иные меры, предусмотренные ст. 85 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», вплоть до внесения в соответствующие органы представления о привлечении к уголовной ответственности должностных лиц.

Также законодательством предусмотрен механизм взыскания процентов из бюджета в случае, если налоговый орган неправомерно удерживает денежные средства налогоплательщика (ст. 78 и 79 НК РФ).

В рамках налоговых правоотношений могут возникать ситуации, когда в отношении налогоплательщика возбуждается уголовное дело.

Современное уголовное законодательство предусматривает несколько составов преступлений, которые могут быть отнесены к налоговым:

- уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица или организации путем непредставления налоговой декларации и иных документов, представление которых является обязательным, либо путем включения в налоговую декларацию заведомо ложных сведений (ст. 198 и 199 УК РФ);

- уклонение от исполнения обязанностей налогового агента в личных интересах (199¹ УК РФ);

- сокрытие денежных средств или имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов (ст. 199² УК РФ).

Субъективная сторона налоговых преступлений характеризуются **прямым умыслом**. Поэтому несвоевременная подача декларации, не связанная с намерением уклониться от уплаты налога, а равно искажение данных о фактических доходах или понесенных при этом расходах, произошедшие по ошибке, уголовной ответственности не влекут.

Уклонение от уплаты налогов — самое распространенное и массовое правонарушение, однако обращение за юридической помощью к адвокату на стадии совершения сделок значительно уменьшает возможность быть субъектом налогового преступления.

В заключение следует отметить, что обращаться в суд полезно не только для восстановления нарушенных прав налогоплательщика, но и для участия в формировании практики налогообложения. Несмотря на то что Россия принадлежит к романо-германской системе права, особое место именно в налоговом законодательстве занимает судебная практика. Судебное решение не является прецедентом в смысле АПК или ГПК РФ, но существенно влияет на мнения судей при вынесении в дальнейшем решений по аналогичным вопросам.

ГЛАВА XII. СПЕЦИФИКА ОКАЗАНИЯ АДВОКАТОМ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ ПО ЖИЛИЩНЫМ И ТРУДОВЫМ ДЕЛАМ

§ 1. Участие адвоката в рассмотрении жилищных споров

Прошло уже больше 10 лет с тех пор, когда 22 декабря 2004 г. Государственная Дума одобрила два ключевых документа — Жилищный и Градостроительный кодексы РФ, а уже 24 декабря 2004 г. они были одобрены Советом Федерации. И наконец, перед самым Новым, 2005-м, годом Жилищный кодекс РФ и Федеральный закон о введении его в действие подписал Президент РФ В.В. Путин.

Следует отметить, что ЖК РФ, вступивший в силу с 1 марта 2005 г., более полно стал соответствовать сложившимся рыночным отношениям в жилищной сфере и отвечает нынешним реалиям. Давно назрела необходимость урегулирования новых вопросов, которые приходилось разрешать судебными прецедентами (применение права по аналогии), восполнявшими пробелы в праве, и вот, наконец, мы получили кодифицированный акт, регулирующий отношения в жилищной сфере. Стоит признать, что указанный Кодекс не является идеальным правовым документом, и многие вопросы опять приходится решать с помощью подзаконных актов и постановлений Верховного и Конституционного судов РФ. Это в первую очередь следует учитывать адвокатам при оказании правовой помощи клиентам в подобных вопросах.

Необходимо подчеркнуть, что в ЖК РФ появились интересные главы и разделы, содержание которых ранее вообще отсутствовало либо помещалось в одной-двух статьях. К примеру, целая гл. 3 посвящена переводу жилых помещений в нежилые и нежилых в жилые, что в прежнем Кодексе было помещено в одной-единственной ст. 9. Нельзя сказать, что перевод жилых помещений в нежилые достаточно подробно урегулирован указанной выше главой, так как отдельный закон, посвященный данным правоотношениям, просто необходим,

но тем не менее условия, порядок перевода, отказ в переводе и документы, необходимые для перевода, перечислены в ЖК РФ полно. Кроме того, целая гл. 4 посвящена переустройству и перепланировке жилого помещения, которые в старом Кодексе регламентировались одной-единственной, небольшой ст. 84.

Глава 4 ЖК РФ в общем порядке предусматривает понятие, виды, основания, документы для переустройства и перепланировки жилого помещения. В данной главе, кроме того, указываются порядок проведения действий по переустройству и перепланировке и органы, принимающие такие решения. Отказ возможен в строго определенных случаях (ст. 27). Проблема несанкционированного переустройства или незаконной перепланировки в настоящее время стоит очень остро. Имеется обширная судебная практика по данному вопросу.

Скажем, в соответствии с апелляционным определением Московского городского суда от 16 января 2015 г. по делу № 33-556 по иску Мосжилинспекции к ЗАО «ИКС 5 Недвижимость»¹ было оставлено в силе решение Зюзинского районного суда г. Москвы, согласно которому ЗАО «ИКС 5 Недвижимость» было предписано в течение трех месяцев со дня вступления решения в законную силу привести нежилое помещение 1 по адресу: г. Москва, ул. Южнобутовская, д. 81 в прежнее состояние, а именно заложить дверной проем между помещениями 2 и 1 по БТИ, демонтировать входную группу 1 по БТИ, восстановить заложенный дверной проем в помещении 6 по БТИ, вернуть дверные проемы между помещениями 1 и 45 по БТИ в проектное состояние, восстановить оконные проемы в помещениях 1, 5а, 6б в проектное состояние.

Оказывая клиенту конкретную помощь при решении аналогичных вопросов адвокат должен учитывать, что отказ в согласовании переустройства и (или) перепланировки жилого помещения допускается в случае:

1) непредставления определенных ч. 2 ст. 26 ЖК РФ документов, обязанность по представлению которых с учетом ч. 2.1 ст. 26 ЖК РФ возложена на заявителя;

1.1) поступления в орган, осуществляющий согласование, ответа органа государственной власти, органа местного самоуправления либо подведомственной органу государственной власти или органу местного самоуправления организации на межведомственный запрос, свидетельствующего об отсутствии документа и (или) информации, необходимых для проведения переустройства и (или) перепланировки

¹ Данный документ опубликован не был.

жилого помещения в соответствии с ч. 2.1 ст. 26 ЖК РФ, если соответствующий документ не был представлен заявителем по собственной инициативе. Отказ в согласовании переустройства и (или) перепланировки жилого помещения по указанному основанию допускается в случае, если орган, осуществляющий согласование, после получения такого ответа уведомил об этом заявителя, предложил заявителю представить документ и (или) информацию, необходимые для проведения переустройства и (или) перепланировки жилого помещения в соответствии с ч. 2.1 ст. 26 ЖК РФ, и не получил от заявителя такие документ и (или) информацию в течение 15 рабочих дней со дня направления уведомления;

2) представления документов в ненадлежащий орган;

3) несоответствия проекта переустройства и (или) перепланировки жилого помещения требованиям законодательства.

Решение об отказе в согласовании переустройства и (или) перепланировки жилого помещения должно содержать основания отказа с обязательной ссылкой на нарушения, предусмотренные ЖК РФ.

Решение об отказе в согласовании переустройства и (или) перепланировки жилого помещения выдается или направляется заявителю не позднее чем через три рабочих дня со дня принятия такого решения и может быть обжаловано заявителем в судебном порядке.

В связи с этим следует особо отметить ст. 29 ЖК РФ, которая регулирует последствия самовольного переустройства и самовольной перепланировки. Если после получения соответствующего предписания жилое помещение не будет приведено в первоначальное состояние, то в отношении собственника применяется санкция по продаже с публичных торгов его помещения, а по отношению к нанимателю — по расторжению с ним договора найма.

Отдельный раздел посвящен праву собственности и другим вещным правам на жилые помещения. Если вернуться к Жилищному кодексу 1983 г., то там праву собственности посвящались всего три статьи, входящие в дополнительную гл. 1.1 разд. III.

Данный раздел включает в себя главу, которая прежде никогда не содержалась в Жилищном кодексе — это гл. 6 об общем имуществе собственников в многоквартирном доме и органах управления таким имуществом.

В вышеуказанном разделе есть несколько важных норм, на которые адвокаты должны обратить особое внимание.

Во-первых, это ст. 31 ЖК РФ, которая предусматривает право собственника в судебном порядке выселить из квартиры бывшего члена своей семьи, что значительно облегчает положение многих собственни-

ков, имеющих в своей квартире зарегистрированных, но не проживающих бывших членов своей семьи, которые квартирой не пользуются, квартплату не платят и выписываться не хотят.

В частности, согласно п. 4 ст. 31 ЖК РФ в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения право пользования данным жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого жилого помещения не сохраняется, если иное не установлено соглашением между собственником и бывшим членом его семьи. Если у бывшего члена семьи собственника жилого помещения отсутствуют основания приобретения или осуществления права пользования иным жилым помещением, а также если имущественное положение бывшего члена семьи собственника жилого помещения и другие заслуживающие внимания обстоятельства не позволяют ему обеспечить себя иным жилым помещением, право пользования жилым помещением, принадлежащим указанному собственнику, может быть сохранено за бывшим членом его семьи на определенный срок на основании решения суда. При этом суд вправе обязать собственника жилого помещения обеспечить иным жилым помещением бывшего супруга и других членов его семьи, в пользу которых собственник исполняет алиментные обязательства, по их требованию.

Судебная практика по данному вопросу в настоящее время еще окончательно не сформировалась. Во всяком случае некоторые важные вопросы правоприменения уже нашли отражение в руководящих решениях Верховного Суда РФ. Речь прежде всего идет о праве пользования жилым помещением несовершеннолетних детей после развода родителей, один из которых является собственником этого помещения, что стало предметом многочисленных судебных тяжб.

Например, в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации»¹ четко указано, что при прекращении семейных отношений между родителями их несовершеннолетний ребенок, проживающий в жилом помещении, которое находится в собственности одного из родителей, не теряет права пользования помещением в рамках правил ч. 4 ст. 31 ЖК РФ.

Интересным в этом плане является и Определение Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 4-КГ13-2 по иску Конокова С.П. к Шабанову Д.В., Шуленковой И.В., действующей в собственных интересах

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 9.

и в интересах несовершеннолетней Шуленковой В.Д.¹, и некоторые другие.

Второе, на что стоит обратить внимание, — это ст. 32 ЖК РФ, которая четко указывает на необходимость возмещения рыночной стоимости жилых помещений собственникам при изъятии их для государственных и общественных нужд. Возможно также в качестве альтернативы предоставление другого жилого помещения.

И наконец, третье, то, с чем ранее до конца не могли определиться суды в своих решениях из-за противоречивости законодательства, — это вопрос о преимущественном праве покупки комнаты в коммунальной квартире. Статья 42 ЖК РФ однозначно предусматривает преимущественное право покупки соседями комнаты, продаваемой другим собственником данной квартиры.

Статья 161 ЖК РФ предусматривает именно обязанность собственников многоквартирного дома осуществлять управление своим домом.

Следующий раздел, самый объемный, касается договора найма жилого помещения. Здесь также существуют весьма важные нормы, на которые мы рекомендуем обратить внимание.

Во-первых, установлено, что жилье предоставляется только нуждающимся в нем лицам. Теперь получать жилье по договору социального найма смогут только малоимущие граждане, все остальные скорее всего будут либо приобретать жилье в собственность по различным программам («Молодая семья», ипотечные программы, различные субсидии), либо получать жилье по договору коммерческого найма.

Во-вторых, норма предоставления жилья высчитывается не по жилой, а по общей площади, и в ЖК РФ она не указана в отличие от предыдущего Кодекса (согласно ст. 38 ЖК РСФСР норма — 12 кв. м жилой площади). Теперь органы местного самоуправления сами определяют норму площади жилья в зависимости от своих возможностей, что совсем не радует в связи с полной незащищенностью большинства населения в отношении права получения жилья. Кроме нормы предоставления жилья введена так называемая учетная норма — это норма, при которой человека должны ставить на учет по улучшению жилищных условий. Учетная норма, так же как и норма предоставления, ЖК РФ не определена, ее должны устанавливать органы местного самоуправления сами.

В-третьих, при переселении из сносимого жилья органы власти и местного самоуправления имеют право предоставлять нанимателям квартиры, равнозначные тем, которые у них изымаются (ст. 89

¹ Данный документ опубликован не был.

ЖК РФ). В Жилищном кодексе РСФСР 1983 г. прямо предусматривалась обязанность предоставления нанимателям жилья по норме предоставления и с запретом заселять в одну комнату разнополых граждан (ст. 40, 41, 96 ЖК РСФСР). Следует отметить, что региональное законодательство в этом плане неоднородно.

Например, согласно Закону г. Москвы от 14 июня 2006 г. № 29 «Об обеспечении права жителей города Москвы на жилые помещения»¹ (ст. 9) в целях установления уровня обеспеченности граждан общей площадью жилого помещения для принятия их на жилищный учет исчисляется размер площади жилого помещения, приходящейся на долю каждого члена семьи заявителя. Для определения размера площади жилого помещения, приходящейся на долю каждого члена семьи заявителя, определяется суммарная площадь всех жилых помещений или их частей, в отношении которых кто-либо из членов семьи обладает самостоятельным правом пользования либо правом собственности, и делится на количество членов семьи.

Не обладают самостоятельным правом пользования жилыми помещениями граждане, занимающие жилые помещения на основании договора поднайма, договора краткосрочного найма, а также граждане, пользующиеся жилыми помещениями в качестве временных жильцов.

Учетная норма устанавливается в размере 10 кв. м площади жилого помещения для отдельных квартир.

Учетная норма устанавливается в размере 15 кв. м общей площади жилого помещения для квартир, жилые помещения в которых предоставлены по решениям уполномоченных органов исполнительной власти г. Москвы разным семьям.

Жители г. Москвы, проживающие в общежитиях коридорной системы по месту жительства на законных основаниях не менее 10 лет, принимаются на жилищный учет при условии соблюдения положений ст. 7 и 8 вышеназванного Закона.

При определении числа проживающих в жилом помещении учитываются граждане, за которыми сохраняется право пользования им на срок их временного отсутствия.

Граждане, для которых занимаемые жилые помещения являются местом пребывания, в число проживающих в жилом помещении не включаются.

В соответствии с п. 3 ст. 20 данного Закона норма предоставления площади жилого помещения составляет 18 кв. м площади жилого помещения на одного человека.

¹ Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2006. № 42.

Закон г. Москвы от 1 ноября 2006 г. № 54 «О стандартах города Москвы, применяемых при определении прав граждан на предоставление субсидий на оплату жилого помещения и коммунальных услуг»¹ установил также размер стандарта нормативной площади жилого помещения, используемый для расчета субсидий. Он составляет для:

- 1) одиноко проживающего гражданина — 33 кв. м общей площади жилого помещения;
- 2) семьи, состоящей из двух человек, — 42 кв. м общей площади жилого помещения;
- 3) семьи, состоящей из трех и более человек, — 18 кв. м общей площади жилого помещения на каждого члена семьи.

Согласно Закону г. Санкт-Петербурга от 19 июля 2005 г. № 407-65 «О порядке ведения учета граждан в качестве нуждающихся в жилых помещениях и предоставлении жилых помещений по договорам социального найма в Санкт-Петербурге»² учетная норма площади жилого помещения на одного человека в г. Санкт-Петербурге составляет:

- 10 кв. м общей площади жилого помещения для проживающих в отдельных квартирах и жилых домах;
- 15 кв. м общей площади жилого помещения для проживающих в коммунальных квартирах (ст. 3).

В соответствии с постановлением главы г. Екатеринбурга от 31 августа 2005 г. № 824 учетная норма площади жилого помещения на территории муниципального образования «Город Екатеринбург»³, исходя из которой определяется уровень обеспеченности малоимущих граждан общей площадью жилого помещения в целях их принятия на учет в качестве нуждающихся в жилых помещениях, установлена в размере 10 кв. м общей площади на одного человека. Норма предоставления площади жилого помещения по договору социального найма на территории муниципального образования «Город Екатеринбург», исходя из которой определяется размер общей площади жилого помещения, предоставляемого малоимущим гражданам по договору социального найма, установлена в размере 16 кв. м общей площади на одного человека.

Для некоторых граждан, указанных в ч. 3 ст. 49 ЖК РФ, могут быть установлены другие нормы предоставления такого жилого помещения. Следует учитывать, что размер общей площади помещения должен

¹ Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2006. № 65.

² http://gov.spb.ru/gov/terr/reg_center/zhilishnaya-sfera/priem-na-zhilishnyj-uchet/

³ СПС «Гарант».

определяться как сумма площадей всех комнат, имеющихсся в квартире или доме, в том числе и площадей мест общего пользования.

Таким образом, учетная норма площади любого жилого помещения — минимальный размер площади, в соответствии с которым определяется необходимый уровень обеспеченности граждан общей площадью используемого жилого помещения с целью их принятия на учет как нуждающихся в дополнительных жилых помещениях. Такая учетная норма устанавливается органами местного самоуправления. Ее размер не может превышать размеров норм предоставления, которые также определяются указанными органами.

В-четвертых, теперь не существует первоочередного и внеочередного предоставления жилья. Все стоят в одной очереди за одним маленьким исключением узкой категории граждан, которым будет предоставляться жилье вне очереди (лицам, жилые дома которых признаны непригодными для проживания; детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей; гражданам, страдающим тяжелыми формами хронических заболеваний (ст. 57 ЖК РФ)).

В-пятых, законодатель четко предусмотрел (ст. 83 и 90 ЖК РФ) возможность расторжения договора найма и выселения лица, не оплатившего более чем за шесть месяцев жилье и коммунальные услуги, в другое жилое помещение по нормам вселения в общежитие.

Несмотря на ряд отрицательных моментов (а нужно признать, что ныне действующий Кодекс менее «социален», чем действовавший ранее), ЖК РФ предусматривает ряд норм, которые также нуждаются в специальном комментарии.

Например, в ст. 66 Кодекса предусмотрена ответственность наймодателя за неисполнение обязанностей по содержанию и ремонту жилья, что позволит гражданам с большей гарантией положительного исхода отстаивать свои права. Вполне ясно изложен порядок вселения членов семьи в занимаемую нанимателем площадь. Кодекс закрепил право на вселение нанимателем независимо от согласия наймодателя и площади своих детей, супруга и родителей. Для вселения остальных лиц требуется соблюдение нормы жилой площади и согласие наймодателя.

Если коснуться служебного жилья, то и здесь существуют определенные особенности. К примеру, раньше без предоставления другого жилья нельзя было выселить из служебных жилых помещений достаточно широкий круг лиц, что давало лицам, работающим на предприятиях, и их семьям гарантии того, что они не останутся на улице, проработав на предприятии достаточно долгий срок (ст. 108 ЖК РСФСР). Теперь этот перечень значительно сужен (до членов семьи военнослужащих и других должностных лиц силовых государствен-

ных органов, погибших или пропавших без вести при исполнении должностных обязанностей; пенсионеров по старости; инвалидов 1-й и 2-й групп, инвалидность которых получена в связи с выполняемой работой; членов семьи работника, который умер).

В ЖК РФ предусмотрен полный раздел (шестой) о товариществе собственников жилья.

Помимо этого содержится раздел по урегулированию вопросов оплаты жилого помещения и коммунальных услуг. Ранее этим вопросам в законодательстве уделялось всего несколько статей, а порядок предусматривался в специальных Правилах, утвержденных постановлением Правительства РФ от 6 мая 2011 г. № 354 «О предоставлении коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов»¹. Сейчас ЖК РФ закреплены как понятия и содержание услуг, так и порядок внесения и размер оплаты.

Остановимся более подробно на существенных недочетах ЖК РФ, с которыми, бесспорно, адвокаты уже сталкиваются в процессе оказания правовой помощи гражданам по жилищным вопросам.

Как мы отмечали ранее, согласно ЖК РФ право на бесплатное предоставление жилого помещения органами местного самоуправления имеют только малоимущие граждане. При этом признание граждан малоимущими относится к компетенции органов местного самоуправления. Это на деле означает, что в разных городах и во всех критерии необеспеченности, необходимые для постановки в очередь, будут разными.

Скажем, согласно п. 2 ст. 14 ЖК РФ в компетенцию органа местного самоуправления входит «установление размера дохода, приходящегося на каждого члена семьи, и стоимости имущества, находящегося в собственности членов семьи и подлежащего налогообложению, в целях признания граждан малоимущими и предоставления им по договорам социального найма жилых помещений муниципального жилого фонда». Указанная норма субъективна, неконкретна и дает широкое поле для злоупотреблений и чиновничьего, а также судебного произвола.

Как уже подчеркивалось, вне очереди жилые помещения предоставляются гражданам, жилые помещения которых признаны в установленном порядке непригодными для проживания и ремонту и реконструкции не подлежат; детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей; а также страдающим тяжелыми формами хронических заболеваний, перечень которых устанавливает Прави-

¹ СЗ РФ. 2011. № 22. Ст. 3168.

тельство РФ. То есть ЖК РФ исключил из числа первоочередников на получение социального жилья практически все категории граждан, которые ранее таким правом обладали (инвалиды и т. п.), что вряд ли можно признать правильным.

Вызывает сомнение целесообразность включения в текст ЖК РФ нормы о страховании жилых помещений (ст. 21). Как нам представляется, страхование имущества — это предмет другого нормативного акта. К тому же, как бы невзначай население таким образом подготавливают к обязательному страхованию жилых помещений (по аналогии с ОСАГО), что в перспективе может привести к социальному недовольству населения, особенно малоимущей его части, а также к многочисленным искам в судебные органы.

Норма ЖК РФ о правах и обязанностях граждан, проживающих совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении (ст. 31) существенно ухудшила правовое положение граждан в случае прекращения семейных отношений с собственником жилья. В этом случае право пользования жилым помещением за бывшим членом семьи собственника жилого помещения по общему правилу не сохраняется. Это правило в первую очередь касается престарелых родителей одного из супругов при разводе последних, иждивенцев и других категорий социально незащищенных граждан. Кроме того, продажа собственником принадлежащего ему жилья разом избавит его ото всех забот по сохранению прав бывших родственников на пользование этим жильем.

Весьма спорной является норма ЖК РФ, связанная с последствиями намеренного ухудшения гражданами своих жилищных условий (ст. 53). Согласно этой статье граждане, которые с намерением приобретения права состоять на учете в качестве нуждающихся в жилых помещениях совершили действия, в результате которых они могут быть признаны нуждающимися в жилых помещениях, принимаются на учет в качестве нуждающихся в жилых помещениях не ранее чем через пять лет со дня совершения указанных намеренных действий. Поскольку норма неконкретна, под «совершением намеренных действий с целью приобретения права состоять на учете в качестве нуждающихся в жилых помещениях» можно понимать рождение в семье одного или нескольких детей.

Статья 58 ЖК РФ «Учет законных интересов граждан при предоставлении жилых помещений по договорам социального найма» предусматривает условие, согласно которому «при предоставлении жилых помещений по договорам социального найма заселение одной комнаты лицами разного пола, за исключением супругов, допускается

только с их согласия». Однако закон не отвечает на важный вопрос: а если такого согласия не будет? Значит ли это, что в таком случае гражданам жилое помещение по договору социального займа предоставлено не будет? Представляется, что данная проблема Кодексом практически не урегулирована, что впоследствии может привести к конфликтным ситуациям.

Подпунктом 4 п. 3 ст. 67 ЖК РФ на нанимателя жилого помещения по договору социального найма возложена обязанность «проводить текущий ремонт жилого помещения», т. е. ремонтировать его за свой счет. Возложение такой обязанности на нанимателей жилых помещений по договору социального найма, среди которых значительная часть — это малоимущие граждане, не вполне корреспондирует с идеей об усилении социальной поддержки этих категорий граждан России.

Согласно п. 9 ст. 156 ЖК РФ «граждане, признанные в установленном порядке малоимущими гражданами и занимающие жилые помещения по договорам социального найма, освобождаются от внесения платы за пользование жилым помещением (платы за наем)». В то же время п. 1 ст. 83 и ст. 90 ЖК РФ предусматривают возможность выселения по договору социального найма в принудительном порядке нанимателя и проживающих совместно с ним членов его семьи из жилого помещения в случае невнесения в течение более шести месяцев без уважительных причин платы за жилое помещение и коммунальные услуги.

§ 2. Некоторые аспекты оказания адвокатами правовой помощи по трудовым делам

Определенные трудности существуют и при оказании правовой помощи гражданам по трудовым делам. И происходит это в первую очередь из-за несовершенства законодательных актов, содержащих нормы о труде.

Трудовой кодекс РФ, принятый 30 декабря 2001 г., является определенным этапом в реформировании всего российского законодательства, призван закрепить экономические преобразования, происходящие в нашей стране.

С точки зрения регулятора новых отношений, складывающихся в обществе, Кодекс выполняет в первую очередь производственную функцию, в ущерб защитной функции, несмотря на то, что об их паритете которых и даже о преимуществе последней декларировалось законодателями в процессе разработки этого кодифицированного правового акта.

Следует признать это главным недостатком указанного документа.

В условиях, когда серьезно возрастает число индивидуальных и коллективных трудовых конфликтов, вызванных задержками и невыплатами денег за выполненный труд, нарушениями в области охраны труда, необходимо существенно переориентировать все российское законодательство о труде на выполнение им в первую очередь защитной функции.

Снижение на уровне Кодекса социально-трудовых гарантий наемных работников, уменьшение роли профсоюзов в установлении условий труда, размытость и неконкретность значительного количества статей Кодекса — вот неполный перечень тех недостатков, которые следует устранять весьма оперативно. В противном случае последствия от нарушения баланса сил в производственном процессе могут быть самыми негативными и в конечном счете могут угрожать экономической безопасности Российской Федерации в целом.

Кодекс значительно ограничил права выборных профсоюзных органов в решении вопросов установления условий труда, что вряд ли можно признать правильным. Те вопросы труда, которые по старому КЗоТ РФ решались с согласия или предварительного разрешения выборных профсоюзных органов, в настоящее время определяются работодателем лишь «с учетом мнения» этих профсоюзных органов. При этом мнение профсоюза не является императивным для работодателя и в конечном счете может им просто игнорироваться (ст. 372—373 Кодекса).

Скажем, согласно ст. 373 ТК РФ при принятии решения о возможном расторжении трудового договора в соответствии с п. 2 (сокращение численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя); 3 (несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации) или 5 (неоднократное неисполнение работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание) части первой ст. 81 ТК РФ с работником, являющимся членом профессионального союза, работодатель направляет в выборный орган соответствующей первичной профсоюзной организации проект приказа, а также копии документов, являющихся основанием для принятия указанного решения.

Выборный орган первичной профсоюзной организации в течение семи рабочих дней со дня получения проекта приказа и копий документов рассматривает этот вопрос и направляет работодателю свое мотивированное мнение в письменной форме. Мнение, не представленное в семидневный срок, работодателем не учитывается.

В случае если выборный орган первичной профсоюзной организации выразил несогласие с предполагаемым решением работодателя, он в течение трех рабочих дней проводит с работодателем или его представителем дополнительные консультации, результаты которых оформляются протоколом. При недостижении общего согласия по результатам консультаций работодатель по истечении 10 рабочих дней со дня направления в выборный орган первичной профсоюзной организации проекта приказа и копий документов имеет право принять окончательное решение, которое может быть обжаловано в соответствующую государственную инспекцию труда. Государственная инспекция труда в течение 10 дней со дня получения жалобы (заявления) рассматривает вопрос об увольнении и в случае признания его незаконным выдает работодателю обязательное для исполнения предписание о восстановлении работника на работе с оплатой вынужденного прогула.

Соблюдение вышеуказанной процедуры не лишает работника или представляющий его интересы выборный орган первичной профсоюзной организации права обжаловать увольнение непосредственно в суд, а работодателя — обжаловать в суд предписание государственной инспекции труда.

Работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор не позднее одного месяца со дня получения мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. В указанный период не засчитываются периоды временной нетрудоспособности работника, пребывания его в отпуске и другие периоды отсутствия работника, когда за ним сохраняется место работы (должность).

Как нам представляется, вопросы увольнения наемных работников по инициативе работодателя, привлечения их к сверхурочным и работам в выходные дни, введения суммированного учета рабочего времени и графиков сменности, установления различных видов оплаты труда должны предварительно согласовываться с соответствующими выборными профсоюзными органами. Отказ профсоюза от согласования таких вопросов должен означать для работодателя невозможность установления конкретных условий труда, против которых возражает профсоюз.

Кодекс совершенно не учел существование сегодня профсоюзного плюрализма. Более того, в определенной степени прослеживаются тенденции выхолащивания этой абсолютно позитивной тенденции, попытки навязать идеи «централизма» и «пропорциональности» в области социального партнерства.

Скажем, Кодекс регламентирует порядок ведения коллективных переговоров. Статья 37 Кодекса устанавливает, что при «наличии в ор-

ганизации двух или более первичных профсоюзных организаций ими создается единый представительный орган для ведения коллективных переговоров, разработки единого проекта коллективного договора и его заключения. Формирование единого представительного органа осуществляется на основе принципа пропорционального представительства в зависимости от численности членов профсоюза. Если единый представительный орган не создан в течение пяти календарных дней с момента начала коллективных переговоров, то представительство интересов всех работников организации осуществляет первичная профсоюзная организация, объединяющая более половины работников». Иначе как дискриминационной указанную норму не назовешь. Уже сегодня она провоцирует профсоюзы не на социальное партнерство, а на социальное соперничество, что противоречит основополагающим принципам социального партнерства, заложенным в Конституции РФ и ст. 23 и 24 ТК РФ. То же самое можно сказать и о ст. 372 Кодекса, регламентирующей порядок учета мнения выборного профсоюзного органа, представляющего интересы работников организации при принятии локальных нормативных актов, содержащих нормы трудового права. Согласно этой статье работодатель перед принятием решения направляет проект локального нормативного акта, содержащего нормы трудового права, и обоснование по нему в выборный профсоюзный орган, представляющий интересы всех или большинства работников данной организации.

Статья 337 Кодекса озаглавлена как «Обязанности работодателя по созданию условий для осуществления деятельности выборного профсоюзного органа». Согласно ей «в организации численностью свыше 100 человек работодатель безвозмездно предоставляет в пользование действующим в организации выборным профсоюзным органам как минимум одно оборудованное, отапливаемое, электрифицированное помещение, а также оргтехнику, средства связи и необходимые нормативные правовые документы». Следовательно, если в организации только 99 работников, работодатель с себя эти обязанности снимает.

Представляется, что указанные нормы Кодекса требуют нового осмысления и существенной переработки.

Одним из недостатков Кодекса является огромное количество прямых или косвенных отсылок к иным законам, постановлениям Правительства РФ, другим подзаконным нормативным актам. Их около сотни. По сути Кодекс не является юридическим документом прямого действия, что дает серьезный повод считать его некими основами законодательства о труде, в развитие которых требуется принятие сотен, а может быть, и тысяч, подзаконных нормативных актов. За-

частую Кодекс отсылает к тем нормативным актам, которых просто не существует и которые появятся в неопределенном будущем. Речь здесь может идти не только о слабости юридической техники Кодекса, но также и о серьезном ущемлении прав граждан, подрыве их доверия к Кодексу, о некоей профанации закона, что совершенно недопустимо.

Так, ст. 133 Кодекса определено, что минимальный размер оплаты труда (с 1 января 2015 г. он составляет 5965 руб.) устанавливается одновременно на всей территории Российской Федерации федеральным законом и не может быть ниже размера прожиточного минимума трудоспособного человека. Указанная норма на практике частично не работает. Не секрет, что значительная часть наемных работников страны сегодня получает заработную плату ниже размера прожиточного минимума трудоспособного человека. Многочисленные обращения этих работников в суды различных инстанций не дают никаких результатов: им отказывают в исках, поскольку соответствующий федеральный закон не принят (см., например, Определение Верховного Суда РФ от 15 февраля 1999 г. № ГКПИ99-128¹).

Прямые или косвенные отсылки содержатся в ст. 57, 59, 60, 65, 66, 69, 86, 90, 92, 94, 96, 98, 100, 112, 113, 115–119, 128, 135, 139, 142–145, 147, 149, 153, 161, 165, 168, 169, 170, 180, 183, 184, 189, 192, 196, 198, 204, 210, 211, 213, 215, 216, 221, 222, 226, 229, 232, 234, 241, 244, 246, 252, 253, 257, 265, 268, 272, 274, 277, 282, 292, 293, 302, 303, 313, 314, 316, 317, 327, 329, 330, 331, 334, 337, 340, 341, 343, 349, 350, 351, 378, 379, 383, 412, 419 ТК РФ, что вряд ли следует признать правильным. По нашему мнению, указанные статьи Кодекса подлежат серьезной доработке. Отдельные статьи Кодекса являются анахронизмом. Во всяком случае они совершенно не отвечают современным реалиям и прямо противоречат Конституции РФ.

Так, ст. 131 Кодекса декларирует, что «выплата заработной платы производится в денежной форме в валюте Российской Федерации (в рублях)». Указанная норма полностью соответствует ч. 3 ст. 37 Конституции РФ, которая зафиксировала, что «каждый имеет право на... вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда...». В то же время ст. 131 Кодекса разрешает производить оплату труда в иных формах (например, в виде продуктов питания, некоторых товаров и т. п.), что возвращает нас в эпоху натурального обмена.

¹ Данный документ опубликован не был.

Представляется, что норма об оплате труда в неденежной форме должна быть из Кодекса исключена.

Существенно недоработаны в Кодексе отдельные статьи, регулирующие вопросы заключения трудового договора.

В частности, ст. 64 Кодекса запрещает необоснованный отказ в заключении трудового договора. По смыслу данной нормы работодатель должен доказать (во всяком случае этого требуют суды) обоснованность любого отказа. Однако в Кодексе нет четкого ответа на вопрос, что же такое необоснованный отказ в заключении трудового договора. Расплывчатость данной нормы влечет за собой в ряде случаев возникновение трудовых споров, а суды нередко отказывают заявителям в удовлетворении исковых требований по совершенно формальным основаниям. К таким судебным актам можно отнести, например, апелляционные определения Московского городского суда от 28 января 2015 г. по делу № 33-2371/2015¹, от 24 декабря 2014 г. по делу № 33-41209² и многие другие.

Статья 67 ТК РФ предусматривает, что трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его уполномоченного на это представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех рабочих дней со дня фактического допущения работника к работе, а если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии были признаны трудовыми отношениями, — не позднее трех рабочих дней со дня признания этих отношений трудовыми отношениями, если иное не установлено судом.

При заключении трудовых договоров с отдельными категориями работников трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, может быть предусмотрена необходимость согласования возможности заключения трудовых договоров либо их условий с соответствующими лицами или органами, не являющимися работодателями по этим договорам, или составление трудовых договоров в большем количестве экземпляров.

По сути основополагающие ст. 64 и 67 Кодекса изначально сформулированы таким образом, что в случае их применения они будут провоцировать индивидуальные или коллективные трудовые конфликты.

¹ Данный документ опубликован не был.

² Данный документ опубликован не был.

Не совсем надлежащим образом решен в Кодексе и еще один ключевой вопрос, — вопрос о трудовом статусе работника. Еще в октябре 1992 г. в ст. 25 КЗоТ РСФСР была внесена редакционная поправка, дающая право работодателю без согласия работника с соблюдением определенных процедур существенно изменять системы и размеры оплаты труда, льготы, режимы работы; устанавливать или отменять неполное рабочее время, совмещение профессий; изменять разряды и наименования должностей и т. п. Сегодня ситуация в этом вопросе переменялась.

Так, ст. 74 Кодекса «Изменение определенных сторонами условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда» предусматривает, что в случае, когда по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда (изменения в технике и технологии производства, структурная реорганизация производства, другие причины), определенные сторонами условия трудового договора не могут быть сохранены, допускается их изменение по инициативе работодателя, за исключением изменения трудовой функции работника.

О предстоящих изменениях определенных сторонами условий трудового договора, а также о причинах, вызвавших необходимость таких изменений, работодатель обязан уведомить работника в письменной форме не позднее чем за два месяца, если иное не предусмотрено Кодексом.

Если работник не согласен работать на новых условиях, то работодатель обязан в письменной форме предложить ему другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. При этом работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором.

При отсутствии указанной работы или отказе работника от предложенной работы трудовой договор прекращается в соответствии с п. 7 части первой ст. 77 ТК РФ.

В случае когда причины, указанные в части первой ст. 77 ТК РФ, могут повлечь за собой массовое увольнение работников, работодатель в целях сохранения рабочих мест имеет право с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации и в порядке,

установленном ст. 372 ТК РФ для принятия локальных нормативных актов, вводить режим неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели на срок до шести месяцев.

Если работник отказывается от продолжения работы в режиме неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели, то трудовой договор расторгается в соответствии с п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ. При этом работнику предоставляются соответствующие гарантии и компенсации.

Отмена режима неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели ранее срока, на который они были установлены, производится работодателем с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации.

Изменения определенных сторонами условий трудового договора, вводимые в соответствии с настоящей статьей, не должны ухудшать положение работника по сравнению с установленным коллективным договором, соглашениями.

«Резиновые» формулировки вышеприведенной статьи ТК РФ фактически дают работодателю право при любых условиях переводить работника без его согласия на другую работу (т.е. изменять ему трудовую функцию), что является абсолютно недопустимым.

Начнем с того, что и теория, и практика обогатились новым понятием «технологические условия труда», которые могут быть положены в основу изменения работнику существенных условий трудового договора. Скажем, если вместо пива крепостью 10°, организация завтра начнет выпускать такое же пиво, но крепостью 8°, налицо изменение технологических условий труда, и, следовательно, можно начинать «зачистки» трудового коллектива.

Полагаем, что ст. 73 Кодекса в этой части должна быть существенно переработана.

Как уже отмечалось, среди норм, занимающих в Кодексе одно из важнейших мест, особого внимания заслуживают нормы регулирования заработной платы.

В последнее время стали достаточно актуальными нормы об ответственности работодателя за задержку заработной платы, нарушение сроков ее выплаты (ст. 142, 234 и 236 ТК РФ). Разбросанные в различных главах Кодекса нормы этих статей по существу должны составлять единый механизм, направленный на регулярность выплаты заработной платы и других выплат, причитающихся работнику. Следует отметить, что на механизм ответственности за задержку заработной платы работникам возлагались большие надежды как на средство защиты прав наемных работников.

Впрочем, эти надежды не в полной мере оправдались. Так, ст. 142 Кодекса озаглавлена как «Ответственность работодателя за нарушение сроков выплаты заработной платы и иных сумм, причитающихся работнику». Сама «ответственность» работодателя в данной статье прописана в общей форме с отсылками к «иным федеральным законам». В то же время здесь самым подробным образом регламентирована процедура отказа работника от работы в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней. Мы не спорим, что такая норма, очевидно, должна быть в Кодексе; только ее следует привести в надлежащий вид. С другой стороны, причем здесь ответственность работодателя? Скорее речь идет об ответственности (без вины) наемного работника за безответственные действия работодателя, который не платит заработную плату. С учетом участвовавших сегодня случаев массовой невыплаты заработной платы наемным работникам по вине работодателей следует не просто переработать данную статью, но и концептуально ее переосмыслить.

Например, по сообщениям российских средств массовой информации¹, сотрудники Следственного комитета по Амурской области задержали генерального директора ООО «Стройиндустрия-С» Сергея Терентьева по подозрению в невыплате зарплаты работникам своей фирмы, занимающейся строительством космодрома «Восточный».

По словам официального представителя Следственного комитета РФ В. Маркина, следственными органами СК РФ по Амурской области был задержан генеральный директор ООО «Стройиндустрия-С» Сергей Терентьев. Он подозревается в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 145¹ УК РФ (полная невыплата свыше двух месяцев заработной платы).

ООО «Стройиндустрия-С» является одной из организаций-подрядчиков, занимающейся строительством объектов космодрома «Восточный».

По версии следствия, С. Терентьев, зная, что у предприятия имеются в наличии необходимые деньги, умышленно свыше двух месяцев не выплачивал своим работникам заработную плату за январь, февраль и первую половину марта 2015 г. Согласно имеющимся в распоряжении следствия документам, сумма задолженности превысила 14 млн руб.

Неправомерные действия работодателя повлекли за собой весьма негативные последствия. 24 марта 2015 г. рабочие компании «Стройиндустрия-С» приостановили работу на космодроме из-за долгов по зарплате, затем они заявили о намерении начать голодовку. И только вмешательство Президента РФ В.В. Путина в этот трудовой конфликт позволило удовлетворить справедливые требования рабочих.

¹ <http://www.interfax-russia.ru/FarEast/news.asp?id=598798&sec=1672>

Бесспорно, работодатель должен нести ответственность за задержки в выплате работникам заработной платы. В то же время следует предусмотреть механизм, при котором приостановка работником работы на период до выплаты задержанной суммы должна рассматриваться как простой по вине работодателя и оплачиваться в соответствии со ст. 157 Кодекса в размере не менее $\frac{2}{3}$ средней заработной платы работника. Как вариант, такая приостановка работы может оплачиваться и в размере средней заработной платы работника. Второй путь более справедлив.

В Кодексе достаточно слабо, как уже отмечалось, решены вопросы ответственности за нарушение или неисполнение содержащихся в нем норм. Кодекс возлагает широкий круг обязанностей на работодателей, но очень редко устанавливает ответственность за их неисполнение. Так, ТК РФ предусматривает, что «преследование работников за использование ими допустимых законодательством способов самозащиты трудовых прав запрещается» (ст. 380), но о юридических последствиях нарушения или несоблюдения этого запрещения в Кодексе почти ничего не говорится.

Принимая во внимание, что в Конвенциях о запрещении принудительного труда, к которым присоединилась Россия, к принудительному труду относится нарушение установленных сроков выплаты заработной платы, применение принудительного труда в указанной форме должно влечь за собой уголовное наказание.

Совершенствованию практики применения норм Кодекса будет способствовать создание специальных судов по трудовым спорам, которые существуют в других странах. Такая специализация позволит рассматривать как трудовые споры, так и споры по вопросам социального обеспечения более оперативно и квалифицированно.

Абсолютно непоследовательная логика законодателя при формировании разд. XII Кодекса «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников». Почему, скажем, специально в Кодексе должны быть урегулированы особенности труда только работников транспорта, педагогических, дипломатических работников, работников религиозных организаций, наемных работников Вооруженных Сил РФ, медицинских работников и профессиональных спортсменов (соответственно гл. 51–55 Кодекса)? А как быть, например, с работниками атомной энергетики, горнодобывающей промышленности, ведущими взрывоопасные работы и т. д.? Разве их труд не подлежит регулированию на уровне Кодекса? Думается, что при выборе категорий работников для включения в Кодекс как подлежащих особому регулированию законотворцы не руководствовались какими-то четко

выработанными критериями, а скорее делали это под нажимом определенного лобби, стремившегося «продать» нужные ему нормы в Кодексе.

Должны быть, по нашему мнению, учтены в Кодексе и некоторые новые аспекты трудового статуса работодателей, которые прежде всего являются основными участниками социального партнерства. В этом смысле следует доработать Кодекс с учетом принятого 27 ноября 2002 г. Федерального закона «Об объединениях работодателей»¹. Раздел II «Социальное партнерство в сфере труда» Кодекса необходимо, по нашему мнению, дополнить специальной главой, посвященной этой теме.

Неслучайно в связи с этим Пленум Верховного Суда РФ принял постановление от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»², где в определенной степени проанализированы недостатки действующего трудового законодательства и даны предложения и рекомендации судебным органам по их устранению.

В первую очередь это касается сроков рассмотрения трудовых дел в судах, на что должно быть обращено особое внимание адвокатов, оказывающих правовую помощь клиентам.

Следует учитывать, что в соответствии со ст. 154 ГПК РФ трудовые дела о восстановлении на работе должны рассматриваться судами до истечения месяца со дня поступления заявления в суд, а другие трудовые дела, подсудные мировому судье, должны быть рассмотрены мировым судьей до истечения месяца со дня принятия заявления к производству. В указанные сроки включается в том числе и время, необходимое для подготовки дела к судебному разбирательству (гл. 14 ГПК РФ).

Нормы Кодекса распространяются на всех работников, заключивших трудовой договор с работодателем, и соответственно подлежат обязательному применению всеми работодателями (юридическими или физическими лицами) независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности.

Кодекс не распространяется на военнослужащих при исполнении ими обязанностей военной службы, членов советов директоров (наблюдательных советов) организаций (за исключением лиц, заключивших с данной организацией трудовой договор), лиц, работающих по договорам гражданско-правового характера, других лиц, если это

¹ СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4741.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

установлено федеральным законом, кроме случаев, когда вышеуказанные лица в установленном Кодексом порядке одновременно не выступают в качестве работодателей или их представителей.

Важно учитывать, что если между сторонами заключен договор гражданско-правового характера, однако этим договором фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям в силу ст. 11 ТК РФ должны применяться положения Кодекса.

Много трудовых споров, как уже отмечалось, возникает сегодня в связи с отказом в приеме на работу. Действующее законодательство декларирует, что труд свободен и каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также иметь равные возможности при заключении трудового договора без какой-либо дискриминации, т.е. какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников.

Между тем в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор, и с учетом того, что исходя из содержания ст. 8, ч. 1 ст. 34, ч. 1 и 2 ст. 35 Конституции РФ и ч. 1 ст. 22 Кодекса работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) и заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя, а также того, что Кодекс не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения, необходимо учитывать, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено на доске объявлений), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом и по каким основаниям ему было отказано в заключении трудового договора.

Зачастую вопреки требованиям закона с работником заключается срочный трудовой договор. Решая вопрос об обоснованности заклю-

чения с работником срочного трудового договора, адвокат должен учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Многократность заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции может свидетельствовать о заключении трудового договора фактически на неопределенный срок.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 касается и других не менее важных аспектов наемного труда и является весьма важным правовым документом, направленным на упорядочение правоприменительной практики.

ГЛАВА XIII. РОЛЬ АДВОКАТА В ОБЕСПЕЧЕНИИ ОХРАНЫ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ (МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

§ 1. Процессуальные вопросы охраны интеллектуальной собственности в европейском праве

Следует отметить, что данный раздел учебника может серьезно заинтересовать тех молодых специалистов, которые собираются посвятить себя практической работе по охране объектов интеллектуальной собственности в международно-правовом аспекте.

После заключения Лиссабонского договора о внесении изменений в Договор о Европейском Союзе и Договор об учреждении Европейского Сообщества 13 декабря 2007 г. защита интеллектуальной собственности становится вектором сближения и унификации национальных законодательств ЕС. Она играет концептуально объединяющую роль в институциональном развитии западноевропейской интеграции. Это объясняется потребностями развития инновационной экономики, построенной на ускоренном вводе в коммерческий оборот и капитализации результатов интеллектуальной деятельности. Экономическое значение интеллектуальной собственности для ЕС огромно.

На Международном саммите правовой защиты прав на интеллектуальную собственность, проходившего в Лондоне в 2014 г., был опубликован доклад. В нем приводились данные исследования Ведомства по гармонизации внутреннего рынка (*Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM)*). Исследователи подсчитали, что 35% рабочих мест в ЕС, 39% внутреннего валового продукта (4,7 трлн евро) и 90% внешней торговли зависят от отраслей, интенсивно использующих правовой режим охраны интеллектуальной собственности¹.

¹ International Summit IP Enforcement London 2014. Summit Report (Central Hall Westminster, 11–12 June 2014). P. 6, 22 // <https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/>

На современном этапе в ЕС сложилось понимание, что надлежащее обеспечение охраны интеллектуальной собственности становится ключевым элементом повышения конкурентоспособности в глобальной экономике.

В связи с этим новое дыхание открылось у деятельности по имплементации Директивы 2004/48/ЕС от 29 апреля 2004 г. о принудительном осуществлении (*enforcement*) прав на интеллектуальную собственность на уровне национальных законодательств в странах — членах ЕС, а также в деятельности структур ЕС, обеспечивающих регистрацию и защиту прав на объекты интеллектуальной собственности, предоставляемую в силу права ЕС.

Директива 2004/48/ЕС о принудительном осуществлении (enforcement) прав на интеллектуальную собственность (далее — Директива 2004/48/ЕС) была принята Европейским Парламентом и Советом 29 апреля 2004 г. Она вступила в силу через 20 дней после ее опубликования. Положения Директивы 2004/48/ЕС должны были быть отражены в национальных законодательствах через два года, т. е. не позднее 29 апреля 2006 г. Фактически мало кто уложился в указанный срок. Германия привела свое законодательство в соответствие с требованиями Директивы 2004/48/ЕС в июле 2008 г, Швеция и Дания — к июню и апрелю 2009 г. соответственно. К концу 2010 г. Греция выполнила требования Директивы 2004/48/ЕС лишь применительно к объектам авторского права и смежных прав.

Несмотря на отставание в темпах реализации, с принятием Директивы 2004/48/ЕС впервые в праве интеллектуальной собственности ЕС была предпринята попытка добиться сближения норм не только материального, но и процессуального законодательства государств-членов. В отличие от ранее существовавшей правовой практики под термином «интеллектуальная собственность» по смыслу Директивы 2004/48/ЕС понимаются *исключительные имущественные права и на объекты авторского права и смежных прав, и на объекты промышленной собственности* (ст. 1).

Вместе с тем перечня самих объектов, относящихся к интеллектуальной собственности, текст Директивы 2004/48/ЕС не содержит. Это придает ей определенную гибкость, но вместе с тем порождает правовую неопределенность в отношении допустимости распространения инструментария Директивы 2004/48/ЕС на объекты, находящиеся вне сферы прав, перечисленных в разъяснении Комиссии ЕС относительно минимума прав интеллектуальной собственности, охватываемых Директивой 2004/48/ЕС.

Большие сложности в сопряжении национальных законодательств по охране интеллектуальной собственности стран — членов ЕС вызывает то обстоятельство, что статусы секрета производства (ноу-хау), коммерческих и торговых секретов, а также процедуры рассмотрения споров, связанных с актами недобросовестной конкуренции или доменными именами, сильно различаются в разных странах. Поэтому вопрос о том, следует ли распространять специальные средства правовой защиты, предусмотренные для интеллектуальной собственности, на такие объекты, как доменные имена, коммерческие и торговые секреты, включая производственные (ноу-хау), а также на акты недобросовестной конкуренции и их унифицировать, остается открытым и дискуссионным.

Причины появления Директивы 2004/48/ЕС. Необходимость такого шага продиктована тем, что после формирования массива норм материального права в сфере интеллектуальной собственности, вошедших составной частью в *acquis communautaire* (действующее право ЕС), их эффективное применение на территории ЕС стало зависеть от равенства и совместимости средств правовой защиты, которыми располагают участники гражданского оборота, проживающие в разных странах ЕС.

Положения ТРИПС содержат общепризнанные международные стандарты защиты интеллектуальной собственности. Вместе с тем их недостаточно для того, чтобы преодолеть расхождения между государствами — членами ЕС в существенных процессуальных вопросах обеспечения прав на интеллектуальную собственность.

К ним относится, например, применение временных мер для обеспечения сохранности доказательств или исковых требований, расчетов причиненного ущерба, выдачи судебных приказов о раскрытии информации или прекращении действий, могущих повлечь нарушение прав на интеллектуальную собственность. И этот перечень далеко не исчерпывающий. Расхождения в национальных системах обеспечения прав на интеллектуальную собственность отрицательно сказываются на функционировании внутреннего рынка ЕС и делают невозможным обеспечение должного единообразия правовой защиты на всей территории ЕС.

Задачи. Цель Директивы 2004/48/ЕС — добиться сближения мер, средств и процедур национальных правовых систем государств-членов, подлежащих применению в случаях, когда дело касается нарушения прав обладателей интеллектуальной собственности¹ при ее

¹ Официально понятие «права интеллектуальной собственности» охватывает все категории прав, перечисленных в Заявлении Комиссии ЕС относительно понимания ст. 2

коммерческом использовании. Директива 2004/48/ЕС предусматривает, что все члены ЕС должны унифицировать свое законодательство в плане обеспечения правообладателям минимального набора средств правовой защиты их интересов. При этом в п. 1 ст. 2 уточняется, что ничто не препятствует введению на национальном уровне дополнительных санкций и средств правовой защиты, более благоприятных для правообладателей.

Под *коммерческим использованием* понимаются действия, совершенные с целью прямого или косвенного извлечения экономической выгоды или преимущества, что в обычных условиях исключает привлечение к ответственности конечных потребителей, действующих добросовестно.

Выполнение положений Директивы 2004/48/ЕС должно привести к появлению стандартного минимума средств правовой защиты интеллектуальной собственности, доступного всем правообладателям на территории стран — членов ЕС.

Факультативно, при желании государств-членов, эти меры могут быть распространены на случаи недобросовестной конкуренции, паразитического копирования или на схожие виды деятельности.

Объектом Директивы 2004/48/ЕС являются меры, процедуры и правовые средства, наличие которых является необходимым для обеспечения прав на интеллектуальную собственность. Предусмотренный ей правовой инструментарий подлежит применению к любым нарушениям прав, вытекающих из обладания интеллектуальной собственностью, предусмотренных как европейским, так и национальным законодательством.

Общие требования. Указанные меры, процедуры и средства не должны быть слишком сложными или дорогостоящими, не должны устанавливать пресекающие сроки или отсрочки в большей мере, чем это диктуется необходимостью. Их применение не должно влечь возникновения барьеров для законной торговли, а их инкорпорация

Директивы 2004/48/ЕС. Заявление содержится в документе 2005/295/ЕС, опубликованном в «Официальном вестнике» (ОЖ. 2005. L 94. P. 37). Комиссия ЕС заявила, что права интеллектуальной собственности, подлежащие принудительному правовому обеспечению, включают: авторские права; права, смежные с авторскими; права *sui generis* изготовителя базы данных; права на топологию интегральной микросхемы; права на товарные знаки; права на промышленный образец; патентные права (включая права, предоставляемые сертификатом дополнительной охраны); права на наименования места происхождения товара; права на полезную модель; права на селекционные достижения; права на коммерческое обозначение и фирменное наименование, в той мере, в какой они охраняются как исключительные имущественные права согласно соответствующему национальному законодательству.

в национальное законодательство должна быть уравновешена мерами, направленными против вероятных злоупотреблений (ст. 3).

Применение по кругу лиц. Государства-члены должны предусмотреть, что с заявлением о применении мер, процедур и средств правовой защиты, предусмотренных Директивой 2004/48/ЕС, могут обращаться:

а) обладатели прав на интеллектуальную собственность;
б) любые другие лица, получившие разрешение на использование этих прав, в частности в виде лицензии, в пределах и на условиях, установленных правом, подлежащим применению;

с) общества по коллективному управлению правами, которые обычно признаются в качестве представителей обладателей прав на интеллектуальную собственность в соответствии с положениями применимого права;

д) профессиональные организации, которые обычно признаются в качестве представителей обладателей прав на интеллектуальную собственность в соответствии с положениями применимого права (ст. 4).

Для подачи заявления о применении мер правовой защиты, предусмотренных Директивой 2004/48/ЕС, автору нет необходимости предъявлять доказательства своего авторства или наличия исключительных имущественных прав — достаточно, чтобы имя автора произведения было на нем указано. Это же правило действует и в отношении обладателей смежных прав (ст. 5).

Презумпция авторства. Статья 5 регулирует применение презумпции авторства или обладания как авторскими, так и смежными правами. Юридически ее положения основываются на формулировке, используемой в ст. 15 Бернской конвенции, с тем отличием, что в ней данная презумпция распространяется также на обладателей смежных прав. Требование представления подробных и сложных доказательств наличия авторских прав ведет к существенному затягиванию судебного разбирательства, снижая эффективность судебной защиты. Статья 5 вводит специальный механизм. Он предусматривает, что в отсутствие доказательств противного достаточно того, чтобы имя автора было указано на произведении обычным способом. Это требование применяется также к обладателям смежных прав в отношении результатов их интеллектуальной деятельности. Данный процессуальный механизм оказался весьма полезен и востребован правообладателями в их борьбе с разнообразными нарушениями их прав, когда нарушители пытались возложить на авторов и правообладателей бремя доказывания существования их прав.

Истребование доказательств. Государства-члены должны обеспечить стороне, представившей разумные доказательства в поддержку

своих требований и указавшей, какие именно доказательства находятся под контролем или во владении противной стороны, возможность обратиться в компетентный суд с ходатайством об истребовании таких доказательств (ст. 6). При этом должна быть обеспечена сохранность конфиденциальной информации. Разумными доказательствами обоснованности требований считаются копии произведения или объекта смежных прав, изготовленные в значительном числе экземпляров.

Квалифицирующий признак. В случае, когда речь идет о нарушении прав, совершенном в коммерческих масштабах, государства-члены должны принять необходимые меры по наделению судов правом издавать на основании заявления заинтересованной стороны приказ о представлении банковской, финансовой или коммерческой документации, находящейся у противной стороны.

Меры по сохранению доказательств. На государства-члены возлагается обязанность предусмотреть, чтобы компетентные судебные власти могли еще до начала рассмотрения дела по существу по ходатайству стороны, чьи права на интеллектуальную собственность были или могут быть нарушены, предписать быстрые и эффективные временные меры, направленные на обеспечение сохранности доказательств. Такие меры могут включать подробное описание с выемкой образцов или без таковой, наложение ареста на товары, а в соответствующих случаях — на исходные материалы, используемые в процессе производства и (или) распространения таких товаров, а также сопроводительные документы к ним. Данные меры в случае необходимости должны быть приняты без заслушивания другой стороны в том случае, когда любая задержка может причинить невосполнимый ущерб правообладателю или когда доказан риск уничтожения доказательства.

В условиях трансграничной торговли и функционирования единого внутреннего рынка ЕС сбор доказательств, подтверждающих нарушение прав интеллектуальной собственности с помощью Интернета, представляет большие сложности. Относительная анонимность интернет-пользователей затрудняет идентификацию нарушителя и привлечение его к ответственности. Владельцы веб-сайтов, продающих или облегчающих продажу пиратской и контрафактной продукции, пользуются тем, что доказательства в цифровой форме трудно сохранять; кроме того, далеко не все суды соглашаются принимать скриншоты в качестве должных доказательств. Многие государства-члены в своих отчетах об имплементации Директивы 2004/48/ЕС указали, что отсутствие в Директиве 2004/48/ЕС достаточного числа положений, облегчающих борьбу с интернет-нарушениями, является ее недостатком, требующим устранения.

В интересах равенства сторон в процессе и обеспечения соблюдения интересов не только истца, но и стороны, затронутой указанными мерами, на государства-участники возлагается обязанность предусмотреть ее немедленное уведомление после исполнения принятых мер. По ходатайству сторон, подвергшихся указанным мерам, в течение разумного срока после такого уведомления должно быть назначено заседание по пересмотру обеспечительных мер с правом заслушивания сторон с целью вынести решение об изменении обеспечительных мер, их отмене или подтверждении. В целях компенсации ущерба, причиненного мерами по обеспечению доказательств, сторона, которая их инициировала, должна депонировать в суд адекватное обеспечение или гарантийное письмо, чтобы компенсировать любой ущерб, причиненный такими действиями ответчику.

Государства-члены должны обеспечить, чтобы меры по сохранению доказательств были отменены или иным образом прекратили свое действие по ходатайству ответчика. Это не умаляет его права обратиться с требованием о возмещении ущерба, если заявитель, потребовавший обеспечительных мер, не обратится в течение разумного срока в суд с исковыми требованиями, которые могут быть рассмотрены путем вынесения решения по существу. Срок для предъявления исковых требований может быть установлен судом, вынесшим решение о принятии обеспечительных мер. Если он не установлен, то такой срок не может превышать 20 рабочих дней или 31 календарного дня, в зависимости от того, что окажется длиннее, со дня вынесения решения об обеспечительных мерах.

При отмене обеспечительных мер, или их прекращении вследствие бездействия заявителя, или если впоследствии будет установлено, что нарушения прав на интеллектуальную собственность или угрозы такого нарушения не было, суд должен иметь полномочия приказывать заявителю по требованию ответчика предоставить соответствующую компенсацию за любой ущерб, причиненный такими мерами (ст. 7).

Право на информацию. Новеллой является наделение владельцев интеллектуальной собственности правом истребовать в рамках судебного производства по делам о нарушении их прав информацию о происхождении и распределительной сети товаров или услуг, которые нарушают права владельца интеллектуальной собственности.

Такая информация должна быть представлена самим нарушителем и (или) любым другим лицом:

- а) во владении которого были обнаружены контрафактные товары в коммерческих количествах;
- б) использующим услуги, нарушающие права на интеллектуальную собственность, в коммерческих масштабах;

с) предоставляющим в коммерческих масштабах услуги, используемые в деятельности по нарушению прав на интеллектуальную собственность; или

d) на которое указано лицами, перечисленными в п. а), b), с), как занимающееся производством, изготовлением или распространением таких товаров либо предоставлением услуг.

Данная информация должна включать: а) наименования и адреса производителей, изготовителей, распространителей, поставщиков, а также предыдущих владельцев или поставщиков товаров и услуг, а равно предполагаемых оптовых и розничных распространителей; b) информацию о количестве произведенных, изготовленных, поставленных, полученных или заказанных товаров и услуг, а также цене на них.

Эти положения не препятствуют правообладателям пользоваться иными статутными положениями, позволяющими им получать более полную информацию, а равно использовать данную информацию в рамках гражданского или уголовного судопроизводства.

Значительные трудности юридического характера вызывает то обстоятельство, что процессуальное право на получение информации вступает в конфликт с правом на охрану личной жизни и тайны переписки, предусмотренным в конституциях большинства европейских стран и закрепленным в ст. 8 Конвенции по защите прав человека и основных свобод.

Сложности реализации права на информацию. Возможность запроса информации от информационных посредников плохо соотносится с законодательством о защите персональных данных. Получение подобной информации в рамках гражданского процесса практически нереально, так как ее раскрытие возможно только в рамках уголовного процесса и ограничивается расследованием особо тяжких уголовных преступлений (Испания, Австрия), куда правонарушения в сфере интеллектуальной собственности не относятся. Ситуация становится тупиковой, если, как, например, в Австрии, привлечение к ответственности по делам частного обвинения возможно лишь в том случае, когда личность нарушителя установлена.

Кроме того, запрос на раскрытие информации становится бесполезным в случаях временного *IP*-адреса. Провайдеры интернет-услуг, когда речь идет об обмене файлами между пользователями, не вправе сообщать личные данные нарушителя вне рамок судебного процесса, что делает предварительный запрос информации бесперспективным¹.

¹ Подробный анализ возникающих юридических проблем в сравнительно-правовом плане дается в работе: Study on Online Copyright Enforcement and Data Protection in

Необходимость поиска адекватного баланса между различными основополагающими правами была подчеркнута Европейским судом правосудия, рассматривавшего в последней инстанции спор между музыкальными издателями и провайдерами коммуникационных услуг в Испании и Германии¹. Обосновывая свою позицию, Суд ЕС заявил, что европейское право требует соблюдения справедливого баланса между различными правами, лежащими в основе правопорядка ЕС. Власти и суды государств-членов должны не просто толковать свое национальное право в соответствии с директивами, но и удостовериться в том, что даваемое ими толкование не противоречит таким основополагающим правам или иным общим принципам права ЕС², как принцип пропорциональности и т. д. Национальное законодательство большинства стран — членов ЕС, принятое во исполнение директив об охране персональных данных³, сопряжено с правовым инструментарием защиты прав человека, тогда как охрана интеллектуальной собственности лежит в иной плоскости и осуществляется в большинстве случаев в рамках споров между хозяйствующими субъектами.

Selected Member States, Hunton & Williams, November 2009 // http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/study-online-enforcement_en.pdf.

¹ Решения Суда от 29 января 2008 г. по делу C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*, от 19 февраля 2009 г. по делу C-557/07 *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungschutzrechten GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH*.

² Так, Хартия Европейского Союза об основных правах, торжественно провозглашенная 7 декабря 2000 г. в Ницце Европейским Парламентом, Советом и Комиссией Европейского Союза, в п. 1 ст. 8, озаглавленной «Защита данных личного характера» предусматривает, что «[к]аждый человек имеет право на защиту относящихся к нему данных личного характера». В п. 2 данной статьи это право конкретизируется: «Обработка подобных данных должна производиться без манипуляций, в четко определенных целях, с согласия заинтересованного лица либо при наличии других правомерных оснований, предусмотренных законом. Каждый человек имеет право на получение доступа к собранным в отношении него данным, и право на устранение в них ошибок».

Особо выделяется защита частной и семейной жизни. Она закреплена в ст. 7. В ней провозглашается, что «[к]аждый человек имеет право на уважение своей частной и семейной жизни, своего жилья и своих коммуникаций». Тем самым данные права граждан ЕС теоретически пользуются большей защитой, чем права граждан других стран. В п. 2 ст. 17, озаглавленной «Право собственности», в отношении интеллектуальной собственности используется более сдержанная формулировка: в ней говорится, что «[и]нтеллектуальная собственность находится под защитой».

³ Речь идет о законодательных актах государств-членов, принятых во исполнение Директивы 95/46/ЕС о защите прав личности в том, что касается обработки персональных данных и свободе обмена такими данными (ОJ. 1995. L 281. P. 31). Весьма жесткие требования к их охране установлены национальными законодательными актами во исполнение Директивы 2002/58/ЕС об обработке персональных данных и охране тайны личной жизни в секторе электронных коммуникаций (ОJ. 2002. L 201. P. 37).

Еще одна трудность практического порядка состоит в том, что информационными посредниками, каковыми являются провайдеры интернет-услуг или интернет-платформы, интересующая правообладателей информация не была сохранена или была стерта к тому времени, когда поступило обращение за информацией¹.

В обеспечение права на информацию органы ЕС предоставляют правообладателям дополнительные сервисы. Один из них был запущен Ведомством по гармонизации внутреннего рынка (*OHIM*). Оно предложило правообладателям размещать информацию о принадлежащих им объектах интеллектуальной собственности в специальной обеспечительной базе данных — *OHIM Enforcement Database*, позволяющей идентифицировать их присутствие в товарах, перемещаемых внутри ЕС. Проект носит пилотный характер (он запущен с ноября 2013 г.) и позволяет преодолеть языковой барьер, препятствующий координации действий таможенных органов в масштабах ЕС².

Полномочия судебных органов по выправлению ситуации. Директива 2004/48/ЕС обязывает государств-членов наделить судебные органы полномочиями, которые позволяют им по ходатайству заявителя *издать временный судебный запрет* в отношении предполагаемого нарушителя, который позволит избежать неминуемого нарушения прав на интеллектуальную собственность, предотвратить продолжение таких нарушений, или обусловить использование интеллектуальной собственности депонированием денежной гарантии, из которой может быть выплачена компенсация правообладателю.

Неисполнение судебного предписания карается штрафом, выплачиваемым в пользу истца, как, например, в Голландии, или, что встречается гораздо чаще, в пользу государства, как, например, в Германии, Великобритании, Словакии, либо привлечением к уголовной ответственности.

С точки зрения правообладателей, получение временного судебного запрета рассматривается как эффективная мера воздействия на правонарушителя, которая позволяет прийти к соглашению во внесудебном порядке и избежать длительной и дорогостоящей судебной процедуры при рассмотрении спора по существу. Директива 2004/48/ЕС идет дальше, чем положения ТРИПС, так как позволяет требовать *издания*

¹ На уровне ЕС хранение информации регулируется Директивой 2006/24/ЕС о сохранении данных, сгенерированных или обработанных в процессе предоставления общедоступных услуг связи или сетей связи общего доступа, вносящей поправки и дополнения в Директиву 2002/58/ЕС (ОJ. 2006. L 105. P. 54).

² International Summit IP Enforcement London 2014. Summit Report (Central Hall Westminster, 11–12 June 2014). P. 23.

временного судебного запрета в отношении информационных посредников, чьи услуги используются третьей стороной для нарушения прав на интеллектуальную собственность.

В глазах правообладателей временный судебный запрет имеет экономическое преимущество. В тех случаях, когда суды присуждают возмещение с нарушителя судебных издержек в пользу правообладателя, эти издержки не отражают его реальных расходов в рамках рассмотрения дела по существу, поэтому для европейских правообладателей получение временного судебного запрета превратилось в один из основных инструментов защиты их прав в судебном порядке.

Судебные запреты против информационных посредников. Следует отметить, что институт судебного запрета в отношении услуг посредников, которые используются для того, чтобы сделать возможным нарушение авторских прав или смежных прав, стал вводиться странами ЕС в соответствии с Директивой 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации авторских и смежных прав в информационном обществе.

Понятие «посредник» толкуется Директивой 2004/48/ЕС в самом широком смысле. Под таковым понимаются все лица, чьи услуги используются третьей стороной для нарушения права на интеллектуальную собственность. Это означает, что теоретически судебное предписание может быть выдано даже в отношении тех посредников, которые не имеют прямых договорных отношений или связей с нарушителем. Однако на практике суды склонны ограничиваться случаями очевидного онлайн-нарушения.

Провайдеры интернет-услуг предоставляют доступ к сети «Интернет», выступая в роли посредника между правообладателями и конечными пользователями. Европейское право вносит элементы единообразия в законодательные ограничения ответственности провайдеров интернет-услуг, действующие в государствах — членах ЕС.

Как правило, достаточно часто издаются судебные приказы в отношении блокирования доступа к сайтам, нарушающим авторские права. Директива 2000/31/ЕС от 8 июня 2000 г. о некоторых правовых аспектах услуг, предоставляемых в информационном обществе, в частности в сфере электронной торговли на внутреннем рынке¹ (далее — Директива об электронной торговле), предусматривает случаи освобождения информационных посредников от ответственности за нарушения прав на объекты интеллектуальной собственности, совершенные с использованием их услуг. В совокупности их нередко именуют «безопасная гавань».

¹ ОJ. 2000. L 178. P. 1.

Они освобождаются от ответственности, если не знали и не могли знать о нарушении, но ничто не препятствует в силу ст. 12–14 Директивы об электронной торговле выдаче в их адрес судебных предписаний, обязывающих их блокировать интернет-ресурс, обеспечивающий доступ к произведениям авторского права и объектам смежных прав без согласия правообладателей.

Вместе с тем в ряде государств-членов выдача подобного предписания требует, чтобы информационный посредник был стороной судебного разбирательства или мог быть привлечен к делу в качестве ответчика.

Содержание судебных предписаний. Оно зависит от характера и объема прав, затронутых правонарушением в Интернете. В отношении музыки, фильмов предписания обычно указывают конкретные музыкальные произведения и фильмы, права на использование которых оказались нарушены. В этой связи правообладатели должны предоставить суду полный перечень названий произведений, являющихся объектами нарушения. Правонарушения в отношении произведений, не поименованных в судебном запрете, могут продолжаться. В этой связи возникла проблема: могут ли продолжаться действия, запрет на совершение которых логически следует, но не был прямо поименован в судебном приказе?

Аналогичная ситуация возникает и в спорах по поводу нарушения права на товарный знак. В этой связи в Суд справедливости ЕС поступили два запроса на получение разъяснений путем вынесения предварительных постановлений в преюдициальном порядке. В деле C-324/09 (*L'Oréal v. eBay*) компания «Лореаль» предъявила претензию к оператору интернет-рынка «Ибей» (*eBay*), через который осуществлялась продажа контрафактной косметики.

Высокий суд справедливости Соединенного Королевства, где рассматривался спор, запросил разъяснений по поводу толкования ст. 11 Директивы об электронной торговле. Вопрос был поставлен следующим образом: издания какого судебного приказа, адресованного информационному посреднику, может требовать правообладатель товарного знака — судебного приказа, запрещающего последующие нарушения права на товарный знак или же данного конкретного нарушения?

Суд ЕС в своем Решении, вынесенном 12 июля 2012 г.¹, разъяснил, что судебные предписания могут быть вынесены против оператора онлайн-рынка, который не принимает по своей инициативе реше-

¹ Judgment of 12 July 2011 C-324/09 *L'Oréal and others v. eBay* // http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c324_en.pdf

ний, ведущих к нарушению прав интеллектуальной собственности. На государствах-членах лежит обязанность обеспечить эффективную защиту интеллектуальной собственности, поэтому национальные суды должны иметь возможность предписать оператору совершить действия, которые не только приведут к прекращению нарушения прав интеллектуальной собственности, происходящих на данной рыночной площадке, но и предупредят дальнейшие нарушения. Установленные с этой целью правила должны быть справедливы и пропорциональны. Они не должны создавать препятствий для законной торговли.

В контексте рассматриваемого дела, с одной стороны, нельзя требовать от оператора интернет-рынка, чтобы он осуществлял постоянный мониторинг всех данных, которыми пользуется каждый из его клиентов, и вводить постоянный запрет общего характера на продажу любых товаров под соответствующим товарным знаком. С другой стороны, оператору может быть предписано заблокировать доступ для лица, совершающего нарушение прав интеллектуальной собственности, с тем чтобы предотвратить повторение нарушения или оказать содействие в идентификации нарушителя.

В деле *C-70/10 (Scarlet v. SABAM)* Апелляционный суд Брюсселя поставил перед Судом справедливости ЕС вопрос более конкретно: могут ли национальные суды выносить судебные предписания в отношении интернет-провайдеров, чьи услуги используются третьей стороной для нарушения авторских или смежных прав, которые обяжут их установить за собственный счет действующие в течение неопределенного срока превентивные меры общего характера, затрагивающие всех их клиентов? В требовании Бельгийского общества по управлению коллективными правами предлагалось обязать интернет-провайдера установить систему фильтрации всех обслуживаемых им входящих и исходящих электронных сообщений.

Апелляционный суд интересовало, надо ли применять принцип пропорциональности, когда речь идет об эффективности подобной меры и ее предупредительном воздействии.

В своем преюдициальном Решении от 24 ноября 2011 г. по делу *C-70/10*¹ Суд справедливости ЕС указал, что в своем стремлении защитить права на интеллектуальную собственность государства-члены не должны выходить за пределы, установленные Директивой об электронной торговле.

¹ Judgment of 24 November 2011 *C-70/10 Scarlet Extended* // http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/10c070_en.pdf

Принимаемые национальными властями меры не должны требовать от провайдера интернет-услуг осуществлять общий мониторинг всей информации, передаваемой по его сетям. Введение требуемой системы фильтрации создает риски для таких основополагающих прав, как свобода предпринимательской деятельности, право на защиту персональных данных, свобода отправлять и получать информацию.

Суд счел, что национальные суды, выносящие подобные судебные предписания, не смогут соблюсти справедливого баланса между различными основополагающими правами. По мнению Суда ЕС, такой судебный приказ (о создании системы фильтрации) будет серьезно ущемлять право провайдера интернет-услуг на свободу предпринимательской деятельности, так как от него потребуются установка сложной и дорогостоящей компьютерной системы, которая будет действовать постоянно и функционировать за счет провайдера.

Это не соответствует положениям Директивы 2004/48/ЕС, которая требует, чтобы меры по обеспечению прав на интеллектуальную собственность не были более сложными и дорогостоящими, чем это необходимо. Далее Суд ЕС посчитал, что рассматриваемый приказ национального суда ущемляет основополагающие права клиентов провайдера, права которые гарантируются Хартией основных прав, а именно их право на защиту персональных данных и свободу получать и передавать информацию.

В случае если нарушение происходит в *коммерческих масштабах*, государства-члены должны наделить судебные власти полномочиями вынести *решение об обеспечительном аресте движимой и недвижимой собственности предполагаемого нарушителя, включая блокировку его (ее) банковских счетов и других авуаров*, если потерпевшая сторона докажет, что в сложившихся обстоятельствах существует риск невозмещения. В этих целях компетентные власти могут потребовать предоставления им банковской, финансовой или коммерческой документации или доступа к соответствующей информации.

Указанные меры могут приниматься *без заслушивания ответчика или его представителя* в тех случаях, когда задержка может причинить *невосполнимый ущерб правообладателю* (ст. 9 (4)).

Указанные меры носят жесткий характер. Они влекут значительные коммерческие риски. Поэтому данные меры подлежат отмене по просьбе заинтересованного лица в случае, *если судебный процесс по существу предъявленных требований не будет начат в установленные судом сроки*, а если они не установлены, то в течение 20 рабочих дней или 31 календарного дня в зависимости от того, какой срок окажется длиннее.

Когда судебные власти рассматривают возможность применения вышеперечисленных мер, они в соответствии с Директивой 2004/48/ЕС должны потребовать от истца представить имеющиеся у него доказательства, чтобы удостовериться, что правообладателем является именно заявитель, а равно *потребовать депонировать адекватное обеспечение ущерба, который может быть причинен такими действиями*. В случае если в последующем будет установлено, что нарушения или угрозы нарушения прав на интеллектуальную собственность не было, суды должны иметь право предоставить ответчику по его просьбе соответствующую компенсацию за *любой* ущерб (в том числе и ущерб деловой репутации), причиненный ему такими мерами.

Таким образом, обеспечительные или профилактические меры носят обоюдоострый характер, поэтому для того, чтобы воспользоваться ими при наличии серьезного правонарушения, потребуется серьезная финансовая и юридическая поддержка.

Директива 2004/48/ЕС требует, чтобы после вынесения решения по существу дела суды во всех государствах-членах обладали полномочиями, помимо *компенсации любого ущерба*, причиненного интересам правообладателя вследствие нарушения его прав на интеллектуальную собственность, вынести решение по поводу товаров, а в надлежащих случаях — материалов и оборудования, которые использовались главным образом при создании или изготовлении таких товаров.

В арсенале судов должны находиться такие меры, как: а) отзыв из каналов коммерческого обращения; б) окончательное изъятие из каналов коммерческого обращения или с) уничтожение. При этом суд может постановить, что данные меры должны быть осуществлены за счет нарушителя. При выборе мер должны приниматься во внимание серьезность допущенного нарушения, интересы третьих лиц и принцип соразмерности (ст. 10).

На практике правообладатели редко пользуются данной возможностью. Обеспечить принудительное исполнение решения об изъятии из гражданского оборота, если оно будет вынесено, крайне сложно. Обычно на момент вынесения решения нарушитель уже не является собственником товаров, которые должны быть отозваны или изъяты с рынка, когда товары поступили к потребителям или в розничную сеть.

Государства-члены должны наделить суд полномочиями выносить постановление о запрете нарушителю продолжать действия, нарушающие авторские или смежные права, в случае, когда нарушение было им установлено. Неисполнение указанного постановления должно влечь за собой многократные штрафные санкции, обеспечивающие его исполнение (ст. 11).

В качестве альтернативы государства-члены должны предусмотреть, чтобы компетентные суды могли вынести решение о выплате пострадавшей стороне материальной компенсации вместо отзыва товаров из коммерческого обращения или их уничтожения. Но это допустимо лишь в случае, когда нарушившее лицо действовало непреднамеренно и без грубой неосторожности, а исполнение таких мер может причинить ему (ей) непропорциональный ущерб и при условии, что пострадавшая сторона считает материальную компенсацию удовлетворительным решением (ст. 12).

Существуют сомнения, что критерии, используемые для расчета ущерба, действительно причиненного правообладателю, или определения компенсации в виде фиксированной суммы, являются альтернативами, предоставляющими судам возможность выбора.

В одних странах — членах ЕС (Венгрия, Латвия, Словакия) считается, что компенсация может быть назначена тогда, когда точно определить реальный ущерб представляется затруднительным. В других странах (Голландия, Польша) правообладатели могут самостоятельно выбирать критерии для оценки ущерба. Текст Директивы 2004/48/ЕС гласит, что судебные власти должны получить полномочия оценивать причиненный вред исходя из реальной суммы ущерба или компенсировать ущерб, присуждая фиксированную сумму исходя из собственной оценки обстоятельств дела.

Директива 2004/48/ЕС исходит из желательности единообразия в вопросах об исчислении ущерба и суммы судебных издержек. Государства-члены должны наделить судебные власти правом по ходатайству потерпевшей стороны приказывать нарушителю, который сознательно или имея разумные основания сознавать занимался действиями, нарушающими права на интеллектуальную собственность, оплатить правообладателю действительный ущерб, причиненный ему в результате нарушения. При определении суммы ущерба в расчет должны приниматься все соответствующие обстоятельства, а именно негативные экономические последствия, включая упущенную выгоду правообладателя, несправедливый доход, извлеченный правонарушителем, а в соответствующих случаях — моральный ущерб, причиненный нарушением правообладателю.

Суды могут также в соответствующих случаях определить ущерб в виде твердой суммы, рассчитываемой как минимальная сумма роялти или вознаграждения, которое причиталось бы правообладателю, если бы нарушитель обратился к нему за разрешением на использование тех прав, которые были им нарушены. Любопытно, что в случае с определением суммы ущерба большинство государств — членов ЕС

посчитало, что действующее в них законодательство не требует изменений.

Вместе с тем в том, что касается возможности присуждения в качестве возмещения ущерба фиксированной суммы, многие страны вышли за пределы требований Директивы (например, Австрия, Бельгия, Греция, Чехия, Литва, Польша, Румыния, Словения), предусмотрев кратное возмещения ущерба. Такое возмещение в виде двойной суммы ущерба предусматривается за нарушение авторских или смежных прав, а также в случаях, когда нарушения права интеллектуальной собственности были совершены злонамеренно¹.

В тех случаях, когда нарушение совершалось неосознанно, государства-члены могут наделить судебные власти правом взыскания доходов или выплаты заранее установленного ущерба (ст. 14).

Судебные издержки. Государства-члены должны обеспечить, чтобы разумные и соразмерные судебные издержки и другие расходы, понесенные выигравшей стороной, были по общему правилу возложены на проигравшую сторону, если только это не будет несправедливым (ст. 14).

На практике правообладателям редко удается добиться компенсации всех понесенных ими расходов, на которые им приходится идти для защиты своих прав. Консультации с объединениями правообладателей, проведенные при подготовке доклада Комиссии ЕС, выявили следующую картину: при успешном завершении спора в суде правообладателям удается добиться компенсации своих расходов в размере от 10 до 50% — в Дании, незначительного процента — в Греции, до 30% — в Италии, от 10 до 30% — в Люксембурге, 50% — на Кипре, от 66 до 100% — в Румынии, крайне мало — в Испании, до 75% — в Швеции, от 50 до 70% — в Австрии, 80% — в Ирландии. Возможность получения 100%-ной компенсации в отношении простых дел была заявлена Литвой, Венгрией, Словакией, Австрией².

В докладе констатируется, что в целом возмещение судебных расходов при успешном исходе судебного спора по защите интеллектуальной собственности остается намного ниже реальных затрат.

Пропагандистский эффект. В интересах усиления пропагандистского воздействия судебных решений по делам, возбужденным в связи с нарушением прав на интеллектуальную собственность, государ-

¹ Доклад Комиссии Европейскому Парламенту, Европейскому Совету, Европейскому экономическому и социальному комитету и Комитету регионов о выполнении Директивы 2004/48 ЕС от 29 апреля 2004 г. об обеспечении прав на интеллектуальную собственность COM (2010) 779 final (Брюссель, 22 декабря 2010 г., SEC (2010) 1589 final).

² Там же.

ства-члены должны наделить судебные власти правом предписывать публикацию судебного решения в целом или в части по ходатайству заявителя и за счет нарушителя.

§ 2. Институциональная основа обеспечения действенности права ЕС в сфере промышленной собственности

Ведомство по гармонизации внутреннего рынка (ОНМ) (далее — Ведомство) является специализированным агентством Европейского Союза, учрежденным Регламентом (ЕС) от 20 декабря 1993 г. № 40/94. Его заменил Регламент (ЕС) от 26 февраля 2009 г. № 207/2009 о товарном знаке ЕС (далее — Регламент № 207/2009), содержащий кодифицированную версию последнего.

К регистрации товарных знаков ЕС, единообразно действующих и охраняемых на всей территории Европейского Союза, Ведомство приступило с 1996 г. С 2003 г. им осуществляется регистрация промышленных образцов ЕС.

Ведомство наделено властными полномочиями органа ЕС. В этом качестве оно выполняет функции, свойственные национальным патентным ведомствам, но в масштабах территории единого внутреннего рынка ЕС. В частности, Ведомство рассматривает вопросы, связанные с принятием и рассмотрением заявлений о выдаче товарных знаков ЕС, возражений против их регистрации и требований заинтересованных лиц о досрочном прекращении действия товарных знаков. Так как все действия Ведомства по обслуживанию заявителей являются платными, оно вышло на самоокупаемость и самофинансирование на второй год своего существования.

Ведомство, являясь самостоятельным юридическим лицом, наделено специальной административной компетенцией по применению права ЕС в сфере товарных знаков ЕС и промышленных образцов ЕС. В этом качестве, принимая и рассматривая заявления о регистрации товарных знаков ЕС, Ведомство вырабатывает практику применения положений права ЕС, сформулированных в Регламенте № 207/2009.

Применительно к каждой конкретной заявке решения Ведомства могут быть оспорены в административном порядке в Апелляционной палате Ведомства, а по завершении административной процедуры — в судебном порядке путем обращения в Общий суд ЕС и Суд справедливости ЕС.

Регламент № 207/2009 содержит только общие критерии относительно того, как следует понимать содержащиеся в нем нормы и дефиниции: например, ст. 2 предусматривает, что товарные знаки ЕС

могут состоять из любых обозначений, могущих быть представленными графически; ст. 7 содержит абсолютные основания для отказа в регистрации (подп. (а) — (к) п. 1); ст. 8, озаглавленная «Относительные основания для отказа в регистрации», предоставляет право любым третьим лицам возражать против регистрации, если она нарушает их права и законные интересы, связанные с ранее зарегистрированными товарными знаками или обозначениями, используемыми для индивидуализации производителя товаров или услуг. Их толкование порождает многочисленные споры, которые находят свое завершение лишь на уровне высших судебных инстанций Европейского Союза.

Согласно Ежегодному отчету Суда справедливости ЕС за 2014 г.¹ по спорам, относящимся к интеллектуальной и промышленной собственности, в 2014 г. было вынесено 69 решений, разъяснений и ордеров, носящих преюдициальный характер. Это больше, чем по любым другим направлениям деятельности ЕС.

Вся бурная правоустанавливающая деятельность приобретает реальный экономический смысл только в том случае, когда предоставляемые права эффективно защищаются, а население воспринимает такую защиту как деятельность, осуществляемую в его интересах.

В этой связи показательной является позиция, заявленная Полем Полманом (*Paul Polman*), руководителем одного из мировых лидеров торговли пищевыми товарами — компании «Юнилевер» (*Unilever*). В активе компании 127 тыс. товарных знаков и более 20 тыс. патентов, зарегистрированных по всему миру. Но охрана товарных знаков как объектов собственности, по его мнению, не является самоцелью. Товарные знаки воплощают репутацию компании в глазах потребителей. Продажа подделок с товарным знаком компании наносит не только экономический ущерб (в 2013 г. из-за подделок компания недосчиталась почти 1 млрд евро), но и ущерб репутации, отвращая потребителей от ее продукции. Количество преступлений против объектов интеллектуальной собственности компании, выявленных ее юристами, только за первые шесть месяцев 2014 г. превысило 3 тыс. случаев.

Успехи юристов, выявляющих с каждым годом все больше нарушителей, не радуют руководство компании. Подделки, похожие сайты, не уступающие оригиналу по внешнему виду и удобству пользования, способны поколебать устойчивость и рыночные позиции даже транс-

¹ Cour de justice de l'Union européenne. Rapport Annuel 2014. Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2015. P. 106 // <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-03/qdag15001frn.pdf>

национальных гигантов. В условиях волатильности, неопределенности, сложности и двусмысленности трендов в мировой торговле верность бренду, уверенность в ассоциированном с ним качестве зарабатываются годами. Если потребитель утратит уверенность в надежности бренда, он будет выбирать похожие товары, которые стоят дешевле, или просто откажется от покупок. Если брендам станут доверять столь же мало, как политикам (а им не верит почти каждый второй), это станет большой проблемой для современной торговли, опирающейся на нематериальные активы.

Проблема выглядит более масштабной, нежели призывы к активизации деятельности полиции и таможенников, выявляющих и наказывающих тех, кто производит и распространяет подделки, или тех, кто пользуется услугами пиратских сайтов. Необходимо восстановить доверие потребителя, который должен иметь возможность покупать качественный товар по справедливой цене. Если соотношение цены и качества не сбалансировано, появляется стимул для противозаконного поведения.

Особенность защиты от нарушений и споров, касающихся действительности товарных знаков ЕС, выданных Ведомством по гармонизации внутреннего рынка. Рассмотрение таких споров изъято из ведения обычных национальных судов. Споры в отношении товарных знаков ЕС рассматриваются исключительно в специально назначенных национальных судах. Согласно ст. 95 Регламента № 207/2009 их число должно носить минимально возможный характер и включать суды первой и второй инстанций. После назначения они именуются *судами по товарным знакам ЕС* и выполняют функции, которые возлагаются на такие суды Регламентом № 207/2009. Список таких судов и их территориальная юрисдикция сообщаются государствами-членами в Комиссию ЕС. Согласно ст. 96 Регламента № 207/2009 к исключительной подсудности судов по товарным знакам ЕС относится рассмотрение: а) всех споров по нарушениям исключительного права на товарный знак ЕС, а в тех случаях, когда национальное законодательство допускает данную категорию исков, — исков об угрозе нарушения исключительного права на товарный знак ЕС; б) исков о судебном признании отсутствия в совершенных действиях нарушения права на товарный знак ЕС, если такой вид исков допускается соответствующим национальным законодательством; в) исков с требованием компенсации за все виды нарушений, совершенных после публикации заявки на товарный знак ЕС; г) встречных исков о досрочном прекращении права на товарный знак ЕС или о признании его недействительным вследствие неиспользования в смысле ст. 100 Регламента № 207/2009.

В силу ст. 99 Регламента № 207/2009 в отношении товарного знака ЕС действует презумпция действительности, если только она не оспорена ответчиком путем подачи встречного иска. В том, что касается санкций, налагаемых на нарушителя, Регламент № 207/2009 отсылает к соответствующему национальному праву. Единственное отличие состоит в том, что ст. 102 Регламента № 207/2009 в обязательном порядке требует издания судебного приказа, воспреещающего ответчику совершать действия, ведущие к нарушению права на товарный знак или создающие угрозу такого нарушения, если только у суда нет особых причин не делать этого.

Промышленный образец ЕС. Регистрация промышленных образцов ЕС (*Registered Community Designs (RCDs)*) ведется с 2002 г. Энергичнее всех свои права на оригинальные дизайнерские решения отстаивали немецкие предприниматели. По состоянию на апрель 2013 г. ими было подано 169 690 заявок. Заметно отстают от них итальянские и французские правообладатели с 97 168 и 60 234 заявками соответственно.

Популярность промышленного образца ЕС обусловили привлекательные черты предоставляемой им правовой охраны. Она является унитарной, т. е. действует на территории всех государств — членов ЕС. Как промышленный образец охраняются практически любые дизайнерские решения, кроме тех, что обусловлены техническими особенностями или характеристиками изделия.

С юридической точки зрения преимуществами конструкции охраны промышленного образца ЕС, предлагаемой европейским правом, являются: 1) ее унитарный характер; 2) защита от наиболее распространенных нарушений; 3) скорость предоставления и доступность правовой охраны; 4) широкий охват, включающий любую видимую часть формы изделия; 5) отмена только в централизованном порядке; 6) отсутствие международного исчерпания исключительного права; 7) автоматическое распространение на государства, вступившие в ЕС; 8) презумпция наличия права, что облегчает использование таможенной и судебной охраны; 9) создание режима наибольшего благоприятствования в тех отраслях промышленности, где коммерческая жизнь дизайна коротка, а его роль особенно велика; 10) гибкость возможностей доведения до всеобщего сведения; 11) относительная простота и дешевизна регистрации.

Европейские специалисты¹ отмечают, что слабые места правовой защиты, предоставляемой при отсутствии регистрации промышлен-

¹ В частности, Paul Maier, Director of the European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights, OHIM; David Musker, Jenkins & Co.; Gerhard Bauer,

ного образца в Ведомстве, лишь подстегивают рост числа обращений за регистрацией. Уязвимость правовой защиты незарегистрированного промышленного образца заключается в связи предоставления права с демонстрацией изделия и проблемой доказывания, что первое доведение изделия до сведения публики имело место на территории ЕС (дата, место, достаточность). Такая охрана предоставляется исключительно от полного копирования и на трехлетний срок, который не возобновляется.

Последствия регистрации промышленного образца ЕС. Функции регистрации промышленных образцов ЕС, пользующихся единообразной правовой охраной на территории каждого из государств — членов ЕС, возложены на Ведомство по гармонизации внутреннего рынка Регламентом (ЕС) от 12 декабря 2001 г. № 6/2002 (далее — Регламент № 6/2002).

Само понятие промышленного образца ЕС связано исключительно с дизайном. Под последним понимается внешний вид товара или той его части, которая становится видимой при его нормальной эксплуатации (п. 12 Преамбулы Регламента № 6/2002). В Преамбуле отмечается, что рыночная жизнь товара в некоторых отраслях экономики быстротечна. Поэтому краткосрочная охрана без обременительной регистрации для них является благом.

Преимущества регистрации заключаются в большей правовой определенности и длительности срока охраны. Ведомство занимается ведением журнала регистраций промышленных образцов, соответствующих условиям включения в журнал (новизна, наличие индивидуальных характеристик). Проверка соответствия требованиям по существу не производится. Дизайн считается обладающим индивидуальным характером, если он воспринимается потребителем как отличающийся от дизайна аналогичных товаров с точки зрения линий, контура, цветового решения, формы, текстуры или материалов, из которых сделан товар, либо его украшения (ст. 3 Регламента № 6/2002).

Раскрытие дизайна публике (*public disclosure*), например демонстрация его на выставке или использование в торговле, не влияет на оценку дизайна как нового, если это случилось не позднее 12 месяцев после подачи заявки на регистрацию (п. 2 ст. 7 Регламента № 6/2002).

Охрана незарегистрированного промышленного образца. Регламент № 6/2002 устанавливает различные режимы защиты промышленных образцов ЕС в зависимости от того, были они зарегистрированы

IP consultant, Former Chief Trademark Counsel for Daimler AG, Germany; Grégoire Bisson, Director, The Hague Registry, Brands and Designs Sector, WIPO; Sir Robin Jacob, Professor of IP Law, UCL.

или нет. Когда промышленный образец ЕС не зарегистрирован, он в соответствии со ст. 11 Регламента № 6/2002 охраняется в течение трех лет начиная с дня, когда он был сообщен для всеобщего сведения на территории ЕС. Под сообщением понимается использование дизайна в публикациях, на выставках, в торговле или иной коммерческой деятельности или его иное раскрытие перед публикой и (или) специалистами. Дизайн не считается раскрытым, если он был продемонстрирован на условиях сохранения конфиденциальности.

Защита промышленного образца, зарегистрированного в Ведомстве, длится в течение пяти лет со дня подачи заявления о регистрации (ст. 12 Регламента № 6/2002). Правообладатель может возобновить регистрацию один или несколько раз, но общий срок охраны при этом не может превышать 25 лет. После уплаты сбора за продление регистрация начинает действовать со дня истечения предыдущего срока охраны.

Право на зарегистрированный дизайн принадлежит работодателю, если только в трудовом договоре работника не указано иное (ст. 14 Регламента № 6/2002). В отношении дизайна зарегистрированного промышленного образца действует право преждепользования. Если использование такого дизайна другим лицом или приготовления к такому использованию были начаты до даты подачи заявки, то в этом случае преждепользователь имеет право на получение неисключительной лицензии от нового правообладателя дизайна зарегистрированного промышленного образца ЕС (ст. 15 Регламента № 6/2002). Преждепользователь может продолжать использование дизайна самостоятельно, но не может предоставлять лицензии на такое использование. При этом дизайнер или команда дизайнеров зарегистрированного промышленного образца могут требовать указания своего имени (ст. 18 Регламента № 6/2002).

Владелец незарегистрированного дизайна промышленного образца может требовать недопущения использования его дизайна любым третьим лицом при изготовлении, складировании, предложении к продаже, импорте или экспорте с целью продажи только в том случае, когда такой образец представляет собой «рабское» копирование дизайна товара. *Владелец зарегистрированного дизайна* промышленного образца вправе воспрепятствовать совершению таких действий любым третьим лицам и в тех случаях, когда в дизайн были внесены изменения, но они в целом воспринимаются информированным пользователем как такой же дизайн.

Права на зарегистрированный дизайн не распространяются на запасные части и аксессуары транспортных средств, ввезенных на территорию ЕС (ст. 20 Регламента № 6/2002).

Заявления о признании регистрации дизайна промышленного образца недействительным рассматривает Ведомство. Незарегистрированный дизайн промышленного образца может быть признан недействительным в судебном порядке в случае поступления встречного иска по спорам о нарушении права на незарегистрированный дизайн. Основания недействительности перечислены в ст. 25 Регламента. Они носят исчерпывающий характер.

Их можно свести к следующему: 1) несоответствие квалификационным требованиям, установленным для защиты дизайна промышленного образца ЕС; 2) правообладатель в силу решения суда не мог быть обладателем права на дизайн промышленного образца ЕС; 3) установлено нарушение более ранних прав: а) на другой дизайн, пользующийся приоритетом на территории ЕС; б) иного авторского права, возникшего до даты подачи заявки или раскрытия дизайна; 4) дизайн использует обозначения, которые не подлежат регистрации по основаниям, предусмотренным Парижской конвенцией по охране промышленной собственности. *Подать возражение или встречный иск с требованием о недействительности может только лицо, имеющее право на регистрацию дизайна промышленного образца в ЕС.*

Согласно ст. 80 Регламента № 6/2002 ЕС споры относительно нарушений или действительности промышленного образца ЕС рассматриваются специальными национальными судами, которые назначаются для этой цели государствами-членами. Список таких судов представляется в Комиссию ЕС с указанием названия суда и его территориальной юрисдикции. Любые изменения в таком списке необходимо сообщать в Комиссию ЕС незамедлительно.

Таможенные органы

Регламент (ЕС) от 12 июня 2013 г. № 608/2013 об обеспечении прав на объекты интеллектуальной собственности таможенными службами (далее — Регламент № 608/2013) вступил в действие с 1 января 2014 г. Специалисты считают, что он создает дополнительный заслон перед контрафактом, существенно расширяя полномочия таможенных органов в интересах правообладателей.

Регламент № 608/2013 регулирует порядок действий таможенных властей государств-членов в отношении товаров, подозреваемых в нарушении прав интеллектуальной собственности на таможенной территории ЕС. Это касается товаров, подлежащих таможенному контролю, 1) в отношении которых подана декларация о выпуске в свободное обращение на территории ЕС, экспорте или реэкспорте, 2) о ввозе или вывозе за пределы таможенной территории ЕС, 3) в отношении

которых применяется процедура беспошлинного временного ввоза или хранения (ст. 1).

Согласно ст. 2 Регламента № 608/2013 меры таможенного контроля могут применяться ко всем объектам интеллектуальной собственности, охраняемым правом интеллектуальной собственности. Самостоятельной правовой охраной пользуются права интеллектуальной собственности, присущие только Европейскому Союзу и в равной мере охраняемые на всей территории ЕС.

К ним относятся: товарный знак ЕС, выданный в силу Регламента № 207/2009; промышленный образец ЕС, выданный в силу Регламента № 6/2002; сертификат дополнительной защиты медицинских товаров, выданный в силу Регламента (ЕС) от 6 мая 2009 г. № 469/2009; указания географического происхождения сельскохозяйственных и продовольственных товаров, охраняемые на всей территории ЕС в силу Регламента (ЕС) от 21 ноября 2012 г. № 1151/2012; указания географического происхождения вин, охраняемые на всей территории ЕС в силу Регламента (ЕС) от 22 октября 2007 г. № 1234/2007; указания географического происхождения крепких алкогольных напитков, охраняемые на всей территории ЕС в силу Регламента (ЕС) от 15 января 2008 г. № 110/2008.

Тем самым права интеллектуальной собственности, предоставляемые правом ЕС, самостоятельно охраняются наряду с правами на объекты интеллектуальной собственности, признаваемыми в силу национального законодательства государств-членов.

Правом инициировать таможенную проверку пользуются являющиеся гражданами ЕС правообладатели, организации по коллективному управлению правами, профессиональные правозащитные организации, объединения изготовителей, держатели должным образом оформленных исключительных лицензий на использование объектов интеллектуальной собственности, а также держатели неисключительных лицензий, наделенные такими полномочиями по договору.

В силу ст. 17 Регламента № 608/2013 таможенные власти, удовлетворяя заявление заинтересованного лица, приостанавливают выпуск или задерживают товар, подозреваемый в нарушении прав интеллектуальной собственности. Статья 23 Регламента № 608/2013 разрешает таможенным властям уничтожать находящиеся под таможенным контролем товары, нарушающие права интеллектуальной собственности, без выяснения вопроса о том, происходит ли нарушение прав интеллектуальной собственности по законодательству страны, где был обнаружен товар, при одновременном наличии следующих условий:

1) лицо, уполномоченное принимать решение, письменно подтвердило таможенным властям в течение 10 рабочих дней (а если речь идет о скоропортящихся товарах — в течение трех рабочих дней) со дня уведомления о приостановке выпуска или о задержании товара, что, по его убеждению, имеет место нарушение права интеллектуальной собственности;

2) лицо, уполномоченное принимать решение, письменно подтвердило таможенным властям, что оно дает свое согласие на уничтожение товара;

3) декларант или владелец товара в вышеуказанные сроки письменно подтвердил таможенным властям свое согласие на уничтожение товара.

Если ни согласие на уничтожение товара, ни возражение против его уничтожения не поступили в отведенный срок, товар подлежит уничтожению.

По правилам ст. 24 Регламента № 608/2013 товар выпускается, если от лица, уполномоченного принимать решение, не поступило заявление о нарушении права интеллектуальной собственности или нет согласия на уничтожение товара, нарушающего такое право. Товар не выпускается, если таможенные власти уведомляются о начале судебного разбирательства с целью определить, имело ли место нарушение права интеллектуальной собственности. Такое разбирательство должно быть инициировано в 10-дневный срок (а в отношении скоропортящихся товаров — в трехдневный срок) после получения уведомления.

При совершении всех указанных действий на декларанте и на владельце товара лежит обязанность предоставить достаточные гарантии, покрывающие ответственность лица, уполномоченного принимать решение.

Европейская патентная организация

Европейская патентная организация (далее — ЕПО) была создана в 1977 г. на основании ст. 4 Конвенции о выдаче европейских патентов (Европейской патентной конвенции (далее — ЕПК)) 1973 г., пересмотренной 17 декабря 1991 г. актом пересмотра ст. 63 ЕПК и актом пересмотра от 29 ноября 2000 г.¹, которая также известна как «Мюнхенская конвенция». Согласно ст. 177 ЕПК ее оригиналами являются тексты на английском, немецком и французском языках. Переводы на официальные языки государств-участников после их одобрения Административным советом считаются официальными текстами ЕПК.

¹ http://www.patika.ru/Skachat_PDF/Evropeyskaya_patentnaya_konvencia.pdf

Учреждением, которое занимается вопросами выдачи европейского патента, а в ближайшем будущем — европейского патента с унитарным эффектом, является *Европейское патентное ведомство* (*European Patent Office*) (далее — ЕПВ) — орган ЕПО (*European Patent Organisation*).

ЕПК является региональной конвенцией для получения патентов в Европе. Согласно ст. 166 присоединиться к ней могут только европейские страны, участвовавшие в ее разработке или приглашенные Административным советом¹.

Одновременно ЕПК служит правовой основой выдачи европейского патента с унитарным эффектом. Он будет действовать на территории 26 государств — участников Соглашения об Унитарном патентном суде 2013 г., который заработает после получения 13 ратификаций государств-участников, включая ратификации Германии, Франции и Соединенного Королевства.

Такая ратификация обуславливает введение в действие системы выдачи европейского патента с унитарным эффектом, предусмотренного Регламентом (ЕС) от 17 декабря 2012 г. № 1257/2012 об усиленном сотрудничестве в области создания унитарной патентной защиты (далее — Регламент № 1257/2012). Ратификация Соглашения об Унитарном патентном суде обеспечит встраивание европейского патента с унитарным эффектом в правовую систему ЕС.

После завершения процедуры ратификации у обладателя европейского патента откроется возможность наряду с получением национального патента в каждой из стран — участниц ЕПК получить европейский патент с унитарным эффектом, действующий на территории всех стран — участниц Соглашения об Унитарном патентном суде.

ЕПК и выдаваемый на ее основе документ служат реализации принципа одного окна в выдаче европейского охранного документа и стандартизации европейской практики охраны изобретений. ЕПК и европейский патент стали инструментом предоставления европейского права с унитарным эффектом, которое после преодоления фронды «обиженных» государств — членов ЕС будет действовать на террито-

¹ В настоящее время к ЕПК присоединились 38 стран: Бельгия, Германия, Франция, Люксембург, Голландия, Швейцария и Соединенное Королевство (1977); Швеция и Италия (1978); Австрия (1979); Лихтенштейн (1980); Греция и Испания (1986); Дания (1990); Монако (1991); Португалия и Ирландия (1992); Финляндия (1996); Кипр (1998); Турция (2000); Болгария, Чехия, Эстония, Словакия, Словения (2002); Венгрия и Румыния (2003); Польша, Литва, Исландия (2004); Латвия (2005); Мальта (2007); Норвегия, Хорватия (2008); Республика Македония, Сан-Марино (2009); Албания (2010); Сербия (2010).

рии всех государств — членов ЕС, укрепляя правовой режим охраны промышленной собственности на внутреннем рынке ЕС.

Обычный европейский патент действует на территории одного или нескольких государств — участников ЕПК, указанных заявителем, наравне с национальными патентами в течение 20 лет со дня подачи заявки. Охрана предоставляется изобретениям, которые обладают новизной, изобретательским уровнем и могут быть применены в промышленности.

На основании Акта пересмотра ст. 63 ЕПК от 17 декабря 1991 г. этот срок может быть продлен с учетом задержки, вызванной необходимостью получения разрешения на выпуск товаров на внутренний рынок. Поправка о продлении вступила в силу в 1998 г., через два года после ее ратификации девятью государствами — участниками ЕПК.

Европейское патентное ведомство издает «Официальный вестник». Оно ведет Реестр европейских патентов (ст. 127 ЕПК), куда на правах отдельного реестра будут вноситься сведения о выдаче европейского патента с унитарным эффектом.

Штаб-квартира ЕПО, куда входят Административный совет и Европейское патентное ведомство, находится в Мюнхене. У ЕПВ есть отделение в Гааге. Для рассмотрения заявок на выдачу европейского патента в ЕПВ созданы пять структурных подразделений: секция рецепции, поисковые отделы, отделы по рассмотрению заявок, отделы по рассмотрению возражений, правовой отдел. В ЕПВ создана двухуровневая апелляционная структура. Ее образуют несколько апелляционных палат и Расширенная апелляционная палата.

Европейский патент выдается на патентоспособные изобретения в смысле ст. 52 ЕПК, т. е. на изобретения, которые обладают новизной, изобретательским уровнем и промышленной применимостью.

Новизна. Изобретение считается новым, если оно не является частью достигнутого уровня техники. Статья 54 ЕПК предусматривает, что уровень техники включает в себя все, что доведено до сведения публики при помощи письменного или устного описания, использования или иным способом до даты заполнения заявки или даты приоритета, в зависимости от того, что было раньше.

Доступ к изобретению считается открытым для публики, если лица, которым стало известно его содержание, не обязаны сохранять конфиденциальность. Кроме того, под публикой понимаются только квалифицированные специалисты. Так, выступление перед неквалифицированной аудиторией не может рассматриваться как разглашение (*enabling disclosure*) в смысле ст. 55 ЕПК. Одно лишь раскрытие содержания изобретения не лишает возможности его запатентовать.

Нужно, чтобы такое раскрытие позволяло воспроизвести изобретение любому специалисту. Только в этом случае будет считаться, что изобретение не имеет новизны, и претензии на нее могут быть опровергнуты. Информация, которая могла быть получена только в результате исследования, не может рассматриваться как часть общедоступного уровня техники.

Согласно ЕПК раскрытие изобретения до даты подачи заявки не наносит ущерба праву на получение патента при условии, что такое раскрытие произошло не ранее чем за шесть месяцев до подачи заявки на получение европейского патента. Не считается раскрытием в смысле ст. 55 ЕПК разглашение изобретения вследствие явного злоупотребления по отношению к заявителю или его юридическому предшественнику.

Также не считается раскрытием показ заявителем или его юридическим предшественником изобретения на международной выставке, удовлетворяющей условиям Парижской конвенции о международных выставках 1928 г. Список таких выставок, зарегистрированных Международным выставочным бюро, ежегодно публикуется в «Официальном вестнике» ЕПВ.

С целью определения новизны, но не очевидности заявка на получение европейского патента, поданная до даты приоритета, но опубликованная впоследствии, рассматривается как состояние техники (*prior extent*). Следует иметь в виду, что, когда заявка подана в отношении конкретной цели, представляющей собой скрытое или доселе неизвестное использование, новизна может быть истребована даже в отношении известного продукта.

Изобретательский уровень. Статья 56 ЕПК предусматривает, что он должен носить объективный характер. Воспрещается использование ретроспективного подхода — когда исходя из факта существования изобретения утверждается, что квалифицированный специалист легко мог прийти к такому же техническому решению. В некоторых случаях сама цель и пути ее достижения могут представлять собой изобретательский уровень, поскольку, когда цель поставлена и указан путь, по которому надо следовать, достижение результата нередко не представляет сложности. Изобретательский уровень может состоять в трансформации изобретателем решения конкретной проблемы в более общее решение или, наоборот, в использовании известного технического уровня решения в отношении общей проблемы применительно к частному случаю. Изобретательский уровень достигается также путем сочетания известных технических решений. Изобретением становится само такое сочетание, ведущее к технологическо-

му процессу, направленному на удовлетворение давно ощутимой потребности.

Промышленное применение. Оно толкуется очень широко. Под него подпадает использование в любой области деятельности, включая сельское хозяйство (ст. 57 ЕПК). Поэтому использование продукта, например, в парикмахерской также может считаться промышленным применением.

Изобретения, связанные с компьютерными технологиями. Статья 52 ЕПК предусматривает, что компьютерные программы вместе с математическими методами, схемами, правилами и методами совершения мыслительных операций, а также представления информации не должны рассматриваться как патентоспособные. Подобное исключение патентоспособности действует лишь в той мере, в какой европейский патент испрашивается в отношении такого предмета или сферы деятельности «как таковой».

Возражение. Статья 99 ЕПК позволяет любому лицу подать мотивированное письменное возражение об отмене европейского патента в течение девяти месяцев после публикации сообщения о его предоставлении. Возражение не считается поданным до тех пор, пока не уплачена плата за рассмотрение возражения.

В результате процедуры возражения патент может быть отозван во всех указанных в нем государствах. Возражение может быть подано только по строго ограниченному перечню оснований. В соответствии со ст. 100 ЕПК к ним относятся: а) непатентоспособность предмета изобретения; б) недостаточно четкое и ясное раскрытие изобретения, что не позволяет воспроизвести его квалифицированному специалисту в данной области техники; в) выход предмета патента за пределы содержания заявки.

Введенные ограничения означают, что нельзя требовать признания недействительности европейского патента потому, что существует более раннее национальное право. Вопрос о допустимости возражения по такому основанию был решен отрицательно в деле *Mobil/Admissibility*¹. Не принимаются возражения по таким основаниям, как претензии к качеству изобретения, степень четкости описания или отсутствие прав на подачу патента.

Апелляционная процедура. В зависимости от характера спора ЕПК предоставляет стороне возможность обжалования по разным основаниям в одной из двух апелляционных инстанций. Техническая апелляционная палата рассматривает апелляции на решения по отказу

¹ Т 550/88, [1990] EPOR 391.

или выдаче европейского патента или решения отдела по рассмотрению возражений. Апелляционная палата по вопросам права рассматривает жалобы только на нарушения юридического характера, не требующие знаний в области техники.

Расширенная апелляционная палата — высшая апелляционная инстанция в ЕПВ — обеспечивает единообразие применения права и стандартов ЕПВ. Вопросы на ее рассмотрение могут быть переданы только апелляционной палатой или президентом ЕПВ. Каждая палата следует собственным процессуальным правилам. Согласно ст. 106 ЕПК апелляция приостанавливает вступление решения в силу.

Апелляция подается на решение, а не на основание вынесения решения. Поэтому стороны могут ссылаться на новые основания, даже если они не связаны с обстоятельствами, положенными в основу решения.

Письменное уведомление об апелляции должно быть подано в ЕПВ в течение двух месяцев по получении обжалуемого решения. Уведомление считается неподанным, пока не произведена оплата рассмотрения апелляции. Такое уведомление должно содержать наименование заявителя, данные обжалуемого решения, а также требование заявителя об исправлении или отмене решения. В течение четырех месяцев после даты уведомления о вынесенном решении заявителем должно быть представлено подробное письменное обоснование апелляции. Основания, не указанные в таком обосновании, исключаются из рассмотрения. Указанные сроки не продлеваются. В ходе апелляционной процедуры разрешается приводить новые доказательства.

По правилам ст. 110 ЕПК апелляционная инстанция выносит решение о возможности удовлетворения жалобы, признанной приемлемой. Апелляционные инстанции принимают или отвергают апелляционную жалобу. Стоимость апелляционного сбора подлежит возмещению в том случае, если соответствующий отдел признает свою ошибку или будут выявлены существенные процессуальные нарушения. При рассмотрении апелляции по существу апелляционная инстанция может пригласить заявителя и других участников рассмотрения представить свои замечания в указанный ею срок. Непредставление замечаний в указанный срок приравнивается к отзыву заявки на выдачу патента всеми апелляционными инстанциями, кроме Апелляционной палаты по вопросам права.

Соблюдение сроков. В ЕПК им придается очень большое значение. Их нарушение может сделать патентное производство невозможным. Имеются сроки, изложенные в самой ЕПК.

Несоблюдение сроков влечет необходимость уплаты дополнительных сборов или, если пропущены и эти сроки, утрату прав. При этом ЕПВ уведомляет заявителей об утрате ими прав. Это уведомление не является решением и не может быть обжаловано. В этом случае можно лишь воспользоваться процедурой восстановления прав.

Восстановить утраченные права нельзя в следующих случаях: 1) не произведена оплата подачи заявки, поиска и направления ее на рассмотрение с учетом «льготного срока»; 2) пропущен срок, обуславливающий сохранение приоритета; 3) не последовало обращение с просьбой о рассмотрении в течение месяца после уведомления о несоблюдении сроков; 4) отсутствует обращение о выдаче европейского патента в установленный срок от иного лица, нежели заявитель, если было установлено, что только оно имеет право на его получение; 5) заявка не была подана в соответствующий отдел или не была произведена оплата сборов в установленный срок; 6) ходатайство о восстановлении утраченных прав не было подано в отведенный срок.

Ускоренное рассмотрение. Выдача европейского патента — длительный процесс и может занять до шести лет. Во многих случаях необходимо получить патент ранее. Ускорение достигается за счет отказа заявителя от использования предоставленных ему льготных сроков.

§ 3. Унифицированный патентный суд ЕС и система унитарной патентной защиты

Соглашение об Унифицированном патентном суде (Agreement on the Unified Patent Court), учреждающее специализированный патентный суд, было заключено 19 февраля 2013 г. в рамках положений Лиссабонского договора, предусматривающего возможность усиленного сотрудничества государств-членов в отдельных сферах деятельности ЕС. Такое сотрудничество не требует соблюдения правила единогласия. Поэтому то, что Испания и Италия воздержались, не помешало 25 другим государствам — членам ЕС его заключить. Соглашение вступит в силу для всех подписавших его государств, после того как оно будет ратифицировано более чем половиной его участников. Причем в число обязательных 13 ратификаций должны войти ратификации Франции, Германии, Великобритании. Ожидается, что искомое количество ратификаций удастся получить либо до конца 2015 г., либо после проведения в Великобритании референдума о пребывании в ЕС.

Система унитарной патентной защиты. Подписанию Соглашения предшествовало принятие Регламента № 1257/2012. Участниками

такого сотрудничества на основании Решения Совета ЕС от 10 марта 2011 г. № 2011/167 (страны перечисляются в порядке французского алфавита) стали: Бельгия, Болгария, Чехия, Дания, Германия, Эстония, Ирландия, Греция, Франция, Кипр, Латвия, Литва, Люксембург, Венгрия, Мальта, Нидерланды, Австрия, Польша, Португалия, Румыния, Словения, Словакия, Финляндия, Швеция и Соединенное Королевство. Впоследствии к ним прибавилась Хорватия.

В Преамбуле Регламента № 1257/2012 перечисляются ожидания, связанные с созданием унитарной патентной защиты. К числу важнейших относятся устранение сложностей и расходов, связанных с получением патентов в каждой стране, повышение правовой определенности благодаря более высокому и единообразному уровню защиты на всей территории внутреннего рынка ЕС. Европейский патент с унитарным эффектом должен быть доступен обладателям европейского патента как из государств — участников усиленного сотрудничества, так и из других государств независимо от их гражданства, места жительства или инкорпорации (п. 4 Преамбулы).

Новое качество Европейской патентной организации.

Европейский патент, выдаваемый ЕПО, может быть после его выдачи по желанию правообладателя в последующем преобразован в европейский патент с унитарным эффектом (ЕПУЭ) во всех государствах — участниках усиленного сотрудничества.

Унитарный эффект заключается в том, что он предоставляет единообразную защиту и имеет единое действие во всех государствах-участниках. То есть он может быть ограничен, признан недействительным или перестать действовать в связи с истечением срока во всех государствах-участниках одновременно. В то же время лицензия на выдачу европейского патента может быть предоставлена как на всю территорию, так и на часть территории участвующих государств.

В отношении рабочих языков и порядка перевода европейского патента на языки государств-членов действует отдельный Регламент (ЕС) от 17 декабря 2012 г. № 1260/2012 (далее — Регламент № 1260/2012).

Статья 9 Регламента № 1257/2012 возлагает администрирование европейского патента с унитарным эффектом на ЕПО, которой государства — участники ЕПК обязаны предоставить следующие функции:

- a) рассматривать ходатайства обладателей европейского патента о предоставлении их патенту унитарного характера;
- b) разместить внутри Реестра европейских патентов отдельный Реестр патентов с унитарной патентной защитой и вести его;
- c) регистрировать лицензии, выданные обладателями европейского патента с унитарным эффектом;

d) публиковать в порядке, предусмотренном ст. 6 Регламента № 1260/2012, полный перевод формулы изобретения на английский язык, когда языком производства по выдаче патента был немецкий или французский, а в том случае, когда языком производства по выдаче патента был английский, публиковать перевод формулы изобретения на любом другом официальном языке ЕС;

e) собирать пошлины, взимаемые в связи с предоставлением европейскому патенту унитарного эффекта, а также распределять соответствующую часть таких пошлин между государствами-членами;

f) администрировать работу механизма компенсации затрат на перевод, предусмотренный Регламентом № 1260/2012;

g) обеспечить поступление ходатайства о предоставлении европейскому патенту унитарного эффекта на надлежащем языке или на языке производства по выдаче патента не позднее одного месяца после того, как европейский патент был опубликован в «Европейском патентном бюллетене»;

h) обеспечивать надлежащее оформление всех действий, совершенных с европейским патентом, в отношении которого поступило ходатайство о придании ему унитарного эффекта, и отразить все ограничения, лицензии, передачу прав или признание патента недействительным в Реестре унитарной патентной защиты.

Дабы преодолеть сопротивление идее создания унитарного европейского патента в связи с выпадением части доходов у национальных патентных ведомств, в ст. 13 Регламента № 1257/2012 предусматривается, что ЕПО оставляет себе 50% сумм, выплачиваемых в связи с выдачей и продлением европейского патента с унитарным эффектом. Оставшаяся часть распределяется между государствами-членами. Критериями распределения являются число поступивших заявок и объем патентного рынка, причем минимальный объем платежей гарантируется всем участникам, а тем государствам-участникам, чей язык не является официальным языком ЕПО, предоставляется компенсация, призванная возместить дополнительные расходы на перевод.

Регламент № 1257/2012 о создании унитарной патентной защиты вступил в силу на 20-й день после его опубликования в «Официальном вестнике» ЕС. Однако согласно п. 2 ст. 18 его введение в действие было отложено до 1 января 2014 г. или даты вступления в силу Соглашения об Унифицированном патентном суде в зависимости от того, что случится позднее. Таким образом, функционирование механизма унитарной патентной защиты поставлено в прямую зависимость от создания Унифицированного патентного суда. *Унифицированный патентный суд* (далее — УПС) призван предоставить правовую защиту

обладателям европейского патента с унитарным эффектом в рамках европейского права, а также дать единообразное толкование вопросов права применительно к европейскому патенту, дающему возможность получения национальных патентов во всех 38 странах — участницах ЕПК, в которой состоят все государства — члены ЕС. Так, в преамбуле Соглашения об Унифицированном патентном суде от 19 февраля 2013 г. (далее — Соглашение) отмечается, что значительные различия решений национальных судов в ЕС являются препятствиями для инноваций. Целью создания УПС было также сократить расходы, добиться большей юридической определенности и непротиворечивости решений, сократить возможности для *forum shopping* (выбора наиболее благоприятной юрисдикции) при спорах в отношении интеллектуальной собственности.

Компетенция УПС. Она определена в ст. 32 Соглашения. В п. 1 ст. 32 говорится, что УПС будет обладать исключительной компетенцией в отношении:

а) дел, касающихся нарушений патентов и сертификатов дополнительной защиты; дел, вытекающих из контртребований, заявленных в порядке защиты от таких исков, включая встречное требование о выдаче лицензии;

б) споров по поводу заявлений об отсутствии нарушения патента или сертификата дополнительной защиты;

с) ходатайств о принятии временных и обеспечительных мер, а также выдаче судебных приказов;

д)—е) исков и встречных исков о досрочном прекращении действия патента или сертификата дополнительной защиты;

ф) исков о возмещении ущерба или выплате компенсации, вытекающих из предварительной защиты, предоставляемой публикацией заявки о выдаче европейского патента;

г) исков, относящихся к использованию изобретений до даты выдачи патента, и споров в отношении преждепользования;

h) споров о компенсации за выдачу лицензии в порядке ст. 8 Регламента № 1257/2012;

i) споров в отношении решений ЕПО, принятых в порядке выполнения задач, возложенных на нее Регламентом № 1257/2012.

Пункт 2 ст. 32 предусматривает, что в ведении национальных судов остаются те дела, связанные с европейским патентом и европейским патентом с унитарным эффектом, которые не относятся к исключительной компетенции УПС.

Тем самым на территории государств — участников Соглашения УПС наделяется исключительной компетенцией по гражданским делам, связанным как с европейским патентом, дающим право на по-

лучение национальных патентов в силу ЕПК, так и с европейским патентом с унитарным эффектом (отсюда слово «унифицированный» в названии суда).

В УПС могут быть переданы дела в отношении патентов и иных охраняемых документов, срок действия которых еще не истек к моменту вступления в действие Соглашения.

Предвосхищая иск о нарушении патента, заинтересованное лицо может обратиться в УПС с заявлением «об отсутствии нарушения» (*declaration of non-infringement*) европейского патента с унитарным эффектом. УПС наделен максимально широкой компетенцией принимать обеспечительные меры, известные национальному законодательству государств — членов ЕС. Тем самым компетенция УПС в сфере обеспечения интересов правообладателей максимально приближена к полномочиям национальных судов, наиболее продвинутых в области охраны прав интеллектуальной собственности на изобретения и обеспечения доказательств по делу.

Поскольку некоторые вопросы в отношении европейских патентов с унитарным эффектом могут возникать в рамках национально-правовой юрисдикции, в Соглашении решена проблема разграничения компетенции УПС и судов государств — участников Соглашения. Согласно ст. 32 в отношении споров, касающихся обоих видов европейских патентов и сертификатов дополнительной защиты, национальные суды обладают остаточной компетенцией, рассматривая вопросы, лежащие вне исключительной компетенции УПС.

Территориальное действие решений УПС. Оно определено в ст. 34 Соглашения. Решения УПС распространяются на территорию тех государств — участников Соглашения, в отношении которых действуют европейский патент с унитарным эффектом и выданный на его основе сертификат дополнительной охраны.

Согласно ст. 82 Соглашения государства-участники обязуются исполнять решения УПС на своей территории наравне с решениями своих собственных судов.

Вместе с тем Соглашение предусматривает семилетний переходный период после вступления его в силу. Согласно ст. 83 Соглашения до истечения этого срока желающие могут выбирать между двумя системами защиты прав: национальной или по линии УПС. Соответственно в течение переходного периода иски в отношении европейских патентов и сертификатов дополнительной охраны к ним могут быть поданы в компетентные национальные суды. Выбор в пользу национальной системы означает утрату права обращения в УПС по тому же предмету спора.

Применимое право. В качестве источников права, на которых должно основываться любое решение, принимаемое УПС, ст. 24 Соглашения указывает: право ЕС, которое в силу ст. 20 Соглашения обладает преимущественной силой и подлежит безусловному соблюдению; само Соглашение; ЕПК и иные международные соглашения, касающиеся патентов.

Соглашение предусматривает также возможность обращения к национальному праву государств-участников. В случае необходимости использования национального права, в том числе и права страны, не являющейся участником Соглашения, выбор конкретного права определяется коллизионными нормами права ЕС. В случае их отсутствия УПС руководствуется международными или национальными коллизионными нормами *ad hoc*.

Устройство суда. УПС должен состоять из суда первой инстанции и апелляционного суда, обеспечивающего возможность обжалования решений во второй инстанции, а также канцелярии.

Согласно ст. 7 Соглашения суд первой инстанции должен состоять из центрального отделения, а также местных и региональных отделений. Центральное отделение будет размещаться в Париже, секции центрального отделения будут находиться в Лондоне и Мюнхене. Центральное отделение в Париже займется общими вопросами, а также спорами по поводу патентов в области транспорта, текстильной и бумажной промышленности, несъемных конструкций, физики и электричества. Секции в Лондоне и Мюнхене будут специализироваться на закрепленных за ними областях техники и технологии. Секция в Мюнхене будет специализироваться на спорах по поводу изобретений в области машиностроения, освещения, отопления, оружия и взрывных работ. Секция в Лондоне займется биоизобретениями, химией и металлургией.

Государства — участники Соглашения должны создать местные отделения. Дополнительные местные отделения — по одному на 100 патентных дел в год, начатых производством в течение трех лет подряд до или после вступления в силу Соглашения, — должны быть созданы в обратившемся с такой просьбой государстве-участнике, но не более четырех на страну.

По просьбе двух и более государств-участников для них могут создаваться региональные отделения. Государства-участники должны указать место пребывания регионального отделения, что не препятствует ему проводить выездные заседания на местах.

Состав коллегий суда первой инстанции. Он определяется согласно ст. 8 Соглашения. Формирование коллегий судей подчинено задаче обеспечить процессуальными средствами максимальную свободу коллегий

от национальных обыкновений и предпочтений. Коллегия суда первой инстанции из трех судей должна иметь многонациональный состав.

Коллегия местного отделения в государствах-участниках должна состоять из судьи-юриста, являющегося гражданином данного государства-участника, и двух судей-юристов, которые не являются его гражданами и назначаются для рассмотрения каждого конкретного дела из числа судей-юристов, входящих в пул судей.

Коллегия регионального отделения должна заседать в составе двух судей-юристов, выбираемых из регионального списка судей, которые должны быть гражданами государств-участников, входящих в данное региональное объединение, и одного судьи-юриста, который не является гражданином указанных государств-участников и назначается из числа судей, входящих в пул судей.

По ходатайству участников процесса или по собственной инициативе коллегия судей может обратиться к председателю суда первой инстанции с просьбой дополнительно назначить судью, обладающего технической квалификацией и опытом в соответствующей сфере, из числа судей, имеющихся в пуле судей.

Коллегия центрального отделения должна заседать в составе двух судей-юристов, являющихся гражданами различных государств-участников, и одного судьи, обладающего технической квалификацией в соответствующей сфере, назначаемого из числа судей, входящих в пул судей. Тем не менее по категориям дел, поименованным в ст. 32 (1) (i) Соглашения, коллегия может заседать в составе трех судей-юристов из различных государств-участников.

За участниками процесса сохраняется право дать свое согласие на то, чтобы их дело рассматривалось судьей-юристом единолично.

Председательствовать в коллегии может только судья-юрист.

Состав коллегий суда апелляционной инстанции. Он определяется по правилам ст. 9 Соглашения.

Коллегия суда апелляционной инстанции должна заседать в многонациональном составе из пяти судей. В ее состав входят три судьи-юриста, являющихся гражданами различных государств-участников, и два судьи, обладающих технической квалификацией в рассматриваемой области.

Местопребывание апелляционного суда — г. Люксембург.

Компетенция отделений суда первой инстанции. Распределение дел осуществляется в порядке, предусмотренном ст. 33 Соглашения. Дела, относящиеся к исключительной компетенции УПС, рассматриваются:

— местным отделением УПС в государстве-участнике, где произошло или может произойти нарушение, либо в региональном отделении УПС, в котором состоит государство-участник;

— местным отделением УПС государства-участника по месту нахождения или основной деятельности ответчика, а в случае нескольких ответчиков — по месту нахождения или бизнеса одного из ответчиков или в региональном отделении, в котором состоит государство-участник.

В том случае, когда местное отделение в соответствующем государстве не создано и данное государство не приняло участие в создании регионального отделения, иск подается в центральное отделение.

Если дело рассматривается в региональном отделении, а нарушение имело место на территории трех или более региональных отделений, то по просьбе ответчика региональное отделение, куда поступило дело, может передать его в центральное отделение. Статья 33 (3) в подп. (b) и (c) предусматривает возможность передачи дела в центральное отделение в особо сложных случаях.

К таковым относится слушание дел о нарушении патента, по поводу которого было заявлено встречное требование о досрочном прекращении его действия. В этом случае у местного или регионального отделения есть опция: либо на основании ст. 33 (3) (a) просить дополнительно назначить еще одного судью, обладающего нужной технической квалификацией, либо передать дело в центральное отделение. В отношении такой передачи есть две альтернативы: либо передать рассмотрение встречного требования о досрочном прекращении действия патента в центральный офис и приостановить, либо продолжить рассмотрение дела в части, касающейся нарушения патента (ст. 33 (3) (b)); либо с согласия сторон передать дело на рассмотрение центрального офиса в полном объеме (ст. 33 (3) (c)).

В том случае, если соответствующий иск о нарушении еще не поступил в местное или региональное отделение на основании п. 4 и 5 ст. 33, иски о досрочном прекращении действия патента или сертификата дополнительной защиты, а равно заявление об отсутствии нарушения патента могут быть поданы в центральное отделение. Это обстоятельство не препятствует правообладателю подать иск о нарушении патента в соответствующее местное или региональное отделение УПС.

Решение УПС обладает той же юридической силой, что и вступившее в законную силу национальное судебное решение. Оно подлежит исполнению на территории тех государств, которые являются участниками Соглашения.

Наличие УПС не препятствует обращению к процедурам медиации и арбитража. Статья 35 Соглашения предусматривает размещение Центра по арбитражу и медиации в Любляне и Лиссабоне.

Отношения с Судом ЕС. Соглашение предусматривает специальную нормативную базу, нацеленную на встраивание данного специализи-

рованного суда в судебную систему Европейского Союза. Статья 20 обязывает УПС соблюдать право ЕС в полном объеме и признавать его верховенство. Это подчеркивается обязанностью УПС как суда, общего для всех участников Соглашения и являющегося частью судебной системы соответствующих государств-членов, сотрудничать с Судом справедливости ЕС, чтобы обеспечить правильное и единообразное применение права ЕС. В связи с этим УПС в порядке ст. 267 Договора о функционировании ЕС обращается в суд ЕС за вынесением преюдициальных решений. Соответственно решения Суда ЕС носят для УПС обязывающий характер (ст. 21).

Язык судопроизводства. Эта тема чревата конфликтами и является весьма чувствительной политически. Поэтому в данном вопросе Соглашение проявляет максимальную гибкость. Язык определяется по правилам ст. 49 Соглашения. Его участники договорились, что в *суде первой инстанции* при обращении в местные или региональные отделения УПС может использоваться официальный язык ЕС, совпадающий с официальным языком государства-участника, где находится местное отделение, или один из официальных языков регионального отделения, назначенных государствами-участниками, входящими в региональное отделение.

За государствами-участниками резервируется право использования одного из официальных языков ЕПО в качестве языка производства в территориальном или местном отделении УПС. Данное положение облегчает присоединение к Соглашению Италии и Испании, так как языки этих государств относятся к официальным языкам ЕПО.

Коллегия вправе удовлетворить ходатайство сторон об использовании в качестве языка производства того языка, на котором был выдан патент. В случае отказа стороны могут ходатайствовать о переносе рассмотрения дела в центральное отделение

Согласно п. 4 ст. 49 *язык судопроизводства в центральном отделении* всегда должен совпадать с языком, на котором был выдан патент.

По общему правилу ст. 50 *языком процесса в апелляционном суде* должен быть тот язык, который использовался в суде первой инстанции. В случае согласия сторон в апелляционном процессе может использоваться тот язык, на котором был выдан патент. В исключительных случаях апелляционный суд с согласия сторон может избрать другой официальный язык того государства-участника, где находится суд, для всего или части судебного процесса.

Статья 51 предоставляет местным, региональным и центральным отделениям УПС право обращаться к услугам переводчиков для оказания помощи сторонам на стадии слушаний и получения перевода документов, используемых в процессе.

§ 4. Правовые инструменты единого внутреннего рынка

Товарный знак ЕС. Наряду с существующими средствами индивидуализации производителей товаров и услуг, предусмотренными национальными законодательствами, право ЕС предусматривает создание товарного знака ЕС, единообразно действующего и охраняемого на всей территории Европейского Союза.

В деле *Hoffmann La-Roche v. Centrafarm*¹, где речь шла о новой упаковке для оригинальной продукции, охраняемой товарным знаком, Суд справедливости ЕС сформулировал доктрину основной функции товарного знака. По мнению суда, основная функция товарного знака состоит в том, чтобы гарантировать потребителю или конечному пользователю идентичность происхождения продукта, т.е. позволить ему без риска впасть в заблуждение отличить данный продукт от изделий, имеющих иное происхождение, и быть уверенным в том, что продукт, помеченный товарным знаком, не претерпел на предыдущих стадиях маркетинга какого-либо вмешательства, отрицательно сказавшегося на первоначальных свойствах продукта.

Та же мысль была развита судебной практикой в доктрину основной цели или основного предмета товарного знака (причем понятия предмета и цели используются как тождественные). Основная цель товарного знака состоит в том, чтобы наделить его правообладателя исключительным правом использовать товарный знак при первом выпуске товара в обращение. Такая исключительность защищает его от конкурентов, которые хотят воспользоваться, не имея к тому правовых оснований, тем положением и репутацией, которую товарный знак приобрел на рынке, незаконно нанося товарный знак на продаваемые ими изделия.

Хронологически концепция создания товарного знака Сообщества предшествовала Директиве о сближении национальных законодательств о товарных знаках. Однако она не могла быть реализована без предварительного сведения к единому знаменателю законодательств о товарных знаках в национальных государствах.

Со временем состоялось большое количество решений, дающих толкование Директивы по сближению законодательства о товарном знаке и Регламента о товарном знаке Сообщества. Это связано с тем, что решения Ведомства по гармонизации внутреннего рынка могут быть обжалованы в Суд первой инстанции и далее по вопросам права в Суд справедливости ЕС.

¹ Case 102/77, [1978] ECR 1139, para. 7.

Кроме того, на основании ст. 234 Договора о функционировании ЕС поступали многочисленные запросы от национальных судов с просьбой разъяснить положения Директивы о сближении и Регламента о товарном знаке ЕС. Все это привело к тому, что в свете возросшей унификации национальных законодательств объем решений национальных судов по вопросам, касающимся правомочий владельцев товарных знаков, существенно уменьшился в пользу юрисдикции Суда первой инстанции и Суда справедливости ЕС.

Более того, коммерческий успех¹ собственных инструментов права ЕС по охране прав интеллектуальной собственности (товарный знак ЕС, промышленный образец ЕС) привел к резкому увеличению удельного веса дел, касающихся интеллектуальной собственности, в общем объеме решений, выносимых судами ЕС. Данное обстоятельство свидетельствует о том значении, которое придается вопросам защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности в рамках интеграционных процессов на территории ЕС.

Регламент (ЕС) от 26 февраля 2009 г. № 207/2009 содержит кодифицированную версию регламента о товарном знаке Сообщества. С его принятием действие Регламента (ЕС) № 40/94 о товарном знаке Сообщества было прекращено. В связи с ратификацией в декабре 2009 г. Лиссабонского договора и последующей замены термина «Европейское Сообщество» на «Европейский Союз» под товарным знаком ЕС здесь и далее понимается товарный знак Европейского Союза.

Появление товарного знака ЕС избавило предприятия, действующие в масштабах более чем одной страны, подавать заявку на регистрацию своего товарного знака в нескольких странах и поддерживать его в силе. Кроме того, это устранило правовую неопределенность, вызванную расхождениями в национальных законодательствах и множественностью судебных практик в отношении регистрации и пределов правовой охраны товарных знаков, а также борьбы с нарушениями прав обладателя товарного знака.

Единственным основанием приобретения товарного знака ЕС является регистрация (ст. 6 Регламента № 207/2009). Регистрация товарного знака ЕС осуществляется путем подачи заявки в Ведомство гармонизации внутреннего рынка (товарные знаки и промышленные образцы) через национальные патентные ведомства. Тем самым создан единообразный порядок для всей территории внутреннего рынка ЕС.

¹ В опубликованном в июле 2009 г. годовом отчете Ведомства по гармонизации внутреннего рынка приводится следующая говорящая статистика: в 2009 г. был зарегистрирован полумиллионный товарный знак ЕС, а за 2008 г. поступили около 87 тыс. заявок на регистрацию товарного знака ЕС.

Регистрационный сбор. За регистрацию товарного знака ЕС взимается базовая плата. За каждый новый класс товаров и услуг помимо первоначальных трех, включаемых в базовую плату, нужно платить классовый сбор.

Оформление приоритета. В случае, когда при оформлении товарного знака ЕС запрашивается выставочный приоритет, не позднее трех месяцев после подачи заявки заявитель должен представить сертификат, выдаваемый выставочными властями, подтверждающий факт использования знака. Для подтверждения старшинства национального товарного знака при регистрации товарного знака ЕС в течение трех месяцев после подачи заявки должна быть представлена должным образом заверенная копия национальной регистрации.

Абсолютные основания для отказа в регистрации. Они совпадают с теми, которые содержатся в Директиве 2008/95/ЕС от 22 октября 2008 г. (кодифицированная версия), направленной на сближение законодательств о национальных товарных знаках. Согласно данной Директиве не подлежат регистрации в качестве национальных товарных знаков и (или) товарных знаков ЕС знаки, которые не соответствуют требованиям ст. 3, озаглавленной «Основания для отказа в регистрации товарного знака и признания произведенной регистрации недействительной».

В регистрации должно быть отказано, когда для регистрации предлагаются:

- a) обозначения, из которых товарный знак не может состоять;
- b) товарные знаки, у которых отсутствует различительная способность;
- c) товарные знаки, состоящие исключительно из знаков или обозначений, которые в профессиональной деятельности служат для обозначения вида, качества, количества, цели, ценности, географического происхождения, времени производства товаров или оказания услуг либо иных характеристик товаров или услуг;
- d) товарные знаки, состоящие исключительно из знаков или обозначений, ставших общеупотребительными в современном языке или добросовестной устоявшейся практике хозяйственной деятельности;
- e) товарные знаки, которые состоят исключительно из: (i) формы, присущей характеру самих товаров; (ii) формы товаров, которая необходима для достижения технического результата; (iii) формы, придающей существенную ценность товарам;
- f) товарные знаки, которые противоречат публичной политике или принятым нормам морали;

г) товарные знаки, характер которых вводит в заблуждение публику относительно природы, качества или географического происхождения товаров либо услуг;

h) товарные знаки, которые не были разрешены компетентными властями и в регистрации которых было отказано в соответствии со ст. 6ter Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Вместе с тем Регламент № 207/2009, который действует непосредственно на территории внутреннего рынка ЕС и применение которого не требует принятия акта национального законодательства, содержит *дополнительные абсолютные основания* для отказа в регистрации товарного знака ЕС. Они отразили судебную практику Суда справедливости ЕС по товарным знакам ЕС. Данные основания отсутствуют в вышеуказанной Директиве, что подчеркивает особый *наднациональный статус товарного знака ЕС*.

Так, Регламент № 207/2009 в ст. 7 «Абсолютные основания для отказа в регистрации» дополнительно (т.е. помимо пунктов, указанных выше) предусматривает, что в регистрации товарного знака ЕС также может быть отказано, если для регистрации предлагаются:

i) товарные знаки, которые содержат значки, эмблемы, гербы, иные, нежели те, на которые распространяется действие ст. 6ter Парижской конвенции и которые представляют особый общественный интерес, если только со стороны компетентных властей не было дано разрешение на их регистрацию;

j) товарные знаки для вин, которые состоят из или содержат указания географического происхождения вин или спиртных напитков;

к) указания на географическое происхождение сельскохозяйственных и пищевых продуктов.

Все перечисленные выше основания являются препятствием для регистрации, даже если они *присутствуют только на части территории ЕС* (ст. 7 (2)).

Напротив, если благодаря использованию его товаропроизводителем товарный знак приобрел различительную способность в глазах потребителя, несмотря на наличие оснований, предусмотренных подп. b), c) и d) п. 1 ст. 7, он подлежит регистрации (ст. 7 (3)).

Относительные основания для отказа в регистрации. Их исчерпывающий перечень приводится в ст. 8 Регламента № 207/2009. Они возникают в случае возражения со стороны владельца более раннего товарного знака. Это означает, что Ведомство по гармонизации не отказывает в принятии заявки на основании лишь существования конфликтующих прав. Бремя решения о противодействии регистрации товарного знака ЕС возлагается на владельца более раннего права.

Заявка на регистрацию товарного знака ЕС должна быть отклонена на основании возражения владельца более раннего товарного знака, если:

а) он тождествен с более ранним товарным знаком, а товары и услуги, в отношении которых запрашивается регистрация, тождественны с товарами или услугами, в отношении которых охраняется более ранний товарный знак;

б) по причине его тождественности или схожести с более ранним товарным знаком и тождественности или схожести товаров или услуг, в отношении которых действует данный товарный знак, существует вероятность смешения его со стороны публики на той территории, где охраняется более ранний товарный знак (вероятность смешения включает вероятность ассоциации с более ранним товарным знаком).

Более ранние товарные знаки. Это товарные знаки, имеющие более ранний приоритет. К ним относятся: товарные знаки ЕС, товарные знаки, зарегистрированные в одном из государств-членов, а в отношении Бельгии, Голландии и Люксембурга — в Ведомстве Бенилюкса по товарным знакам; товарные знаки, зарегистрированные в соответствии с международными соглашениями и действующие хотя бы в одном государстве-члене; товарные знаки, которые являются общеизвестными в смысле ст. 6bis Парижской конвенции хотя бы в одном государстве-члене (ст. 8 (2)).

Под категорию владельца более раннего товарного знака попадают владельцы незарегистрированного товарного знака или иного обозначения, используемых в торговле, которые имеют больше чем чисто местное значение (ст. 8 (4)).

Полномочия владельца товарного знака ЕС. Предоставление товарного знака ЕС дает его обладателю те же полномочия по пресечению действий третьих лиц, нарушающих его права, что и обладателю национального товарного знака. Вместе с тем есть и особенность. Права обладателя товарного знака ЕС превалируют над конкурирующими правами третьих лиц с даты публикации регистрации товарного знака. Соответственно рассмотрение судом по существу спора в отношении использования товарного знака ЕС должно быть отложено до публикации сведений о его регистрации (ст. 9).

Если при воспроизведении товарного знака ЕС в энциклопедии или ином справочном издании создается впечатление, что это родовое обозначение для определенного вида товаров или услуг, в отношении которых зарегистрирован товарный знак, то издатель такого произведения по просьбе владельца товарного знака обязан указывать в последующих переизданиях, что это зарегистрированный товарный знак (ст. 10).

Исчерпание прав, предоставляемых товарным знаком ЕС. Владелец такого товарного знака не имеет права запрещать его использование на товарах, которые были поставлены на рынок внутри ЕС под этим товарным знаком самим владельцем товарного знака или с его согласия. Это правило перестает действовать, если у владельца имеются законные основания возражать против дальнейшей коммерциализации товаров, в особенности если их состояние изменилось или им причинен ущерб после того, как они были поставлены на рынок (ст. 13).

Действие товарного знака ЕС регулируется исключительно положениями Регламента № 207/2009. Нормы национального права применяются только в отношении нарушений, аналогичных нарушениям, связанным с использованием национального товарного знака. Регламент № 207/2009, однако, не препятствует привлечению нарушителя к гражданско-правовой ответственности и ответственности, вытекающей из недобросовестной конкуренции (ст. 14).

Последствия неиспользования товарного знака ЕС. Отсутствие использования товарного знака в течение пяти лет дает основание для применения санкций, предусмотренных Регламентом № 207/2009.

Под использованием в Регламенте № 207/2009 понимается:

- 1) использование товарного знака ЕС в форме, элементы которой отличаются от зарегистрированной, что не меняет различительного характера внешнего вида товарного знака;
- 2) наложение товарного знака ЕС исключительно на товары или их упаковку, предназначенные для экспорта.

Использование с согласия правообладателя считается использованием владельцем товарного знака ЕС (ст. 15).

Особенности использования товарного знака ЕС как объекта собственности. В той мере, в какой ст. 17–24 Регламента № 207/2009 не допускают обратного, сделки с товарным знаком ЕС должны осуществляться в отношении товарного знака в его целостности и применительно ко всей территории ЕС.

Лицензирование. На товарный знак ЕС может быть предоставлена исключительная или неисключительная лицензия, как в отношении всех, так и в отношении части товаров и услуг, применительно к которым зарегистрирован товарный знак.

Владелец товарного знака ЕС может противопоставить имеющиеся у него права лицензиату в случае, когда последний нарушает какие-либо положения лицензионного соглашения относительно его срока действия; указанной в свидетельстве на товарный знак ЕС формы, в которой он может использоваться; перечня товаров и услуг, на которые распространяется лицензия; территории использования товарного

знака ЕС; качества товаров или услуг, маркируемых данным товарным знаком ЕС (ст. 22 (2)).

Если лицензионным договором не предусмотрено иное, лицензиат вправе предъявить иск нарушителю только с согласия владельца товарного знака ЕС. Однако обладатель исключительной лицензии вправе инициировать судебное разбирательство, если владелец товарного знака ЕС после получения формального уведомления о нарушении не обратился в суд в течение соответствующего срока. Лицензиат с целью получения компенсации причиненного ему ущерба должен иметь право принять участие в судебном процессе против нарушителя, инициированного владельцем товарного знака ЕС. По просьбе заинтересованной стороны предоставление или уступка лицензии должны быть внесены в Реестр товарных знаков ЕС и опубликованы.

Действие в отношении третьих лиц. Договоры, касающиеся предоставления лицензии или уступки товарного знака ЕС, приобретают юридическую силу в отношении третьих лиц во всех государствах-членах только после того, как они внесены в Реестр. Тем не менее и до внесения их в Реестр договоры о предоставлении или уступке лицензии имеют юридическую силу для тех третьих лиц, которые приобрели права на использование товарного знака ЕС после даты совершения сделки с ним, но которым было известно о такой сделке на день приобретения прав (ст. 23).

Следует иметь в виду, что заявка на получение товарного знака ЕС участвует в гражданском обороте наравне с самим свидетельством на товарный знак (ст. 24).

Право приоритета. Лицо или его правопреемник, которые должным образом подали заявку на получение товарного знака в отношении товаров и услуг в одном из государств — участников Парижской конвенции, пользуется приоритетом на подачу тождественной заявки на получение товарного знака ЕС в отношении тех же товаров и услуг в течение шести месяцев со дня подачи первой заявки (ст. 29).

Выставочный приоритет также составляет шесть месяцев. Он действует в том случае, если товары и услуги под товарным знаком выставлены на официальной или официально признанной международной выставке, отвечающей условиям Парижской конвенции о международных выставках 1928 г. (в ред. 1972 г.) (ст. 33).

Механизм замены действия национального товарного знака на товарный знак ЕС. До регистрации он может быть использован владельцем более раннего товарного знака, зарегистрированного в государстве-члене, только в случае тождества между ним и заявленным на регистрацию в качестве товарного знака ЕС товарным знаком в от-

ношении тождественных товаров и услуг. Юридическое значение старшинства в силу Регламента № 207/2009 состоит единственно в том, что, когда обладатель товарного знака ЕС откажется от более раннего национального товарного знака или перестанет поддерживать его в силе, он будет считаться обладающим теми же правами старшинства, как если бы более ранний товарный знак оставался зарегистрирован (ст. 34 (2)).

Старшинство, испрашиваемое для товарного знака ЕС, перестает действовать, если более ранний товарный знак, на котором основано такое требование, объявлен отозванным или недействительным, а также если от него отказались до регистрации товарного знака ЕС (ст. 34 (3)).

После регистрации товарного знака ЕС его владелец, обладающий также и более ранним тождественным национальным товарным знаком, который зарегистрирован в одном из государств-членов или действует в нем в силу международных соглашений, может потребовать для него старшинства более раннего товарного знака в том государстве, где он зарегистрирован (ст. 35 (1)).

Регламент (ЕС) от 20 марта 2006 г. № 510/2006 о защите географических указаний и обозначения происхождения пищевых и сельскохозяйственных продуктов (далее — Регламент № 510/2006). Регламент № 510/2006 представляет собой попытку комплексного урегулирования проблем, возникающих в данной области, исходя из стремления оказать поддержку сельским производителям, поставляющим товары, обладающие местными природными свойствами, сохранив тем самым сельское население в удаленных и малодоступных районах.

Задача Регламента № 510/2006 — упорядочить использование названий, которые свидетельствуют о географическом происхождении и особенностях сельскохозяйственных и пищевых продуктов (потребляемых людьми).

Для регистрации обозначения места происхождения необходимо представить доказательство наличия: индивидуальных природных характеристик местности, особенностей технологии, типичных свойств (ст. 4). Заявка посылается через государство-член, где находится данная местность.

Правом подачи заявки обладает объединение производителей. Заинтересованное физическое или юридическое лицо также может подать заявку, но лишь в том случае, когда оно является единственным производителем в данной местности на момент подачи заявки и пользуется неизменным аутентичным методом местного производства, который заметно отличается от методов, используемых в иной местности.

Государство-член, в которое поступила заявка, может предоставить такому наименованию временную защиту на национальном уровне до решения вопроса о регистрации. В случае отказа в регистрации государство будет нести ответственность перед теми, кто понес ущерб в результате данной меры (ст. 5).

Комиссия ЕС, изучив представленную заявку на предмет ее соответствия формальным требованиям, помещает данное наименование в «Официальном вестнике» ЕС, указав особые свойства и спецификацию продуктов, присущих данной местности. Срок изучения заявки и принятия решения не должен превышать 12 месяцев (ст. 6).

Согласно ст. 7 Регламента № 510/2006 в течение шести месяцев после публикации решения любое государство — член ЕС или третья страна могут представить в Комиссию ЕС мотивированное возражение против регистрации. Таким же правом обладают заинтересованные физические или юридические лица. Граждане государства-члена или лица, постоянно проживающие в нем, подают свое возражение через государство-член. Граждане третьих стран могут обращаться в Комиссию ЕС напрямую либо через посредство соответствующих властей.

Комиссия ЕС решает вопрос о приемлемости возражения. Условия приемлемости изложены в п. 3 ст. 7 Регламента № 510/2006. Возражение считается приемлемым, если оно поступило в отведенный шестимесячный срок и показывает несоответствие заявки требованиям Регламента № 510/2006, изложенным в его ст. 2 (относительно местонахождения и природных свойств местности), ст. 3 (нарицательный характер продукта, использование названий растений, пород скота, омонимов и товарных знаков), ст. 4 (несоответствие требованиям, предъявляемым к спецификации продукта).

В случае приемлемости поступивших возражений Комиссия ЕС приглашает заинтересованные стороны провести консультации. Если в результате консультаций стороны в течение шести месяцев придут к решению, позволяющему удовлетворить заявку о регистрации с незначительными изменениями, Комиссия регистрирует такое наименование.

Если сторонам не удалось договориться, Комиссия ЕС выносит решение в порядке, предусмотренном ст. 15 (2) Регламента № 510/2006.

По правилам ст. 13 Регламента № 510/2006 зарегистрированные наименования охраняются от действий, представляющих собой:

а) прямое или косвенное (на основании лицензии) коммерческое использование зарегистрированного наименования в отношении продуктов, на которых не распространяется регистрация, когда та-

кие продукты сопоставимы с зарегистрированными, а использование наименования представляет собой попытку эксплуатации репутации продукта;

б) неправомерное использование, имитацию, ссылку, даже когда указывается подлинное происхождение продукта либо когда охраняемое наименование переводится или сопровождается выражениями «в стиле», «типа», «аналогичным методом», «по образцу» или схожими выражениями;

с) любое иное ложное или вводящее в заблуждение указание места изготовления или происхождения, характера или основных свойств продукта на внешней или внутренней упаковке, в рекламных материалах или документации о продукте, помещение продукта в контейнер, создающий ложное впечатление о происхождении продукта;

д) прочие действия, способные ввести в заблуждение потребителя в отношении подлинного происхождения продукта.

Целью охраны является также не допустить, чтобы охраняемые наименования стали родовыми названиями.

Возможно установление переходного периода сроком до пяти лет в случаях, когда на рынке не менее пяти лет легально присутствует схожий продукт, в связи с чем в Комиссию ЕС поступили возражения против регистрации места происхождения продукта.

Отношения между товарными знаками и обозначениями происхождения или географического указания. В случаях, когда обозначение происхождения или географического указания зарегистрировано в порядке и на основаниях, предусмотренных Регламентом № 510/2006, в регистрации товарного знака применительно к тому же классу товаров должно быть отказано.

Товарные знаки, зарегистрированные в нарушение данного положения, должны быть признаны недействительными.

Если до даты предоставления правовой охраны обозначению происхождения или географического указания были добросовестно поданы заявки на товарный знак, выданы товарные знаки либо товарные знаки стали охраняемыми на основании использования и отсутствуют основания для признания их недействительными в силу первой Директивы 89/104/ЕЭС от 21 декабря 1988 г. о товарных знаках, то в этом случае они могут продолжать использоваться, несмотря на регистрацию происхождения или географического указания (ст. 14).

Решение о регистрации обозначений происхождения и географического указания продуктов, в отношении которых поданы возражения и стороны не сумели договориться, принимаются Постоянным комитетом по охраняемым географическим указаниям и обозначениям места

происхождения продукта Комиссии ЕС, действующим на основании собственных правил процедуры.

Защита, предоставляемая обозначением происхождения или географического указания, исчерпывается, если продукт был законно поставлен на рынок государства, откуда он импортируется, самим правообладателем или с его согласия.

Пределы охраны прав на средства индивидуализации в Интернете. Узнаваемость и уникальность, предоставляемые товарными знаками и прочими средствами индивидуализации, оказались под вопросом вследствие практики поисковых интернет-систем предоставлять пользователям информацию обо всех поставщиках искомых товаров и услуг даже в тех случаях, когда поиск происходит по ключевому слову, представляющему собой охраняемый элемент товарного знака или иного средства индивидуализации.

Верховный суд Франции, отражая общий подход, принятый в ЕС в отношении пределов охраны прав на товарный знак, признал допустимым использование товарного знака конкурента в поисковой системе *Google AdWords* для продвижения своих товаров и услуг. Такое решение было вынесено Судом 29 января 2013 г. по делам № 11-21011 и 11-24713 *Cobrason v. Solutions*¹. Две французские компании конкурируют на рынке продаж видео- и электронной аппаратуры. Поводом для обращения в суд стало то обстоятельство, что, когда пользователь набирал в поисковике слово «Cobrason» на веб-сайте www.google.fr, появлялись ссылка на компанию *Solutions* и рекламный лозунг «Зачем платить больше?».

Парижский апелляционный суд согласился с доводами истца, и 11 мая 2011 г. признал компании *Solutions*, а также *Google France* и *Google Inc.* виновными в недобросовестной конкуренции и нарушении законодательства о рекламе. Компании *Cobrason* была присуждена компенсация за причиненный ей ущерб в размере 100 тыс. евро.

Верховный суд Франции аннулировал данное решение.

1. Верховный суд признал противоречащим обстоятельствам дела и нормам законодательства вывод апелляционного суда о том, что компания *Google* оказывала техническое содействие недобросовестной конкуренции со стороны компании *Solutions*. Верховный суд Франции подтвердил, что на компанию *Google* распространяется режим ограничения ответственности информационных посредников, предоставляющих услуги хостинга².

¹ <http://www.mondaq.com/x/240388/Intellectual+Property+Quarterly+Newsletter>

² Верховный суд Франции, решение от 29 января 2013 г. по делам № 11-21011 и 11-24713 (*Cobrason v. Solutions*).

Данное решение полностью соответствует правовой позиции Суда справедливости ЕС. Она была изложена 23 марта 2010 г., когда спор между обладателем товарного знака «Луи Виттон» («*Louis Vuitton*») и компанией *Google* коснулся вопроса толкования термина «использование» в смысле Директивы 89/104/ЕЭС. Суд справедливости ЕС указал, что информационные провайдеры не используют товарный знак в том смысле, как это предусмотрено правовыми нормами об охране товарного знака ЕС¹.

2. По мнению Верховного суда Франции, факта приобретения права использования слова «*Cobrason*» у поисковика недостаточно для предъявления обвинения в недобросовестной конкуренции, так как обращение к клиентам и недобросовестная конкуренция лежат в разных плоскостях.

§ 5. Единый ответ на технологические вызовы XXI в.

Материальное авторское право и смежные с ним права в европейском праве. Охрана интеллектуальной собственности относится к прерогативе национального законодателя. Сообщество берет на себя устранение расхождений в национальных законодательствах об авторском праве и смежных правах, которые становятся препятствием на пути свободного движения товаров и услуг, а также ведут к искажению конкуренции на внутреннем рынке ЕС. Это прямо вытекает из ст. 30 (бывшая ст. 36) Договора о создании ЕС. Интересы защиты индустриальной и коммерческой собственности рассматриваются в ней как одно из исключений из общего правила, установленного ст. 28 (30) и 29 (34) о недопустимости мер, эквивалентных количественным и качественным ограничениям экспорта и импорта.

С ратификацией Лиссабонского договора отношение к интеллектуальной собственности претерпело принципиальное изменение. В ст. 118 Договора о функционировании ЕС провозглашается новый курс. В части первой статьи говорится:

«В контексте становления и функционирования внутреннего рынка Европейский Парламент и Совет, действуя в соответствии с обычной законодательной процедурой, будут предпринимать меры по созданию европейских прав интел-

¹ Решение от 23 марта 2010 г. по объединенным делам C-236/08 (*Google France SARL, Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA*), C-237/08 (*Google France SARL v. Viatium SA, Luteciel SARL*), C-238/08 (*Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*) // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0236&from=EN>

лектуальной собственности для предоставления унифицированной защиты прав интеллектуальной собственности по всему Союзу и для учреждения централизованных структур, осуществляющих выдачу правоустанавливающих документов, координацию и контроль на уровне Союза»¹.

Вместе с тем, несмотря на признание особого интереса к интеллектуальной собственности, задача ее охраны в европейском праве подчинена задаче обеспечения бесперебойного функционирования внутреннего рынка ЕС. Статус исключения или временной монополии на использование произведений и других объектов права, допускаемый ради поощрения творчества и инвестиций в сферу науки и культуры, определяет философию подхода к действию авторского права и смежных прав.

Европейский Совет не довольствуется лишь устранением возмущающих факторов. Совместно с Европейским Парламентом он активно разрабатывает общие нормы и подходы к законодательству об авторском праве и смежных правах в сфере информационных и коммуникационных технологий. Обоснование подобной законодательной активности обычно содержится в преамбулах соответствующих директив. Среди причин называются необходимость повышения правовой определенности в сфере охраны интеллектуальной собственности на территории объединенной Европы, поиск согласованного адекватного ответа перед лицом вызовов новых коммуникационных и информационных технологий.

На сегодняшний день на смену первоначальным директивам в области авторских и смежных прав пришли директивы второго поколения. Они вобрали в себя опыт функционирования своих предшественниц и внесенные в них поправки и дополнения, а также согласованную реакцию ЕС на новые вызовы, связанные с переходом к цифре и использованием объектов авторского права и смежных прав в виртуальной реальности. Сменившаяся повестка дня ведет к тому, что отдельные

¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, Art. 118 // OJ. 2012. C 326. P. 96:

«In the context of the establishment and functioning of the internal market, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish measures for the creation of European intellectual property rights to provide uniform protection of intellectual property rights throughout the Union and for the setting up of centralised Union-wide authorisation, coordination and supervision arrangements» (в английском тексте использована многозначная формулировка «for the setting up of centralised Union-wide authorisation, coordination and supervision arrangements», которая может быть корректно переведена только исходя из практики европейского строительства).

вопросы, касающиеся правового регулирования использования объектов интеллектуальной собственности, — от защиты прав потребителей до названий текстильных тканей — оказываются разбросанными по различным злободневным нормативным актам.

Среди тех директив, где регулирование вопросов авторских и смежных прав занимает центральное место, можно выделить: Директиву 2014/26/ЕС от 26 февраля 2014 г. о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на использование музыкальных произведений для их использования в режиме онлайн на внутреннем рынке; Директиву 2012/28/ЕС от 25 октября 2012 г. о некоторых разрешенных способах использования «произведений-сирот»; Директиву 2011/77/ЕС от 27 сентября 2011 г., которая увеличивает срок охраны смежных прав с 50 до 70 лет; Директиву 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. о правовой защите компьютерных программ (кодифицированная версия, заменившая ранее действовавшую Директиву 1991 г.); Директиву 2006/115/ЕС от 12 декабря 2006 г. о праве сдачи в прокат и праве сдачи внаем и некоторых правах, смежных с авторскими, в области интеллектуальной собственности (кодифицированная версия, заменившая ранее действовавшую директиву 1992 г.); Директиву 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. о гармонизации сроков охраны авторских и некоторых смежных прав (кодифицированная версия, заменившая ранее действовавшую Директиву 1993 г.); Директиву 2004/48/ЕС от 29 апреля 2004 г. об обеспечении прав интеллектуальной собственности; Директиву 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе; Директиву 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г. о праве следования в пользу авторов оригинальных произведений искусства; Директиву 98/84/ЕС от 20 ноября 1998 г. о правовой защите услуг, которые основываются на доступе под условием; Директиву 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. о правовой защите баз данных; Директиву 93/83/ЕС от 27 сентября 1993 г. о координации некоторых норм авторского права и смежных прав применительно к спутниковому вещанию и ретрансляции по кабелю.

Также следует отметить Решение Совета от 16 марта 2000 г., которым было одобрено присоединение ЕС к договорам ВОИС 1996 г.: к Договору об авторском праве и к Договору об исполнениях и фонограммах.

Указанные директивы и Решение представляют собой нормативный костяк европейского законодательства об авторском праве и смежных правах. Функционирование права в конфликтных или спорных ситуациях может быть почерпнуто из решений Суда ЕС, который струк-

турирует живое право в условиях конфликта признаваемых законом интересов с основополагающими принципами ЕС.

Одна из особенностей европейского законодательства об авторском праве и смежных правах заключается в многоступенчатости процесса сближения национальных систем правового регулирования. При введении новых сроков и дополнительных условий правовой охраны и распоряжения правами фиксируется срок, в течение которого продолжают действовать национальные регуляторы и нормы двусторонних отношений. Таким образом, в области гражданского оборота исключительных имущественных прав на использование произведений и объектов смежных прав фактически складывается индивидуальный правовой режим результатов творческой деятельности.

Устранение расхождений в сроках охраны и содержании авторских и смежных прав. Основным приемом нормотворчества является распространение более высоких стандартов охраны, существующих в отдельных странах ЕС, на всех его членов. При этом сфера национального усмотрения в области авторского и смежных прав ограничивается факультативными положениями директив, носящими рамочный характер.

Директива 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. о правовой защите компьютерных программ (кодифицированная версия, заменившая ранее действовавшую Директиву 91/250/ЕЭС от 14 мая 1991 г.). Компьютерные программы с точки зрения защиты авторским правом приравниваются к литературным произведениям. В понятие компьютерной программы включаются подготовительные материалы для ее создания. Компьютерные программы подлежат защите независимо от способа их выражения. Однако идеи и принципы, лежащие в основе программы и используемых в ней интерфейсов, в силу настоящей Директивы не охраняются.

Компьютерная программа пользуется охраной, если она является оригинальной в том смысле, что представляет собой результат собственного творчества ее автора. Применение иных критериев при определении допустимости охраны программы не допускается (ст. 1 (3)).

Автором компьютерной программы считаются физическое лицо или группа лиц, а в странах, где законодательство это допускает, — юридическое лицо, которое рассматривается этим государством в качестве правообладателя.

Когда компьютерная программа создана работником во исполнение его должностных обязанностей или по заданию работодателя, к последнему переходят все исключительные имущественные права на данную программу, если только в контракте не предусмотрено иное (ст. 2 (3)).

Эти исключительные права включают право осуществлять или решать:

а) воспроизведение на постоянной или временной основе программы компьютера целиком или в части любыми средствами и в любой форме. В том случае, когда загрузка компьютера, вывод данных на экран монитора, переход, передача или хранение компьютерных программ в памяти компьютера требуют воспроизведения охраняемой программы, ее использование требует разрешения правообладателя;

б) перевод, адаптацию, аранжировку и любую иную переработку компьютерной программы, а равно воспроизведение компьютерной программы, полученной в результате совершения таких действий, без ущерба для прав лиц, осуществивших переработку;

с) все формы распространения, включая сдачу в прокат оригинала или копии программы.

Первая продажа копии компьютерной программы внутри ЕС правообладателем или с его согласия исчерпывает его право на распространение этой копии в Сообществе, за исключением права контроля за последующей сдачей в прокат программы или ее копии (ст. 4).

Эти права не могут быть противопоставлены действиям добросовестного приобретателя по использованию компьютерной программы в соответствии с ее назначением, по созданию резервной копии, по изучению и тестированию функционирования программы, а также действиям по ознакомлению с идеями и принципами, лежащими в основе программы и ее элементов (ст. 5). Допустима декомпиляция программы в целях разработки совместимых с ней программ, которая осуществляется лицом, приобретшим лицензию или право на эксплуатацию программы (ст. 6). Положения контрактов, препятствующих декомпиляции, считаются изначально ничтожными (ст. 9).

На государства-участников возлагается обязанность принять в соответствии с национальным законодательством соответствующие меры против лиц, которые:

а) вводят в обращение копию компьютерной программы, зная, что она противозаконна, или имея основания так полагать;

б) владеют противозаконной копией компьютерной программы с коммерческими целями;

с) вводят в обращение или владеют с коммерческими целями каким-либо средством, единственным назначением которого являются удаление или нейтрализация технического средства, установленного для защиты компьютерной программы.

Компьютерная программа подлежит охране в течение всей жизни автора и 70 лет после его кончины или после кончины последнего из пере-

живших соавторов. Если компьютерная программа является анонимной или выпущена под псевдонимом либо ее автором считается юридическое лицо, то 70-летний срок охраны отсчитывается от даты, когда программа была правомерно доведена до сведения публики. Все сроки исчисляются с 1 января года, следующего за наступлением события.

Директива 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. о гармонизации сроков охраны авторских и некоторых смежных прав (кодифицированная версия, заменившая Директиву 93/98/ЕЭС от 20 октября 1993 г.). Сроки охраны авторского права составляют 70 лет после смерти автора. Такая продолжительность обосновывается тем, что первоначально защита прав предоставлялась в течение всей жизни автора и двум поколениям после него. Рост продолжительности жизни делает логичным увеличение сроков охраны. Противоречия с Бернской конвенцией об охране литературной и художественной собственности здесь нет, так как она рассматривает 50 лет как минимум. У удлинения сроков есть экономическое обоснование. Повышение капиталоемкости инвестиций в образование, науку, культуру, индустрию развлечений создает потребность в увеличении сроков возмездной эксплуатации охраняемых объектов.

Казалось бы, в области авторского права не осталось неясных мест. Оказалось, что это не так. В Суд справедливости ЕС поступил запрос на получение преюдициального разъяснения в отношении того, когда наступает исчерпание права при распространении оригинальных произведений. В ст. 4 Директивы 2001/29/ЕС, где говорится об авторских правах в информационном обществе, сформулировано право на распространение. Государствам — членам ЕС вменяется в обязанность предоставить авторам в отношении оригиналов или копий их произведений исключительное право разрешать или запрещать их распространение среди публики путем продажи или иным образом. В п. 2 данной статьи уточняется, что право на распространение оригиналов или копий произведения внутри Сообщества не должно быть исчерпано, кроме как в случаях, когда первая продажа или иной переход права собственности в Сообществе произведены правообладателем или с его согласия.

Верховный суд Голландии столкнулся с ситуацией, когда изображение было перенесено с бумажной афиши на холст художника. В этой связи возникла правовая неопределенность, что происходит с исчерпанием права на распространение оригинального объекта искусства (в данном случае — картины) при замене материального носителя.

Дело *Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright* рассматривалось в Суде ЕС за № С-419/13. Предварительное решение

было вынесено 22 января 2015 г., но не было опубликовано. Участниками спора были голландская компания *Stichting Pictoright*, которая действовала в интересах наследников авторских прав известных художников, и компания *Art & Allposters International BV*, которая занималась распространением репродукций картин известных художников через Интернет.

Юридически суть вопроса состояла в том, как смена материального носителя и наличие нескольких оригинальных произведений, выполненных на разных носителях, влияют на исчерпание права. Суд поддержал позицию Генерального адвоката, который пришел к выводу, что исключительное право на распространение, принадлежащее *Pictoright*, не может считаться исчерпанным в отношении произведения, выполненного на холсте. Изменения, привнесенные *Allposters* в копию произведения при переносе его на холст, — т.е. на тот же материальный носитель, на котором произведение было выполнено первоначально, — столь существенны, что создают «эквивалент самой картины, что несколько иное, нежели воспроизведение произведения, права на распространение копий которого исчерпаны». Такое решение усиливает позицию правообладателей, которые сохраняют от исчерпания право на распространение своих произведений в тех случаях, когда копии их произведений поступили в коммерческий оборот на иных носителях.

Авторские права на *литературные и художественные* произведения охраняются в течение всей жизни автора и 70 лет после смерти автора. Совместные произведения охраняются 70 лет после смерти пережившего соавтора.

В отношении произведения, опубликованного анонимно или под псевдонимом, 70 лет исчисляются от даты его правомерного обнародования. Порядок исчисления срока охраны от даты опубликования применяется и к случаям, когда правообладателем является юридическое лицо, а также к составным произведениям, когда автор-составитель неизвестен. Если он известен, то действует общий порядок исчисления срока — 70 лет после смерти. Если произведение публикуется в отрывках, томами, поглавно, а автор неизвестен, то сроки для каждого фрагмента текут самостоятельно с момента их опубликования.

Директивой 2011/77/ЕС разъяснено, что в отношении музыкальных произведений с текстом, когда словесная часть создавалась специально для музыкальных композиций, права на музыкальную композицию перестают действовать по истечении 70 лет после смерти последнего из переживших авторов независимо от того, считаются ли они соавторами.

Если произведения, в отношении которых не применяется исчисление срока охраны после смерти автора, не были обнародованы в течение 70 лет после их создания, их охрана прекращается (ст. 1 (б) Директивы 2006/116/ЕС).

В отношении *кинематографических или аудиовизуальных* произведений срок охраны установлен в 70 лет после смерти последнего из переживших авторов произведения как целого. Таковыми считаются главный режиссер, автор сценария, автор диалогов, автор музыки, созданной специально для использования в кинофильме или аудиовизуальном произведении.

Государства-участники вправе определять круг авторов произведения как целого (ст. 2 (1) Директивы 2006/116/ЕС).

Авторское право работника. Работники и полученные ими в ходе выполнения своих трудовых обязанностей или по заданию работодателя результаты интеллектуальной деятельности являются важным нематериальным активом работодателя. На бытовом уровне авторское право ассоциируется главным образом с произведениями литературы и искусства. Однако в реальности оно гораздо шире и включает логотипы, каталоги, объектные коды компьютерных программ, содержание веб-сайтов, графические решения интерфейса.

Переход авторского права к работодателю без оформления передачи авторских прав зависит от характера договора. Это должен быть трудовой договор, а не договор оказания услуг, так как в последнем случае авторское право на произведение сохраняется за исполнителем, а заказчик получает лишь неисключительное право на его использование. Произведение должно быть создано во время и в порядке выполнения трудовых обязанностей.

Доказательствами, подтверждающими служебный характер произведения, являются создание его по указанию и заданию работодателя с использованием ресурсов работодателя (оборудования, материалов и информации, носящей конфиденциальный характер). Даже когда работник утверждает, что создавал произведение в свободное время и по собственной инициативе, авторское право на произведение переходит к работодателю, если использование творческих навыков работника для создания такого рода произведений входило в его трудовые обязанности. В трудовом договоре не должно быть оговорок о том, что работник сохраняет авторское право на созданные им произведения.

Авторские права пользователя на созданные им версии компьютерных игр и интерактивных приложений. Присутствие в Интернете контента, созданного пользователями, становится все заметнее, что ав-

томатически ставит вопрос о принадлежности и охране данного вида авторских прав¹.

Люди создают видеозарисовки и обмениваются ими в социальных сетях, публикуют свои размышления в блогах, сотрудничают для создания онлайн-ресурсов, таких как «Википедия», предоставляют открытые лицензии на созданные ими музыкальные произведения и компьютерные программы. Разработчики компьютерных игр предоставляют в распоряжение пользователей инструменты, позволяющие им создавать свои версии этих игр.

Если раньше подобный контент использовался сугубо в личных целях, то современные бизнес-модели предполагают возможность его использования в коммерческих целях, обращая к своей выгоде творческий потенциал и идеи неограниченного количества пользователей.

Одна из угроз черпания материала из подобных источников — это вероятность нарушения авторских прав третьих лиц в результате включения отрывков из художественных фильмов или музыки. Кроме того, пользователи могут копировать тексты и рисунки друг у друга, что в случае успеха чревато судебными спорами.

Разработчики компьютерного инструментария, расширяющего возможности пользователей, возможностей, которые превращают их в соавторов компьютерных игр и приложений, могут быть привлечены к ответственности как провайдеры, чьи услуги использовались для нарушения прав третьих лиц. Например, если пользовательской версией компьютерной игры можно поделиться, это создает риски для компании, предоставляющей услуги хостинга и дистрибуции.

В отношении *смежных прав* Директива 2006/116/ЕС была *изменена Директивой 2011/77/ЕС*, увеличившей общий срок охраны с 50 до 70 лет для отдельных категорий смежных прав².

Все сроки охраны прав начинают течь одновременно во всех государствах-членах. Они рассчитываются с 1 января года, следующего за событием, послужившим основанием для возникновения права.

¹ Одними из первых эту проблему поставили *Gabriel M. Ramsey* и *Michael W. Trinh* в статье, опубликованной в специализированном журнале, посвященном компьютерным играм, «GameDaily BIZ» 14 ноября 2006 г., которая была перепечатана в январском номере журнала ВОИС под заголовком «IP and Business: IP in the Brave New World of User-Created Computer Games» (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2007/01/article_0006.html).

² Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.

В случае если страной происхождения произведения или иного объекта является государство — не член ЕС или его автор не является гражданином ЕС, продолжительность сроков охраны определяется сроками охраны страны происхождения произведения или гражданства автора. Однако сроки такой охраны не могут превышать сроков, установленных в ЕС. Смысл этой оговорки состоит в том, что в некоторых государствах Латинской Америки права авторов охраняются бессрочно. Во избежание ситуации использования обходных схем для расширения сроков правовой охраны вводится единый предельный срок защиты для всех объектов авторско-правовой охраны в странах ЕС.

На государствах-членах лежит обязанность информировать Сообщество об установлении новых смежных прав.

Права *артистов-исполнителей* охраняются в течение 50 лет после исполнения. Если запись исполнения правомерно опубликована или доведена до сведения публики в течение этого периода иначе чем в фонограмме, эти права истекают через 50 лет после даты первой такой публикации или доведения до сведения публики в зависимости от того, что случилось ранее (ст. 3 (1) Директивы 2006/116/ЕС в ред. Директивы 2011/77/ЕС).

Однако если фиксация исполнения произведена для фонограммы, которая впоследствии была правомерно опубликована или же доведена до сведения публики (например, размещена в Интернете), то срок охраны будет составлять *70 лет после публикации или доведения до всеобщего сведения* такой фонограммы в зависимости от того, что случилось ранее.

До вступления в силу Директивы 2011/77/ЕС в отношении сроков охраны прав *производителей фонограмм* действовал только 50-летний срок охраны. Директивой 2001/29/ЕС были введены правила исчисления данного срока в зависимости от того, когда и как была обнародована фонограмма. Срок считался со дня изготовления фонограммы. Но в случае, когда фонограмма была правомерно опубликована или доведена до всеобщего сведения, такой срок отсчитывался либо со дня опубликования, либо со дня доведения фонограммы до всеобщего сведения.

Директива 2011/77/ЕС предусматривает, что если в течение этого срока фонограмма была правомерно опубликована, то указанные *права истекают через 70 лет после первого правомерного опубликования фонограммы или правомерного сообщения публике* в зависимости от того, что случилось ранее.

За *продюсерами* признаются смежные права на фильм. Права продюсеров на первую фиксацию фильма истекают через 50 лет по-

сле того, как она произведена. Однако если фильм был правомерно опубликован или доведен до сведения публики в течение этого срока, то указанные права истекают через 50 лет после даты первой такой публикации или первого сообщения публике в зависимости от того, что произошло раньше.

Права вещательных организаций истекают через 50 лет после первой передачи независимо от того, осуществлялась ли она с помощью эфирного, проводного, кабельного или спутникового вещания.

Защита ранее не публиковавшихся произведений. Если какое-либо лицо впервые опубликует или доведет до сведения публики произведение, которое не публиковалось в период срока охраны его авторским правом, то такое лицо получает право пользоваться охраной, эквивалентной экономическим правам автора. Срок такой охраны составляет 25 лет после того, как произведение было впервые правомерно опубликовано или сообщено публике (ст. 4 Директивы 2006/116/ЕС).

Директива 2006/116/ЕС позволяет государствам-членам брать под охрану *научные и критические произведения*, которые попали в общественное достояние. Максимальный срок такой охраны не должен превышать 30 лет после того, как такое произведение было впервые правомерно опубликовано (ст. 5).

Фотографии, когда они являются оригинальными произведениями в том смысле, что представляют собой интеллектуальное творение их автора, охраняются наравне с иными литературными и художественными произведениями. Других критериев для предоставления охраны не требуется. Государства-члены могут предусматривать охрану других фотографий (ст. 6 Директивы 2006/116/ЕС).

Сроки охраны, предусмотренные Директивой 2006/116/ЕС, применяются ко всем произведениям, которые на 1 июля 1995 г. охранялись хотя бы в одном государстве-члене. То есть сроки, истекшие в одном государстве-члене, могут быть восстановлены, если произведение охранялось в другом. Это не ведет к недействительности контрактов об использовании, исполненных до 1 июля 1995 г. Государства обязаны соблюдать интересы приобретателей прав исходя из принципа законных ожиданий (т. е. ожиданий лиц, которые добросовестно эксплуатировали произведения в то время, когда они находились в общественном достоянии).

Государства должны были привести национальное законодательство в соответствие с положениями Директивы 2006/116/ЕС к 1 июля 1995 г. Пропуск этого срока, причинивший ущерб правообладателям, может служить основанием для предъявления исковых требований.

Директива 2006/115/ЕС о праве сдачи в прокат и внаем и некоторых правах, смежных с авторскими, в области интеллектуальной собственности (кодифицированная версия). Она заменила Директиву 92/100/ЕЭС от 19 ноября 1992 г. (с изменениями, внесенными Директивой 93/98/ЕЭС). Директива 2006/115/ЕС обеспечивает гармонизацию национального законодательства путем закрепления за правообладателями специальных полномочий по использованию оригиналов и копий охраняемых объектов авторских и смежных прав на более высоком уровне защиты литературной и художественной собственности.

Директива 2006/115/ЕС возложила на государства-участников обязанность предоставить правообладателям самостоятельное право разрешать или запрещать сдавать в прокат (*rental rights*) или внаем (*lending rights*) оригиналы и копии произведений и иных объектов, охраняемых авторским правом и смежными правами.

Под сдачей в прокат понимается предоставление оригинала или копии произведения в пользование на ограниченный срок за какое-либо прямое или косвенное вознаграждение. Под сдачей внаем понимается предоставление охраняемых произведений и иных объектов в пользование на ограниченный срок без какого-либо прямого или косвенного вознаграждения учреждениями, открытыми для доступа публики.

Ключевой нормой Директивы 2006/115/ЕС является положение, что *поступление в продажу или иные действия по распространению оригиналов и копий произведений и других объектов, охраняемых авторским и смежными правами, не ведет к исчерпанию права на прокат и наем* (п. 2 ст. 1).

Обладателями прав сдачи в прокат и внаем являются авторы, артисты-исполнители, изготовители фонограмм и продюсеры фильмов в отношении оригинала и копий фильма. Указанный перечень правообладателей является исчерпывающим. За вещательными организациями право сдачи в прокат и внаем не признается.

Автору принадлежат исключительные права на сдачу в прокат и внаем оригинала и копий его произведения, исполнителю — записей его исполнения, производителю фонограмм — его фонограммы, а продюсеру первой фиксации фильма — оригинала и копий его фильма.

Из сферы действия Директивы 2006/115/ЕС исключены право сдачи в прокат и внаем произведений прикладного искусства и архитектуры (п. 2 ст. 3).

Передача прав артистов-исполнителей, снимающихся в фильме, подчиняется особым правилам. При заключении индивидуального или коллективного контракта с продюсером на производство фильма

действует презумпция, что исполнители уступили принадлежащие им права на прокат и сдачу внаем продюсеру, если в контракте не было предусмотрено иное. Аналогичная презумпция может быть установлена и в отношении автора.

Государства-участники могут, но не обязаны предусмотреть, что подписание контракта на производство фильма исполнителя с продюсером равноценно разрешению на сдачу в прокат. В этом случае контракт должен предусматривать право на получение справедливого вознаграждения.

В том случае, когда автор или артист-исполнитель передал или уступил свое право сдачи в прокат фонограммы, оригинала или копии фильма, он сохраняет свое право на получение справедливого вознаграждения. От этого права нельзя отказаться (п. 1–2 ст. 5). Управление им может быть поручено обществу по коллективному управлению правами, представляющему авторов или артистов-исполнителей.

Государства-участники *могут* устанавливать изъятия из исключительного права на сдачу в прокат при условии, что правообладатели получают за это справедливое вознаграждение. Государства-участники свободны в установлении размера такого вознаграждения. В тех случаях, когда изъятия касаются фонограмм, фильмов и компьютерных программ, вознаграждение должно предусматриваться хотя бы для авторов.

Государства-участники могут установить, что *разрешение на сдачу в прокат считается данным* правообладателями в отношении произведений и иных охраняемых объектов, предоставленных третьим лицам или приобретенных с этой целью до 1 июля 1994 г.

При этом за сдачу в прокат цифровой записи правообладателям может быть предоставлено адекватное вознаграждение, установленное государством-участником.

В отношении объектов смежного права государства-участники *обязаны* предоставлять артистам-исполнителям, изготовителям фонограмм, продюсерам первой фиксации фильмов и вещательным организациям исключительные права на фиксацию, воспроизведение, распространение, а также сообщение публике фиксации их исполнений, фонограмм, оригинала и копий фильма, а также фиксации передач.

Государства-участники обязаны предоставить *артистам-исполнителям исключительное право на передачу в эфир и сообщение публике своих выступлений живьем*. Исполнители имеют право воспретить передачу в эфир живьем, но не вправе запретить передачу в эфир правомерно сделанной записи (концерта). Передача в эфир или сообщение публике фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, влечет

появление права на вознаграждение у артистов-исполнителей и производителей фонограмм.

Директива 2006/115/ЕС обязывает государства-члены предусмотреть, что исполнители обладают исключительным правом разрешать или запрещать запись своего исполнения (ст. 7 (1)), правом предотвращать прямое или косвенное воспроизведение такой записи (ст. 8 (1)), правом на единовременное справедливое вознаграждение за передачу в эфир беспроводными средствами или через спутник или доведение до сведения неопределенного круга лиц фонограмм, содержащих его исполнение (ст. 8 (2)).

Производители фонограмм должны пользоваться исключительным правом разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение их фонограмм (ст. 8 (1)); правом на единовременное справедливое вознаграждение за передачу в эфир средствами беспроводной связи или через спутник или сообщение их фонограммы неопределенному кругу лиц (такое вознаграждение должно быть разделено с исполнителями, чье исполнение инкорпорировано в фонограмму) (ст. 8 (2)); правом распространять оригинал и копии фонограммы, пока они не поступили в продажу с их согласия.

Кинопродюсер — изготовитель первой фиксации фильма — имеет отличное от прав авторов фильма исключительное право предотвращать воспроизведение оригинала своего фильма и его копий (ст. 8 (1)) и их распространение до тех пор, пока они не поступят в продажу с его согласия (ст. 9).

Вещательные организации (кроме тех, что осуществляют ретрансляцию) должны обладать исключительным правом разрешать или запрещать фиксацию их передач независимо от способа распространения (ст. 7 (2)); воспроизведение и распространение фиксаций их передач (ст. 8 (1)), *повторную передачу в эфир или сообщение своих передач публике в местах, где взимается плата за вход* (ст. 8 (3)). Право на распространение указанных фиксаций исчерпывается внутри ЕС с момента, когда происходит первая продажа этих объектов самим правообладателем или с его согласия.

Права на сдачу в прокат, внаем, а также права, смежные с авторскими, могут быть уступлены, переданы или стать объектом лицензионного соглашения.

Государства-участники могут вводить ограничения на использование смежных прав в отношении использования в личных целях, использования коротких отрывков и иных видов использования.

Ограничения на указанные права. Они допустимы в отношении личного использования; кратких отрывков при репортаже о текущих

событиях; при кратковременной фиксации вещательными организациями на собственном оборудовании и для собственных передач; для использования исключительно в учебных целях и для научных исследований (ст. 10 (1)).

Директива 96/9/ЕС о правовой защите баз данных. Национальное законодательство государств-членов следовало привести в соответствие с требованиями Директивы 96/9/ЕС к 1 января 2008 г.

Европейское право охраняет базы данных с помощью авторского права, когда подбор и расположение материала в них носят в достаточной мере творческий характер. В отношении прочих баз данных, представляющих собой компиляцию обычных данных, как то: телефонных справочников, перечней популярной музыки, таблиц участников чемпионата — правовая охрана предоставляется на основании *самостоятельного права базы данных (sui generis right)*, не связанного с предоставлением правовой охраны со стороны авторского права. Введение данной формы правовой защиты должно стать стимулом для создания баз данных в Европе и содействовать инновациям.

Таким образом, правовая защита предоставляется любой базе данных независимо от формы ее создания. В смысле Директивы 96/9/ЕС базой данных является любое собрание самостоятельных произведений, данных или иных материалов, которые размещены по определенной системе или согласно определенному принципу и которые индивидуально доступны с помощью электронных или иных средств (ст. 1 (2)). Правовая охрана баз данных не распространяется на компьютерные программы, обеспечивающие доступ к базам данных и их функционирование (ст. 1 (3)).

Директива 96/9/ЕС предусматривает защиту авторским правом собственных творческих усилий автора базы данных по отбору и расположению материалов (авторское право составителя). Это право признается за физическим лицом или группой лиц, а в тех странах, где законодательство это позволяет, — за юридическим лицом, указанным в качестве правообладателя.

В отношении интеллектуальной творческой составляющей базы данных ее автор имеет исключительное право выполнять или разрешать выполнение следующих действий:

- a) временное или постоянное воспроизведение любыми средствами и в любой форме полностью или в части;
- b) перевод, адаптацию, переработку и иные виды изменения;
- c) любое распространение базы данных или ее копии среди публики;
- d) всякие сообщение, показ или публичное исполнение;

е) любые воспроизведение, распространение, сообщение, показ или публичное исполнение результатов переработки базы данных (исключительное право на модификации) (ст. 5).

На территории ЕС первая продажа базы данных или ее копии правообладателем или с его согласия ведет к утрате им права контроля за дальнейшей перепродажей этой копии в рамках ЕС.

Указанные права ограничиваются в пользу правомерного приобретателя базы данных, если совершение вышеуказанных действий необходимо для доступа к содержанию базы данных и использованию ее содержания.

Государства-участники могут, но не обязаны предусмотреть ограничения на права автора базы данных и исключения из них, аналогичные тем, которые существуют в отношении произведений, охраняемых авторским правом.

Директива устанавливает *обязанность* государств-участников предоставить право *sui generis* создателю базы данных (*maker of a database*), который продемонстрировал, что им были сделаны существенные инвестиции как в качественном, так и в количественном отношении в приобретение, проверку или представление содержания базы данных. Это право заключается в правомочии предотвращать извлечение и (или) повторное использование целиком или существенной части содержания базы данных. Под извлечением понимается постоянное или временное перемещение всего содержания базы данных или ее существенной части на другой носитель. Повторное использование охватывает любые формы доведения до сведения публики всего или части содержания базы данных. Это может делаться путем распространения копий, сдачи в прокат, передачи в режиме онлайн или иными способами передачи.

Право *sui generis* в отношении последующей перепродажи копии базы данных также считается исчерпанным с момента ее первой продажи на территории ЕС правообладателем или с его согласия. Сдача внаем (публичными учреждениями) не является актом извлечения содержания или повторного использования базы данных.

База данных находится под правовой защитой указанного права *sui generis* независимо от авторско-правовой защиты составления или способа расположения данных. Для права на базу данных *sui generis* безразлично, пользуется ее содержание охраной авторским правом или нет.

Исключение из общих правил основания ответственности. Неоднократное и систематическое извлечение и (или) повторное использование незначительной части содержания базы данных, подразумевающее действия, которые вступают в противоречие с нормальной

эксплуатацией базы данных или наносят ущерб законным интересам создателя базы данных, должно быть недопустимо.

Иммунитеты правомерного пользователя базы данных. Создатель базы данных не вправе воспрепятствовать действиям правомерного пользователя базы данных по извлечению и использованию содержания базы данных в каких-либо целях.

Сроки. Право на базу данных *sui generis* истекает *через 15 лет* начиная с 1 января года, следующего за годом завершения создания базы данных. В случае если база данных была в какой-либо форме предоставлена широкой публике до истечения 15 лет после ее создания, срок охраны базы данных правом *sui generis* будет исчисляться с 1 января года, следующего за годом предоставления базы данных публике.

В случае если в базу данных были внесены существенные изменения путем пополнения ее содержания, исправлений, изменений, что позволяет рассматривать обновленную базу данных как результат новых инвестиций, такая модифицированная база данных приобретает собственный срок охраны.

Бенефициары. Указанными в Директиве 96/9/ЕС правами на базу данных пользуются те ее создатели или правообладатели, которые являются гражданами государств-участников или обычно проживают на территории ЕС, а также компании и фирмы, которые инкорпорированы в соответствии с законодательством государств-членов или чей зарегистрированный офис, руководящие органы или основное место ведения бизнеса находятся на территории ЕС.

Не всякая база данных пользуется правовой охраной. В Суд справедливости ЕС на основании ст. 267 Договора о функционировании ЕС поступил запрос от Верховного суда Голландии (*Hoge Raad der Nederlanden*) на вынесение преюдициального решения по толкованию Директивы 96/9/ЕС. Спор возник между авиационным лоукостером, компанией *Ryanair* и голландским агрегатором информации об авиационных перелетах, компанией *PR Aviation* по поводу правомерности использования в коммерческих целях не охраняемой авторским правом информации из базы данных перевозчика. Информация использовалась, несмотря на ограничения, установленные создателем базы данных. Решение по делу C-30/14 было вынесено 15 января 2015 г.¹

Голландский законодатель в ст. 24а Закона об авторском праве (*Auteurswet*) сделал упор на то, что не подлежат ограничению права правомерного пользователя базы данных использовать информацию, которая не охраняется авторским правом. Рассматривавшие данный

¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161388&doclang=EN>

спор суды в Голландии пришли к выводу, что база данных *Ryanair* не охраняется авторским правом, а инвестиции в создание базы данных недостаточны для того, чтобы считать, что такая база данных порождает самостоятельные права *sui generis*.

Вынося решение по запросу, Суд ЕС подчеркнул, что сложилась устойчивая судебная практика, что при применении национального права необходимо в максимальной степени учитывать как букву, так и цели соответствующей директивы¹.

В целях Директивы 96/9/ЕС не существует каких-либо требований формального, технического или материального характера, влияющих на предоставление статуса базы данных. Сама Директива 96/9/ЕС направлена на правовую защиту баз данных. Согласно ст. 3–6 гл. II Директивы 96/9/ЕС базы данных охраняются авторским правом, когда подбор и расположение в них материалов являются результатом творческого труда их автора. Статьи 7–11 гл. III предоставляют базам данных самостоятельную защиту *sui generis*, когда при создании базы данных были вложены существенные качественные и количественные инвестиции в приобретение, проверку и представление содержащихся в ней материалов.

Поэтому хотя база данных полетов *Ryanair* подпадает под определение базы данных, содержащееся в ст. 1 (2) Директивы 96/9/ЕС, этого недостаточно, чтобы прийти к выводу, что она удовлетворяет требованиям предоставления правовой охраны на основании авторского права или права *sui generis*. В силу данного вывода Суд посчитал, что специальная охрана, как и специальные изъятия в интересах добросовестных пользователей, неприменимы к базам данных, которые не подпадают под положения Директивы 96/9/ЕС.

Следовательно, никакие положения Директивы 96/9/ЕС не препятствуют автору базы данных, не подпадающей под ее положения, устанавливать договорные ограничения для пользователей. Вместе с тем изготовитель базы данных, на которую не распространяется действие механизма охраны, созданной Директивой 96/9/ЕС, может рассчитывать только на те средства защиты своих экономических интересов, которые предоставлены ему соответствующим национальным правом.

Директива 2001/84/ЕС о праве следования в пользу авторов оригинальных произведений искусства. Цель ее принятия — устранить не-

¹ См. также судебные решения по делам: C-397/01 to C-403/01 (*Pfeiffer and Others*), para. 114; C-555/07 (*Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*), para. 48; C-282/10 (*Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*), para. 24.

равные условия, ведущие к искажению конкуренции в рамках единого рынка современного искусства. Бернская конвенция разрешает государствам-участникам вводить у себя право следования, но не обязывает их делать это. До принятия Директивы 2001/84/ЕС право следования предусматривалось законодательством 11 из 15 европейских государств. Практическое применение оно получило в девяти. Существенные различия сохранялись в отношении произведений, на которые оно распространялось, видов сделок и применяемых ставок. Директива 2001/84/ЕС призвана сделать право следования обязательным в рамках ЕС и гармонизировать соответствующее национальное законодательство.

Под правом следования понимается неотчуждаемое право автора на получение процентного вознаграждения в каждом случае перепродажи оригинального произведения искусства на профессиональном рынке произведений искусства, осуществляемой через аукционы, художественные галереи или через дилеров.

Обязательные положения. Право следования возникает при перепродаже рукописей и произведений графического и пластического искусства: картин, коллажей, рисунков, чеканки, гравюр, эстампов, литографий, скульптур, вышивки, керамики, изделий из стекла и фотографий — при условии, что они сделаны самим художником. Копии считаются оригинальными произведениями искусства в соответствии с обычаями профессии (например, выпуск ограниченного числа подписанных изделий).

Право следования не действует при перепродаже оригинальных рукописей писателей и композиторов.

Вознаграждение выплачивается продавцом автору оригинального произведения, а после его смерти — его наследникам.

Для того чтобы автор был в состоянии вести мониторинг реализации права следования, ему предоставляется сопутствующее право — право запроса от профессиональных участников рынка произведений искусства любой информации, необходимой для обеспечения реализации права следования после перепродажи в течение трех лет после ее осуществления.

Факультативные положения. Государства-члены могут предусмотреть, что право следования при перепродаже не применяется в том случае, когда продавец приобрел произведение непосредственно у автора не позднее чем за три года до его перепродажи, а цена при перепродаже не превышает 10 тыс. дол. Эта оговорка значительно сужает размер и объемы регулируемого рынка современного искусства. Она исключает из него недорогую сувенирную продукцию, ограничиваясь произведениями искусства музейного уровня.

В этом же направлении идет и введение порога, с которого право следования может применяться. Государства-члены могут устанавливать минимальную цену продажи, с которой начинает взиматься вознаграждение по праву следования. Она не должна превышать 3 тыс. евро. При определении ставки роялти используется регрессивная шкала.

При продаже произведения искусства ставка роялти фиксируется в размере 4% за транш, не превышающий 50 тыс. евро. За ценовой транш между 50 000,01 и 200 тыс. евро она составляет 3% от суммы второго транша. При цене продажи более 200 000,01 и менее 350 тыс. евро роялти третьего транша составляет 1%. Когда цена продажи колеблется между 350 тыс. и 500 тыс. евро, роялти четвертого транша определяется в 0,5%; если цена продажи превышает 500 тыс. евро, размер роялти за этот транш составит 0,25%.

Однако предельная величина роялти, полученного в порядке права следования, не должна превышать 12,5 тыс. евро.

Государства-члены могут регламентировать порядок осуществления данного права в отношении сбора и распределения вознаграждения в тех случаях, когда правообладатель не является гражданином данного государства. Они могут устанавливать порядок управления этим правом обществом по коллективному управлению правами. Граждане государств, не являющихся членами ЕС, пользуются правом следования на условиях взаимности, т. е. в случае если в государствах их происхождения охраняется право следования авторов из государств — членов ЕС. Однако государства-члены могут не применять данное положение в отношении авторов, постоянно проживающих на территории ЕС.

Сфера действия. Директива 2001/84/ЕС применяется ко всем произведениям искусства, которые не попали в общественное достояние на 1 января 2006 г. и удовлетворяют изложенным в ней критериям.

Сроки. Право следования охраняется в течение всей жизни автора и 70 лет спустя после его смерти.

Толкование обязательств, вытекающих из права следования, предусмотренного Директивой 2001/84/ЕС. По запросу Кассационного суда Франции Суд справедливости ЕС вынес преюдициальное решение от 26 февраля 2015 г. по делу C-41/14¹. Запрос поступил в связи со спором между аукционным домом Кристис (Франция) и Национальным синдикатом антикваров. Синдикат настаивал, что знаменитый аукционный дом получает неоправданное конкурентное преимущество, возложив по договору выплату вознаграждения по праву следования

¹ Решение от 26 февраля 2015 г. по делу C-41/14 (*Christie's France SNC v. Syndicat national des antiquaires*).

на покупателя, тогда как французские антиквары сами выплачивают его на основании ст. L122-8 Кодекса интеллектуальной собственности. Согласно формулировке п. 4 ст. 1 Директивы 2001/84/ЕС роялти при перепродаже произведений искусства выплачивает продавец. Государства-члены могут предусмотреть, что обязанность выплачивать роялти будет возложена на иных, чем продавец, физических или юридических лиц, указанных в п. 2 данной статьи, где дается примерный перечень профессиональных участников рынка искусств.

Фактически Суд справедливости ЕС спросили, следует ли понимать положения ст. 1 (4) Директивы 2001/84/ЕС как означающие, что стоимость роялти, выплачиваемых при перепродаже, всегда должен нести продавец или возможны отступления от этого правила.

Суд справедливости ЕС напомнил, что цель Директивы 2001/84/ЕС состоит в том, чтобы авторы произведений графического и пластического искусства разделили экономический успех своих произведений. Другая цель — устранить различия в национальных законодательствах, ставящие авторов в неравное положение в зависимости от того, где продаются их произведения¹. Для достижения данных целей авторам и их наследникам предоставляется неотчуждаемое право, от которого нельзя отказаться, — право на получение вознаграждения при всякой перепродаже их произведений. Согласно Директиве 2001/84/ЕС обязанность обеспечить реальную выплату такого вознаграждения лежит на государстве². Обязанность определения лиц, выплачивающих роялти при перепродаже произведения, лежит на государствах. Обычно таким является продавец, так как он выступает основным бенефициаром повышения стоимости произведения.

Вместе с тем второе предложение ст. 1 (4) предусматривает, что государства могут отступать от этого права, хотя они и ограничены в выборе иных, чем продавец, лиц, которые несут ответственность за выплату данного вознаграждения. Любопытно, что лингвистический анализ текстов Директивы 2001/84/ЕС на испанском, французском, итальянском и португальском языках показал, что проводится различие между лицом, несущим ответственность за производство выплаты такого вознаграждения, и лицом, которое выплачивает роялти. Данный нюанс в текстах на других языках, в частности немецком, английском, шведском, отсутствует.

¹ См.: C-518/08 (*Fundación Gala-Salvador Dalí and Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) v. Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) and Others*), para. 27.

² Такое разъяснение было дано в решении по делу C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland GmbH and Others*), para. 34.

Потребность в единообразном толковании положений Директивы 2001/84/ЕС диктует необходимость толкования содержащихся в ней правил¹. Директива 2001/84/ЕС регулирует не все вопросы права следования.

Она указывает, при перепродаже каких произведений искусства выплачивается роялти, кто имеет право на его получение, по каким ставкам рассчитывается роялти, кто именно должен его выплачивать, но хранит молчание по поводу того, кто в конечном итоге должен нести расходы по уплате роялти в пользу автора в порядке права следования.

В отсутствие положений, прямо относящихся к предмету спора, Суд справедливости ЕС исходит из задач, решаемых Директивой 2001/84/ЕС. Одна из них — положить конец искажениям на рынке торговли произведениями искусства. Однако достижение данной цели возможно лишь в границах, обозначенных в Преамбуле Директивы 2001/84/ЕС. Директива 2001/84/ЕС не ставит своей задачей устранить различия в национальных законодательствах. Они являются допустимыми, поскольку прямо не ведут к искажению функционирования внутреннего рынка ЕС, а область компетенции национального законодателя должна оставаться максимально широкой.

То есть добиваться единообразия в вопросе о том, кто именно должен в конечном итоге нести расходы по выплате роялти при перепродаже, Директива 2001/84/ЕС не требует.

§ 6. Нормотворчество ЕС в сфере новых коммуникационных и информационных технологий

Оно уже не носит характер выравнивания уровня правовой охраны, установленной национальными законодательствами. Во многих случаях вводимые нормы носят новационный характер. Европейское законодательство стремится предвосхитить возможные расхождения в национальном регулировании и не допустить расщепления единого экономического пространства ЕС, усилив его коммуникационные и информационные составляющие. Массовый перевод произведений и объектов смежных прав с аналоговых носителей на цифровые потребовал проведения широких консультаций с заинтересованными лицами и принятия неотложных мер, обеспечивающих беспрепятственное использование на внутреннем рынке ЕС товаров и услуг независимо

¹ Такую правовую позицию Суд справедливости ЕС заявил в деле C-510/10 (*DR and TV2 Danmark A/S v. NCB — Nordisk Copyright Bureau*), para. 45, и в деле C-89/12 (*Rose Marie Bark v. Galileo Joint Undertaking*), para. 40.

от цифровой или аналоговой формы использования в них объектов интеллектуальной собственности.

Директива 2012/28/ЕС о некоторых разрешенных случаях использования «произведений-сирот». Она обязывала государства — члены ЕС привести свое законодательство в соответствие со своими требованиями в течение двух лет, т. е. к 29 октября 2014 г. «Произведения-сироты» — такое название присвоено произведениям, которые охраняются авторским правом, но обладателей прав или их местонахождение невозможно установить.

В силу действующих норм авторского права произведение может быть использовано только после получения разрешения правообладателя. В случае «произведений-сирот» получить такое разрешение не представляется возможным. Это приводит к тому, что миллионы произведений, исполнений, фонограмм, фильмов не могут быть правомерно использованы. Между тем в условиях смещения использования произведений в виртуальную реальность отсутствие произведений в оцифрованном виде может привести к их исчезновению из коммерческого, научного и культурного оборота и даже поставить под угрозу их сохранность.

Библиотеки, университеты, архивы, отдельные пользователи и государства — члены ЕС обращали внимание на отсутствие юридически обязательных актов, в которых закреплялись бы полномочия по широко-масштабной оцифровке специальными субъектами, каковыми являются библиотеки, университеты и архивы. При этом использование «произведений-сирот» без законных к тому оснований является нарушением прав на них. Это обусловило разработку и принятие директивы, восполнившей пробел в правовом регулировании, и установление общего для всех стран — членов ЕС порядка использования таких произведений.

Главной целью определения правового положения «произведений-сирот» стали введение общих стандартов должной осмотрительности при поиске их правообладателей, а также разрешение проблемы возможного нарушения прав при использовании таких произведений.

В Преамбуле Директивы 2012/28/ЕС отмечается, что процесс оцифровки принял массовый характер. Оцифровка профессионально осуществляется публичными библиотеками, архивами, музеями, а также владельцами коллекций самых разных произведений. Оцифровка произведений науки, литературы и искусства стала своеобразным техническим слагаемым экономики знаний.

В п. 8 Преамбулы Директивы 2012/28/ЕС отмечается, что различия подходов государств — членов ЕС к признанию произведений «сиротами» может стать помехой в функционировании внутреннего рынка,

в использовании и трансграничном доступе к таким произведениям. Подобные различия могут также привести к ограничению свободно-го перемещения товаров и услуг, включающих такие произведения. Взаимное признание особого статуса «произведений-сирот» позволит использовать их во всех государствах — членах ЕС. Для устранения правовой неопределенности в данной сфере были предложены меры, перечисленные в Директиве 2012/28/ЕС.

В целях реализации положений Директивы 2012/28/ЕС в ее Преамбуле был сделан ряд допущений правового характера. В частности, в п. 11 предлагается считать кинематографические, аудиовизуальные произведения и фонограммы, находящиеся в архивах организаций общественного вещания, созданными по их заказу для использования такими организациями на исключительной основе. Данное правило не действует, если такие произведения были им предоставлены на не-исключительной основе по лицензионному соглашению.

В п. 13 Преамбулы Директивы 2012/28/ЕС сформулировано тре-бование добросовестного проведения должного поиска правообла-дателя, прежде чем произведение или фонограмма будут признаны «сиротскими».

Директива 2012/28/ЕС формулирует территориальный принцип должного поиска (п. 15 Преамбулы), согласно которому должный поиск следует проводить в том государстве — члене ЕС, в котором имели место первое опубликование или, если опубликования не было, первая трансляция произведения или фонограммы.

В отношении кинематографических или аудиовизуальных произве-дений должный поиск производится по месту нахождения головного офиса или по юридическому адресу изготовителя. Если кинематогра-фические или аудиовизуальные произведения созданы несколькими изготовителями, учрежденными в разных государствах — членах ЕС, должный поиск проводится в каждом из этих государств.

Применительно к произведениям и фонограммам, которые не пу-бликовались и не транслировались, но были сообщены для всеобщего сведения с использованием Интернета, должный поиск ведется в том государстве — члене ЕС, где учреждена организация, сообщившая произведение или фонограмму для всеобщего сведения с согласия правообладателя.

Документы о поиске должны быть сохранены, чтобы соответствую-щая организация могла обоснованно подтвердить, что поиск был должным.

Впоследствии предполагается создание единой базы данных «про-изведений-сирот» с использованием возможностей и полномочий

Ведомства по гармонизации внутреннего рынка, предоставленных ему Регламентом (ЕС) от 29 апреля 2012 г. № 386/2012¹.

Директива 2012/28/ЕС обязывает государства-члены предусмотреть возможность изменения статуса «произведений-сирот» и иных охраняемых объектов в случае предъявления прав на них со стороны правообладателей.

Ограничения по кругу лиц и объектам использования. Согласно ст. 1 Директивы 2012/28/ЕС право использования объектов интеллектуальной собственности, признанных «сиротами», предоставляется исключительно публичным библиотекам, образовательным учреждениям, музеям, архивам, аудиоархивам, публичным организациям радиовещания и телевидения.

Такое право предоставляется только в отношении тех объектов, которые находятся в их собраниях, коллекциях или хранятся в их фондах, при условии, что они были обнародованы с согласия правообладателей.

Государства — члены ЕС вправе ограничить применение положений Директивы 2012/28/ЕС применительно к произведениям и фонограммам, размещенным в таких организациях до 29 октября 2014 г., в отношении фильмов и аудиовизуальных произведений, созданных публичными организациями телевидения, срок размещения которых — по 31 декабря 2002 г. включительно.

Основание признания произведений и иных охраняемых объектов «сиротами». Признание произведений или фонограмм «сиротами» возможно, когда после проведения должного поиска, что зафиксировано в соответствии со ст. 3:

- 1) правообладатели не установлены;
- 2) правообладатели установлены, но ни один из них не может быть обнаружен.

Должным считается добросовестный поиск, произведенный до начала использования в отношении каждого произведения или иного охраняемого объекта путем исследования источников, соответствующих конкретной категории произведений или иных охраняемых объектов. Нужные категории источников определяются государствами-членами по результатам консультаций с объединениями правообладателей и пользователей.

¹ Регламент ЕС от 19 апреля 2012 г. № 386/2012 поручает Ведомству по гармонизации внутреннего рынка (товарные знаки и промышленные образцы) выполнение задач, связанных с обеспечением прав интеллектуальной собственности, включая создание Обсерватории нарушения прав интеллектуальной собственности из представителей государственного и частного секторов.

На государства — члены ЕС возлагается обязанность обеспечить фиксацию результатов должных поисков в единой общедоступной онлайн-базе данных, созданной и управляемой Ведомством по гармонизации внутреннего рынка (ст. 3).

Произведение или фонограмма, признанные сиротами в одном государстве — члене ЕС, считаются таковыми во всех других государствах — членах ЕС (ст. 4).

Пределы использования произведений и иных охраняемых объектов, признанных «сиротами». Их разрешается использовать за теми изъятиями, которые могут быть установлены государствами-членами, следующими способами:

а) сообщать публике таким образом, чтобы любое лицо могло получить доступ к ним из любого места и в любое время по собственному выбору;

б) воспроизводить в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации.

Использование должно служить сохранению, реставрации и обеспечению доступа к произведениям в культурных и образовательных целях. Доход, извлекаемый организациями от такого использования, может быть направлен только на компенсацию расходов по оцифровке данных объектов и сообщение их для всеобщего сведения (ст. 6).

Этой же статьей на государства-членов возлагается обязанность предусмотреть возможность справедливой компенсации за использование произведений и иных охраняемых объектов, которые перестали быть «сиротами», в пользу их правообладателей.

Директива от 26 февраля 2014 г. 2014/26/ЕС о коллективном управлении авторскими и смежными правами, а также мультитерриториальном лицензировании музыкальных произведений для их использования на внутреннем рынке ЕС в режиме онлайн. Директива 2014/26/ЕС призвана обеспечить надлежащее функционирование управления правами в интересах правообладателей в виртуальной среде, где границы между странами отсутствуют, путем установления общих принципов и стандартов. Эти стандарты касаются деятельности организаций по управлению правами и содержат набор требований, предъявляемых к лицензированию онлайн-использования музыкальных произведений.

В смысле Директивы 2014/26/ЕС *организацией по коллективному управлению правами* считается любая организация, которая в силу закона, лицензионного соглашения или иного договора управляет авторскими или смежными правами в интересах более чем одного правообладателя и соответствует требованиям, перечисленным в ст. 3

Директивы 2014/26/ЕС, а именно такие организации находятся в собственности или под контролем своих членов, носят некоммерческий характер. Помимо них существуют иные юридические лица, занимающиеся коллективным управлением правами, которые не находятся во владении или под контролем правообладателей и действуют на коммерческой основе, что не освобождает их от выполнения требований, предъявляемых Директивой 2014/26/ЕС.

Директива 2014/26/ЕС меняет полуподчиненное положение, в котором находились правообладатели в отношении тех, кто управлял их правами на коллективной основе. Директива 2014/26/ЕС предусматривает, что по отношению к организациям по коллективному управлению правами *правообладатели должны пользоваться рядом прав, которые в обязательном порядке должны быть закреплены в уставе таких организаций.*

К ним относятся право выбора организации по коллективному управлению правами, право предоставлять таким организациям отдельные права, категории прав или типы произведений и самим определять предмет договора с ними, выбирать территорию, на которую будут распространяться предоставляемые права, независимо от гражданства правообладателей или организации по коллективному управлению правами. При этом за организациями по коллективному управлению правами сохраняется возможность мотивированного отказа от такого поручения (ст. 5).

Право мотивированного отказа позволяет организациям по коллективному управлению правами сохранить действующую систему территориального представительства, несмотря на весь внешний демократизм предлагаемых формулировок.

Правообладатели должны иметь право предоставлять лицензии на некоммерческое использование любых принадлежащих им прав, категорий прав, типов произведений или иных охраняемых объектов.

Правообладатели должны иметь право путем направления уведомления прекращать действие полномочий по управлению любыми правами, предоставленными в коллективное управление, не позднее чем за шесть месяцев до такого изъятия. За правообладателями сохраняется право на получение не выплаченного им вознаграждения, а организации по коллективному управлению правами не могут требовать от правообладателя, их покидающего, обязательного вступления в иное общество по коллективному управлению правами.

При предоставлении своих прав в коллективное управление правообладатель дает отдельное письменное согласие на управление каждой категорией прав или типов произведений и других охраняемых

объектов. На организации по коллективному управлению правами возлагается обязанность проинформировать правообладателей об имеющихся у них правах, о которых говорится в п. 1–7 ст. 3 Директивы 2014/26/ЕС, не позднее 10 октября 2016 г.

В разд. II Директивы 2014/26/ЕС закрепляются общие нормы, которые в обязательном порядке должны присутствовать в уставе организаций по коллективному управлению. К ним относится, в частности, правило, согласно которому ни правообладателю, ни организациям, представляющим правообладателей, ни объединениям правообладателей не может быть отказано в членстве, если они соответствуют формальным требованиям, предъявляемым к членам (ст. 6).

Директива 2014/26/ЕС устраняет пробел, касающийся гарантий прав правообладателей, которые, не являясь членами организаций по коллективному управлению, доверили им управление отдельными своими правами или категориями прав. В ст. 8 Директивы 2014/26/ЕС определяются компетенция и полномочия, которые должны быть закреплены за общим собранием организации по коллективному управлению правами. Отдельно прописывается необходимость создания в каждой организации по коллективному управлению правами надзорного органа по мониторингу деятельности исполнительных органов организации (ст. 9, 10).

Особое внимание уделяется сбору и распределению авторского вознаграждения, вычетам для компенсации административных расходов по коллективному управлению и ведению отчетности (ст. 11–13).

Директива 2014/26/ЕС затрагивает одну из болевых точек деятельности организаций по коллективному управлению, порождающих со стороны пользователей обвинения в монополизме и недобросовестной конкуренции, а именно установлении преференций. Статья 14 провозглашает принцип недискриминации правообладателей в отношении применяемых к ним тарифов и распределения сборов, а в ст. 15, исходя из сложившейся практики, фиксируются параметры соглашений о взаимном представительстве, связанные с вычетами, платежами и сроками.

В том, что касается отношений с пользователями при заключении лицензионных соглашений, Директива 2014/26/ЕС призывает к гибкости, добросовестности и использованию электронных средств коммуникации (ст. 16). Предоставление информации, необходимой для распределения авторского вознаграждения, предлагается регулировать пользовательскими вознаграждениями, исходя из деловых стандартов отрасли (ст. 17).

В гл. 5, посвященной прозрачности и отчетности, Директива 2014/26/ЕС фиксирует содержание и минимальную частоту предо-

ставления информации, которая должна сообщаться правообладателям при управлении их правами (ст. 18). В отношении информации, которая должна сообщаться организациям по коллективному управлению правами на основании соглашений о взаимном представительстве, Директива 2014/26/ЕС предписывает сообщать обо всех сборах, вычетах и удержаниях из собранных сумм применительно к категориям прав, включая те отчисления социального характера, которые предусмотрены национальным законодательством (ст. 19).

Публичный характер деятельности организаций по коллективному управлению правами обеспечивается возложением на них обязанности сообщать информацию о своей деятельности широкой публике. Это достигается путем размещения ее на сайте организации (ст. 21), а также регулярной, не позднее восьми месяцев после завершения очередного финансового года, публикацией годового отчета с раскрытием в нем информации, предписываемой Директивой 2014/26/ЕС (ст. 22).

Мультитерриториальное лицензирование в режиме онлайн прав на музыкальные произведения является предметом специального раздела Директивы 2014/26/ЕС. На государства-члены возлагается обязанность обеспечить соблюдение организациями по коллективному управлению, созданными на их территории, требований по предоставлению многотерриториальных лицензий в режиме онлайн, которые изложены в Директиве 2014/26/ЕС.

К ним относятся:

- а) достаточная пропускная способность для обработки всех поступивших запросов на предоставление лицензий в режиме онлайн;
- б) наличие у таких организаций данных, необходимых для администрирования поступивших запросов, данных, позволяющих идентифицировать репертуар и осуществлять мониторинг его использования;
- в) возможность выставления счетов пользователям, сбора средств за использование прав и распределения их среди правообладателей (ст. 24).

По отношению к провайдерам интернет-услуг общества по коллективному управлению правами, которые предоставляют права на использование музыкальных произведений в режиме онлайн, должны обеспечивать поступление в электронном виде информации, актуальной на день запроса. Такая информация должна содержать сведения о правообладателях, которых они представляют, а также сведения, позволяющие идентифицировать музыкальный репертуар, который они могут предоставить для онлайн-использования.

В соответствии с установленными Директивой 2014/26/ЕС критериями прозрачности данная информация должна включать: список

предоставляемых музыкальных произведений, указание на полноту предоставляемых прав (полностью или в части), а также территорию, на которой эти права могут использоваться. За организациями по коллективному управлению правами сохраняется право принятия разумных мер по защите точности и целостности предоставляемых данных, а также контроля за использованием предоставляемой информации и принятия мер по защите коммерчески чувствительных сведений (ст. 25).

На организации по коллективному управлению правами возлагается обязанность своевременного выставления счетов и предоставления отчетности правообладателям в связи с предоставлением онлайн-прав, которой корреспондирует право мониторинга их использования провайдерами. Порядок и пределы реализации данных полномочий подробно раскрываются в ст. 27 и 28 Директивы 2014/26/ЕС.

Принципиальной новеллой является вторжение европейского регулятора в сферу соглашений о взаимном представительстве организаций по коллективному управлению правами в связи с мультитерриториальным лицензированием. Согласно ст. 29 Директивы 2014/26/ЕС соглашения, по которым одна организация по коллективному управлению наделяет другую правом предоставления мультитерриториальных лицензий на использование музыкальных произведений в режиме онлайн, должны носить неисключительный характер и использоваться на недискриминационной основе. Основные условия таких соглашений, включая стоимость предоставляемых услуг и срок действия соглашения, должны быть доведены до сведения членов этих организаций, т. е. та информация, которая ранее носила конфиденциальный характер, должна быть предоставлена тем правообладателям, которые являются членами этих организаций. Статья 30 Директивы 2014/26/ЕС предусматривает, что представительство интересов другой организации по коллективному управлению правами является обязанностью, от которой нельзя отказаться, и прописывает порядок заключения соглашения о взаимном представительстве и предъявляемые к нему требования.

Статья 31 Директивы 2014/26/ЕС требует от государств-членов обеспечить эффективное предоставление услуг по межтерриториальному лицензированию со стороны организаций по коллективному управлению правами не позднее 10 апреля 2017 г.

Если к указанному сроку это не будет сделано, правообладатели наделяются дополнительным правом изъять из ведения соответствующей организации по коллективному управлению правами принадлежащие им права на онлайн-использование своих музыкальных произведений.

Директива 2014/26/ЕС регулирует специальные изъятия в интересах теле- и радиовещательных организаций, осуществляющих интернет-распространение своих программ (ст. 32). Она предусматривает процедуру разрешения жалоб и споров, которая должна быть предоставлена в распоряжение пользователей и правообладателей в качестве средства принудительного обеспечения исполнения положений Директивы 2014/26/ЕС и обеспечения сотрудничества между компетентными властями в интересах мультитерриториального лицензирования (ст. 33–37).

Директива 2014/26/ЕС стала ответом на потребность добиться преодоления правовой неопределенности, возникающей при лицензировании на территории одновременно нескольких государств Европы. Неопределенность касалась отсутствия внятной информации, какой тариф подлежит применению и каким может быть механизм разрешения споров при разногласиях сторон относительно тарифных ставок.

Применение положений о свободе предоставления услуг и неограниченной игры рыночных сил оказалось неприемлемым в сфере управления правами на коллективной основе и онлайн-лицензирования интернет-использования прав на музыкальные произведения. Пользователи и общества по коллективному управлению правами согласились с тем, что в ЕС эти сферы не должны по-разному регулироваться на уровне национального законодательства.

Директива 2014/26/ЕС носит рамочный характер. Она снимает административные барьеры и устраняет препятствия. Впервые исходя из потребностей создания единого внутреннего рынка ЕС в цифровой среде в практической плоскости был поставлен вопрос о квалификационных требованиях, предъявляемых к компаниям по коллективному управлению правами, что скорее всего спровоцирует естественный отбор в данной сфере.

Директива 2014/26/ЕС дает ответы на вопросы о том, каковы должны быть условия, при которых пользователь сможет приобретать лицензии, действующие на всей территории ЕС, на какие ставки за такую лицензию он вправе рассчитывать и каков должен быть механизм оперативного рассмотрения споров и разногласий.

С точки зрения пользователей, речь идет о механизме доступа к объединенным каталогам прав. Применительно к музыке многие пользователи заинтересованы в получении лицензии, действующей на территории всех стран мира. В этой связи имеются разные модели ведения бизнеса по лицензированию прав:

— модель бизнеса, в центре которой стоит использование собственно музыки, построенной по образцу музыкальных онлайн-магазинов типа *Apple I-Tunes*, *Amazon* или *VEVO*;

— модель бизнеса, строящаяся вокруг издательской продукции в виде аудио- или аудиовизуальных произведений, где музыка является важным, но отнюдь не единственным творческим компонентом: подкасты (цифровая запись радио- или телепрограммы, скачиваемая из Интернета, т. е. радио- и ТВ-интернет-вещание) или услуги по видеодистрибуции в режиме онлайн.

Все эти модели бизнеса сталкиваются с возрастающей фрагментацией репертуара в Европе. От первоначальных попыток решения проблемы через создание единого цифрового магазина, обслуживаемого самими обществами по коллективному управлению правами, пришлось отказаться из-за конфликта с правом конкуренции.

От упований на то, что эффективность коллективного управления повышается благодаря конкуренции репертуаров, пришлось отказаться. Очистка *музыкальных прав по Европе* пошла по другому пути. Сегодня она происходит *покаталожно* (на базе издательств, владеющих крупнейшими каталогами). Традиционный путь очистки репертуара на пострановой основе в отсутствие мультитерриториальных лицензий оказался слишком громоздким.

Перед организациями по коллективному управлению правами поставлена задача собирать репертуар по индивидуальным запросам. Директива 2014/26/ЕС создает предпосылки для решения проблемы собирания репертуара и преодоления территориальной разобщенности, так как отсутствие легального предложения по доступной цене стимулирует пиратское использование музыки.

Директива 93/83/ЕЭС о координации некоторых норм авторского права и смежных прав применительно к спутниковому вещанию и ретрансляции по кабелю стала одной из серии мер, призванных преодолеть законодательную раздробленность Европы перед лицом новых реалий, порождаемых развитием коммуникационных технологий.

Она преследует одновременно несколько разнонаправленных целей: 1) снять препятствия авторско-правового характера на пути трансграничного телевидения (Директива 89/552/ЕЭС от 3 октября 1989 г.) и развития общеевропейского рынка дистрибуции и производства телевизионных программ; 2) устранить различия в национальных нормах авторского права, вносящих неопределенность в правовое положение правообладателей и создающих угрозу эксплуатации принадлежащих им прав без выплаты вознаграждения, что мешает свободной циркуляции программ в рамках ЕС; 3) избежать ситуации, при которой к одному и тому же акту вещания одновременно применяются несколько национальных законов; 4) ввести единообразные критерии расчета аудитории, а именно фактической и потенциальной аудитории языковой

версии программы; 5) обеспечить единообразное применение принципа страны происхождения вещания начиная с 1 января 2000 г.; 6) изменить практику разделения прав по национальному признаку при контрактах о совместном производстве; 7) преодолеть искажение конкуренции в рамках ЕС вследствие расхождения в уровнях авторско-правовой охраны, что ведет к перемещению аудиовизуального производства; 8) установить, что разрешение на ретрансляцию должно даваться только организациями по коллективному управлению правами.

Под сообщением публике при помощи спутника понимается выполняемая под контролем вещательной организации деятельность, за которую она несет ответственность, по включению передающих программу сигналов, предназначенных для приема публикой, в непрерывную цепь коммуникации по направлению к спутнику и от спутника к земле. Если такой сигнал зашифрован, это означает, что средства дешифровки сигнала распространяются под контролем этой же организации или с ее согласия (ст. 1).

Обязательные положения. Директива 93/83/ЕЭС предписывает государствам — членам ЕС предоставить авторам исключительное право давать разрешение на сообщение своих произведений публике при помощи спутников (ст. 2). Разрешение предоставляется только на основании соглашения (ст. 3). Наличие данной нормы означает, что такое разрешение не может подразумеваться и должно содержаться в тексте соглашения.

Факультативные положения. Законодательство государств-членов может предусматривать, что коллективные соглашения между обществом по управлению правами и вещательной организацией в отношении какой-либо категории произведений могут распространяться на правообладателей аналогичных произведений, которые не представлены данным обществом по коллективному управлению, при условии, что непредставленные правообладатели в любой момент могут отказаться от распространения на них коллективного соглашения. Данное правило не распространяется на кинематографические произведения или произведения, созданные способом, аналогичным кинематографии (п. 3 ст. 3).

Государство-член может предусмотреть в своем законодательстве, что в тех случаях, когда правообладатель дал согласие на первоначальную ретрансляцию произведения или другого охраняемого объекта на своей территории, он должен рассматриваться как согласившийся не осуществлять свои права на ретрансляцию на индивидуальной основе, а только через посредство обществ по коллективному управлению правами (п. 3 ст. 9).

Некоторые особенности соглашений о совместном производстве. В случае если международное соглашение о совместном производстве было заключено до 1 января 1995 г. между сопроодусерами из разных государств-участников или из третьей страны, в котором размежевание прав проводится по географическому признаку, передача прав на спутниковое вещание должна сопровождаться согласием обладателя исключительных прав, если передача таких прав а) не выделена из других способов сообщения публики, б) нарушает лингвистическую исключительность прав, принадлежащих правообладателю на данной территории (ст. 7 (3)).

Временные рамки. При ретрансляции по кабелю государства-участники должны обеспечивать соблюдение всех авторских и смежных прав, включая заключение индивидуальных или коллективных соглашений между обладателями авторских прав, держателями смежных прав и кабельными операторами (ст. 8).

Отношения с обществами по коллективному управлению правами. Директива 93/83/ЕЭС предусматривает ограничение прав правообладателей в интересах упорядочивания взаимоотношений между вещательными организациями и организациями кабельной ретрансляции, с одной стороны, и обладателями авторских и смежных прав — с другой.

Правообладатель может осуществлять свое право разрешить или запретить ретрансляцию его произведений по кабелю только через посредство обществ по коллективному управлению правами. Если правами определенной категории на коллективной основе управляет только одно общество, то оно считается уполномоченным действовать от имени правообладателя.

В тех случаях, когда более одного общества по коллективному управлению управляет правами одной и той же категории, правообладатель должен быть свободен в выборе того общества, которое должно рассматриваться в качестве общества, уполномоченного действовать от его имени (ст. 9). Правообладатели, которые представлены не на основе соглашения, а в силу Директивы 93/83/ЕЭС, пользуются теми же правами, что и те, кто заключил соглашения. Государства могут устанавливать срок, который должен составлять не менее трех лет, в течение которого общества обязаны выплатить таким правообладателям причитающееся им вознаграждение.

Правило обязательного представительства обществом по коллективному управлению не действуют в отношении ретрансляции программ вещательных организаций, а также прав, переданных им другими правообладателями (ст. 10).

Директива 93/83/ЕЭС не ставит своей целью приведение к единому знаменателю деятельности национальных организаций коллективного управления. Об этом свидетельствует запрет на противопоставление положений Директивы 93/83/ЕЭС национальному регулированию деятельности обществ по коллективному управлению правами (ст. 13).

Директива 98/84/ЕС о правовой защите услуг, которые основываются на доступе под условием. Под услугами, охраняемыми с помощью Директивы 98/84/ЕС, понимаются платное теле- и радиовещание, а также доступ к информации. На государства-участников возлагается обязанность принять меры, необходимые для пресечения на своей территории запрещенной деятельности, а также предусмотреть использование указанных в Директиве 98/84/ЕС санкций и средств правовой защиты.

В перечень запрещенных действий включаются:

- изготовление, импорт, распространение, продажа, сдача внаем или владение с целью коммерческого использования противозаконными устройствами, т. е. устройствами, которые обеспечивают незаконное подключение к информационным услугам без согласия лица, их предоставляющего;

- установление, поддержание в рабочем состоянии и замена таких устройств, их реклама и продвижение.

Государства-участники должны были разработать и ввести в силу законы, регламенты и административные меры, необходимые для выполнения Директивы 98/84/ЕС к 28 мая 2000 г.

Директива 2001/29/ЕС о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Она отражает стремление органов ЕС действовать на опережение в законодательном регулировании проблем, возникающих в сфере новых технологий. В Преамбуле Директивы 2001/29/ЕС перечисляются 62 основания, которые были приняты во внимание при ее принятии. Их можно условно разбить на отсылочные (т. е. содержащие ссылки на ранее принятые документы и международные обязательства) и целевые. За таким целеполаганием стоит двуединая задача: не дать развиваться центробежным силам национального регулирования; найти своевременный общий законодательный ответ на глобальные вызовы.

Среди заявленных целей на первом месте стоит задача создания общей правовой основы содействия становлению информационного общества в Европе. Единый внутренний рынок новых продуктов и услуг предполагает единообразие в регулировании ключевых положений авторского права и смежных прав с учетом новых видов использования традиционных объектов и появлением новых результатов интеллектуальной деятельности.

Обязательные положения. Определенные уточнения внесены в понимание «воспроизведения» как основного исключительного имущественного права автора и приравненных к нему лиц. На государства-членов возлагается обязанность предоставить исключительные имущественные права на использование:

- а) авторам в отношении их произведений;
- б) исполнителям в отношении фиксации их исполнений;
- с) производителям фонограмм в отношении их фонограмм;
- д) продюсерам в отношении первых фиксаций фильмов применительно к оригиналам и копиям фильмов;
- е) вещательным организациям в отношении фиксаций их передач независимо от того, транслируется оно средствами проводного или эфирного вещания, включая кабельное и спутниковое (ст. 2).

Эти права всех пяти категорий правообладателей включают:

— *право на воспроизведение* (ст. 2) (т. е. исключительное право разрешать или запрещать прямо или косвенно, временно или постоянно воспроизводить любыми способами и в любой форме целиком или в части). Обращает на себя внимание закрепление на общеевропейском уровне единых оснований дробления на составляющие права на передачу. Теперь конфигурация этого права напоминает мандарин, состоящий из множества долек. За продюсером признаны самостоятельные смежные права независимо от того, какие споры могут возникнуть в отношении использования авторских прав создателей фильма;

— *право доводить до всеобщего сведения* (ст. 3). Оно расширяется и включает право на размещение в Интернете. Это достигается путем изменения формулировки права доступа путем включения в нее наряду с правом сообщать средствами проводной и беспроводной связи права предоставлять доступ публике таким образом, что она сама может индивидуально определять место и время такого доступа.

Указанные права не исчерпываются каким-либо единственным действием по сообщению произведения или иного объекта публике или предоставлению доступа к нему (ст. 3).

Формулировка права автора на распространение также претерпела изменение. Отныне оно включает исключительное право разрешать или запрещать любую форму распространения путем продажи или иным способом оригинала произведения или его копии (ст. 4). Сообщество рассматривается как единое экономическое пространство. Поэтому право на распространение исчерпывается только в том случае, если первая продажа или иная передача собственности имела место на территории ЕС и была осуществлена правообладателем или с его согласия.

Исключения. Действия по временному воспроизведению становятся допустимыми при одновременном наличии следующих условий: полученные воспроизведения носят переходный или случайный характер и являются составной частью технологического процесса, единственной целью которого является сделать возможным: а) передачу третьим лицам через посредника в сети; б) правомерное использование произведения или иного объекта, которое не имеет самостоятельного экономического значения.

Государства-члены *могут предусматривать* исключения и ограничения использования прав на воспроизведение по кругу лиц, используемым техническим средствам, условиям неотделимости льгот пользователей от справедливой компенсации в пользу правообладателей:

а) при *воспроизведении на бумаге или ином схожем материале при помощи фототехники* или аналогичным способом (имеется в виду ксерокопирование), кроме как в отношении отдельно изданных небольших музыкальных произведений, при условии что правообладатели получат справедливую компенсацию;

б) при воспроизведении на бумаге или ином схожем материале, совершенном *физическим лицом* для частного использования и в целях, которые не являются коммерческими прямо либо косвенно, при условии, что правообладатели получат справедливую компенсацию с учетом применения или неприменения технологических мер защиты;

с) в отношении воспроизведения *публичными библиотеками, учебными заведениями, музеями или архивами*, которые не связаны с прямым или косвенным извлечением экономической или коммерческой выгоды;

д) в отношении временной, рабочей записи произведений, сделанных вещательными организациями с использованием собственных средств и для собственного вещания, сохранение таких записей в документальных целях в официальных архивах может быть позволено;

е) в отношении воспроизведения программ вещания со стороны некоммерческих социальных институтов, таких как больницы или тюрьмы, при условии получения справедливой компенсации правообладателями (ст. 5 (2)).

Государства-члены могут предусматривать исключения или ограничения в использовании прав, предусмотренных ст. 2 и 3 (воспроизведение и доведение до сведения публики) в следующих случаях (Директива 2001/29/ЕС вводит некоторые новшества в традиционные конструкции, используемые для определения пределов разрешенного использования) (ст. 5 (3)):

а) использование осуществляется единственно с целью иллюстрации для обучения или научных исследований с указанием источника

и имени автора, если только это возможно, в пределах, оправдываемых поставленной некоммерческой целью;

b) использование в интересах инвалидов, когда такое использование прямо связано с инвалидностью и носит некоммерческий характер в размерах, определяемых характером инвалидности;

c) воспроизведение в прессе, сообщение публике или предоставление доступа неопределенному кругу лиц к опубликованным статьям по текущим экономическим, политическим или религиозным проблемам, произведений или иных объектов схожего характера вещательных организаций в случаях, когда *право на их использование специально не зарезервировано*, при условии указания источника, включая имя автора, или использование произведений и иных объектов в связи с репортажем о текущих событиях в пределах, оправдываемых информационной целью, при условии указания источника, включая имя автора, если только это не окажется невозможным. *Указание на возможность запретить использование без специального разрешения является новеллой. В отношении репортажа новеллой является требование ссылаться на источник, если это возможно, что практически переводит ссылку на источник в разряд факультативного требования. В отношении ссылок при цитировании указание на источник также становится факультативным. Поставленная цель является единственным мерилom размера использования;*

d) цитирование с целью критики или обзора при условии, что они относятся к произведениям или иным объектам, которые были правомерно обнародованы, с указанием, если только это не окажется невозможным, источника, включая фамилию автора, в соответствии с принятой практикой и в пределах, оправдываемых поставленной целью;

e) использование в целях безопасности или для обеспечения надлежащего отправления или освещения административного, парламентского или судебного процесса;

f) использование политических выступлений, а также отрывков из публичных лекций или аналогичных произведений и других объектов, оправданное информационной целью, при условии указания, если это не окажется невозможным, источника, включая фамилию автора;

g) использование во время религиозных праздников и официальных церемоний, организуемых публичными властями (*данным изъятием могут воспользоваться только публичные власти*);

h) использование произведений архитектуры и скульптуры, постоянно находящихся в публичных местах;

i) случайное включение произведений или иных объектов в другой материал (например, в документальные или художественные фильмы);

ж) использование в целях рекламы публичной выставки или продажи произведений искусства в пределах, необходимых для популяризации события, с исключением какого-либо коммерческого использования;

к) использование для целей карикатуры, пародии или пастиша;

л) использование в связи с демонстрацией или ремонтом оборудования (данное изъятие позволяет находить решение проблем, возникающих в некоторых сферах коммерческой деятельности, как то: в рекламе, архитектуре и строительстве);

м) использование художественного произведения в виде здания, чертежа или плана здания с целью его реконструкции;

н) использование путем сообщения или предоставления для научных исследований или частного изучения отдельным лицам на терминалах или в помещениях научно-исследовательских или учебных заведений содержащихся в коллекциях произведений и других объектов без их продажи или выдачи лицензии (опять-таки имеются в виду музеи, частные собрания и коллекции);

о) использование в иных малозначительных случаях, где уже действуют изъятия и ограничения, установленные национальным законодательством, при условии, что они касаются только аналогового использования и не затрагивают свободной циркуляции товаров и услуг внутри ЕС, без нанесения ущерба иным изъятиям и ограничениям, установленным настоящей статьей.

Согласно п. 4 ст. 5 аналогичные изъятия и ограничения могут быть установлены в отношении распространения произведений и иных объектов.

Пунктом 5 ст. 5 предусмотрено правило ненанесения ущерба обычной эксплуатации произведения или иного объекта.

Защита средств технологической охраны информации об управлении правами. В отношении мер технологической защиты на государства-члены возлагается обязанность обеспечить им адекватную правовую охрану от обхода при условии: а) что они носят эффективный характер; б) что лица, их обходящие, сознательно преследуют такую цель (ст. 6).

Вводится единообразный перечень деяний, которые должны быть пресечены. Он включает изготовление, импорт, распространение, продажу, сдачу внаем, рекламу продажи или сдачи внаем, а также владение с коммерческими целями устройствами, продуктами или их компонентами или предоставление услуг, которые:

а) продвигаются, рекламируются или позиционируются на рынке как средство обхода таких мер защиты;

б) имеют незначительное коммерческое значение, если используются не как средства обхода технических мер защиты;

с) главным образом предназначены, произведены, приспособлены или осуществляются для того, чтобы сделать возможным или облегчить обход эффективных технических средств защиты (п. 2 ст. 6).

Под техническими мерами понимаются любые технологии, приспособления или компоненты, которые в ходе их обычного функционирования препятствуют совершению действий, не разрешенных обладателем прав на произведения и иные объекты, включая базы данных в смысле Директивы 96/9/ЕС (п. 3 ст. 6).

Статья 7 Директивы 2001/29/ЕС касается информации об управлении правами и требует от государств-членов объявить противоправными следующие сознательно совершенные действия: устранение или изменение такой информации либо распространение любыми способами произведений и иных объектов, с которых удалена или подверглась искажению указанная информация.

На государства-членов возлагается обязанность предусмотреть соответствующие санкции и средства правовой защиты от нарушения прав и обязанностей, предусмотренных в Директиве 2001/29/ЕС, а равно принять все меры, необходимые для их применения. Предусмотренные санкции должны быть эффективными, соразмерными и обладающими достаточной силой превенции (п. 1 ст. 8).

Правообладателям должна быть предоставлена возможность обратиться с иском о возмещении ущерба и (или) ходатайствовать об издании судебного запрета, а равно об аресте оборудования и материалов на территории тех государств, где осуществляется деятельность, нарушающая их права (п. 2 ст. 8).

Государства-члены должны предоставить правообладателям возможность привлечения к ответственности посредников, чьи услуги используются третьей стороной для нарушения прав правообладателей (п. 3 ст. 8).

Наличие данной статьи не препятствует использованию иных правовых инструментов (ст. 9).

Применение во времени. Положения Директивы 2001/29/ЕС применяются ко всем произведениям и иным объектам авторских и смежных прав, указанным в ней, которые по состоянию на 22 декабря 2002 г. охранялись законодательством государств-участников в области авторских и смежных прав. Директива 2001/29/ЕС подлежит применению без нанесения ущерба всем соглашениям и правам, приобретенным до 22 декабря 2002 г.

Как уже упоминалось, *Решением Совета от 16 марта 2000 г. было одобрено присоединение ЕС к договорам ВОИС 1996 г.: Договору об авторском праве и Договору об исполнениях и фонограммах.* Дан-

ные договоры расширили сферу правовой охраны, предоставляемой Бернской конвенцией об охране литературных и художественных произведений, с учетом развития техники и новых видов использования в эпоху Интернета и цифровых технологий.

Положения Договора ВОИС об авторском праве (*WIPO Copyright Treaty (WCT)*) распространяют авторско-правовую защиту произведений на их распространение, сдачу в прокат и сообщение публике посредством Интернета. Защиту получают некоторые технические операции, а также системы идентификации авторов и управления правами на произведения.

Положения Договора ВОИС об исполнениях и фонограмма (*WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*) улучшают охрану интересов артистов-исполнителей и производителей фонограмм. Им предоставляется исключительное право на воспроизведение, распространение, сдачу в коммерческий прокат и сообщение публике их исполнений и фонограмм по компьютерным сетям. За ними признается право на вознаграждение за передачу в эфир и любые другие способы сообщения объектов их прав публике в коммерческих целях.

Документ о ратификации Договоров Сообществом подлежал депонированию после 22 декабря 2002 г. — крайнего срока, установленного для приведения законодательства государств-участников в соответствие с требованиями Директивы 2001/29/ЕС.

§ 7. Устойчивая судебная практика

Правовое регулирование некоторых вопросов авторского права и смежных прав с помощью законодательства ЕС возникло из попыток извлечения коммерческой выгоды из расхождений в национальных законодательствах. Вместе с тем принципы, положенные в основу этих судебных решений, оказали далеко идущее воздействие на логику правоприменения и не утратили своего значения и после принятия директив ЕС.

В деле C-78/70 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*) Суд ЕС пришел к выводу, что те положения, которые сейчас содержатся в ст. 49 (ранее ст. 30) Договора о ЕС распространяются на авторское право и права, смежные с ним. Такое толкование Договора открыло дорогу нормотворчеству ЕЭС в данной сфере. В нем был провозглашен принцип, что осуществление авторского права не должно идти вразрез с целями, поставленными в Договоре.

В деле C-62/79 (*Coditel SA v. Ciné Vog Films SA*), а также объединенных делах C-55/80 и C-57/80 (*Musik-Vertrieb Membran GmbH and K-Tel International v. GEMA*) предметом рассмотрения стали вопросы собственно авторского права. Суд пришел к выводу, что нормы Договора о ЕС, направленные на обеспечение свободного движения товаров и услуг, справедливой конкуренции, в полной мере применимы к сфере авторского права.

При разрешении споров об исчерпании права Суд предложил проводить различие между охраняемыми авторским правом товарами и услугами. *Исчерпание прав применимо только к товарам и не распространяется на оказание услуг.* Ситуация, приведшая к появлению этой конструкции, заключалась в следующем. В соответствии с соглашением от 8 июля 1969 г. французская компания *Les Films de la Boétie* в качестве обладателя исключительных авторских прав на фильм «Le Boucher» уступила бельгийской компании *Ciné Vog* исключительное право на распространение фильма на территории Бельгии сроком на семь лет. Фильм показывался в бельгийских кинотеатрах с 15 мая 1970 г.

Однако 5 января 1971 г. первый канал немецкого телевидения показал немецкоязычную версию фильма. Первый канал принимался в Бельгии. Компания *Ciné Vog* решила, что эфирный показ поставил под угрозу коммерческое будущее фильма в Бельгии. Она предъявила иск к французской компании *Les Films de la Boétie* за нарушение положений соглашения об исключительности и к группе кабельных компаний *Coditel*, распространившей показ каналов немецкого телевидения по кабелю на территории Бельгии.

Дело попало в Суд ЕС, который сослался на различие между применением принципа исчерпания права в отношении материальных объектов и невозможностью справедливого применения этого принципа к другим случаям. Суд посчитал, что обладатель исключительного права на публичное исполнение фильма на всей территории государства-участника может противопоставить его действиям кабельных телевизионных компаний, которые распространили его по своим сетям, получив фильм от вещательной организации в другом государстве-члене, не нарушая права ЕС.

В объединенных делах C-110/88, C-241/88 и C-242/88 (*François Lucazeau and Others v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and Others*) владелец дискотеки оспаривал правомерность взимания роялти за публичное исполнение по более высоким ставкам во Франции, чем это было принято в Германии. Лусазо негодовал, почему во Франции дискотеки должны платить более

высокие сборы, чем в других странах, хотя исполняется в основном англо-американский репертуар. Суд постановил, что вопрос о ставках сбора должен быть решен в свете соответствующего национального законодательства.

В деле C-402/85 (*G. Basset v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*) владелец дискотеки оспаривал правомерность взимания дополнительных сборов. По французскому законодательству можно обусловить право на воспроизведение определенной целью. При изменении цели воспроизведения требуется дополнительное согласие автора, за что взимается плата. Воспроизведение, использование фонограммных и исполнительских прав в местах, где взимается плата за вход, подчиняется особому режиму. Владелец дискотеки настаивал, что он использует в основном английский и американский репертуар. В США и Соединенном Королевстве такой практики ограничения прав на воспроизведение его целью нет. Поэтому требование *SACEM* незаконно.

Суд высказался в пользу применения соответствующих положений национального авторского права при условии, что они не ведут к дискриминации между гражданами Франции и других государств-членов. Тем самым был подтвержден принцип признания правомерности различий в национальном регулировании вопросов авторского права до тех пор, пока они не вступают в противоречие с правом ЕС.

В деле C-158/86 (*Warner Brothers Inc. and Metronome Video ApS v. Erik Viuff Christiansen*) Суд встал на ту точку зрения, что каждое из исключительных прав, которыми пользуется владелец авторского права, подлежит самостоятельной защите независимо от исчерпания его правомочий в отношении копий произведения.

Обстоятельства дела были таковы. Датский предприниматель купил в Лондоне видеокассеты фильма «Никогда не говори никогда» и стал сдавать их в прокат клиентам в Дании. Датское право в ту пору, в отличие от английского права, охраняло авторское право в отношении не только продажи копий произведения, но и сдачи их в прокат. Обладатель авторских прав на фильм, компания «Уорнер Бразерс», подал в суд на датчанина за нарушение его авторских прав в соответствии с правом Дании. Дело попало в Суд ЕС.

Правовая позиция датчанина состояла в том, что приобретение им видеокассет в Англии привело к исчерпанию авторских прав на эти кассеты на всей территории ЕС в соответствии с принципом свободного движения товаров и он мог распоряжаться ими по своему усмотрению. Такой же точки зрения придерживался и Генеральный адвокат, дающий Суду советы по вопросам права. Суд с ними не со-

гласился. Суд заявил, что авторское право в таком деле включает два элемента: литературные и художественные произведения, особенно когда речь идет о кинематографических произведениях, могут быть предметом коммерческой эксплуатации либо путем публичного исполнения, либо путем воспроизведения и продажи записей. Нормы Договора о ЕС не ставят под сомнение ни одно из этих основополагающих прав автора.

Суд поддержал ту точку зрения, что *исчерпание одного из исключительных прав на интеллектуальную собственность не означает исчерпания других прав при наличии специфического рынка для каждого из видов прав*. Исчерпание права на воспроизведение не означает исчерпания прав на исполнение. В Дании сдача в аренду — специфический рынок. Соответственно согласие правообладателя на поступление в продажу копий видеокассет не означает его согласия на сдачу их внаем, если такое право охраняется в соответствующем государстве.

В объединенных делах C-92/92 (*Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*) и C-326/92 (*Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v. EMI Electrola GmbH*) Суд высказался против использования различий в национальных законодательствах об авторском праве, которые ведут к дискриминации на территории ЕС по признаку гражданства. Суд постановил, что ст. 12 Договора о ЕС (ранее ст. 7) предусматривает, что в сфере применения настоящего Договора и без ущерба для содержащихся в нем специальных положений какая-либо дискриминация на основании гражданства должна быть запрещена.

Обстоятельства дела были таковы. В 1983 г. английский певец Фил Коллинз выступал с концертами в США. Аудиозапись концертов была сделана без его согласия. Согласно положениям немецкого законодательства об авторском праве иностранные артисты-исполнители могут воспрепятствовать распространению записей, сделанных без их согласия, только в том случае, если исполнение имело место на территории Германии. Суд подтвердил, что, запрещая какую-либо дискриминацию по признаку гражданства, Договор о ЕС требует, чтобы в ситуации, к которой применимо право ЕС, все лица находились в абсолютно равном положении с гражданами заинтересованного государства-члена. В той мере, в какой данный принцип подлежит применению, он препятствует государству-члену предоставлять какое-либо исключительное право под условием, чтобы заинтересованное лицо было гражданином такого государства-члена.

В серии дел C-55/80 и C-57/80 (*Musik-Vertrieb Membran and K-Tel International v. GEMA*), C-110/88, C-241/88 и C-242/88 (*François*

Lucazeau and Others v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique and Others (SACEM II)), а также C-395/87 (*Ministère public v. Jean-Louis Tournier (SACEM I)*) по поводу действий обществ по коллективному управлению правами Суд сформулировал принцип недопущения злоупотребления доминирующим положением применительно к авторскому праву.

Ссылаясь на принцип равенства, немецкое общество по коллективному управлению правами *GEMA* предприняло попытку использовать свое монопольное положение в сфере управления правами для того, чтобы уравнивать роялти, взимаемые с объектов, охраняемых авторским правом, которые ввозятся из других стран ЕС и производятся на месте. Суд расценил эти действия как попытку субъекта частного права ввести своего рода таможенный сбор со звуковых носителей, которые уже свободно перемещаются в рамках общего рынка. Это, по мнению Суда, приведет к дроблению внутреннего рынка ЕС по национальному признаку, что несовместимо с целями Договора.

В деле *GEMA* представители бельгийского и итальянского правительств выдвинули тезис, что в отсутствие гармонизации на уровне ЕС принцип территориального действия законодательства в вопросах авторского права всегда должен преобладать над принципом свободного движения товаров внутри ЕС. Суд решительно отверг эту аргументацию. В делах, затрагивающих вопросы интеллектуальной собственности, он ни разу не упомянул о гармонизации как условии, необходимом для применения принципа свободного движения товаров.

Во втором случае речь шла о споре между владельцами дискотек и французским обществом по коллективному управлению правами авторов и композиторов *SACEM*. Суд квалифицировал данное общество как занимающее доминирующее положение на значительной части общего рынка, которое в силу этого навязывает несправедливые торговые условия. Роялти, уплаты которого оно требует с дискотек в одном государстве-члене, значительно выше, чем роялти, взимаемое в других государствах-членах. Такое различие могло бы быть оправдано только ссылкой на объективные и относящиеся к делу расхождения в управлении авторскими правами в соответствующем государстве и в других государствах-членах.

Примат принципов европейского права. Прецедентное значение для понимания сферы действия европейского законодательства в области авторского права имеет решение по спору между итальянским музыкальным издательством «Рикорди» («*Ricordi*») и немецким государственным театром земли Гессен в Висбадене (C-360/00, *Land Hessen v. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*).

Обстоятельства дела таковы. «Рикорди» является владельцем прав на исполнение оперы Дж. Пуччини «Богема» («*La Bohème*»). Пуччини умер 29 ноября 1924 г. В сезоны 1993/1994 и 1994/1995 гг. государственный театр Висбадена показал на своей сцене ряд спектаклей указанной оперы без согласия «Рикорди». Последнее обратилось с иском в соответствующий земельный суд (*Landgericht*). Истец утверждал, что в свете запрета на дискриминацию по признаку гражданства, закрепленного в Договоре о ЕС, произведения Пуччини должны охраняться в Германии до истечения 70-летнего срока после смерти автора, как это установлено немецким законодательством, т.е. до 1 января 1995 г.

Ответчик по этому делу, земля Гессен, возражал. Ответчик считал, что опера «Богема» охраняется в соответствии с нормами итальянского законодательства. Итальянское же законодательство устанавливало 56-летний срок охраны произведений после смерти автора. Следовательно, с 1 января 1981 г. оперы Пуччини находятся в общественном достоянии, и согласие на их исполнение не требуется.

Определение земельного суда о принятии иска к производству было обжаловано ответчиком. Верховный суд Германии (*Bundesgerichtshof*) указал, что из материалов дела следует, что данная опера была впервые опубликована в Италии, а не в Германии. В то время она охранялась в Германии исключительно в силу действия международных договоров. В свете ст. 7 (8) Бернской конвенции сроки охраны произведения определяются в соответствии с нормами страны его происхождения. Если опера «Богема» охраняется по правилам итальянского законодательства, то срок ее охраны истек в 1980 г.

Однако Верховный суд согласился с доводом истца, что разрешение спора по существу зависит от применимости к данному случаю запрета на дискриминацию по признаку гражданства, предусмотренного в части первой ст. 12 Договора о ЕС. Вместе с тем национальный суд выразил сомнение в применимости данного принципа к делам по защите авторских прав, когда автор умер до того, как запрет на дискриминацию вступил в силу. В Италии и Германии это произошло с 1 января 1958 г., тогда как Пуччини умер в 1924 г. На этой стадии национальный суд приостановил производство и обратился с запросом в Суд ЕС, попросив его вынести предварительное постановление по следующему вопросу права: должен ли запрет на дискриминацию, содержащийся в части первой ст. 12 Договора о ЕС, применяться к случаям, когда иностранный автор уже умер до того, как Договор вступил в силу в государстве, гражданином которого он являлся?

Суд ЕС рассуждал следующим образом. Он напомнил, что в силу их влияния на торговлю товарами и услугами внутри ЕС вопросы ав-

торского права и смежных прав попадают в сферу действия Договора о ЕС, что было подтверждено Судом в своих решениях по делам в отношении использования записей выступлений знаменитого певца Фила Коллинза и др.¹ Далее Суд отметил, что хотя Пуччини скончался до того, как Договор о ЕС вступил в силу в государстве-члене, это не препятствует применению Договора о ЕС. Авторское право охраняет не только самого автора, но и тех, кто получил от него право требования.

Никто не оспаривает, что авторское право, являющееся предметом основного разбирательства, по-прежнему влияет на поведение лиц, получивших право требования² от Дж. Пуччини и действующих, когда Договор ЕС уже вступил в силу. Наконец Суду предстояло определить, противоречит ли праву ЕС установленное в немецком праве различие в режиме обращения, с которым сталкиваются немецкие и иностранные авторы.

Земля Гессен утверждает, что такое различие проистекает из расхождения между законами государств-членов. Она ссылается на то, что условия охраны, предусмотренные ст. 7 (8) Бернской конвенции, не используют термин «гражданство», а используют в качестве критерия страну происхождения. Сроки охраны устанавливаются каждым государством-членом, которое свободно в их увеличении в соответствии с собственным законодательством. Эти сроки действуют применительно к их гражданам, проживающим за границей. Таким образом, национально определенная правовая ситуация выступает в качестве объективного критерия дифференциации.

Суд ЕС отверг такое толкование. Он согласился с тем, что часть первая ст. 6 Договора о ЕС затрагивается не всякий раз, когда наблюдаются несходства или расхождения, проистекающие из различий в праве государств-членов, с которыми сталкиваются физические и юридические лица, находящиеся под юрисдикцией ЕС. Она не затрагивается тогда, когда такие национальные законы применяются в отношении всех лиц в соответствии с объективными критериями безотносительно к их гражданству и не допускают какую-либо дискриминацию по признаку гражданства. Совершенно ясно, что положения § 120 (1) и 121 (1) Закона об авторском праве Германии (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*) устанавливают дискриминацию по признаку гражданства.

¹ Объединенные дела C-92/92 (*Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH*) и C-326/92 (*Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v. EMI Electrola GmbH*), para. 27.

² См.: C-162/00 (*Land Nordrhein-Westfalen v. Beata Pokrzepowicz-Meyer*), paras. 49, 50.

В свете высказанных соображений Суд постановил, что запрет на дискриминацию, установленный частью первой ст. 12, применим также и к охране авторских прав в тех случаях, когда автор умер ранее, чем Договор о ЕС вступил в силу в том государстве-члене, гражданином которого он являлся, и это обстоятельство препятствует тому, чтобы сроки охраны произведений автора, гражданина другого государства-члена, были короче, нежели сроки охраны, предоставленные произведениям собственных граждан.

Авторское право и злоупотребление господствующим положением. В силу своей юридической природы исключительные имущественные права создают своего рода монополию на использование охраняемых объектов способом, указанным в законодательстве. Однако само обладание правами еще не составляет нарушение антимонопольного законодательства и правил справедливой конкуренции. В разработанной Судом ЕС доктрине предлагается проводить различие между существованием исключительных имущественных прав автора, исполнителя, изготовителя фонограмм, продюсера, вещательной организации и их осуществлением. Договоры ЕС не затрагивают существование прав на интеллектуальную собственность, но являются основанием для вмешательства в их осуществление.

Право ЕС запрещает злоупотребление господствующим положением, которое препятствует появлению новых товаров или услуг¹. Устойчивая судебная практика исходит из того, что осуществление имущественных прав, вытекающих из права на интеллектуальную собственность, может быть объектом ограничений, налагаемых в силу ст. 82 Договора о ЕС о недопустимости искажения конкуренции, только в исключительных обстоятельствах².

В трактовке использования исключительных имущественных прав автора, владельцев смежных прав как злоупотребления используется двух-шаговый метод: 1) оценка собственно фактических обстоятельств; 2) применение способов, представляющих собой признанную правом форму злоупотребления.

¹ Объединенные дела C-241/91 P и C-242/91 P (*Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Commission of the European Communities*); дело C-7/97 (*Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*).

² См., например: C-238/87 (*AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*), paras. 7–9; C-241/91 P, C-242/91 P (*Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. Commission of the European Communities*), paras. 48–50.

Притягательность авторского права для закрепления полученных результатов в собственности состоит в низких требованиях к новизне произведения или иного объекта. Достаточно показать отсутствие «рабского» копирования и наличие элементов собственной творческой работы автора. Единственным ограничителем здесь выступает то, что авторское право распространяется только на форму произведения, оставляя содержание описанного технологического процесса вне сферы охраны. Поэтому в зависимости от того, что представляет наибольшую ценность, на первый план выступают методы охраны промышленной собственности либо литературной и художественной. Это как бы два весла, обеспечивающих поступательное движение лодки прогресса. Смещение этих двух принципов регулирования создает угрозу монопольного владения знанием и стагнации.

На это было обращено внимание в докладе английского королевского общества, проанализировавшего возможные последствия новелл, которые требуется ввести в ткань национального законодательства об охране интеллектуальной собственности. В любом произведении присутствует строительный материал и то оригинальное, что привносится в него автором. Следовательно, если заимствований мало, но они являются центральными для работы, то мы имеем дело с посягательством на авторское право.

По мнению ученых, принцип совмещения свободы доступа к информации с защитой творческого начала был нарушен с появлением директив, касающихся охраны баз данных и защиты авторского права в информационном обществе.

Возникшую опасность иллюстрирует спор, который противопоставил обладателя фармацевтической базы данных *IMS Health, Inc. (IMS)* (Германия), с одной стороны, и ее потенциальных конкурентов, поддержанных Европейской Комиссией — с другой, о предоставлении возможности использовать охраняемую авторским правом структуру расположения материала.

22 апреля 2002 г. апелляция конкурентов на решение председателя Суда первой инстанции от 26 октября 2001 г. по делу *IMS Health v. Commission*¹ о приостановлении действия решения Комиссии о немедленном предоставлении лицензии на использование до разрешения спора по основному иску была отвергнута. Председатель Суда справедливости ЕС поддержал решение Суда первой инстанции.

Комиссия считала, что *IMS* занимает господствующее положение в сфере предоставления рыночного доступа к данным, касающимся

¹ T-184/01 R (*IMS Health, Inc. v. Commission of the European Communities*).

продажи и выписки рецептов на лекарственные препараты. Комиссия пришла к выводу, что разработанная *IMS* 1860-звенная структура расположения данных представляет собой географическую модель анализа немецкого рынка. Она является основой, на которой осуществляется форматирование региональных сведений о продаже лекарственных препаратов, которые затем предоставляются клиентам.

Комиссия пришла к выводу, что означенная структура фактически представляет собой принятый в данной сфере деятельности стандарт, а отказ *IMS* предоставить лицензию на ее использование является злоупотреблением господствующим положением на рынке. Такой отказ препятствует новым конкурентам выйти на рынок или остаться на нем.

Комиссия предписала *IMS* незамедлительно предоставить лицензию на использование данной структуры на недискриминационной основе, с тем чтобы участники рынка могли осуществлять форматирование имеющихся у них данных о продажах.

IMS не согласилась с предписанием и в соответствии с частью четвертой ст. 230 Договора о ЕС подала иск о его аннулировании в Суд первой инстанции. Одновременно *IMS* заявила ходатайство о приостановлении действия оспоренного предписания до тех пор, пока Суд первой инстанции не вынесет решения по основному иску. Суд удовлетворил это ходатайство.

Сложившаяся судебная практика требует установления исключительных обстоятельств, в которых осуществление авторских прав могло бы представлять собой злоупотребление господствующим положением. Основной иск *IMS* оспаривал правовой анализ Комиссии, что отказ предоставить лицензию представляет собой такое злоупотребление.

IMS настаивала, что устойчивая судебная практика рассматривала в качестве злоупотребления только случаи, когда такой отказ препятствовал появлению нового продукта на рынке, отличным от того, на котором данное предприятие занимает доминирующее положение. Суд первой инстанции также принял во внимание то, что немедленное исполнение предписания Комиссии могло бы причинить *IMS* невосполнимый ущерб, вызвав необратимые тенденции на рынке данных услуг.

Конкуренты *IMS*, компании *NDC Health* и *AzyX*, предоставляли свои услуги, по всей вероятности, на основании 1860-звенной структуры или ее модификации в нарушение авторских прав *IMS*. Наложение в принудительном порядке обязанности заключить лицензионное соглашение приведет к легитимации поведения компаний, действующих без лицензии. Более того, такая лицензия обезопасит их от необходимости компенсировать ущерб за нарушение авторского права, если

правомочия *IMS* в отношении исключительных прав на использование 1860-звенной структуры обработки данных будут поддержаны в суде при рассмотрении спора по существу.

Проанализировав все фактические обстоятельства, Суд не усмотрел в действиях *IMS* по сохранению своих авторских прав на принадлежащую *IMS* структуру организации данных действий, искажающих конкуренцию и нарушающих права потребителей в такой исключительной степени, которая требовала безотлагательного исполнения предписания Комиссии. Выводы Суда первой инстанции нашли полную поддержку при апелляции.

Таким образом, попытка преодолеть, даже с помощью предписания Комиссии, последствия приватизации стандартов в сфере предоставления информационных услуг с помощью авторского права оказалась безуспешной.

Ученые высказывают опасение, что может быть нарушен баланс между интересами защиты инвестиций и интересами общества в доступности достижений науки, образования и культуры.

Специальное (*sui generis*) право на базы данных реально защищает информацию, содержащуюся в базах данных, особенно если база данных — единственный ее источник. В отдельных случаях такая информация была получена объединенными усилиями международного научного сообщества ЕС. Особенность права на базы данных состоит в том, что оно вознаграждает инвестора, который собирает данные, а не ученых, которые создают эти данные. Затраты на получение научных данных часто намного превышают размер инвестиций в сбор базы данных. Наместились опасные процессы «всасывания» открытой информации в закрытые базы данных. Эти процессы, с одной стороны, экономически вредны, а с другой — подрывают легитимность охраны информации, содержащейся в таких базах данных.

Особое беспокойство в научном сообществе возникает там, где коммерческая база данных становится единственным источником информации. Наука все больше зависит от баз данных, а публичное финансирование проектов сокращается. Между тем быстрый прирост научного знания требует генерации, хранения и манипуляции большими наборами данных. Этот феномен связан с совершенствованием вычислительной техники. Быстродействующие компьютеры сделали возможным легкое и совершенное копирование любой информации, которая перемещается в виртуальную среду, не всегда подпадающую под действие изъятий, установленных для аналогового мира.

Предусмотренные законодательством юридические механизмы изъятия и ограничения в отношении авторских и смежных прав в пользу

добросовестного пользования становятся единственным способом уравновесить эту тенденцию, не прибегая к чрезвычайным процедурам, призванным сохранить конкурентную среду.

Границы прав правообладателя в Интернете. Дополнительные возможности использования охраняемого правом контента в Интернете требуют новой демаркации полномочий обладателей авторских и смежных прав. Такая демаркация в европейском праве по большей части осуществляется посредством решений Суда справедливости ЕС по конкретным делам. Одним из таких дел стало вынесенное в преюдициальном порядке Решение Суда справедливости ЕС по делу «Бест Ватер» (*BestWater*) от 21 октября 2014 г.¹

Вопрос касался всех провайдеров интернет-услуг, деятельность которых позволяет преодолевать границы и ограничения, установленные правообладателем. Суд, обратившийся с запросом о вынесении преюдициального решения, интересовало, происходит ли нарушение авторского права всякий раз, когда оператор веб-сайта устанавливает ссылку на контент, выложенный на другом сайте, или размещает его у себя.

Суд справедливости ЕС пришел к выводу, что помещение внутрь, в рамки своего материала (*framing*), охраняемого авторским правом видео для обмена им в социальных сетях, даже когда такое размещение произошло без разрешения правообладателя, не является нарушением авторского права.

На позицию Суда, по всей видимости, повлияли следующие обстоятельства. Помещение своего и чужого авторского контента внутрь своего материала для обмена им между пользователями стало технологической чертой функционирования всех социальных сетей. В этой связи вопрос о легальности действий пользователей оказался тесно связан с дальнейшим существованием социальных сетей в правовом пространстве.

В данном деле предмет и обстоятельства дела оказались гораздо менее значимыми, чем юридические последствия выносимого судебного решения.

Обстоятельства дела. Немецкая компания *BestWater International GmbH*, занимающаяся продажей аппаратуры для фильтрации воды, предъявила иск о нарушении авторских прав к двум физическим лицам: Михаэлю Мебесу и Штефану Потчу, которые разместили промо-видеоматериалы компании из *YouTube* на своей странице в социальных сетях, используя прием фрейминга.

Вынося решение, Суд справедливости ЕС отчасти опирался на технологические особенности фрейминга. Фрейминг позволяет интер-

¹ C-348/13 (*BestWater International GmbH v. Michael Mebes and Stefan Potsch*).

нет-пользователям, кликнув на ссылку, которая загружает и показывает контент, размещенный у провайдера, оказывающего хостинг-услуги (в данном случае — у *YouTube*), перейти к нему таким образом, что при просмотре материалы из ссылки оказываются внутри (в рамках) контента на веб-сайте, который содержит данную ссылку. Это означает, что материал, хранящийся на другом веб-сайте, может демонстрироваться независимо от этого веб-сайта. То есть пользователю не нужно покидать веб-сайт, содержащий ссылку, для того, чтобы ознакомиться с контентом, находящимся на другом сайте. В результате пользователь даже не всегда осознает, что используемый им материал находится на другом сайте.

Ответ на запрос о даче преюдициального заключения по делу *BestWater*, направленный немецким федеральным судом, более года находился в режиме ожидания, так как Суд справедливости ЕС должен был определиться со своей принципиальной позицией в отношении ссылок (*links*) в связи с рассмотрением другого дела, касающегося гиперссылок, а именно дела Свенсона¹.

В нем был поставлен вопрос о легальности гиперссылок с точки зрения эволюции авторского права применительно к использованию произведений в Интернете. Вынесенное 13 февраля 2014 г. Решение по делу Свенсона показало, что при определенных условиях владелец веб-сайта может использовать гиперссылки для направления пользователей к произведениям, охраняемым авторским правом, которые находятся в свободном доступе на другом веб-сайте.

В деле *BestWater* Суд справедливости ЕС конкретизировал этот общий подход, назвав условия, при которых отсылки к другому веб-сайту не нарушают авторские и смежные с ним права. В Решении от 21 октября 2014 г. было сказано, что вставка контента другого лица внутрь веб-сайта с использованием приема фрейминга правомерна, когда вставленный контент уже был свободно сообщен и доведен до сведения публики на законных основаниях на веб-сайте третьей стороны. В этом случае такая вставка не является сообщением для всеобщего сведения в смысле ст. 3 (1) Директивы 2001/29/ЕС. Следовательно, нарушения авторского права владельца контента не происходит.

Это согласуется с общей правовой позицией Суда справедливости ЕС. Она была заявлена им в Решении по делу *TVC (TVCatchup Ltd («TVC»))*².

¹ C-466/12 (*Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*).

² C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. and Others v. TV Catch Up Ltd.*). В связи со значимостью данного дела по нему высказались представители правительств Соединенного Королевства, Франции, Италии, Польши, Португалии, а также Комиссии ЕС.

В этом Решении, вынесенном 7 марта 2013 г. по запросу английского суда, рассматривавшего коллективный иск компаний, оказывающих услуги аналогового и цифрового вещания, к интернет-компаниям, предоставляющей услуги стриминга, давалось разъяснение положений ст. 3 (1) Директивы 2001/29/ЕС в отношении того, как следует толковать исключительное право обладателей авторских и смежных прав «сообщать публике».

TVC на своем сайте предоставлял услугу, которая давала пользователям возможность выбирать устройства для просмотра транслируемых телепередач. Подписчики компании могли пользоваться компьютерами, смартфонами, игровыми приставками. *TVC* утверждал, что стриминг не является сообщением, так как это чисто технический способ обеспечения приема оригинального телевизионного сигнала на обслуживаемой территории.

Суд справедливости ЕС не согласился с этим утверждением. Суд посчитал, что предоставление доступа к телевизионным программам путем их ретрансляции через Интернет с использованием специфических технических средств, отличающихся от средств первоначальной коммуникации, представляет собой новое «сообщение публике» в смысле европейского права.

Суд справедливости ЕС разъяснил, что сообщение публике в смысле авторского права происходит тогда, когда сообщение осуществляется другими техническими средствами, отличными от тех, что использовались первоначально, и направлено на приобщение «новой публики», т. е. дополнительной аудитории, на которую обладатель авторского права не рассчитывал, давая разрешение на использование произведения. Поэтому ретрансляция в Интернете текущих телевизионных передач без разрешения вещателя (или иного первоначального правообладателя) является нарушением авторских прав. Всякий стриминг фонограмм, фильмов или телепередач должен осуществляться только после получения разрешений или согласий правообладателей на такую дистрибуцию.

Ссылаясь на данный подход, Суд справедливости ЕС отметил по делу *BestWater*, что не имеет значения, какая именно техника ссылок используется, если ссылки ведут к веб-сайту, уже доступному публике в целом, а значит, приобщения новой публики не происходит.

В Решении от 22 января 2015 г. по делу *Pez Hejduk*¹ Суд справедливости ЕС уточнил вопрос о том, к юрисдикции какой страны относится спор о нарушении авторского права, когда оно произошло в Интернете.

¹ C-441/13 (*Pez Hejduk v. EnergieAgentur. NRW GmbH*).

Юридически правонарушение состояло в том, что охраняемое авторским правом произведение было выложено в сети «Интернет» таким образом, что любой желающий мог просмотреть его и загрузить без согласия правообладателя. Тем не менее фактические обстоятельства выглядели не столь однозначно. Г-жа Хеждук — профессиональный фотограф объектов архитектуры. Она создала фотографии зданий австрийского архитектора Георга Рейнберга. Архитектор использовал фотографии на конференции, организованной *EnergieAgentur* 16 сентября 2004 г., для иллюстрации своего выступления, на что он получил разрешение от фотографа.

Фотограф обратилась в австрийский суд, предъявив иск к организаторам конференции. Она обвинила их в нарушении ее авторских прав, выразившемся в размещении ее фотографий в сети «Интернет». Организаторы конференции оспорили юрисдикцию австрийского суда, указав, что веб-сайт находился в доменной зоне *.de* (Германия) и не предназначался для интернет-пользователей в Австрии. Ответчик полагал, что того обстоятельства, что веб-сайт был доступен с территории Австрии, недостаточно для того, чтобы спор оказался в юрисдикции австрийского суда.

В своем разъяснении Суд справедливости ЕС выделил два момента: право на обращение и определение размера ущерба. Право на обращение в суд в связи правонарушениями, совершенными в сети «Интернет», присутствует во всех государствах-членах независимо от того, в чьем доменном поле находится сайт, в силу Директивы 2001/29/ЕС.

Соответственно ст. 5 (3) Регламента (ЕС) от 22 декабря 2000 г. № 44/2001 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим спорам должна толковаться как означающая, что любой национальный суд, в который поступило обращение за судебной защитой, может рассмотреть иски о возмещении ущерба, когда сайт-нарушитель доступен на его территории. Впрочем, исходя из того, что защита авторского и смежных с ним прав в каждом государстве ограничивается пределами национальной территории, суд вправе оценивать только тот ущерб, который был причинен на его территории.

ГЛАВА XIV. НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА ПРИ ВЕДЕНИИ ДЕЛ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

§ 1. Общие вопросы

Адвокат, специализирующийся на вопросах, связанных с интеллектуальной собственностью, в своей практике сталкивается с довольно широким кругом проблем. Это обусловлено тем, что среди результатов интеллектуальной деятельности встречаются очень разные по своему содержанию объекты гражданских прав, которые, однако, имеют признаки, характерные для всех объектов данной подотрасли гражданского права России. В настоящей главе мы остановимся только на некоторых вопросах, с которыми сталкивается адвокат при ведении дел подобного рода.

Важно учитывать, что законодательство, регулирующее отношения, связанные с объектами интеллектуальной собственности, сочетает несколько аспектов:

- применение к таким отношениям общих положений гражданского законодательства;
- специфичность норм по поводу отношений, касающихся различных результатов интеллектуальной деятельности;
- отличие норм по поводу отношений, касающихся результатов интеллектуальной деятельности, от норм по поводу отношений, касающихся материальных объектов, в которых такие результаты выражены.
- Необходимо пояснить, что в современной зарубежной науке существуют различные классификации объектов интеллектуальной собственности. Так, «интеллектуальная собственность» является родовым понятием по отношению к «художественной собственности» (авторские, смежные права) и «промышленной собственности» (патентное право, право на средства индивидуализации товаров и услуг предпринимателей). Отметим, что такая классификация является весь-

ма условной. Некоторые объекты невозможно однозначно отнести к художественной или промышленной собственности. Например, программы для ЭВМ, которые относятся к объектам авторского права, можно и, наверное, правильнее отнести к объектам промышленной собственности. В законодательных актах, принятых в Российской Федерации, не проводится различия между промышленной и художественной собственностью. В настоящей главе мы будем использовать общий термин «интеллектуальная собственность».

Подотрасль права интеллектуальной собственности можно условно разделить на четыре самостоятельных института¹.

Первый — институт авторского права и смежных прав, которым регулируются отношения, связанные с созданием и использованием произведений науки, литературы, искусства, а также исполнений, фонограмм, постановок, передач организаций эфирного и кабельного вещания. Ко *второму институту* указанной подотрасли относят патентное право, которым регулируются имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, возникающие в связи с использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. *Третий институт* — правовая охрана средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции (работ, услуг). Средства индивидуализации приравнены к результатам интеллектуальной деятельности (ст. 1226 ГК РФ); к ним относятся: фирменные наименования, товарные знаки и знаки обслуживания, а также наименования мест происхождения товаров. По выбранной нами классификации *четвертый институт* подотрасли права интеллектуальной собственности представляет собой институт охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности. Этот институт — один из наиболее сложных и спорных в праве интеллектуальной собственности. Среди нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности называют научные открытия, информацию, составляющую коммерческую тайну, служебную тайну, интегральные микросхемы, результаты селекционной деятельности, рационализаторские предложения. Правовая охрана таких объектов обусловлена необходимостью защиты законных интересов участников экономического оборота, тратящих время, силы и средства на разработку и внедрение новых технологий, способов организации ведения

¹ Такое деление проведено профессором А. П. Сергеевым (см.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 20).

бизнеса, которые часто не могут быть защищены с помощью традиционных методов правовой охраны¹.

Знание особенностей вышеназванных институтов права интеллектуальной собственности имеет большое значение, поскольку при ведении дел, связанных с объектами интеллектуальной собственности, важно учитывать принципиальное различие между объектами художественной собственности и промышленной собственности. Адвокату, который ведет дело, связанное с объектами интеллектуальной собственности, необходимо понимать, что большое значение имеет *различие моментов возникновения* прав на художественную собственность и на промышленную собственность. Приведем некоторые примеры.

1. Прежде всего отметим, что в странах англосаксонской системы возникновение авторского права обычно связывается с *фиксацией* произведения, а в странах континентального права оно возникает *автоматически* с момента создания произведения. Это объясняется различием подходов к охране результатов творческой деятельности. В странах общего права особое внимание уделяется обществу в целом, и охраняется произведение как таковое. Здесь получила развитие теория «авторского права» (*copyright*). В странах континентального права акцент делается на личности автора, которую право стремится защитить, обеспечив охрану созданного автором произведения. Здесь распространена философия «прав автора» (*droit d'auteur*)².

По правилам российского законодательства авторское право на произведение науки, литературы, искусства возникает в силу факта его создания, и не требуется регистрации произведения, иного оформления или соблюдения каких-либо формальностей. В нашей стране, однако, сложилась практика регистрации объектов авторского права в Российском авторском обществе (далее — РАО). Такая деятельность РАО часто имеет негативные последствия, так как для регистрации необходимы только заявление лица и оплата установленного РАО сбора. Проверка достоверности предоставленной информации не осуществляется. Внести какие-либо изменения в осуществленную регистрацию или аннули-

¹ Отметим, что существуют иные классификации объектов результатов интеллектуальной деятельности. Например, профессор В.А. Дозорцев предложил, во-первых, использовать термин «объекты исключительных прав», а, во-вторых, разработал схему под названием «Система исключительных прав», которая подробно изложена вместе с комментарием ее автора в книге: *Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр частного права. М., 2003. С. 31–51.*

² См.: *Жосселен М. Понятие договора об использовании прав автора: сравнительно-правовой анализ // Бюллетень по авторскому праву. 1998. № 11.*

ровать ее практически невозможно. Поэтому в случае, если какое-либо произведение зарегистрировано РАО на имя лица, не являющегося его автором, действительному автору придется доказывать свое авторство в судебном порядке. Имел место случай, когда РАО зарегистрировало несколько произведений на русском языке на имя лица, являющегося гражданином США и не владеющего русским языком.

2. Приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца устанавливается по дате подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент)).

3. Приоритет товарного знака устанавливается по дате подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Исключительное право юридического лица на использование фирменного наименования возникает с момента регистрации (п. 2 ст. 1475 ГК РФ).

4. Хотелось бы отдельно остановиться на таком специфическом объекте гражданских прав, как информация, составляющая коммерческую тайну. При ведении дела, связанного с охраной и (или) защитой информации, составляющей коммерческую тайну, адвокату необходимо учитывать, что права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им специального режима, определенного в ст. 10 Федерального закона от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее — Федеральный закон о коммерческой тайне).

Само существование права на информацию, составляющую коммерческую тайну, зависит от соблюдения этого необходимого режима, поскольку информация, единожды доведенная до неопределенного круга лиц, теряет свою секретность и поступает в общественное пользование.

Не требуется, чтобы информация была неизвестна никому вообще, — главное, чтобы она не была общеизвестной. Условие о том, чтобы коммерческая тайна не была общеизвестной, выполняет функцию обособления объекта, которая необходима для коммерческого оборота. Такое обособление осуществляется фактически. Известность информации единичным лицам — не препятствие для признания информации коммерческой тайной. Нереально требовать, чтобы информацией владело только одно лицо, так как выполнение этого было бы трудно проконтролировать¹.

¹ См.: Дозорцев В. А. Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Российская юстиция. 2000. № 3.

От коммерческой тайны нельзя требовать «новизны», как это имеет место в случае с патентоспособным изобретением. Но в том случае, если общеизвестным является аналогичное решение, охрана в качестве коммерческой тайны невозможна, хотя совпадение чаще всего не абсолютно. Необщеизвестность может быть предметом спора, принятие решения по которому находится в компетенции суда. В данном случае трудность — в установлении эквивалентности аналогичных решений.

Необходимо отметить, что требование необщеизвестности по-разному понимается в различных правовых системах. Например, в Российской Федерации арбитражные суды дают свою оценку общеизвестности той или иной информации. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 24 ноября 1998 г. № 3900/98 говорится, что для режима служебной или коммерческой тайны главным требованием является неизвестность информации третьим лицам; при этом нельзя установить ограничения в пользовании сведениями, получившими распространение через средства массовой информации. И такие сведения уже нельзя признать коммерческой тайной того или иного лица, поскольку ими утрачивается признак неизвестности информации третьим лицам.

Во Франции придерживаются той точки зрения, что коммерческая тайна вовсе не обязательно должна быть конфиденциальной, — важно лишь то, что она создана и удовлетворяет определенные потребности. Английские же судьи проводят анализ уровня общих знаний, осведомленности и технической информированности в данной области для того, чтобы установить факт известности данной информации, — практически проводят экспертизу на новизну, как и в случае с патентоспособным решением¹.

В Германии критерий «секретности, тайности» объекта является одним из отличительных признаков коммерческой тайны. Некоторые германские юристы считают, что существуют коммерческие тайны, которые известны всем специалистам какой-либо профессии, и такое знание составляет «виртуальное общее владение» (*virtueller Allgemeinbesitz*)². Секретность имеет значение для коммерческой тайны в этом случае только при ее экономической оценке, а также при решении вопроса о защите права на нее. Тем не менее, с точки зрения немецких юристов, в отношении коммерческой тайны не требуется абсолютной секретности. Например, Федеральный верховный суд Германии решил,

¹ См.: Фейгельсон В. М. Интеллектуальная собственность, недобросовестная конкуренция и ноу-хау. М., 1999. С. 99.

² Meili T. Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht — Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens? Stämpfli, 2000. S. 12.

что производственный процесс фармацевтического продукта не может считаться находящимся в общественном пользовании, если специалист в данной области не может распознать различные ингредиенты, а также технологические тонкости их совмещения, не потратив на это большого количества времени и не прибегая к методу обратного проектирования, декомпилированию информации (*reverse engineering*)¹.

§ 2. Вопросы, которые необходимо учитывать на стадии подготовки искового заявления

При нарушении прав на объекты интеллектуальной собственности, а также на информацию, составляющую коммерческую тайну, необходимо учитывать, что на стадии подготовки искового заявления большое значение имеет сбор доказательств. В случае, когда речь идет о защите нарушенных прав на объекты интеллектуальной собственности, необходимо иметь в виду различие в способах представления доказательств в отношении объектов художественной и промышленной собственности. Это различие обусловлено названными выше особенностями *возникновения* прав на такие объекты.

1. Когда речь идет об объектах авторского права (литературное, научное произведение, фотографии, рисунки, музыкальное произведение и т. п.), нужно доказать само существование произведения. При этом полезными могут быть черновики, если речь идет о литературном произведении, музыкальном произведении, либо негативы фотографий, эскизы рисунков и т. п. В случае если не сохранились черновики произведения, важно представить опубликованный экземпляр произведения. В некоторых случаях произведения, опубликованные более 10–15 лет назад, не хранятся даже у их автора и не находятся в продаже. Тогда в любой государственной библиотеке можно получить копию этого произведения, заверенную соответствующим компетентным лицом (обычно — ученый секретарь библиотеки). Такие доказательства имеют большое значение, поскольку в спорах, связанных с авторскими правами, очень часто возникает вопрос об авторстве. И истинному автору необходимо доказать, что именно он создал то или иное произведение, и сделать это проще всего, показав факт более раннего создания произведения. В настоящее время сложность в представлении доказательств авторства на такие объекты авторского права, как литературные про-

¹ Цит. по: MacLaren T.F. Licensing Law Handbook, 1999–2000 edition: International Trade Secret Protection. West Group, 1999. P. 242 (ссылка на решение: BGH, GRUR, 1980, 750 — Pankreplex II).

изведения, составляет также то, что абсолютное большинство этих произведений создается в электронной форме. Очень часто произведения и хранятся в памяти компьютера или на внешнем носителе информации, и простое воспроизведение их на бумажных носителях может быть оценено судом как недопустимое.

При подготовке искового заявления, связанного с нарушением авторских прав, необходимо доказывать также и наличие у доверителя имущественных прав на произведения (в том случае, если предмет спора является нарушение имущественных прав). Так, по общим правилам исключительные права на использование произведения принадлежат автору (ст. 1228—1229 ГК РФ).

Но существуют некоторые исключения. Так, согласно ст. 1295 ГК РФ, исключительные права на использование служебного произведения (которое создано лицом в порядке выполнения служебных обязанностей или конкретного задания его работодателя) принадлежат работодателю, если договором между ним и автором не предусмотрено иное. Также важно учитывать возможность передачи доверителем определенной части своих правомочий третьим лицам. Так, по авторскому договору доверитель мог передать исключительное право, например, на воспроизведение и распространение своего произведения третьему лицу. В этом случае доверитель может осуществлять защиту переданных прав (на воспроизведение и распространение) только в том случае, если его контрагент по договору сам не осуществляет защиту таких прав. Следовательно, необходимо удостовериться, что имущественные права доверителя на то или иное произведение не принадлежат иным лицам.

Особую трудность при сборе доказательств могут представлять случаи с такими сложными объектами авторского права, как аудиовизуальные произведения.

В создании аудиовизуального произведения (кино-, телефильм, мультипликационный фильм и т. п.) принимает участие большое число творческих и иных работников, осуществляющих разнородную деятельность, поэтому индивидуальное авторство физического лица на аудиовизуальное произведение в целом исключается¹. Авторами аудиовизуального произведения являются режиссер-постановщик, автор сценария, автор музыкального произведения, созданного специально для данного аудиовизуального произведения. Очень часто ситуация еще более усложняется, когда, например, сценарий пишется несколькими лицами либо

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие, Система. Задачи кодификации: Сборник статей. С. 146.

первоначальный сценарий дорабатывается, перерабатывается в ходе съемочного процесса. Эти моменты очень важно учитывать не только при сборе соответствующих доказательств, но и в случае, когда адвокат привлечен для юридического сопровождения процесса съемки аудиовизуального произведения на стадии заключения договоров со сценаристом, композитором, режиссером-постановщиком и иными лицами. Недостаточная регламентация взаимоотношений названных лиц с изготовителем аудиовизуального произведения (продюсером) может привести к возникновению конфликта между ними. Например, на практике встречались ситуации, когда продюсер заказывал создание сценария четырем разным сценаристам одновременно и потом выдавал им справки о том, что каждый из них является автором оригинального сценария, на основании которого было изготовлено (снято) аудиовизуальное произведение. В результате вопрос о том, кто же является автором оригинального сценария, был предметом судебного разбирательства между четырьмя сценаристами и продюсером.

Адвокату необходимо учитывать, что в некоторых случаях его доверитель — обладатель исключительных прав на произведение не может препятствовать использованию этого произведения третьими лицами.

Во-первых, произведение может быть воспроизведено без согласия автора и без выплаты ему авторского вознаграждения в личных целях, за исключением воспроизведения произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений, воспроизведения баз данных или существенных частей из них, воспроизведения программ для ЭВМ (за исключением случаев, разрешенных законом), репродуцирования книг в полном объеме, нотных текстов и т. д. (ст. 1273 ГК РФ).

Во-вторых, допускается, например, цитирование произведения в оригинале и в переводе в научных, исследовательских, полемических, критических и информационных целях в объеме, оправданном целью цитирования. Цитирование разрешается законом без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора и источника заимствования (ст. 1274 ГК РФ).

Однако необходимо очень осторожно использовать эту возможность, поскольку при злоупотреблении ею автором цитируемого произведения может быть поднят вопрос о том, что объем «цитаты» не соответствует цели цитирования. Здесь проблема будет решаться с точки зрения сравнительного анализа цитируемого и основного произведений. Иногда возникает необходимость в проведении литературоведческой экспертизы.

2. В случае, когда речь идет о сборе доказательств при подготовке процесса относительно объектов промышленной собственности,

нет необходимости (и часто — возможности) представлять на обозрение суда сам объект. Например, изобретение, относящееся к химии или фармакологии, предъявить довольно трудно. Достаточно представления патента (или нотариально заверенной копии), а в случае необходимости — лицензионного договора, зарегистрированного в Роспатенте. То же самое относится к товарным знакам, знакам обслуживания и наименованиям мест происхождения товаров.

3. Остановимся более подробно на стадии подготовки процесса, связанного с защитой нарушенного права на информацию, составляющую коммерческую тайну.

Прежде всего адвокату необходимо будет доказать, что его доверителем был установлен режим коммерческой тайны в отношении определенной информации, т. е. им приняты правовые, организационные, технические и иные меры. В ст. 10 Федерального закона о коммерческой тайне указано, что «[м]еры по охране конфиденциальности информации, принимаемые ее обладателем, должны включать в себя: 1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну; 2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка; 3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана; 4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров; 5) нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства)».

В Федеральном законе о коммерческой тайне говорится также о том, что меры по охране конфиденциальности информации признаются разумно достаточными, если исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя и обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны.

Кроме того, может возникнуть вопрос о том, может ли та или иная информация вообще быть отнесена к коммерческой тайне. Во-пер-

вых, в целях обеспечения деятельности налоговой службы, правоохранительных и контролирующих органов законодатель установил перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну предприятия и предпринимателя. Указанный перечень содержится в постановлении Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну» (в ред. Постановления Правительства от 3 октября 2002 г. № 731), а также дополняется в ст. 5 Федерального закона о коммерческой тайне. К сведениям, которые не могут составлять коммерческую тайну, относятся, например, учредительные документы юридического лица, документы, дающие право заниматься предпринимательской деятельностью, сведения, необходимые для проверки правильности исчисления и уплаты налогов и других обязательных платежей в государственную бюджетную систему РФ, данные о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов, сведения о численности, составе работающих, об их заработной плате и условиях труда, а также о наличии свободных мест, сведения об участии должностных лиц предприятия в иных организациях, занимающихся предпринимательской деятельностью, и др. Помимо вышеуказанного Постановления Правительства РФ и ст. 5 Федерального закона о коммерческой тайне другие нормативно-правовые акты также содержат предписания относительно того, какие сведения не могут относиться к коммерческой тайне: например, в п. 7 ст. 19 Федерального закона от 11 августа 1995 г. «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» говорится, что к коммерческой тайне не относятся сведения о размерах, структуре доходов благотворительной организации и сведения о размерах ее имущества, ее расходах, численности работников, об оплате их труда и о привлечении добровольцев.

Во-вторых, информация, являющаяся коммерческой тайной того или иного юридического лица, не может храниться в секрете от тех лиц, которые имеют право на ознакомление с нею в соответствии с законодательством. В судебной практике РФ неоднократно возникали вопросы, связанные с доступом акционеров к документам акционерного общества, когда само общество относит такие документы к коммерческой тайне. Арбитражные суды при вынесении решений руководствовались следующим принципом: если истребуемые документы прямо поименованы в законе как документы, подлежащие представлению акционеру, то на них не распространяется режим коммерческой и служебной тайны, даже если информация, содержащаяся

в документах, отнесена действующим законодательством или локальными нормативными актами акционерного общества к коммерческой тайне¹. Очевидно, что информация, называемая в законодательных актах в качестве коммерческой тайны, не может быть предоставлена всем акционерам подряд, но может быть передана только тем лицам, которые получили к ней специальный допуск и будут нести ответственность в соответствии с законодательством РФ (например, содержание регистров бухгалтерского учета и внутренней бухгалтерской отчетности АО (см. п. 4 ст. 10 Федерального закона от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете»); однако нельзя путать документы бухгалтерского учета и документы финансовой (бухгалтерской) отчетности: баланс, отчет о прибылях и убытках, которые должны предоставляться всем акционерам без ограничений²).

Сбором и анализом документов, доказывающих право доверителя адвоката на информацию, составляющую коммерческую тайну, не исчерпываются все действия адвоката на стадии подготовки соответствующего искового заявления, поскольку может встать еще вопрос о наличии таких признаков коммерческой тайны, как действительная или потенциальная коммерческая ценность, о доказывании отсутствия возможности доступа к коммерческой тайне на законном основании и т. д. Любые споры относительно информации, являющейся коммерческой тайной, связаны с решением большого количества вопросов. В нашей стране судебная практика по делам о нарушении прав на коммерческую тайну пока еще не очень обширна. Вопросы, связанные с различными аспектами, относящимися к коммерческой тайне, были предметом рассмотрения английских, американских, германских судов на протяжении более 100 лет. Поэтому важно учитывать ту практику, которая сложилась в других странах.

§ 3. Отдельные проблемы, связанные с подготовкой адвокатом договоров о передаче прав на использование объектов интеллектуальной собственности

При подготовке договоров, посвященных объектам интеллектуальной собственности, адвокату необходимо учитывать несколько принципиальных моментов. Большое значение имеет понимание адвокатом правовой природы договора о передаче прав на использование

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2004. С. 416.

² См.: Ломакин Д. Право акционера на информацию // Хозяйство и право. 1997. № 11.

объекта интеллектуальной собственности. Этот вопрос был впервые поднят германскими юристами и судьями и имеет довольно долгую историю. Германские и швейцарские юристы выделяют обычно две теории, относящиеся к передаче прав на результаты интеллектуальной деятельности:

1) теорию «раскола» (*Abspaltungstheorie*)¹. Данная теория состоит в том, что от основного права (так называемого материнского права (*Mutterrecht*)) «откалывается» право пользования (так называемое дочернее право (*Tochterrecht*)). Таким образом, право пользования действует абсолютно, как и охраняемое право, и при этом независимо от него с правовой точки зрения. С позиции объема, если в договоре нет территориальных ограничений и ограничений по видам использования, такое право пользования соответствует тем правомочиям, которыми обладает правообладатель при отсутствии договора. После предоставления исключительного права у правообладателя остается формально охраняемое право.

В Германии, бесспорно, признается возможность передачи права на объекты интеллектуальной собственности. При этом считается реальным качественное разделение таких объектов (*qualitative Teilbarkeit*);

2) теорию обременения (*Belastungstheorie*)². Данная теория появилась в Германии, и в соответствии с ней права обладателя охраняемого права обременяются правомочиями другого лица, носящими исключительный характер. Подобное мнение встречается также и в швейцарской литературе³. Считается, что обременение находится на промежуточном уровне между «действительной» передачей и предоставлением правомочия использования, носящим обязательственный характер (*Nutzungsberechtigung*)⁴. Это «промежуточное звено» не нашло никакого отражения в законодательстве.

Отметим, что англо-американское право рассматривает лицензию как обременение права, которое действует и при передаче права, и это правило действует одинаково в отношении как исключительной, так и простой лицензии.

Несмотря на схожесть правовой природы договоров о передаче прав на объекты интеллектуальной собственности, при подготовке

¹ Немецкие авторы, разделяющие данную теорию: *Pfaff, Hubmann, Goetting*.

² Немецкие авторы, разделяющие данную теорию: *Nirk, Forkel*.

³ *Hilty R.M. Lizenzvertragsrecht. Stämpfli, 2001. S. 108.*

⁴ *Ibid. S. 145.*

этих договоров в отношении различных объектов интеллектуальной собственности необходимо учитывать присущую им специфику.

В соответствии со ст. 1288 ГК РФ по договору авторского заказа одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме.

Материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, если соглашением сторон не предусмотрена его передача заказчику во временное пользование.

Договор авторского заказа является возмездным, если соглашением сторон не предусмотрено иное.

Договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах.

В случае, когда договор авторского заказа предусматривает отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, к такому договору соответственно применяются правила ГК РФ о договоре об отчуждении исключительного права, если из существа договора не вытекает иное.

Если договор авторского заказа заключен с условием о предоставлении заказчику права использования произведения в установленных договором пределах, к такому договору соответственно применяются положения, предусмотренные ст. 1286 и 1287 ГК РФ.

Согласно ст. 1289 произведение, создание которого предусмотрено договором авторского заказа, должно быть передано заказчику в срок, установленный договором.

Договор, который не предусматривает и не позволяет определить срок его исполнения, не считается заключенным.

В случае, когда срок исполнения договора авторского заказа наступил, автору при необходимости и при наличии уважительных причин для завершения создания произведения предоставляется дополнительный льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, если соглашением сторон не предусмотрен более длительный льготный срок. В случаях, предусмотренных п. 1 ст. 1240 ГК РФ, это правило применяется, если иное не предусмотрено договором.

По истечении льготного срока, предоставленного автору в соответствии с п. 2 ст. 1289 ГК РФ, заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа.

Заказчик также вправе отказаться от договора авторского заказа непосредственно по окончании срока, установленного договором для его исполнения, если договор к этому времени не исполнен, а из его условий явно вытекает, что при нарушении срока исполнения договора заказчик утрачивает интерес к договору.

При подготовке *лицензионного договора* о передаче изобретения, промышленного образца и полезной модели, в отношении которых имеется патент, важно предусматривать способы использования указанных объектов, а также порядок выплаты вознаграждения. Вознаграждение по лицензионному договору, так же как и по авторскому, может выплачиваться в виде единовременного платежа либо в виде периодических платежей (роялти).

Анализ правовых условий договоров о передаче права на использование информации технического характера, составляющей коммерческую тайну, заключаемых отечественными и зарубежными предпринимателями, а также руководств по составлению договоров о передаче коммерческой тайны и типовых договоров, разработанных довольно давно в рамках ЕЭК ООН и ВОИС, показывает, что права и обязанности сторон по договору о передаче коммерческой тайны в значительной степени *совпадают* с правами и обязанностями лицензиара и лицензиата по лицензионному договору о передаче запатентованного изобретения¹. Несмотря на это, важно учитывать особенности предмета договора о передаче коммерческой тайны, который не может не влиять и на все остальные условия этого договора. Обе стороны при подписании договора идут на определенный риск, связанный с тем, что информация, составляющая коммерческую тайну, станет так или иначе доступна третьим лицам. Кроме того, при подписании договора о передаче коммерческой тайны контрагент ее обладателя, как правило, не владеет этой информацией и не может уверенно судить о получаемых преимуществах, об их длительности, а также о возможности реального достижения желаемого результата с помощью получаемой по договору информации. Отметим также такую особенность договора о передаче коммерческой тайны, как «необратимость передачи» информации, составляющей коммерческую тайну. Это означает, что после окончания срока действия договора о передаче коммерческой тайны информация, переданная по договору (вне зависимости от формы передачи — устной или письменной), навсегда останется у ее

¹ См., например: Руководство по составлению договоров на международный консультативный инжиниринг. Женева: ЕЭК ООН, 1983 (с изм. и доп., 1993); Legal Aspects of License Agreements in the Field of Patents, Trademarks and Know-How. Geneva: WIPO, 1972.

получателя, так как никакие законодательные и договорные правила не смогут заставить его «забыть» эту информацию.

Объем настоящей главы, к сожалению, не позволяет охватить все вопросы, с которыми сталкивается адвокат при оказании юридической помощи своим доверителям в отношении объектов интеллектуальной собственности. При работе адвокату прежде всего необходимо учитывать, что право интеллектуальной собственности — одна из самых интенсивно развивающихся подотраслей гражданского права и связано это с тем, что по мере развития общества появляются новые объекты гражданских прав, на создание которых затрачивается большое количество творческой энергии и финансов и которые требуют правового регулирования. Такие объекты могут быть отнесены законодателем или судебной властью к интеллектуальной собственности. Так, в настоящее время в России широко обсуждается вопрос об отнесении информации, составляющей коммерческую тайну, к объектам интеллектуальной собственности. Также сейчас во многих странах широко обсуждаются и иные вопросы, в частности патентные аспекты клонирования клеток, патентования живых форм (например, в США поступила патентная заявка на способ комбинирования клеток эмбрионов человека и животного), и т. п.

ГЛАВА XV. ОКАЗАНИЕ АДВОКАТАМИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ СУБЪЕКТАМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Начало экономических реформ в современной России характеризовалось на первом этапе не только определенным спадом производства, но также и достаточно выраженным правовым нигилизмом, когда зарождающееся предпринимательство в некоторой степени сдерживалось достаточно непопулярными ограничениями. Это объяснялось не только отсутствием надлежащей правовой базы, которая начала формироваться лишь в конце 90-х годов XX в., но также и стремлением государства «зарегулировать» практически все аспекты деятельности хозяйственных формирований нового типа, лишить их даже самой незначительной самостоятельности. Все это очень ярко проявилось и в законодательстве той поры.

Скажем, весьма важный для того времени Закон СССР от 26 мая 1988 г. «О кооперации в СССР»¹ являлся именно таковым нормативным актом. Наряду с необходимыми для надлежащего функционирования кооперативов правовыми нормами данный Закон содержал положения, которые по сути в некоторой степени выхолащивали прекрасную идею создания еще в бывшем СССР реального частного сектора экономики. Чего только стоят статьи данного Закона об «основах хозяйственной деятельности кооператива» (ст. 17), о «планировании» кооперативами своего производства (ст. 18), о «ценах и ценообразовании» (ст. 19), о «доходах и их распределении» (ст. 20) и многие-многие другие!

Сегодня эти правовые нормы могут вызвать только улыбку или недоумение, а в те годы вследствие применения на практике данных законодательных норм кооперативное движение в бывшем СССР оказалось недостаточно эффективным.

¹ Ведомости ВС СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

То же можно сказать и о совместных предприятиях, которые стали прообразами современных субъектов хозяйствования с привлечением иностранного капитала.

Начиная новые экономические реформы, связанные с переходом России к рыночным формам хозяйствования, государство ставило задачу не только создать реальные предпосылки для становления и развития предпринимательства, но и выработать надежные правовые гарантии этой деятельности. Помимо гражданско-правовых гарантий независимости предпринимательской деятельности государством установлены и иные, достаточно жесткие правила. Скажем, в соответствии со ст. 169 УК РФ *«Воспрепятствование законной предпринимательской и иной деятельности»* *неправомерный отказ в государственной регистрации индивидуального предпринимателя или юридического лица либо уклонение от их регистрации, неправомерный отказ в выдаче специального разрешения (лицензии) на осуществление определенной деятельности либо уклонение от его выдачи, ограничение прав и законных интересов индивидуального предпринимателя или юридического лица в зависимости от организационно-правовой формы, а равно незаконное ограничение самостоятельности либо иное незаконное вмешательство в деятельность индивидуального предпринимателя или юридического лица, если эти деяния совершены должностным лицом с использованием своего служебного положения,* могут повлечь за собой достаточно суровое уголовное наказание, даже в виде лишения свободы.

Можно в связи с этим констатировать, что сегодня есть все необходимые правовые предпосылки для успешной реализации планов по развитию предпринимательства. Соответствующая правовая база обширна, способствует успешному функционированию субъектов предпринимательской деятельности, защищает их от неоправданного вмешательства со стороны органов государственной власти и правоохранительных структур.

Тем не менее постоянное совершенствование законодательной базы в России путем принятия новых нормативных правовых актов и внесения изменений в действующие (темп — в среднем 2—2,5 тыс. документов в месяц)¹ создает значительные трудности в их применении лицами, не являющимися квалифицированными юристами. Поэтому особенно в последние 5—10 лет резко возросла потребность в юристах, хорошо разбирающихся в основах гражданского, предпринимательского, налогового, трудового законодательства. Без их помощи пред-

¹ Смоленский М.Б. Адвокатура в Российской Федерации. СПб., 2003. С. 210.

принимателям все труднее заниматься бизнесом, получать прибыль от своей хозяйственной деятельности. Многие компании (и не только крупные) создают в своих структурах правовые департаменты, отделы или службы, которые ведут всю правовую работу, помогают бизнесменам избежать неоправданных рисков и убытков. Все большее число субъектов предпринимательства обращаются за правовой помощью к адвокатам. И это не случайно, поскольку адвокаты, оказывающие юридическую помощь предпринимателю, не связаны с ним служебными, подчиненными отношениями и потому могут более объективно и непредвзято оценивать те или иные ситуации, складывающиеся в процессе хозяйствования, нежели юристы, состоящие в штате и получающие заработную плату у предпринимателя. Это, разумеется, не означает, что адвокаты в таком случае не получают вознаграждения за свою работу. Гонорары адвокатов за оказание юридической помощи предпринимателю порой могут значительно превышать средние заработки штатных юристов данной организации. В то же время объем и уровень оказанной адвокатами помощи могут быть существенно выше объема и уровня работы, проводимой сотрудниками правовой службы конкретной хозяйственной структуры.

В соответствии с ГК РФ субъектами предпринимательской деятельности могут являться юридические лица, зарегистрированные в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий, некоммерческих организаций, а также граждане — предприниматели без образования юридического лица, зарегистрированные в установленном порядке.

Виды юридической помощи адвокатов организациям и учреждениям, занимающимся предпринимательской деятельностью, или индивидуальным предпринимателям в настоящее время определяются Законом об адвокатуре.

Гражданским кодексом РФ (гл. 39) в настоящее время предусмотрен порядок оказания возможных услуг правового характера, но полностью данная глава к адвокатам неприменима, поскольку деятельность адвокатов при осуществлении ими профессиональных функций не имеет цели извлечения прибыли, т. е. не носит характер предпринимательской деятельности.

В чем мы видим преимущество деятельности адвоката при обслуживании субъектов предпринимательской деятельности перед штатными юристами, работающими в организациях?

Помимо указанного выше мы полагаем, что правовая защита адвокатской деятельности дает гарантии неразглашения служебной и ком-

мерческой тайны организации, ставшей известной адвокату в процессе правового обслуживания.

Так, согласно ст. 8 Закона об адвокатуре адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения. Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителя. Это же положение закреплено и в ст. 56 УПК РФ.

Что же касается штатных юристов организации, то они подобным «адвокатским» иммунитетом не обладают. Поэтому такие работники не вправе отказаться от дачи показаний сотрудникам правоохранительных органов по вопросам, связанным с финансово-хозяйственной деятельностью организации, если только данная информация напрямую не затрагивает их личные интересы, когда в соответствии со ст. 51 Конституции РФ они вправе не свидетельствовать против себя.

Кроме того, присутствие адвоката при проведении правоохранительными органами проверок, а также при производстве ими следственных действий (а эти проверки нередко осуществляются путем силового проникновения на территорию субъекта предпринимательской деятельности, изъятия документов, опросов должностных лиц и т. п.) позволяет доверителю избежать ошибок, которые в дальнейшем могут затруднить работу организации, помогает выработать правильную правовую позицию. Более того, зачастую такие «силовые акции» сопровождаются задержаниями или даже арестами некоторых лиц. В такой ситуации участие адвоката просто необходимо, поскольку в силу закона никто, кроме него, не вправе оказывать задержанному или арестованному соответствующую правовую помощь. Адвокатам нередко ранее самим приходилось принимать участие в мероприятиях подобного рода, и правильно выработанная адвокатами стратегия и тактика защиты интересов предпринимателей помогали в дальнейшем избежать весьма серьезных негативных последствий.

Скажем, в результате возникшего серьезного экономического конфликта между двумя хозяйствующими субъектами г. Москвы следственными органами были незаконно задержаны, а затем арестованы и помещены в следственный изолятор под стражу два сотрудника корпорации «Ф», граждане П. и Г.¹ Несмотря на сомнительность предъявленных обвинений, эти граждане более двух месяцев находились в заключении. Только благодаря активной позиции адвокатов данное уголовное дело было передано для дальнейшего расследования в Следственный комитет РФ, а затем уголовное преследование указанных лиц было прекращено в связи с непричастностью их к совершенным хищениям и иным преступлениям.

Можно констатировать, что адвокат в силу своих правомочий препятствует незаконным действиям со стороны правоохранительных органов в отношении субъектов предпринимательской деятельности, если таковые действия имеют место.

Мы уже говорили о том, что формы оказания адвокатами правовой помощи субъектам предпринимательской деятельности весьма разнообразны.

Среди них мы помимо уже отмеченных хотели бы выделить работу по подготовке правовых заключений по стратегическим направлениям деятельности субъектов предпринимательства.

Кто-то из адвокатов в своей работе называет этот вид деятельности правовым аудитом, на Западе ее именуют «*due diligence*», существуют и другие термины. Основное содержание данного направления работы адвоката — подготовить для предпринимателя максимально полный анализ предполагаемой коммерческой сделки с его (предпринимателя) участием, подробно описать возможные риски и убытки, которые могут возникнуть в процессе реализации конкретной сделки. Особое место в этой работе занимает подготовка адвокатами информации об объекте, который намеревается приобрести предприниматель. Как однажды очень точно сказал по этому поводу известный российский предприниматель, владелец корпорации «Евраз-холдинг» Александр Абрамов, «приобретая в собственность новый объект, я должен быть уверен в том, что не получу затем приглашение в суд». И действительно, при покупке любого объекта собственности новый владелец должен быть на 100% уверен в том, что этот объект не находится в залоге, собственности третьих лиц, под арестом и т. п. В противном случае вместо надлежащего владения данным объектом собственности предприниматель будет вынуж-

¹ Из практики адвокатов Межтерриториальной коллегии адвокатов «Клишин и партнеры г. Москва».

ден тратить силы и средства на доказывание своих имущественных прав на этот объект. Поэтому адвокаты придают этому виду своей профессиональной деятельности очень большое значение и весьма заинтересованы в подобной работе.

Адвокатами в процессе своей профессиональной деятельности разработаны достаточно подробные методики проведения правового аудита, которые эффективно применяются на практике по оказанию юридической помощи субъектам предпринимательской деятельности.

В связи с этим небезынтересны наработки, которые, по нашему мнению, могут быть полезны не только для коллег-адвокатов, выполняющих подобную работу, но и для самих предпринимателей.

Начиная работу по правовому аудиту, адвокаты, как правило, просят предоставить в свое распоряжение следующие документы и сведения:

1. Копии учредительных документов (устав, договор о создании (решение о создании), протокол учредительного собрания) со всеми изменениями и дополнениями (при наличии).

2. Копию письма с кодами Госкомстата (о видах деятельности, осуществляемых организацией).

3. Копии лицензии, разрешений, выданных государственными органами, имеющихся у организации и ее дочерних обществ (предварительные согласования антимонопольных органов, разрешение Банка России и т. п.).

4. Копии внутренних документов организации (при наличии):

- а) положения «Об Общем собрании акционеров»;
- б) положения «О Генеральном директоре»;
- в) положения «О Ревизионной комиссии»;
- г) положения «О Правлении»;
- д) положения об основных структурных подразделениях;
- е) штатного расписания;
- ж) иных положений, утвержденных в организации.

5. Копии протоколов общих собраний участников организации с момента создания.

6. Копии протоколов заседаний Совета директоров за последние три года (в случае, если такой орган существует).

7. Информацию (ФИО, занимаемая должность, должности в других предприятиях, сведения об участии в уставных капиталах других организаций) о лицах, входящих в органы управления (единоличный исполнительный орган, коллегиальный исполнительный орган, совет директоров) на текущую дату.

8. Копии документов организации на текущую дату, свидетельствующие о назначении (избрании) учредителем лиц в состав органов

управления организации (совета директоров — при наличии), а также единоличного исполнительного органа — правления (при наличии).

9. Копии договоров (контрактов), заключенных организацией с членами исполнительных органов организации (при наличии).

10. Перечень действующих доверенностей на лиц, имеющих право на совершение юридически значимых действий от имени организации с указанием даты выдачи, данных о поверенном, полномочий, предоставленных лицу доверенностью, сроков действия указанных доверенностей (при наличии).

11. Перечень лиц, имеющих право на распоряжение денежными средствами организации (лица, имеющие право первой и второй подписи в финансовых документах).

12. Информацию о лицах, отнесенных к категории заинтересованных в совершении организацией сделок (с указанием основания «заинтересованности»).

13. Копии документов, подтверждающих право собственности (иные права) организации и ее дочерних обществ на имущество (движимое и недвижимое).

14. Копию бухгалтерского баланса организации за последний отчетный период и за последний окончанный финансовый год, аудиторское заключение, пояснительную записку.

15. Сведения о дочерних и зависимых хозяйственных обществах с указанием следующей информации:

- а) доля в уставном капитале каждого общества;
- б) краткая справка о деятельности каждого общества;
- в) другие участники обществ и принадлежащие им доли в уставном капитале каждого дочернего или зависимого общества.

16. Копии аудиторских, оценочных и иных аналитических документов, касающихся финансово-хозяйственной, правовой деятельности за последние три года.

17. Копии документов, подтверждающие обременение имущества организации и (или) ее дочерних обществ, а также являющиеся основанием для установления подобных обременений (*зalog имущества, кредитные договоры, доверительное управление, сдача в аренду помещений, производственного оборудования и иного имущества*).

18. Сведения о проверках ИФНС, иных органов с представлением копий всех имеющихся актов и заключений с момента регистрации организации по настоящее время.

19. Перечень судебно-арбитражных дел, в которых организация являлась истцом и ответчиком за последние три года (*с комментариями отдельно по каждому делу*), сумма исковых требований по которым

превышает размер денежных средств свыше 10 тыс. руб. и (или) сумма иска по которым превышает 1% стоимости активов организации или дочерних обществ, по состоянию на текущую дату, а также за последние три года *(с приложением копий судебных и исполнительных документов)*.

20. Перечень судебно-арбитражных дел, связанных с деловой репутацией организации, а также с взаимоотношениями организации с государственными контрольно-надзорными органами *(ФНС РФ, ЦБ РФ, ГТК РФ и т. д.)*.

21. Соглашения, в которых предусматривается возможность установления исключительных или преимущественных прав третьих лиц в отношении продукции, имущества, ценных бумаг, услуг организации.

22. Сведения о векселях организации, находящихся в обращении, а также векселях, авалированных организацией.

23. Сведения о векселях иных организаций, находящихся в распоряжении организации.

24. Копии договоров, устанавливающих систему взаимоотношений между организацией и иными лицами по принципу «основное — дочернее общество».

25. Информацию и документы о крупных сделках, совершенных организацией за весь период деятельности (от 25% балансовой стоимости активов на дату принятия решения о сделке).

26. Выписки по всем счетам в банках с момента образования.

27. Все договоры, заключенные организацией с момента ее образования.

28. Налоговые декларации.

Естественно, что данный перечень не является исчерпывающим и может быть дополнен.

Следует подчеркнуть, что при принятии поручения о проведении правового аудита адвокату необходимо юридически грамотно изложить вопросы, поставленные предпринимателем-заказчиком, и, если это необходимо для уяснения задачи, добавить свои. Это позволит сделать правовую проблему понятной предпринимателю. Все вопросы следует излагать письменно. Далее необходимо по каждому вопросу подробно описать ситуацию на момент составления документа с обязательной ссылкой на нормативные акты и по каждому вопросу рекомендовать тот или иной образ действий.

Подготовка заключений по результатам правового аудита позволяет субъекту предпринимательской деятельности получить полное представление о правовой проблеме, путях ее разрешения или необходимости прекратить работу в этом направлении, если она идет вразрез с действующим законодательством.

Как показывает практика, уже составленное по поручению предпринимателя правовое заключение или акт правового аудита зачастую не только играет важную роль при урегулировании хозяйственных споров, возникающих по поводу предпринимательской деятельности, но также оказывает определенное влияние на разрешение конфликтов между предпринимателем и налоговыми органами, финансовыми проверяющими структурами, правоохранительными органами. Нередки случаи, когда в процессе какой-либо проверки, осуществляемой государственной контролирующей инстанцией, предъявленный предпринимателем этой инстанции акт правовой аудиторской проверки, проведенной адвокатами, помогает предпринимателю избежать штрафов и иных мер государственного принуждения.

Еще один важный аспект оказания адвокатами юридической помощи предпринимателям заключается в составлении договоров и сопровождении сделок, в претензионной работе. На первый взгляд эта работа не кажется сложной. В то же время при составлении договоров, при совершении различного рода гражданско-правовых сделок возникает масса дополнительных вопросов, на которые правильно и грамотно может ответить лишь адвокат-профессионал. Что в первую очередь выясняет адвокат при оказании такого рода правовой помощи?

Вначале надо выяснить, вправе ли данный субъект предпринимательской деятельности заключать те или иные сделки, имеет ли он право осуществлять виды деятельности, предусмотренные в заключаемом договоре (например, право оперативного управления основными фондами не дает права на их продажу; по договору доверительного управления имуществом доверительный управляющий по общему правилу не может быть выгодоприобретателем (ч. 3 ст. 1015 ГК РФ) и т. п.).

Существенным обстоятельством являются обязательные требования нормативных актов о наличии соответствующих лицензий на занятие определенной деятельностью и совершение определенных сделок. Их наличие или отсутствие необходимо проверить до составления договора, и если деятельность требует лицензии, а ее нет, то необходимо ее получить. Сроки получения лицензии могут затруднить исполнение договорных обязательств или вообще сделать их невозможными. Лицензия необходима на банковскую деятельность, страхование, строительные работы, производство спирта, оружия и т. п.

Весьма важно в процессе заключения сделки установить правомочность лица, подписывающего данную сделку со стороны контрагента. Договор может быть заключен лицом на основании полномочий,

предоставленных этому лицу в соответствии с учредительными документами коммерческой организации, или лицом, действующим по доверенности. В нашей адвокатской практике были случаи, когда у контрагента, действующего по доверенности, к моменту заключения сделки полномочия на заключение данной сделки были отозваны (ст. 188 ГК РФ). Нет необходимости говорить о том, что заключенный от имени такого ненадлежащего лица договор — недействительная сделка. Поэтому особое внимание при заключении подобного рода договоров необходимо уделять проверке полномочий лиц, подписывающих такие документы.

Существенным условием любого гражданско-правового договора является порядок рассмотрения споров и претензий по поводу его исполнения. Так называемая арбитражная оговорка, содержащаяся в договоре, во многом может способствовать в дальнейшем возникновению конфликтов уже по поводу ее реализации. Скажем, очень часто иностранные предприниматели, заключая гражданско-правовые сделки с российскими бизнесменами, настаивают на порядке рассмотрения споров в коммерческих третейских судах, расположенных на территории иностранных государств: в Лондоне, Стокгольме, Женеве и т. п. Кажущаяся привлекательность и солидность подобного способа урегулирования возможных коммерческих споров на практике оборачиваются серьезными потерями (времени, средств) для российских бизнесменов. Более того, существующий в России порядок признания и приведения в исполнение решений международных третейских судов не способствует оперативному разрешению возникающих хозяйственных споров между предпринимателями. Сюда же следует отнести и значительные финансовые затраты, необходимые для того, чтобы международный третейский суд все же собрался и вынес соответствующее решение. Таким образом, еще при составлении проекта договора адвокат обязан разъяснить предпринимателю возможные правовые последствия арбитражной оговорки, дать необходимые рекомендации по этому поводу, а в некоторых случаях настаивать на выборе в качестве органа по рассмотрению хозяйственных споров российских судебных органов. При имеющихся недостатках нашей судебной системы мы полагаем, что она является достаточно эффективной для разрешения конкретных хозяйственных споров.

При подготовке проектов договоров надо также учитывать особенности не только гражданского, но и других отраслей российского законодательства, например законодательства о валютном регулировании и контроле, налогового законодательства, требований нормативных

актов, регулирующих порядок бухгалтерского учета. Игнорирование данных положений может привести предпринимателя к серьезным финансовым потерям, которых можно избежать путем изменения условий заключаемых сделок, некоторого изменения предмета, условий или даже отказа от них, если риск слишком велик. Указанные финансовые потери могут явиться результатом применения финансовых санкций со стороны налоговых органов, органов валютного контроля и других контролирующих органов.

В процессе оказания юридической помощи адвокатов очень часто просят обратить особое внимание на возможность оптимизации налогообложения. На практике это не должно означать незаконный уход от налогов. Даже если некие «серые» или «черные» схемы ухода от налогов предприниматель пытается предварительно обсудить с адвокатом, мы абсолютно убеждены в том, что позиция адвоката в такой ситуации должна быть весьма жесткой, не приемлющей подобных ходов. Здесь не следует забывать и то, что существует Положение о порядке передачи информации в Федеральную службу по финансовому мониторингу адвокатами, нотариусами и лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 16 февраля 2005 г. № 82¹.

Согласно этому документу адвокаты, нотариусы и лица (организации и индивидуальные предприниматели), осуществляющие предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг, при наличии у них любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, уведомляют об этом Федеральную службу по финансовому мониторингу.

Адвокаты и нотариусы вправе передать информацию о таких сделках или финансовых операциях своих клиентов как самостоятельно, так и через адвокатскую и нотариальную палаты при наличии у этих палат соглашения о взаимодействии с Федеральной службой по финансовому мониторингу.

Данная информация представляется в Федеральную службу по финансовому мониторингу в течение трех рабочих дней, следующих за днем выявления соответствующей операции (сделки). Информация представляется в электронной форме по информационно-телекоммуникационным сетям, в том числе через официальный сайт Федераль-

¹ СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 659.

ной службы по финансовому мониторингу в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» либо на электронном носителе информации.

Такая информация может также представляться в электронной форме посредством использования инфраструктуры, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг в электронной форме в соответствии с постановлением Правительства РФ от 8 июня 2011 г. № 451 «Об инфраструктуре, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг в электронной форме»¹, либо иных государственных информационных систем при условии обеспечения надлежащего уровня защиты передаваемой информации, определяемого Федеральной службой по финансовому мониторингу.

Направляемая в электронной форме информация подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью.

При передаче в Федеральную службу по финансовому мониторингу информации должна обеспечиваться ее защита в соответствии с законодательством РФ.

В документ, указанный в п. 3 Положения, включаются следующие сведения:

- а) сведения, необходимые для идентификации клиента;
- б) вид операции (сделки) и основания ее совершения;
- в) дата совершения операции (сделки) и сумма, на которую она совершена;
- г) обстоятельства, послужившие основанием полагать, что операция (сделка) клиента осуществляется или может быть осуществлена в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма.

Формат представления информации, форма кодирования и перечни (справочники) кодов, подлежащих использованию при ее представлении, иные особенности представления информации, а также информационно-телекоммуникационные сети, подлежащие использованию для передачи информации в электронной форме, определяются Федеральной службой по финансовому мониторингу.

Речь конечно же не идет о том, что адвокат в таком случае превращается в доносителя на своего клиента. Но адвокат обязан в подобных ситуациях предупредить предпринимателя о возможных негатив-

¹ СЗ РФ. 2011. № 24. Ст. 3503.

ных последствиях применения различных сомнительных технологий и в случае, если предприниматель будет настаивать на использовании противозаконных мер, отказаться от оказания дальнейшей юридической помощи.

Мы затронули лишь несколько аспектов работы адвокатов при оказании правовой помощи субъектам предпринимательской деятельности. Важна роль адвоката в проведении переговоров с контрагентами предпринимателя, выборе организационно-правовых форм создаваемых субъектов предпринимательской деятельности, представлении интересов предпринимателей в налоговых органах и их отношениях с правоохранительными органами. Правильно и вовремя оказанная адвокатом правовая помощь субъектам предпринимательской деятельности позволит избежать ошибок, которые могут привести к неправильной правовой оценке деятельности этих субъектов и иметь самые серьезные последствия.

ГЛАВА XVI. УЧАСТИЕ АДВОКАТА ПРИ РАССМОТРЕНИИ ЖАЛОБ В ЕВРОПЕЙСКОМ СУДЕ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Введение

Участие адвоката при рассмотрении жалоб в Европейском Суде по правам человека является весьма важной частью его профессиональной деятельности.

В настоящей главе мы выносим на рассмотрение несколько важных практических вопросов, которые напрямую связаны с этой деятельностью. Для надлежащего изучения данных проблем необходимо уяснить:

- 1) что такое Совет Европы;
- 2) что такое Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод;
- 3) что такое Европейский Суд по правам человека;
- 4) как формируется Европейский Суд;
- 5) кто может стать судьей Европейского Суда;
- 6) что такое прецедентная практика Европейского Суда;
- 7) как осуществляется судопроизводство в Европейском Суде;
- 8) кто исполняет постановления Европейского Суда;
- 9) кто осуществляет контроль за исполнением постановлений Европейского Суда?

К сожалению, формат учебника не дает возможности подробно ответить на все вопросы, возникающие у того, кто интересуется практикой Европейского Суда.

§ 1. Совет Европы и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод

1.1. Совет Европы — это региональная международная организация, включающая 47 стран-участниц (далее — СЕ)

СЕ был создан после окончания Второй мировой войны 5 мая 1949 г. 10 государствами (Бельгия, Дания, Франция, Ирландия, Ита-

лия, Люксембург, Нидерланды, Норвегия, Швеция, Великобритания) в целях поддержки фундаментальных европейских ценностей: прав человека, демократии и верховенства права. В настоящее время помимо этих целей перед СЕ стоят задачи пропаганды и развития культурной самобытности и разнообразия Европы; поиска решения общих проблем, стоящих перед странами — членами СЕ: терроризма, коррупции, киберпреступности и др.; укрепления демократической стабильности путем поддержки политических, законодательных и конституционных реформ.

В центре правовой системы СЕ, насчитывающей более 200 международных договоров, — Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, подписанная в Риме в 1950 г. и вступившая в силу в 1953 г.

Нет сомнения, что этот международный договор является логическим продолжением доктрины «естественных» прав, своего рода «базовой станцией» в процессе эволюции «естественных» прав в права человека.

Легко проследить связь между философией Дж. Локка, Ш.Л. Монтескьё, Ж.-Ж. Руссо и Всеобщей декларацией прав человека, провозглашенной Генеральной Ассамблеей ООН, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и другими актами, принятыми в этой сфере в XX в.

Принципиальным отличием Конвенции является учреждение особого контрольного механизма, призванного обеспечить выполнение государствами-участниками своих обязательств в сфере защиты прав человека. Первоначально, до принятия Протокола № 11 к Конвенции, этот контрольный механизм состоял из трех звеньев: Комиссии по правам человека, Европейского Суда и Комитета министров СЕ. Особым, по утверждению некоторых исследователей (в частности, В.И. Манукяна), этот механизм является исходя из положения, содержащегося в Преамбуле к Конвенции, в которой говорится о том, что «[п]равительства, подписавшие настоящую Конвенцию, [являются] членами Совета Европы... преисполненные решимости... сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во Всеобщей декларации...»¹.

Это положение о «коллективном осуществлении» некоторых прав в последующем получило развитие в практике Европейского Суда, в частности в делах «Австрия против Италии» (жалоба № 788/60), «Кипр против Турции» (жалоба № 8007/77).

¹ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

Более того, изначально в «ткань» Конвенции было «вплетено» право на индивидуальное обращение в Европейский Суд, что было абсолютной новеллой для такой консервативной материи, как международное право. Пожалуй, впервые стало возможным утверждать, что человек является субъектом международного права наряду с государством.

Несомненно, что разработка и принятие Конвенции явились ответом европейских интеллектуалов на трагические события XX в. (Первую и Вторую мировые войны, возникновение тоталитарных режимов в ряде европейских стран). «Генетическая» связь членства в СЕ и участия в Конвенции четко прослеживается в положениях Устава СЕ и самой Конвенции (в частности, в положениях о денонсации).

Так, в соответствии со ст. 3 и 8 Устава СЕ может быть прекращено членство в СЕ государств, нарушивших базовые права и свободы, и наоборот, в соответствии со ст. 59 Конвенции выход из СЕ означает денонсацию Конвенции государством, заявившим о своем выходе из этой организации.

1.2. Правовой статус Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в национальной правовой системе

Принимая во внимание безусловный приоритет Конституции РФ (см. ч. 1 ст. 15 и Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П¹), с формальной точки зрения вопрос о месте Конвенции в российской правовой системе не вызывает особых затруднений.

В соответствии с положениями ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «[о]бщепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Как следует из текста Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»², Российская Федерация ратифицировала «Конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года с изменениями, внесенными Протоколами к ней № 3 от 6 мая 1963 года, № 5 от 20 января 1966 года и № 8 от 19 марта

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президиума Ленинградского окружного военного суда» // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6670.

² СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 151.

1985 года, и дополнениями, содержащимися в Протоколе № 2 от 6 мая 1963 года... и Протоколы к ней № 1 от 20 марта 1952 года, № 4 от 16 сентября 1963 года, № 7 от 22 ноября 1984 года, № 9 от 6 ноября 1990 года, № 10 от 25 марта 1992 года и № 11 от 11 мая 1994 года...».

На место и роль Конвенции в правовой системе РФ указывает текст интерпретирующего заявления к ст. 46 Конвенции, говорящей об обязательной силе и исполнении постановлений Европейского Суда:

«Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации».

Эти положения заставляют считаться с концепцией «*quality of law*» («качество закона»), так как она сформулирована в ряде постановлений Европейского Суда (от 6 декабря 2007 г. по делу «Лю и Лю против Российской Федерации» (жалоба № 42086/05), от 27 марта 2008 г. по делу «Штукатуров против Российской Федерации» (жалоба № 44009/05)). Фактически речь идет о проверке «качества» национального законодательства — проверке национального законодательства на соответствие критериям Конвенции.

Из вышеуказанных положений Конвенции и Федерального закона о ратификации вытекает обязательство российских властей принимать меры общего характера по исполнению решений и постановлений Европейского Суда, т. е. совершенствовать законодательство до уровня гарантий, установленных в практике Европейского Суда.

Следовательно, дальнейшее раскрытие роли Конвенции в российской правовой системе невозможно без анализа принципов и пределов толкования Конвенции Европейским Судом.

1.3. Принципы и пределы толкования Конвенции Европейским Судом

Рассматривая принципы и пределы толкования Конвенции, необходимо, с нашей точки зрения, остановиться на общих подходах, вытекающих из того факта, что Конвенция является международным договором, следовательно, к ней в полной мере могут быть отнесены принципы толкования, заложенные в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., и особенных подходах, продиктованных спецификой Европейского Суда как уникального судебного органа, создавшего свое собственное прецедентное право.

В соответствии со ст. 31 Венской конвенции «Общее правило толкования» договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Для целей толкования договора контекст охватывает кроме текста, включая преамбулу, и приложения.

Целью Конвенции, как указал Европейский Суд в своих достаточно ранних делах (Постановление от 7 июля 1989 г. по делу «Серинг против Соединенного Королевства» (жалоба № 14038/88), Постановление от 7 декабря 1976 г. по делу «Хандисайд против Соединенного Королевства» (жалоба № 5493/72)), являются защита личных прав человека, а также поддержание и развитие идеалов и ценностей демократического общества.

Следовательно, при толковании положений Конвенции Европейский Суд последовательно развивал положения Конвенции, принимая во внимание заявленные цели. Так, например, при толковании п. 1 ст. 6 Конвенции, которая гласит, что «[к]аждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона», Европейский Суд высказал позицию о том, что право на судебное разбирательство, охраняемое ст. 6, оказалось бы мнимым, если бы внутренняя правовая система Договаривающегося государства предусматривала возможность того, что вступивший в законную силу обязательный судебный акт не порождал бы юридических последствий в ущерб одной из сторон. Поэтому исполнение решения, вынесенного любым судом, должно рассматриваться в качестве неотъемлемой части «судебного разбирательства» для цели ст. 6 (см. Постановление от 19 марта 1997 г. по делу «Хорнсби против Греции» (жалоба № 18357/91)).

Известный интерес представляет применение вышеуказанного принципа толкования к ситуации разночтений в аутентичных текстах Конвенции на разных языках, т. е. английском и французском. В соответствии с п. 4 ст. 33 Венской конвенции, «[з]а исключением случая, когда в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи преимущественную силу имеет какой-либо один определенный текст, если сравнение аутентичных текстов обнаруживает расхождение значений, которое не устраняется применением статей 31 и 32, принимается то значение, которое с учетом объекта и целей договора лучше всего согласовывает эти тексты».

Данная норма нашла отражение в практике Европейского Суда, в частности в Постановлении от 26 апреля 1979 г. по делу «Санди Таймс против Соединенного Королевства» (жалоба № 6538/74), в котором Суд указал, что «при наличии двух аутентичных документов, но не являющихся совершенно одинаковыми, суд должен дать им толкование, которое сблизило бы их, насколько это возможно, и было бы наиболее подходящим для достижения целей Конвенции».

Иллюстрацией того, как различия между аутентичными текстами Конвенции порождают трудности перевода на другие языки, является ст. 38.

В официальном переводе п. 1 этой статьи на русский язык гласит, что если суд объявляет жалобу приемлемой, то он осуществляет исследование обстоятельств дела.

Если обратиться к английскому тексту Конвенции, то в нем используется фраза «*undertake an investigation*», т. е. «предпринимает расследование». Во французском тексте Конвенции используется выражение «*a procédé à une enquête*», что может быть переведено и как «приступает к расследованию», и как «приступает к исследованию». Остается добавить, что при переводе на русский язык было отдано предпочтение французскому тексту Конвенции. Такой подход, во-первых, не был основан на толковании этого термина Судом и, во-вторых, явственно показывает, насколько осторожно необходимо обращаться с текстом международного договора. Приведенный пример нам представляется важным, поскольку в отношении этой статьи Конвенции в дальнейшем возникла дискуссия при подготовке Протокола № 14 к Конвенции.

Особенность толкования Конвенции Европейским Судом может быть определена тем, что это толкование является «динамическим», «эффективным» и «автономным».

1. «Динамическое» толкование. Понятие «динамического» (или «развивающегося») толкования Конвенции дано в классическом Постановлении от 25 апреля 1978 г. по делу «Тайрер против Соединенного Королевства» (жалоба № 5856/72), в котором Суд постановил, что Конвенция — это «живой инструмент, который должен быть интерпретирован в свете условий сегодняшнего дня».

Рассматривая в данном деле вопрос о том, насколько телесные наказания в школах соотносятся с гарантиями, предоставляемыми ст. 3 Конвенции, Суд пришел к выводу о том, что необходимо опираться на современные стандарты, а не на те, которые существовали, когда Конвенция была принята.

В дальнейшем Суд, реагируя на меняющиеся условия жизни, использовал такой либеральный подход неоднократно, в частности

в делах о гомосексуальных отношениях (Постановление от 22 октября 1981 г. по делу «Даджен против Соединенного Королевства» (жалоба № 7525/76)), правах незаконнорожденных детей (Постановление от 13 июня 1979 г. по делу «Маркс против Бельгии» (жалоба № 6833/74)), эвтаназии (Постановление от 10 февраля 1993 г. по делу «Видмер против Швейцарии» (жалоба № 20527/92)).

Принципом, позволяющим Суду сбалансировать такой либеральный подход, является доктрина свободы усмотрения государства (*doctrine of margin of appreciation*), о которой пойдет речь далее.

2. «Эффективное» толкование. Под «эффективным» толкованием Конвенции понимается такое ее толкование Судом, которое обеспечивает эффективную защиту провозглашенных прав.

В часто цитируемом исследователями Постановлении от 13 мая 1980 г. по делу «Артико против Италии» (жалоба № 6694/74) Суд постановил, что Конвенция должна «гарантировать права не теоретически и иллюзорно, а практически и эффективно».

В этом деле Суд обнаружил нарушения подп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенции (право на защиту) в связи с тем, что адвокат, назначенный государством, оказывал помощь неэффективно.

Этот подход был подтвержден в Постановлении от 2 ноября 2010 г. по делу «Сахновский против Российской Федерации» (жалоба № 21272/03). Рассматривая жалобу заявителя на нарушение ст. 6 Конвенции, выразившееся, по его мнению, в том, что он общался с апелляционным судом посредством видеосвязи, Европейский Суд со ссылкой на Постановление от 5 октября 2006 г. по делу «Марчелло Виола против Италии» (жалоба № 45106/04) установил, что «данная форма участия в рассмотрении дел сама по себе совместима с принципом справедливого и открытого слушания, но она должна гарантировать, что заявитель способен следить за рассмотрением дела и быть услышанным без технических препятствий, а также должно быть обеспечено эффективное и конфиденциальное общение с адвокатом».

3. «Автономное» толкование. Субсидиарная роль Конвенции по отношению к национальным правовым системам государств-участников (о которой пойдет речь далее) логически привела Суд к необходимости выработки «автономных» юридических понятий, т. е. юридических понятий, содержание которых задается интерпретацией положений Конвенции.

Целью этого подхода является преодоление различий правовых систем государств-участников, приближение их к «идеальному» значению, заложенному в Конвенцию.

Впервые Европейский Суд применил доктрину «автономных понятий» в Постановлении от 8 июня 1976 г. по делу «Энгель и другие против Нидерландов» (жалоба № 5100/71).

Размышляя о соотношении понятий привлечения к уголовной ответственности и привлечения к ответственности за дисциплинарные проступки, Суд нашел различие между этими понятиями в национальном праве и в Конвенции.

В результате Европейский Суд выработал так называемые критерии Энгеля применения уголовного аспекта ст. 6 Конвенции:

- критерий сущности правонарушения;
- критерий квалификации деяния в национальном законодательстве;
- критерий суровости наказания.

Эти критерии были подтверждены в Постановлении Большой Палаты Европейского Суда от 9 октября 2003 г. по делу «Эзе и Коннорс против Соединенного Королевства» (жалобы № 39665/98 и 40086/98):

«Прежде всего необходимо установить в соответствии с правовой системой государства-ответчика, относятся ли положения, предусматривающие вмененное в вину правонарушение, к уголовному праву, дисциплинарному праву или к ним обоим.

Однако это является всего лишь отправной точкой. Данные указания представляют только формальную и относительную оценку и должны быть рассмотрены в свете общего знаменателя соответствующего законодательства других Высоких Договаривающихся Стран.

Истинная природа правонарушения является гораздо более важным фактором...

Однако оценка Европейского Суда не заканчивается на этом. Пробная оценка была бы иллюзорной, если бы она не принимала во внимание суровость наказания, которое может быть назначено правонарушителю...» (цитируется п. 82 Постановления по делу «Энгель и другие против Нидерландов»).

1.4. Структура Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Протоколы к Конвенции

Структура Конвенции состоит из Преамбулы и примыкающей к ней ст. 1, содержащей базовое обязательство соблюдать права человека; разд. I «Права и свободы», содержащего ст. 2–18 и описывающего гарантируемые права и свободы, а также ряд ограничений по реализации этих прав; разд. II, носящего название «Европейский Суд по правам человека», который содержит ст. 19–51 и задает базовые параметры работы Европейского Суда, а также разд. III «Различные положения», в частности правила о подписании, ратификации, формулировании оговорок и денонсации Конвенции.

Также непосредственно к Конвенции «примыкают» протоколы № 1, 4, 6¹, 7, провозглашающие ряд дополнительных к содержащимся в «теле» Конвенции прав и свобод.

Следует отметить, что практически с момента подписания и ратификации Конвенция стала подвергаться изменениям путем принятия дополнительных протоколов. Эти изменения в основном касались либо процедурных моментов, т. е. улучшения функционирования Европейского Суда и Европейской Комиссии (и в этом случае они, как правило, включались в текст Конвенции), либо расширения гарантируемых прав и свобод (и в этом случае содержались в тексте Протоколов к Конвенции).

Представляется полезным изложить права и свободы, содержащиеся в Конвенции и Протоколах № 1, 4, 7 в виде таблицы:

	Личные права и свободы	Гражданские права и свободы	Процессуальные права
Конвенция	Статья 2 «Право на жизнь» Статья 3 «Запрещение пыток» Статья 4 «Запрещение рабства и принудительного труда» Статья 8 «Право на уважение частной и семейной жизни»	Статья 9 «Свобода мысли, совести и религии» Статья 10 «Свобода выражения мнения» Статья 11 «Свобода собраний и объединений» Статья 12 «Право на вступление в брак» Статья 14 «Запрещение дискриминации»	Статья 5 «Право на свободу и личную неприкосновенность» Статья 6 «Право на справедливое судебное разбирательство» Статья 7 «Наказание исключительно на основании закона» Статья 13 «Право на эффективное средство правовой защиты»
Протокол № 1	Статья 2 «Право на образование»	Статья 1 «Защита собственности» Статья 3 «Право на свободные выборы»	
Протокол № 4		Статья 2 «Свобода передвижения»	Статья 1 «Запрещение лишения свободы за долги» Статья 3 «Запрещение высылки граждан» Статья 4 «Запрещение коллективной высылки иностранцев»
Протокол № 7		Статья 5 «Равенство супругов»	Статья 1 «Процедурные гарантии относительно высылки иностранцев» Статья 2 «Право на апелляцию приговоров в уголовных делах» Статья 3 «Компенсация за ошибочное осуждение» Статья 4 «Право не быть обвиненным и наказанным дважды»

¹ Протокол № 6 не ратифицирован Российской Федерацией.

Производство по обращениям в Европейский Суд по правам человека до 1 июня 2010 г. осуществлялось согласно процессуальным нормам, предусмотренным положениями Конвенции, измененными и дополненными Протоколом № 11 (вступил в силу с 1 ноября 1998 г.).

Смотря в прошлое и оценивая значение этого международного акта, играющего особую роль для Российской Федерации (поскольку она ратифицировала Конвенцию 5 мая 1998 г., т.е. незадолго до вступления в силу Протокола № 11), необходимо отдать должное масштабу реформы европейского правозащитного механизма. Результатом принятия Протокола № 11 к Конвенции стали, во-первых, упразднение Европейской Комиссии по правам человека и создание нового, работающего постоянно, а не по сессионному принципу Европейского Суда по правам человека, и, во-вторых (что, наверное, самое главное), появление свободного и ничем не обусловленного (за исключением положений ст. 35 Конвенции) права индивидуального обращения в Европейский Суд любого человека, находящегося под юрисдикцией государств — членов СЕ. Это был огромный шаг на пути создания действенной гарантии соблюдения участниками Конвенции прав и свобод, провозглашенных в ней.

Вместе с тем предоставленное право «индивидуальной петиции» породило проблему перегруженности Европейского Суда.

Повседневная практика Европейского Суда и Комитета Министров СЕ привела к необходимости поиска путей оптимизации деятельности Суда и деятельности Комитета Министров СЕ по надзору за исполнением решений Европейского Суда.

Консолидированные усилия правительств государств — членов СЕ и экспертного сообщества привели к разработке и принятию Протокола № 14 к Конвенции.

Протокол № 14 к Конвенции вступил в силу с 1 июня 2010 г., через три месяца после его ратификации Российской Федерацией. Соответственно были внесены изменения в Регламент Европейского Суда.

Все основные новеллы, содержащиеся в Протоколе № 14 к Конвенции, направлены на увеличение «пропускной» способности Суда:

- введение единоличного порядка рассмотрения вопроса о приемлемости той или иной жалобы и принятия решения об исключении жалобы из списка рассматриваемых дел;

- предоставление возможности комитетам Суда (из трех судей) выносить постановления одновременно по вопросу о приемлемости и по существу жалобы, если лежащий в основе дела вопрос, касающийся толкования или применения положений Конвенции либо

Протоколов к ней, уже является предметом прочно утвердившихся норм прецедентного права Суда;

— предоставление возможности Комитету Министров по ходатайству пленарного заседания Суда на определенный срок уменьшить количество судей в составе палат с семи до пяти;

— появление нового критерия неприемлемости жалобы — отсутствия значительного вреда для заявителя. Окончательно этот критерий был установлен прецедентной практикой ЕСПЧ (см. Решение от 1 июля 2010 г. по делу «Королев против России» (жалоба № 25551/05)).

Также Протокол № 14 к Конвенции содержит новые положения относительно возможного вступления ЕС в качестве нового члена СЕ, процессуальной роли Комиссара по правам человека, продления срока полномочий судей Европейского Суда и некоторые другие.

1.5. Взаимодействие Конвенции и национально-правовых систем государств-участников

В литературе устоялось мнение о том, что взаимодействие Конвенции и национально-правовых систем основано на трех принципах:

- 1) свободы усмотрения государства;
- 2) пропорциональности;
- 3) субсидиарности.

1. *Доктрина «свободы усмотрения государства»*. Базовым, первым по значимости является принцип, в основе которого лежит доктрина «свободы усмотрения государства» (*doctrine of margin of appreciation*).

Эта доктрина вытекает непосредственно из ст. 1 Конвенции, которая налагает на сами государства — участников Конвенции позитивное обязательство по соблюдению прав человека.

Статья 1. Обязательство соблюдать права человека

Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разделе I настоящей Конвенции.

Таким образом, обязанность соблюдать права Конвенция возлагает в первую очередь на государства-участники.

Именно с этим связана доктрина «свободы усмотрения государства»: государству предоставляется определенная свобода усмотрения в тех случаях, когда «оно предпринимает законодательные, административные или судебные действия в сфере прав, гарантированных Конвенцией».

В деле «Хандисайд против Соединенного Королевства» Суд постановил:

«По причине прямого и длящегося контакта с жизненно важными силами общества своих стран национальные власти находятся в лучшем положении, чем международный судья, в отношении точного содержания требования необходимости ограничений или наказания за неисполнение. Тем не менее это не дает участнику Конвенции неограниченное право усмотрения. Суд отвечает за соблюдение этими государствами своих обязанностей, он наделен правом давать окончательные заключения о том, совместимы ли «ограничения» или «наказания» со свободой выражения мнения, гарантированной ст. 10. Таким образом, внутренняя свобода усмотрения государства идет рука об руку с европейским надзором».

2. *Принцип пропорциональности.* В свою очередь «европейский надзор» ограничен еще одним принципом — пропорциональности.

Иными словами, любые ограничения права должны быть пропорциональны цели, которую это ограничение преследует.

Как установил суд в деле «Серинг против Соединенного Королевства», «неотъемлемым в Конвенции является понятие справедливого баланса между требованиями соблюдения публичных интересов и требованиями защиты фундаментальных индивидуальных прав».

Наиболее зримо принцип пропорциональности находит свое воплощение в практике Суда применительно к ст. 8—11 Конвенции. Все эти статьи содержат п. 2, в котором допускается определенное ограничение гражданских прав в пределах, «необходимых в демократическом обществе». Остается добавить, что эти пределы установил Европейский Суд в своей практике.

3. *Принцип субсидиарности* — еще один принцип, уравнивающий «свободу усмотрения государства». Принцип субсидиарности заложен в ст. 35 Конвенции «Условия приемлемости».

В соответствии с п. 1 этой статьи «[с]уд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права, и в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу».

Следовательно, обращение в Европейский Суд — это дополнительное или субсидиарное средство защиты, которое может быть задействовано лишь после исчерпания внутренних национальных средств защиты либо в том случае, если Судом при решении вопроса о признании жалобы приемлемой для рассмотрения было сделано

предположение об отсутствии эффективных внутренних средств защиты (ст. 13 Конвенции).

Необходимо добавить, что этот принцип нашел самое полное отражение в практике Европейского Суда (постановления от 6 сентября 1978 г. по делу «Класс и другие против Федеративной Республики Германии» (жалоба № 5029/71), от 4 мая 2001 г. по делу «Хью Джордан против Соединенного Королевства» (жалоба № 24746/94), от 10 апреля 2001 г. по делу «Танли против Турции» (жалоба № 26129/95)).

В §9 Плана действий, одобренных на Международной конференции в Интерлакене в феврале 2010 г., посвященной реформированию Европейского Суда, еще раз было подтверждено, что Европейский Суд — это не суд четвертой инстанции и он не вправе пересматривать вопросы факта и права, которые уже были рассмотрены и разрешены национальными судами, если только неверное их разрешение не привело к нарушению прав, гарантированных Конвенцией.

1.6. Устройство Европейского Суда по правам человека. Его структура

1.6.1. Судейское сообщество

Суд состоит из числа судей, равного количеству государств — членов Конвенции, т.е. от каждого государства избирается по одному судье. Иногда в течение некоторого времени количество судей и стран-участниц может не совпадать по причинам избрания судей либо ратификации государством Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Вместе с тем было бы ошибочным полагать, что судьи являются представителями государства, от которого они избраны, и отстаивают интересы государства. Напротив, все судьи независимы, представлены в личном качестве и должны соответствовать следующим квалификационным критериям: иметь высокие моральные качества, квалификацию, достаточную для назначения судьей высшей судебной инстанции государства, их избравшего, либо юрисконсультom признанных организаций. Предполагается также, что судья должен иметь знание как минимум одного из официальных языков СЕ.

По общему правилу судьями становятся либо судьи высших судебных инстанций, либо научные работники, либо сотрудники международных организаций.

Судьи Европейского Суда избираются Парламентской Ассамблеей СЕ большинством голосов из числа трех кандидатур, предложенных государством. Срок полномочий судьи с вступлением в силу Протоко-

ла № 14 к Конвенции увеличен до девяти лет без права переизбрания на новый срок. Пребывание в должности судьи ограничено лишь возрастным цензом: предельный возраст пребывания в должности судьи составляет 70 лет.

Независимость судей Европейского Суда гарантируется их избранием в личном качестве (они не могут быть отозваны государством в течение срока, на который они избраны); значительным размером материального вознаграждения, которое они получают, а также рядом иных гарантий судейской неприкосновенности.

Полномочия судьи могут быть прекращены по его собственному желанию или в связи с отстранением от должности.

1.6.2. Структура Суда

Высшими органами Суда являются Пленарное заседание Суда и Председатель (Президент) Суда.

На пленарных заседаниях Суда не рассматриваются поданные в Суд жалобы. На них решаются основные вопросы внутренней организации деятельности Суда: избирается Председатель (Президент) Суда, один или два заместителя Председателя Суда (вице-президента); определяются составы палат Суда, избираются председатели (президенты) палат; утверждается Регламент Суда, избирается руководитель Секретариата и его заместители. На пленарных заседаниях рассматриваются и другие вопросы, касающиеся организации и деятельности Суда, например вопросы формирования рабочих групп, а также принятия решений по этим предложениям.

Председатель Суда выполняет судебские, организационно-управленческие функции, а также функцию представительства Европейского Суда в органах СЕ.

Жалобы, поданные в Суд, могут рассматриваться судьей единолично, Комитетом из трех судей, Палатой из семи судей или Большой Палатой из 17 судей.

1. Судьи, заседающие единолично, назначаются на срок, равный одному году. При этом они продолжают осуществлять свои полномочия в рамках секций, членами которых они являются.

К компетенции судей, заседающих единолично, относятся признание жалоб неприемлемыми либо исключение их из списка дел, подлежащих рассмотрению, в тех случаях, когда такие решения могут быть приняты без дальнейшего рассмотрения. Такие решения являются окончательными и обжалованию не подлежат.

Судьи, заседающие единолично, не могут рассматривать жалобы, поданные против государств, их избравших.

2. В настоящее время Суд разделен на пять секций, которые формируются сроком на три года. Секции формируются таким образом, чтобы каждая из них могла рассматривать любые жалобы из числа поступивших в Суд. В рамках секций формируются комитеты и палаты.

3. Составы комитетов утверждаются сроком на один год и состоят из трех судей. Комитеты рассматривают жалобы на предмет приемлемости, их основной задачей является отклонение явно неприемлемых жалоб, не соответствующих формальным критериям обращения в Европейский Суд по правам человека, Судьи, входящие в Комитет, единогласным решением могут признать жалобу неприемлемой в связи с тем, что она не отвечает всем требованиям, предъявляемым к подаваемой жалобе. Решение Комитета нельзя обжаловать, оно является окончательным. Протокол № 14 к Конвенции расширил полномочия Комитетов. Комитеты рассматривают повторные, хорошо обоснованные жалобы, поданные на основании существующей практики Европейского Суда.

4. Большинство дел по приемлемости и существу рассматривается коллегиально палатами суда, которые состоят из семи судей. В состав каждой Палаты в обязательном порядке входят Президент Секции и судья от государства, против которого подана жалоба. Если такой судья не является членом Секции, на рассмотрении которой находится жалоба, он будет заседать в Палате *ex officio*. Это не означает, что такой судья может отстаивать интересы своей страны: в данном случае он является судьей, имеющим познания в области права своего государства.

Что касается остальных судей Палаты, они назначаются Президентом Секции способом ротации членов соответствующей Секции.

В случаях, когда судья по какой-либо причине не может принять участие в рассмотрении дела, государству предлагают назначить судью *ad hoc* только для рассмотрения данного конкретного дела. Такой судья должен отвечать требованиям, предъявляемым к судьям, а также принять присягу.

5. Высшим судебным органом Европейского Суда является Большая Палата, состоящая из 17 судей и как минимум трех запасных судей. В состав Большой Палаты в обязательном порядке включаются Председатель Суда, заместители Председателя Суда, председатели секций Суда, судья от той страны, против которой рассматривается дело, *ex officio*, а также судьи, назначенные в порядке жеребьевки. Поэтому состав Большой Палаты не является постоянным, а изменяется от дела к делу.

Жалобы могут быть переданы на рассмотрение Большой Палатой в следующих случаях. Во-первых, если Палата отказалась от юрисдикции в пользу Большой Палаты и дело затрагивает серьезные вопросы толкования Конвенции и Протоколов к ней либо если предполагаемое постановление по делу может не соответствовать более ранней прецедентной практике Суда.

Во-вторых, Большая Палата в исключительных случаях осуществляет апелляционные полномочия, если в течение трех месяцев с момента принятия постановления Палатой сторона по делу обратится в Суд с ходатайством о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты.

В-третьих, после принятия Протокола № 14 к Конвенции Большая Палата наделена полномочием рассмотреть вопрос об исполнении государством постановления Суда в связи с обращением Комитета Министров, за которое проголосовало $\frac{2}{3}$ представителей Комитета.

В-четвертых, Большая Палата рассматривает ходатайства о предоставлении консультативных заключений в соответствии со ст. 47 Конвенции.

1.6.3. Критерии приемлемости жалоб

После того как Российская Федерация подписала и ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, физические и юридические лица, находящиеся под юрисдикцией РФ, получили возможность подавать жалобы против Российской Федерации в Европейский Суд. Конвенция определяет условия приемлемости жалоб для рассмотрения Европейским Судом.

Большинство из правил приемлемости предусмотрено в ст. 34 и 35 Европейской конвенции, но некоторые из них следуют из Конвенции в целом.

В частности, ст. 34 Конвенции («Индивидуальные жалобы») предусматривает:

«Суд может принимать жалобы от любого физического лица, любой неправительственной организации или любой группы частных лиц, которые утверждают, что явились жертвами нарушения одной из Высоких Договаривающихся Сторон их прав, признанных в настоящей Конвенции или в Протоколах к ней. Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются никоим образом не препятствовать эффективному осуществлению этого права».

Статья 35 Конвенции («Условия приемлемости») гласит:

«1. Суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права, и в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

2. Суд не принимает к рассмотрению никакую индивидуальную жалобу, поданную в соответствии со статьей 34, если она:

а) является анонимной; или

б) является по существу аналогичной той, которая уже была рассмотрена Судом, или уже является предметом другой процедуры международного разбирательства или урегулирования, и если она не содержит новых относящихся к делу фактов.

3. Суд объявляет неприемлемой любую индивидуальную жалобу, поданную в соответствии со ст. 34, если сочтет ее несовместимой с положениями Конвенции или Протоколов к ней, явно необоснованной или злоупотреблением правом подачи жалоб.

4. Суд отклоняет любую переданную ему жалобу, которую сочтет неприемлемой в соответствии с настоящей статьей. Он может сделать это на любой стадии разбирательства».

Эксперты выделяют 10 условий приемлемости¹:

1) жалоба может быть подана в Европейский Суд только в случае нарушения права или свободы, гарантированных Европейской конвенцией и Протоколами к ней;

2) жалоба может быть подана только тем лицом, которое непосредственно пострадало от действий государства-ответчика; вред должен быть причинен государством в лице его органов власти, должностных лиц, служащих, учреждений и т. д.;

3) нарушение права должно иметь место на территории, находящейся под юрисдикцией одного из государств — участников Европейской конвенции;

4) нарушение права должно произойти после вступления Европейской конвенции в силу, за исключением случаев длящихся нарушений;

5) заявитель обязан исчерпать внутренние эффективные средства правовой защиты, существующие в стране (в Российской Федерации эффективным средством правовой защиты признается судебная защита, включая обязательное использование кассационного и апелляционного (в том случае, если оно предусмотрено) производства);

6) обращение в Европейский Суд должно быть направлено по общему правилу не позднее шести месяцев с момента принятия окончательного судебного решения;

¹ См., например: *Clements L., Mole N., Simmons A.* European Human Rights: Taking a Case under the Convention. 2nd ed. Sweet & Maxwell, 1999.

7) жалоба должна быть обоснованной: на заявителя возлагается обязанность доказать нарушение государством его права;

8) жалоба не может быть анонимной;

9) жалоба не должна содержать оскорбительных высказываний, представлять собой злоупотребление правом;

10) нельзя подавать жалобы по одному и тому же предмету одновременно в два (и более) международных органа, например в Европейский Суд по правам человека и в Комитет по правам человека ООН.

Как ранее указывалось, Протокол № 14 к Конвенции ввел новый критерий неприемлемости жалобы — малозначительный вред для заявителя. Четкое определение этого критерия в руках судей Европейского Суда.

1.6.4. Стадии производства в Европейском Суде. Коммуникация жалобы государству-ответчику

1. Палата Суда может сразу признать жалобу неприемлемой или исключить ее из списка дел, подлежащих рассмотрению. Такое решение Палаты может касаться всей жалобы в целом либо ее части.

2. Если этого не произошло, Палата или Председатель Секции на основании правила 54 (2) (b) Регламента Суда уведомляют Правительство государства-ответчика о поданной против этого государства жалобе и приглашают Правительство представить письменные замечания (меморандум) по делу. Одновременно с этим процессуальным действием Секретариат Суда информирует заявителя о передаче его жалобы на рассмотрение Правительства государства-ответчика с указанием срока, установленного Правительству для подготовки и направления замечаний (меморандума) по делу.

Кроме этого сторонам по делу также направляются справка об обстоятельствах дела на английском (французском) языке, подготовленная юристами Секретариата Европейского Суда, а также вопросы, на которые Суд предлагает ответить сторонам. Указанные вопросы показывают, какие аспекты жалобы заявителя заинтересовали Европейский Суд и будут им в дальнейшем рассмотрены. Суд будет рассматривать только те вопросы жалобы, которые явились предметом коммуникации.

Жалобы, поданные против Российской Федерации, а также указанные выше материалы, подготовленные Секретариатом, из Европейского Суда напрямую поступают Уполномоченному РФ при Европейском Суде по правам человека — заместителю министра юстиции РФ, деятельность которого регламентирована Указом Президента РФ от 29 марта 1998 г. № 310.

Меморандум, подготовленный Уполномоченным РФ при Европейском Суде по правам человека, Секретариат Европейского Суда направляет заявителю или его представителю для подготовки ответных комментариев. Меморандум Правительства РФ предоставляется на русском и английском языках.

Указанная стадия представления взаимных возражений государством-ответчиком и заявителем называется стадией коммуникации. В случаях, когда дело, по мнению Суда, является сложным, стадия коммуникации может быть разделена на два этапа: представление возражений перед решением вопроса о приемлемости жалобы и представление возражений перед принятием постановления по существу.

3. При направлении заявителю уведомления о том, что его жалоба передана правительству для представления возражений, Секретариат просит заявителя избрать представителя, если жалоба была подана заявителем самостоятельно. В соответствии с правилом 36 Регламента Суда представителем в Европейском Суде может быть любой адвокат, практикующий в одном из государств — членов СЕ и проживающий на территории одного из государств — членов СЕ, либо иное лицо, кандидатура которого утверждена Президентом Палаты. По общему правилу к участию в процессе может быть допущен представитель, имеющий познания в сфере защиты прав человека, а также «адекватное понимание одного из официальных языков Суда»¹.

4. Кроме того, Секретариат Суда сообщает заявителю о его праве на получение финансовой «правовой помощи» (*legal aid*), в случае если он является малоимущим и не имеет возможности оплатить услуги адвоката (представителя).

Как правило, эта сумма составляет около 600—700 евро и одинакова для заявителей всех стран-участниц. Для получения указанных денежных средств заявитель должен обратиться в Суд с ходатайством в письменном виде, с приложением справок о доходах и имуществе. Вопрос о предоставлении финансовой «правовой помощи» решается Председателем Секции на основании представленных заявителем документов.

Впоследствии сумма выплаченной или подлежащей уплате финансовой «правовой помощи» будет Судом вычтена из суммы присужденной справедливой компенсации судебных издержек и расходов².

5. Для подготовки взаимных возражений сторон, в том числе меморандума властей государства-ответчика (в отличие от формуляра для подачи жалобы в Суд), Европейским Судом не предусмотрено

¹ Пункт 5 (а) Правила 36 Регламента Европейского Суда.

² Пункт 18 Практического руководства «Требования о справедливой компенсации».

каких-либо определенных формуляров. Такие возражения могут быть изложены в свободной форме. По общему правилу они включают в себя указание номера и наименования жалобы, даты ее подачи и коммуникации властям государства-ответчика, изложение фактических обстоятельств дела, цитирование норм применимого права, подробные ответы на вопросы, поставленные Судом сторонам.

Заявитель вправе подать возражения до принятия решения по вопросу приемлемости на русском языке, возражения перед принятием решения по существу должны быть представлены на английском языке.

В формуляре жалобы и замечаниях на меморандум властей государства-ответчика заявитель должен четко сформулировать, какая статья Конвенции или Протоколов к ней нарушена, по возможности сделать ссылки на прецедентную практику Европейского Суда. Тем не менее, как показывает практика, Суд не связан квалификацией нарушений, сделанной заявителем, и в вопросах, поставленных сторонам по делу, может предположить нарушение иных статей Конвенции и Протоколов к ней.

В случае если стадия коммуникации разделена Судом на два этапа и жалоба признана приемлемой, аналогичная процедура повторяется во второй раз; Суд может поставить сторонам новые вопросы по существу жалобы и предоставить сторонам фиксированное время для подготовки взаимных возражений.

1.6.5. Вступление в процесс третьей стороны

Во всех делах, рассматриваемых Палатой или Большой Палатой, страна — участница Конвенции, гражданин которой обратился в Европейский Суд с жалобой против иностранного государства, имеет право представить письменные замечания по делу или принять участие в устных слушаниях¹.

Для вступления в процесс в качестве третьей стороны страна — участница Конвенции должна сообщить об этом в Секретариат Суда в течение срока, равного 12 неделям с момента ее уведомления Европейским Судом о поступлении данной жалобы.

Российская Федерация участвовала в процессах в качестве третьей стороны в делах «Сливенко и другие против Латвии» (Решение от 23 января 2002 г. (жалоба № 48321/99)), «Сливенко против Латвии» (Постановление от 9 октября 2003 г. (жалоба № 48321/99)), «Сысоева и другие против Латвии» (Постановление от 15 января 2007 г. (жалоба № 60654/00)), «Миколенко против Эстонии» (Постановление

¹ Статья 36 Конвенции, Правило 44 Регламента Европейского Суда.

от 8 октября 2009 г. (жалоба № 10664/05)), «Кононов против Латвии» (Постановление от 17 мая 2010 г. (жалоба № 36376/04)).

Кроме того, Председатель Суда в интересах надлежащего отправления правосудия наделен полномочием пригласить любую страну — участницу Конвенции, а также заинтересованное лицо, не являющееся заявителем, представить письменные комментарии или принять участие в устных слушаниях. Например, в процессе по делу «Лаутси и другие против Италии» (Постановление от 18 марта 2011 г. № 30814/06) в Большой Палате Европейского Суда в качестве третьих сторон выступали 33 члена Европейского Парламента, восемь международных неправительственных организаций и 10 государств — участников Конвенции, в том числе Российская Федерация.

1.6.6. Процедура дружественного урегулирования

В случае если жалоба заявителя была признана приемлемой, Секретарь (Регистратор) Секции, действуя по поручению Палаты или ее Председателя, в каждом деле принимает меры к способствованию заключения мирового соглашения между сторонами¹. Соответствующие письма направляются сторонам по делу.

Процедура дружественного урегулирования является конфиденциальной. В решении об исключении жалобы из списка дел, подлежащих рассмотрению, будет указано только то, что стороны пришли к мировому соглашению, однако его условия раскрываться не будут. Постановление по существу жалобы в таком случае Судом приниматься не будет.

Процедура дружественного урегулирования возможна на любой стадии производства по делу.

1.6.7. Виды процедур в Европейском Суде

Жалобы, поданные в Европейский Суд, рассматриваются им в письменной процедуре либо в устных слушаниях.

Чаще всего Суд рассматривает жалобы одновременно по вопросу приемлемости и по существу дела, однако по сложным делам разбирательство может проводиться в два-три этапа: разбирательство на предмет приемлемости с вынесением решения о приемлемости жалобы; разбирательство по существу жалобы с вынесением постановления по делу; разбирательство по вопросу присуждения компенсации с вынесением постановления о компенсации (например, дело «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» (Решение

¹ Статья 39 Конвенции, Правило 62 Регламента Европейского Суда.

от 29 января 2009 г., постановления от 20 сентября 2011 г., от 31 июля 2014 г. (жалоба № 14902/04)).

В преобладающем большинстве случаев проводится письменное разбирательство по делу в отсутствие сторон путем обмена состязательными документами, предоставления доказательств на материальных носителях.

Проведение устных слушаний осуществляется Европейским Судом по делам, имеющим прецедентную значимость, общественный резонанс и важность для сторон. Устные слушания в Суде носят публичный характер. Закрытые судебные заседания, без присутствия прессы и общественности, могут проводиться только в исключительных случаях, когда принятие такой меры требуется для соблюдения норм морали, публичного порядка, обеспечения национальной безопасности, интересов детей и юношей, защиты частной жизни.

Устные слушания могут быть проведены по инициативе сторон либо самого Суда. По общему правилу ходатайство о проведении устных слушаний подается в Суд государством-ответчиком при направлении дополнительного меморандума по делу и письма о компенсации, заявителем — одновременно с представлением возражений на меморандум властей.

Время проведения и регламент слушаний определяются заранее. Компетенцией на организацию и определение порядка и времени выступления сторон наделены председатели палат, Председатель Большой Палаты, которые осуществляют функции председательствующих судей в устных слушаниях.

До устных слушаний сторонам дается возможность представить в Суд письменные возражения по вопросам, поставленным Судом.

Накануне устных слушаний стороны обязаны направить проекты текстов своих выступлений в Суд с целью подготовки переводчиков к работе во время слушаний.

Непосредственно перед устными слушаниями стороны встречаются с Председателем Суда и Секретарем (Грефье) Суда, в ходе встречи обсуждается регламент выступления сторон.

Во время устных слушаний стороны представляют свою позицию по делу. Каждой из сторон отводится не более 30 минут для выступления. После выступления сторон судьи вправе задать вопросы любым лицам, выступающим на стороне заявителя и государства-ответчика¹. Суд обычно предоставляет не более 20 минут для подготовки ответов. После ответов на вопросы сторонам предоставляется право реплики.

¹ Пункт 2 Правила 64 Регламента Европейского Суда.

Палаты и Большая Палата Европейского Суда не оглашают резолютивную часть постановления по окончании устных слушаний. Суд публикует мотивированное решение (постановление) по делу спустя некоторое время.

Как правило, стороны выступают на одном из официальных языков Совета Европы, т. е. на английском или французском языках. Иногда по ходатайствам сторон Суд позволяет им выступать на своем родном языке.

Суд вправе также пригласить свидетелей и экспертов для дачи показаний, если это необходимо.

1.6.8. Судебные акты Европейского Суда

Европейский Суд принимает несколько видов судебных актов: решения о приемлемости (неприемлемости) жалоб; решения об исключении жалоб из списка дел, подлежащих рассмотрению; постановления о приемлемости и по существу дела; постановления по существу дела; постановления о справедливой компенсации.

По общему правилу решения и постановления Европейского Суда структурированы следующим образом. Вводная часть содержит сведения о номере и наименовании жалобы, заявителе и его представителе, представителе государства-ответчика, составе суда, этапах рассмотрения жалобы в Суде. В описательной части излагаются обстоятельства дела, цитируются положения применимого права. В резолютивной части постановления Суд признает либо отказывает в признании нарушений положений Конвенции и Протоколов к ней, а также указывает, в рассмотрении каких жалоб, по его мнению, нет необходимости. При установлении нарушения в этой же части постановления Суд устанавливает размеры справедливой компенсации по возмещению материального ущерба, компенсации морального вреда и взысканию судебных издержек и расходов.

Решения и постановления готовятся и публикуются на английском и (или) французском языках. Официальные тексты решений и постановлений направляются сторонам.

§ 2. Исполнение постановлений Европейского Суда по правам человека

2.1. Общие положения

Войдя в состав СЕ и ратифицировав Конвенцию, Российская Федерация приняла на себя установленные ею обязательства, в том числе признала юрисдикцию Европейского Суда и обязательность его постановлений.

В соответствии со ст. 46 Конвенции и актами Комитета Министров СЕ Россия в порядке исполнения постановлений Европейского Суда, которыми установлено нарушение положений Конвенции, обязана принимать эффективные меры индивидуального и общего характера.

К индивидуальным мерам относятся:

- выплата заявителю присужденной Европейским Судом суммы так называемой справедливой компенсации в связи с допущенным нарушением положений Конвенции;

- принятие таких мер по обеспечению прав заявителя, которые полностью устранят выявленное Европейским Судом нарушение и (или) поставят заявителя в положение, в котором он находился до того, как в отношении него было допущено нарушение.

Значение мер общего характера состоит в том, чтобы их принятие способствовало предотвращению в дальнейшем выявленных Европейским Судом нарушений Конвенции.

То есть российскими властями должны быть предприняты меры, направленные на устранение причин и условий, способствовавших нарушению положений Конвенции.

Это могут быть мероприятия организационного характера по совершенствованию работы органов государственной власти, меры дисциплинарного воздействия по отношению к должностным лицам либо действия, направленные на совершенствование действующего российского законодательства.

Субъектом взаимоотношений с Европейским Судом и Комитетом Министров СЕ является Российская Федерация в целом.

Если Европейским Судом констатируется нарушение российскими властями положений Конвенции либо Комитетом Министров СЕ признаются недостаточными и неэффективными меры по устранению допущенных нарушений, ответственность за это в соответствующих постановлениях и резолюциях возлагается на власти Российской Федерации без персонификации конкретных органов.

Впрочем, в таком едином качестве власти Российской Федерации выступают только вне страны. Применительно к ситуации в Российской Федерации речь идет о конкретных органах государственной власти и органах местного самоуправления, действия которых обжалуются в Европейском Суде и которые в случае установления нарушений обязаны принять соответствующие меры по их устранению.

В случаях, когда решением Европейского Суда позиция российских властей о необоснованности доводов заявителей отклонена и установлено нарушение российскими властями положений Конвенции, Уполномоченный информирует об этом компетентные органы госу-

дарственной власти и местного самоуправления, которые не позднее чем через месяц после получения извещения обеспечивают исполнение решения в полном объеме.

В этой связи очевидна та важная роль, которая отводится компетентным органам государственной власти и местного самоуправления как на стадии подготовки позиции властей Российской Федерации Европейскому Суду, так и на стадии исполнения вынесенных Судом постановлений.

О принятых властями государств — участников Конвенции мерах индивидуального и общего характера по исполнению постановлений Европейского Суда информируется Комитет Министров СЕ, который в соответствии со ст. 46 Конвенции контролирует их полноту и достаточность.

В 1969 г., после того как Европейский Суд по правам человека впервые установил факт нарушения положений Конвенции, Комитет Министров принял свои Правила, регламентирующие порядок осуществления надзора за исполнением постановлений Европейского Суда.

В дальнейшем была проведена работа по совершенствованию соответствующих процедур, по результатам которой дважды принимались новые Правила.

Действующие в настоящее время Правила Комитета Министров СЕ о порядке надзора за исполнением постановлений Европейского Суда по правам человека и условий мировых соглашений (далее — Правила) были приняты на заседании Комитета Министров 10 мая 2006 г.

Правила носят кодифицированный характер и отражают сложившуюся на протяжении ряда лет практику исполнения постановлений Европейского Суда.

Однако следует иметь в виду, что несколько статей Правил вступили в силу после окончательной ратификации и введения в действие Протокола № 14 к Конвенции.

В первую очередь речь идет о ст. 10 и 11 Правил.

Статья 10 Правил предоставляет Комитету Министров право на обращение в Европейский Суд по вопросу о толковании постановления, если Комитет Министров сочтет, что осуществление надзора за исполнением постановления затруднено ввиду проблемы, связанной с толкованием постановления.

Статья 11 Правил предоставляет Комитету Министров право, если государство-ответчик отказывается подчиниться окончательному постановлению Европейского Суда, передать на рассмотрение Суда вопрос о том, не нарушило ли государство свое обязательство исполнить окончательное постановление Суда.

Названные нормы Правил в настоящее время введены в действие и подлежат применению. При этом определен порядок применения ст. 10 и 11, согласно которому Комитет Министров СЕ может обратиться в Европейский Суд за соответствующим толкованием по согласованию с государством — участником Конвенции, в отношении действий (бездействий) которого Комитет Министров планирует направить обращение.

Таким образом, на сегодняшний день Комитет Министров осуществляет свои полномочия в соответствии с п. 2 ст. 46 Конвенции и Правилами.

Правилами определен порядок осуществления Комитетом Министров надзора за исполнением постановлений Европейского Суда. Основные положения этого порядка заключаются в следующем:

- если постановление передается Европейским Судом Комитету Министров в соответствии с п. 2 ст. 46 Конвенции, дело незамедлительно включается в план работы Комитета Министров;

- как правило, надзор осуществляется на специальных заседаниях, проводимых раз в квартал, причем повестка дня этих заседаний является публично доступной;

- предметом контроля со стороны Комитета Министров в принципе является каждое дело, переданное Европейским Судом. Однако есть письменные и устные процедуры, поэтому часть дел обсуждается на заседаниях с дебатами, а по некоторым делам решения принимаются по результатам изучения представленной государствами — участниками Конвенции письменной информации;

- определение приоритетности надзора со стороны Комитета Министров осуществляется с учетом критериев, изложенных в ст. 4 Правил. Надзор носит приоритетный характер:

- если имеются серьезные последствия выявленных Европейским Судом нарушений для потерпевшей стороны, требующие принятия, в том числе безотлагательного, мер индивидуального характера (например, освобождения из-под стражи, обеспечения надлежащего лечения в местах заключения, исполнения решения суда, отмены решения об административном выдворении или депортации и т. д.);

- если выявленная Европейским Судом проблема носит системный характер (т. е. имеют место однотипные, многократно повторяющиеся нарушения, причинами которых являются структурные проблемы в правовой системе того или иного государства — участника Конвенции);

- по ряду постановлений надзор Комитета Министров осуществляется сразу по группам однотипных дел, по которым не выявлено

проблемы системного характера. Это схожие дела, поднимающие одинаковые проблемы, хотя и не имеющие системного характера;

— выплата справедливой компенсации — обязательное условие исполнения постановлений Европейского Суда.

2.2. Исполнение решений Европейского Суда, касающихся структурных проблем в правовой системе РФ

Секретариатом Комитета Министров СЕ готовятся меморандумы, проводятся круглые столы и другие мероприятия в целях оказания содействия властям государств — участников Конвенции в организации деятельности по исполнению постановлений Европейского Суда (в первую очередь — по решению системных проблем), а Комитету Министров — в осуществлении контроля за проведением этой работы.

По итогам обсуждения информации, представленной государствами — участниками Конвенции, Комитетом Министров принимаются решения, промежуточные резолюции, резолюции, промежуточные отчеты, меморандумы и рекомендации. Государства — участники Конвенции в силу принятых на себя обязательств обязаны руководствоваться названными документами при организации исполнения постановлений Европейского Суда.

Комитет Министров работает с властями по мерам как индивидуального, так и общего характера. От заявителей принимается и подлежит обязательному рассмотрению информация о выплате справедливой компенсации и о других индивидуальных мерах. Информация об общих мерах, представленная заявителями, доводится до сведения Комитета Министров и последний вправе, но не обязан ее рассмотреть.

Рабочим органом Комитета Министров является его Секретариат. Между заседаниями работа по взаимодействию с государствами — участниками Конвенции осуществляется Департаментом по исполнению постановлений Европейского Суда Генерального директората по правам человека и правовым вопросам Совета Европы.

2.2.1. Одной из серьезных проблем, обозначенных Европейским Судом в качестве системной, являются неисполнение и длительное исполнение судебных актов национальных судов по искам к Российской Федерации, субъектам Федерации, органам местного самоуправления, а также к бюджетным учреждениям.

Если за период с 1999 по 2007 г., т. е. за восемь лет, Европейским Судом было рассмотрено около 300 жалоб названной категории, то в последнее время их ежегодное количество приблизилось к 100.

Дела, связанные с длительным исполнением вступивших в законную силу судебных актов, составляют около четверти всех жалоб, коммуницированных российским властям.

В течение первых лет после ратификации Россией Конвенции и ее вступления в силу задержки исполнения судебных постановлений были связаны в основном с отсутствием достаточных финансовых средств в бюджетах соответствующих уровней.

Однако ссылки на недостаточность бюджетных ассигнований не принимаются Европейским Судом в качестве оправдания задержки исполнения вступивших в законную силу судебных актов. В постановлениях Суд неизменно указывает, что государство в обоснование задержки исполнения судебных постановлений не может ссылаться на финансовые трудности, сложности межбюджетных взаимоотношений и обязано исполнять свои обязательства в разумный срок. И именно из этого должно исходить при организации и принятии мер по решению имеющихся проблем.

Анализ показывает, что во многих случаях причиной длительного неисполнения судебных постановлений являются неправомерные действия либо бездействие должностных лиц органов, обязанных осуществлять необходимые исполнительные действия.

По многим делам, по которым установлено длительное неисполнение решений судов по искам к казне Российской Федерации, Европейским Судом отмечены: длительное нерассмотрение представленных документов, их возврат заявителям для доработки спустя значительное время после представления в государственный орган, утрата исполнительных документов, направление заявителям нечетких и необоснованных разъяснений.

Вину российским властям в ряде случаев поставлено и то, что судебные приставы-исполнители, не обладая компетенцией на принудительное исполнение, принимали к исполнению исполнительные листы по решениям по искам к казне Российской Федерации, субъектов Федерации, муниципальных образований и бюджетных учреждений, а затем (спустя значительное время) возвращали исполнительные документы заявителям без исполнения. При этом зачастую заявителям не давалось разъяснений существующего порядка исполнения судебных актов.

Неоднократно Суд отмечал и неполноту действий судебных приставов-исполнителей, необоснованное прекращение ими исполнительных производств.

Нельзя не отметить, что властями Российской Федерации организован комплексный подход к решению проблемы длительного неис-

полнения судебных постановлений. Эта работа проводится в тесном взаимодействии с Секретариатом Комитета Министров СЕ.

Секретариат Комитета Министров СЕ принял во внимание то, что российскими компетентными органами государственной власти учтены результаты обсуждения в рамках состоявшихся в 2006–2007 гг. круглых столов, рекомендации КМСЕ, изложенные в соответствующем Меморандуме по данному вопросу, и предпринят ряд скоординированных мер, которые привели к определенному прогрессу в решении главных структурных проблем, лежащих в основе выявленных Европейским Судом нарушений Конвенции.

Среди таких мер отмечены внесение изменений в российское законодательство, в первую очередь — в Бюджетный кодекс РФ и Федеральный закон «Об исполнительном производстве», а также принятие ряда ведомственных и межведомственных инструкций, приказов и регламентов. Это позволило значительно усовершенствовать процедуры исполнительного производства и возникающие в его процессе межбюджетные отношения, а также производство исполнительных действий по отдельным категориям дел.

Положительно оценено то, что в рамках бюджетного регулирования возможны и фактически реализуются процедуры выделения бюджетных ассигнований на исполнение судебных актов в случае недостаточности выделенных средств.

Отмечен также ряд организационных мер, связанных с разъяснением правовых позиций Европейского Суда, методическим обеспечением работы по исполнению судебных решений, организацией мониторинга и усилением контроля их исполнения.

Секретариатом Комитета Министров СЕ с особым интересом было отмечено, что Президент РФ при обращении к Федеральному Собранию в ноябре 2008 г. обратил внимание на серьезную проблему неисполнения судебных решений и заявил о необходимости создания эффективного механизма компенсации вреда, причиненного нарушением прав граждан на судебное разбирательство в разумные сроки и на полное и своевременное исполнение судебных решений.

Вместе с тем также отмечено, что, несмотря на позитивные изменения, эффективность проведенных реформ должна быть подкреплена практикой и что по-прежнему необходимо принятие дополнительных мер для обеспечения полного исполнения Российской Федерацией своих обязательств по Конвенции.

Комитет Министров указал, что российским властям необходимо продолжить усилия, направленные на проведение начатых реформ в данном направлении, сосредоточив их на:

- улучшении межведомственной координации, с тем чтобы «исключить для взыскателей необходимость хождения по замкнутому кругу»;
- совершенствовании общих правил исполнительного производства, в том числе предусматривающих соответствующую роль судебных приставов, и процедуры имплементации финансовых обязательств властей;
- усилении ответственности государства и конкретных должностных лиц за длительное неисполнение судебных решений;
- дальнейшем совершенствовании средств правовой защиты.

Надо принять во внимание и новые подходы Европейского Суда по созданию инструментов стимулирования государств-ответчиков к наиболее быстрому и эффективному разрешению национальных правовых проблем, носящих системный характер и влияющих на эффективность защиты прав, гарантированных Конвенцией.

Среди разного рода инициатив, предпринятых за последнее время Европейским Судом, особое внимание заслуживает практика принятия так называемых «пилотных» постановлений. Одной из причин, побуждающих Европейский Суд к вынесению «пилотного постановления», является большое количество однотипных дел, которые проистекают из одной и той же системной проблемы.

Примером «пилотного постановления» является Постановление от 22 июня 2004 г. по делу «Брониовский против Польши» (жалоба № 31443/96). В данном Постановлении Европейский Суд констатировал «недостатки национального права и практики, которые могут привести впоследствии к подаче многочисленных обоснованных жалоб». Суд установил, что нарушение проистекало из «общераспространенной проблемы, которая являлась следствием несовершенства польского законодательства и правоприменительной практики и которая еще может повлиять на большое количество людей». В связи с этим Европейский Суд постановил, что «государство-ответчик обязано посредством должных правовых и административных мер обеспечить эффективную и быструю реализацию рассматриваемого имущественного права в отношении оставшихся заявителей либо обеспечить им взамен равноценное возмещение в соответствии с принципами защиты права собственности, установленными статьей 1 Протокола № 1 к Конвенции».

15 января 2009 г. Суд вынес «пилотное» Постановление в отношении Российской Федерации по делу «Бурдов против России (№ 2)» (жалоба № 33509/04).

Символично, что указанное «пилотное» Постановление вынесено Европейским Судом по второй жалобе того же заявителя, по делу

которого ранее (7 мая 2002 г.) состоялось самое первое Постановление Суда в отношении России. В этом первом Постановлении Европейский Суд констатировал нарушение российскими властями ст. 6 Конвенции и п. 1 Протокола № 1 к Конвенции, выразившиеся в длительном неисполнении решений национальных судов о выплате заявителю денежных сумм как участнику ликвидации последствий на Чернобыльской АЭС.

Несмотря на то что это Постановление Европейского Суда было в целом исполнено российскими властями, в дальнейшем заявитель опять столкнулся с длительным неисполнением вынесенных в его пользу судебных решений, что побудило его вновь подать жалобу в Европейский Суд. Суд в свою очередь усмотрел теперь уже не только нарушения ст. 6 Конвенции и п. 1 Протокола № 1 к Конвенции, но и нарушения ст. 13 Конвенции, а сумму компенсации морального вреда по сравнению с первым решением удвоил.

Наряду с этим Суд указал, что одной из причин, побудивших его к вынесению «пилотного» постановления, явились большое количество однотипных дел, проистекающих из одной и той же системной проблемы, а также непринятие Российской Федерацией каких-либо значимых мер, способных существенно минимизировать поток жалоб в Европейский Суд.

Суд постановил, что источником нарушений, выявленных в деле «Бурдов против России (№ 2)» стала практика, несовместимая с Конвенцией, которая состоит в повторяющихся невыплатах государством своих долгов по судебным решениям и в отношении которой пострадавшие не имеют эффективного внутригосударственного средства правовой защиты.

Основное содержание ст. 13 Конвенции исходя из прецедентной практики Европейского Суда заключается в следующем:

- государства обязаны создать на национальном уровне систему защиты, дающую возможность охранять гарантированные Конвенцией права и предполагающую адекватное возмещение ущерба в случае их нарушения;

- данная система должна быть действенной, эффективной и доступной;

- под отсутствием эффективного средства правовой защиты по смыслу ст. 13 Конвенции понимается не только отсутствие средства защиты как такового, но и бездействие органа, к компетенции которого относится рассмотрение жалобы о нарушении прав, а также бездействие государственных органов, ставшее следствием споров о компетенции;

— правовая защита должна быть эффективной как в теории, так и в области практического применения.

Несмотря на аргументы и примеры, приводимые российскими властями в пользу существующих в Российской Федерации средств правовой защиты от длительного неисполнения судебных решений, Европейским Судом было констатировано, что большинство из данных средств имеет определенные недостатки и не в полной мере согласуется с положениями Конвенции, а также с теми стандартами и принципами, которые выработаны сформировавшейся прецедентной практикой Суда.

По мнению Европейского Суда, действовавший в Российской Федерации до недавнего времени процессуально-правовой механизм не в полной мере отвечал тем требованиям, которые положены в основу Конвенции, и не гарантировал защиту и адекватное восстановление прав, нарушенных длительным неисполнением решений российских судов по искам к публичным образованиям и бюджетным учреждениям.

По мнению Европейского Суда, именно несовершенство российского законодательства и правоприменительной практики заставляло российских граждан и юридических лиц обращаться с жалобами напрямую в международные судебные организации, в частности в Европейский Суд. Это позволяло Европейскому Суду принимать такие жалобы к рассмотрению без предварительного исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты, а затем констатировать нарушение положений Конвенции.

Исходя из изложенного, чтобы средство правовой защиты было признано Европейским Судом эффективным:

- оно должно быть ясным, понятным и доступным;
- процедуры, устанавливающие порядок рассмотрения заявлений о компенсации и принятие по ним решений, должны соответствовать требованиям справедливого рассмотрения по смыслу Конвенции;
- заявление о компенсации должно быть рассмотрено в разумные сроки;
- гражданин не должен доказывать наличие морального вреда, так как последний в силу особенно сильной, хотя и опровержимой, презумпции является следствием самого нарушения;
- компенсация вреда, особенно морального, не должна зависеть от установления вины должностного лица или соответствующего публичного образования, поскольку государство должно нести объективную ответственность за любые недостатки, приводящие к неисполнению или длительному исполнению судебного акта;

- размер компенсации не должен быть неразумным по сравнению с суммами, присуждаемыми Европейским Судом в аналогичных делах;
- должны быть предусмотрены соответствующие бюджетные ассигнования, с тем чтобы обеспечить выплату присужденной компенсации не позднее чем через шесть месяцев с момента, когда соответствующее судебное решение вступило в законную силу;
- компенсация должна быть выплачена быстро после принятия решения о ее присуждении;
- средство правовой защиты должно быть эффективным «не только в теории, но и на практике», т. е. после его введения российские власти должны продемонстрировать Европейскому Суду, что оно на практике подтвердило свою эффективность.

Европейский Суд в «пилотном» Постановлении по жалобе «Бурдов против России (№ 2)» обязал Российскую Федерацию:

- в течение шести месяцев с момента вступления в силу Постановления создать эффективное, отвечающее международным стандартам внутригосударственное средство правовой защиты или комплекс таких средств, которые обеспечили бы быстрое и адекватное восстановление нарушенных прав, включая возмещение вреда в случае неисполнения или задержек в исполнении решений национальных судов, в соответствии с принципами, закрепленными в прецедентной практике Суда;
- в течение одного года с момента вступления в силу Постановления обеспечить восстановление прав (включая возмещение вреда) в пользу всех пострадавших от невыплаты или чрезмерных задержек в выплате российскими властями долгов по судебным решениям по всем жалобам, поданным в Суд до вынесения «пилотного» постановления и коммуницированным российским властям.

Во исполнение «пилотного» Постановления властями Российской Федерации были приняты меры по его исполнению.

С учетом выводов, изложенных в «пилотном» Постановлении, в Российской Федерации создано эффективное внутригосударственное средство правовой защиты от нарушений, связанных с чрезмерно длительным исполнением (неисполнением) судебных актов.

30 апреля 2010 г. приняты подготовленный в рамках Рабочей группы, созданной по поручению Президента РФ из представителей компетентных органов государственной власти, и внесенный Президентом РФ Федеральный закон № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судебное разбирательство в разумный срок и исполнение судебного акта в разумный срок»¹ (далее — Федеральный закон о ком-

¹ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

пенсации), а также пакет федеральных законов о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием названного Федерального закона.

Цель законов — усовершенствовать внутреннее законодательство и национальную судебную систему для переноса бремени защиты прав российских граждан на национальные органы и сокращения потока жалоб в Европейский Суд.

В основу принятых законов положены конвенционные принципы, неоднократно подтвержденные практикой Европейского Суда и отраженные в документах Комитета Министров СЕ, в том числе в Промежуточной Резолюции, принятой на мартовском (2009) заседании.

Законами предусматриваются присуждение и выплата компенсаций в связи с нарушением права на судопроизводство и исполнение судебных актов в разумный срок. Применительно к длительности судопроизводства необходимо отметить, что под сферу действия разработанного Федерального закона о компенсации подпадает не только время рассмотрения дел в судах, но и досудебное производство по уголовным делам. Дела о присуждении компенсации, согласно законам, рассматриваются судами в порядке, установленном процессуальным законодательством, которое одновременно с принятием Федерального закона о компенсациях претерпело ряд изменений, направленных на ускорение и оптимизацию соответствующих процедур, а также обеспечение единообразного рассмотрения заявлений в арбитражных судах и судах общей юрисдикции.

Важно, что принятыми законами предусматривается возможность для заявителей в судебном процессе не только заявлять о присуждении компенсации в размерах, соответствующих практике Европейского Суда, но и добиваться ускорения судебного разбирательства. В Федеральном законе о компенсации устанавливаются также бюджетные гарантии исполнения решений о присуждении компенсации.

2.2.2. Европейский Суд продолжает выносить большое количество постановлений по жалобам граждан на нарушения ст. 5 Конвенции, связанные с незаконным и необоснованно длительным содержанием под стражей.

Среди достаточно громких дел названной категории можно назвать дела «Мамедова против России» (Постановление от 1 июня 2006 г. (жалоба № 7064/05)), «Шухардин против России» (Постановление от 28 июня 2007 г. (жалоба № 65734/01)), «Власов против России» (Постановление от 12 июня 2008 г. (жалоба № 78146/01)), «Гусев против России» (Постановление от 5 декабря 2013 г. (жалоба № 28020/05)),

«Нахманович против России» (Постановление от 2 марта 2006 г. (жалоба № 55669/00)), «Панченко против России» (Постановление от 8 февраля 2005 г. (жалоба № 45100/98)), «Мишкеткуль и другие против России» (Постановление от 24 мая 2007 г. (жалоба № 36911/02)).

При организации исполнения подобного рода постановлений важнейшее значение имеет уяснение правовых позиций Европейского Суда, с тем чтобы запланированные и реализуемые меры действительно способствовали устранению нарушений.

Анализ российских дел названной категории свидетельствует о том, что предметом рассмотрения Европейского Суда в основном являются жалобы на незаконное задержание и заключение под стражу, чрезмерную длительность содержания под стражей, ненадлежащее рассмотрение жалоб на постановления о заключении под стражу и продление срока содержания под стражей.

Незаконное задержание и заключение под стражу (п. 1 ст. 5 Конвенции). При оценке законности заключения под стражу Европейский Суд исходит из того, что понятия «законный», «в соответствии с процедурой, установленной законом», указывают главным образом на обязанность государства соблюдать при заключении под стражу нормы внутригосударственного материального и процессуального права. При этом, как отмечает Европейский Суд, лишение лица свободы должно быть защищено от произвола, а национальные нормы права должны соответствовать требованиям Конвенции.

Согласно Конвенции и практике Европейского Суда основания и условия лишения свободы по внутреннему праву должны быть определены четко и ясно, чтобы позволить лицу предвидеть с разумной степенью определенности те последствия, которые может повлечь за собой то или иное действие.

Исходя из этих принципов и изучив представленные российскими властями материалы, Европейский Суд в большинстве случаев признает заключение под стражу законным.

Однако констатируются и нарушения Конвенции, если заключение под стражу произведено с грубым нарушением российских законов.

Например, в Постановлении от 1 марта 2007 г. по делу «Белевицкий против России» (жалоба № 72967/01) Европейский Суд установил, что заявитель около суток находился под стражей в одном из отделов внутренних дел г. Москвы. Суд установил, что заявитель был задержан 11 октября 2000 г., около полудня, и доставлен в названный отдел внутренних дел. В 16 час. 50 мин. заявителя обыскали в присутствии двух понятых. Однако протокол задержания был составлен только на следующий день, в 11 час. 50 мин.

В Постановлении по данному делу, учитывая непризнание российскими властями факта нарушения, Европейский Суд подчеркнул, что непризнание содержания лица под стражей является полным отрицанием фундаментально важных гарантий ст. 5 Конвенции и свидетельствует о наиболее тяжком нарушении этого положения. Суд констатировал, что содержание заявителя под стражей с 11 по 12 октября 2000 г. не было произведено в порядке, установленном законом.

Ненадлежащее рассмотрение жалоб на постановления о заключении под стражу и продление срока содержания под стражей (п. 4 ст. 5 Конвенции). По мнению Европейского Суда, безотлагательное рассмотрение жалобы заявителя на постановление о заключении под стражу и продление сроков содержания под стражей предполагают рассмотрение соответствующей жалобы в течение нескольких часов или дней, но никак не нескольких недель и месяцев, как это иногда имеет место на практике.

Европейский Суд неизменно отвергает доводы российских властей о том, что уголовное дело по уважительным причинам не могло быть оперативно представлено в суд органами МВД России или прокуратуры.

При этом, как отмечает Суд, заключенному должна быть предоставлена возможность лично либо через своего представителя представить суду свою позицию.

Суд особо подчеркивает, что п. 4 ст. 5 Конвенции гарантирует такое же безотлагательное освобождение, если заключение под стражу будет признано судом незаконным.

Практика Европейского Суда по российским делам знает ряд примеров несоблюдения названных требований¹.

Чрезмерная длительность содержания под стражей (п. 3 ст. 5 Конвенции). Как неоднократно указывал Европейский Суд, национальные суды санкционируют содержание лица под стражей, основываясь только на тяжести предъявленного обвинения либо на угрозе того, что заявитель может уклониться от правосудия или каким-либо образом ему воспрепятствовать.

При этом национальные суды не устанавливают существование конкретных фактов в подкрепление доводов относительно обоснованности выбора такой меры пресечения. Рассматривая жалобы российских граждан, Европейский Суд неоднократно указывал на то,

¹ См., например, постановления от 24 мая 2007 г. по делу «Владимир Соловьев против России» (жалоба № 2708/02), от 31 октября 2013 г. по делу «Эдуард Рожков против России» (жалоба № 11469/05) и др.

что названные основания сами по себе не могут служить оправданием длительных сроков содержания лица под стражей.

В ряде дел Европейский Суд констатировал, что национальные суды, вынося постановления о выборе меры пресечения в виде заключения под стражу, не рассматривают альтернативные меры обеспечения явки обвиняемого в суд и не приводят в судебных постановлениях доводы, подтверждающие, что такие альтернативные меры пресечения не могут гарантировать надлежащее отправление правосудия.

Суд постоянно указывает, что при вынесении постановлений о продлении срока содержания лица под стражей национальными судами не обеспечивается детальный анализ всех относящихся к делу обстоятельств, фактов и доводов сторон, не принимаются во внимание семейное положение лица или ухудшение состояния его здоровья.

Иными словами, главной причиной того, что Европейский Суд признает постановления российских судов об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей необоснованными и взыскивает с государства в пользу заявителей значительные суммы, является то, что судебные постановления являются немотивированными, выносятся без детального анализа всех обстоятельств дела.

В этой связи Европейский Суд неоднократно отмечал, что, даже если факты, подтверждающие выводы российских властей о наличии оснований для продления срока содержания под стражей и имели место, они не были упомянуты в постановлениях российских судов.

Показательно в этом смысле Постановление Европейского Суда по делу «Шухардин против России». Рассматривая названное дело, Суд указал, что областной суд, неоднократно продлевая сроки содержания заявителя под стражей, не привел в обоснование этого никаких доводов. Суд признал особенно недопустимым, что срок содержания заявителя под стражей до 24 месяцев был продлен председателем суда вообще без вынесения постановления — простой резолюцией на ходатайстве прокурора области. Более того, в названном деле Европейским Судом было также установлено, что более четырех месяцев заявитель содержался под стражей вообще без вынесения какого-либо решения и впоследствии областной суд санкционировал это содержание под стражей своим постановлением, т. е. срок содержания под стражей был продлен ретроспективно, за предшествующий период. Суд подчеркнул, что такие действия несовместимы с правом человека на свободу и личную неприкосновенность, поскольку они обязательно сопряжены с произволом.

В связи с правовыми позициями Европейского Суда компетентными российскими властями проведена необходимая работа в своих ведомствах с учетом позиций, изложенных в постановлениях Европейского Суда, Конституционного Суда РФ и рекомендациях Комитета Министров, в том числе в Меморандуме от 12 февраля 2007 г. CM/Inf/DH (2007) 4 «Содержание под стражей в Российской Федерации: меры по исполнению постановлений Европейского Суда по правам человека».

За последнее время ситуация, связанная с данной проблемой, несколько улучшилась. Суды стали больше практиковать меры пресечения, не связанные с содержанием под стражей. Наряду с подпиской о невыезде стали шире применяться такие альтернативные меры пресечения, как домашний арест и залог, которые раньше практически не использовались.

Принимаемые меры нацелены на то, чтобы добиться положения, при котором заключение под стражу во всех случаях применялось бы в качестве исключительной и действительно обоснованной и необходимой меры.

2.2.3. Сложилась устойчивая практика Европейского Суда, согласно которой во многих случаях признаны не соответствующими ст. 3 Конвенции условия содержания под стражей и медико-санитарное обеспечение подозреваемых, обвиняемых и осужденных.

Одной из главных проблем, обозначенных Европейским Судом, является проблема переполненности следственных изоляторов и мест лишения свободы и как следствие недостаточности личного пространства для лиц, находящихся в местах заключения.

Одним из первых таких дел явилось дело «Калашников против России» (Постановление от 15 июля 2002 г. (жалоба № 47095/99)), затем последовала серия аналогичных постановлений Европейского Суда — от 8 ноября 2005 г. по делу «Худоеров против России» (жалоба № 6847/02), от 16 июня 2005 г. по делу «Лабзов против России» (жалоба № 62208/00), от 2 июня 2005 г. по делу «Новоселова против России» (жалоба № 66460/01), от 20 января 2005 г. по делу «Майзит против России» (жалоба № 63378/00), от 7 июня 2007 г. по делу «Игорь Иванов против России» (жалоба № 34000/02) и др.

Рассматривая названные дела, Суд неизменно подчеркивает, что не усматривает доказательств того, что у российских властей имелись сознательные намерения унижить достоинство или ущемить права заявителя. Однако сам факт того, что заявители были вынуждены проживать, спать и пользоваться туалетом в одной камере

с многочисленным количеством заключенных, является достаточным для того, чтобы причинить страдания, превышающие предел неизбежных страданий, которые заключенный должен выносить при содержании под стражей.

Например, по делу «Игорь Иванов против России» Суд установил, что в одном из следственных изоляторов Москвы, в камере, где заявитель содержался в течение 18 месяцев, на каждого человека приходился метр личного пространства. Суд счел такое обращение бесчеловечным и взыскал в пользу заявителя за счет Российской Федерации компенсацию морального вреда.

Европейский Суд неоднократно указывал, что хотя медицинская помощь, имеющаяся в системах содержания под стражей в период следствия и исполнения наказаний, не всегда может находиться на том же уровне, как в лучших медицинских учреждениях, тем не менее государство должно гарантировать, чтобы здоровье и благополучие заключенных адекватно охранялись путем предоставления им необходимой медицинской помощи. В особой степени, по мнению Суда, это относится к серьезно больным людям, в отношении которых условия содержания должны соответствовать специфическим нуждам, связанным с заболеванием.

Вынесение Европейским Судом ряда постановлений по российским делам, в которых констатируется несоответствие Конвенции условий содержания заявителей под стражей, явилось для Российской Федерации важным импульсом для проведения серьезных и последовательных реформ по решению структурной проблемы в российской правовой системе.

В Российской Федерации имеются и совершенствуются средства правовой защиты от нарушений, связанных с ненадлежащими условиями содержания под стражей. В первую очередь это судебные средства правовой защиты.

Подозреваемый и обвиняемый, подвергшиеся жестокому обращению действием или бездействием, содержащим признаки уголовно-наказуемого деяния, вправе подать заявление о возбуждении уголовного дела и о привлечении виновных лиц к уголовной ответственности. Действия и решения органов следствия и прокуроров, в том числе постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, могут быть обжалованы в суд в соответствии с нормами уголовно-процессуального законодательства. Европейский Суд неоднократно признавал эффективным названное средство правовой защиты.

С другой стороны, если действия администрации следственных изоляторов, связанные с ненадлежащими условиями содержания,

не носят преступного характера, они также могут быть обжалованы в судебном порядке.

Правовой основой для этого являются ст. 45, 53 и 56 Конституции РФ и нормы гл. 25 ГПК РФ (гл. 22 Кодекса административного судопроизводства РФ¹).

В соответствии с ч. 1 ст. 218 Кодекса административного судопроизводства РФ гражданин может обратиться в суд с требованиями об оспаривании решений, действий (бездействия) органа государственной власти, должностного лица, государственного служащего, если полагает, что нарушены или оспорены его права, свободы и законные интересы, созданы препятствия к осуществлению его прав, свобод и реализации законных интересов или на него незаконно возложены какие-либо обязанности². Кодексом четко и понятно прописаны сроки и порядок подачи и рассмотрения соответствующих исковых заявлений. А в п. 1 ч. 3 ст. 227 Кодекса административного судопроизводства РФ закреплено, что в случае удовлетворения административного иска гражданина суд указывает на необходимость принятия решения по конкретному вопросу, совершения определенного действия либо на необходимость устранения иным способом допущенных нарушений прав, свобод и законных интересов административного истца и на срок устранения таких нарушений, а также на необходимость сообщения об исполнении решения в суд и административному истцу в течение одного месяца со дня вступления решения в законную силу, если иной срок не установлен судом³.

Действующим российским законодательством предусмотрен также судебный порядок возмещения вреда, причиненного гражданину незаконными действиями или бездействием государственных органов и их должностных лиц. Правовой основой для предъявления таких исков являются ст. 16, 151, 1069 ГК РФ. И мы имеем многочисленные примеры компенсации причиненного вреда лицам, содержащимся под стражей в ненадлежащих условиях.

¹ Кодекс административного судопроизводства РФ от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ вводится в действие с 15 сентября 2015 г., за исключением отдельных положений, вступающих в силу в иные сроки.

² Статья 254 ГПК РФ предусматривает право гражданина оспорить в суде решение, действие (бездействие) органа государственной власти, должностного лица или государственного служащего, если он считает, что нарушены его права и свободы.

³ В ст. 258 ГПК РФ закреплено, что суд, признав заявление обоснованным, принимает решение об обязанности соответствующего органа, должностного лица или государственного служащего в установленные сроки устранить в полном объеме допущенное нарушение или ограничение прав и свобод, а также проинформировать суд и заявителя о принятых мерах.

В дополнение к судебным средствам правовой защиты от нарушений, связанных с неудовлетворительными условиями содержания под стражей, в Российской Федерации действуют и широко применяются иные зарекомендовавшие себя на практике правозащитные механизмы.

Это, например, закрепленная в Федеральном законе от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (в ред. от 22 декабря 2014 г.)¹ возможность обращаться с просьбой о личном приеме к начальнику места содержания под стражей и лицам, контролирующим деятельность соответствующего учреждения уголовно-исполнительной системы. В соответствии с действующим законодательством непосредственный контроль за деятельностью администрации следственных изоляторов осуществляют Федеральная служба исполнения наказаний и ее территориальные органы. Статистические данные свидетельствуют о том, что граждане достаточно часто прибегают к подаче жалоб в названную службу и в ряде случаев добиваются устранения нарушений и восстановления нарушенных прав.

Нельзя сбрасывать со счетов и Федеральный закон от 10 июня 2008 г. № 76-ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания» (в ред. от 12 февраля 2015 г.)². В соответствии с названным Федеральным законом созданы и функционируют общественные наблюдательные комиссии, членам которых предоставлено право посещать учреждения, исполняющие наказание, и следственные изоляторы без специального разрешения.

Восстановлением нарушенных прав лиц, содержащихся под стражей, занимаются также Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации и уполномоченные по правам человека в субъектах Федерации, деятельность и права которых регламентируются специальным федеральным конституционным законом.

Отдельного внимания заслуживает такое средство правовой защиты, как обращение к прокурору, поскольку в Российской Федерации, в отличие от большинства европейских стран, прокуратура в соответствии с федеральным законом наделена полномочиями систематически осуществлять надзор за соблюдением законодательства в местах содержания под стражей, в том числе в следственных

¹ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2759.

² СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2789.

изоляторах. Прокуроры в соответствии с законом регулярно посещают и проверяют следственные изоляторы. Они также организуют проверки в связи с обращениями конкретных граждан, а также иными данными о предполагаемых нарушениях (например, в связи с публикациями в средствах массовой информации). При этом прокуроры наделены полномочиями вносить акты прокурорского реагирования, содержащие обязательные к исполнению требования, и ставить вопрос о наказании виновных лиц. Причем за невыполнение требований прокурора должностные лица несут административную ответственность.

И еще один важный аспект. В 2010 г. Правительством РФ была утверждена разработанная по поручению Президента РФ Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 г.¹ Концепция не только предусматривает непосредственное дальнейшее изменение и совершенствование уголовно-исполнительной системы, но и затрагивает деятельность судебных и иных участвующих в реализации политики в сфере борьбы с преступностью правоохранительных органов. Такой системный подход обусловлен тем, что многие проблемы уголовно-исполнительной системы могут решаться эффективно только в комплексе с вопросами, связанными с уголовным преследованием, судебной практикой, профилактикой преступлений.

Представляется, что названные концептуальные подходы, дальнейшее развитие и совершенствование уголовно-исполнительного законодательства позволят обеспечить создание условий для пенитенциарной практики, отвечающей европейским стандартам и потребностям Российского государства.

В контексте ст. 3 Конвенции Европейским Судом рассматриваются и нарушения, связанные с бесчеловечным обращением во время задержания и конвоирования, с применением недозволенных методов (пыток) при проведении оперативно-розыскных и следственных мероприятий.

Европейский Суд при рассмотрении дел, связанных с предполагаемыми нарушениями Конвенции в период нахождения лица под стражей или иного лишения его свободы, исходит из фактической презумпции того, что государство несет полную и безусловную ответственность за жизнь и здоровье каждого лица, которое подверглось задержанию представителями власти, с момента такого задержания. Если лицо было задержано и доставлено в орган внутренних дел здоровым, а на момент освобождения у него имеются травмы, то государство обязано

¹ Распоряжение Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 1772-р.

представить правдоподобное объяснение их происхождения, а также обосновать применение силы к заявителю, если она действительно применялась и была вызвана необходимостью пресечения его правонарушений действий. И если соответствующие убедительные доказательства не будут представлены, для государства наступает ответственность по ст. 3 Конвенции.

Так, в Постановлении от 2 октября 2008 г. по делу «Акулинин и Бабич против России» (жалоба № 5742/02) Европейский Суд на основании показаний заявителей установил, что они после задержания (по подозрению в совершении серии угонов) в сентябре 2000 г. были жестоко избиты сотрудниками отделения милиции. Полученные заявителями травмы в дальнейшем были диагностированы медицинским учреждением. Констатируя нарушение российскими властями ст. 3 Конвенции, Европейский Суд отметил, что власти не представили собственной достоверной версии событий, которая могла бы опровергнуть утверждения заявителей, а также никаких объяснений того, каким образом заявители получили травмы. Европейский Суд обязал власти Российской Федерации выплатить заявителям в общей сложности 30 тыс. евро.

Аналогичную позицию Европейский Суд занял в Постановлении от 24 января 2008 г. по нашумевшему делу «Маслова и Налбандов против России» (жалоба № 839/02). Оценив представленные сторонами материалы, Суд пришел к выводу, что заявители подверглись бесчеловечному и унижающему достоинство обращению со стороны сотрудников Нижегородского РОВД г. Нижнего Новгорода в ходе получения показаний в связи с расследованием убийства.

Факты пыток, бесчеловечного и унижающего достоинство обращения установлены Европейским Судом также в постановлениях от 15 октября 2009 г. по делу «Антипенков против России» (жалоба № 33470/03), от 29 января 2009 г. по делу «Антропов против России» (жалоба № 22107/03), от 8 января 2009 г. по делу «Барабанщиков против России» (жалоба № 36220/02), от 2 октября 2008 г. по делу «Белосов против России» (жалоба № 1748/02), от 26 января 2006 г. по делу «Михеев против России» (жалоба № 77617/01), от 9 марта 2006 г. по делу «Менешева против России» (жалоба № 59261/00), от 2 октября 2008 г. по делу «Самойлов против России» (жалоба № 64398/01) и др.

Анализ сложившейся ситуации повлек за собой принятие на постоянной основе мер общего характера, направленных на исключение фактов подобного рода в практической деятельности.

Одним из проблемных вопросов, отмечаемых Европейским Судом в своих постановлениях, является неэффективное проведение дослед-

ственных проверок и расследования уголовных дел по фактам пыток и жестокого обращения.

Согласно прецедентной практике Европейского Суда власти обязаны по жалобам и сообщениям о фактах жестокого, унижающего достоинство и бесчеловечного обращения провести эффективное расследование, и заявитель должен иметь возможность оспорить результаты этого расследования либо воспользоваться ими для инициирования в судебном порядке вопроса о возмещении причиненного вреда.

2.2.4. За последние годы Европейский Суд вынес значительное количество постановлений, в которых констатировано нарушение Российской Федерацией п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, выразившееся в нарушении принципа правовой определенности в связи с отменой в порядке надзора вступивших в законную силу и подлежащих исполнению судебных актов.

Первым делом, в котором Европейский Суд впервые установил нарушение принципа правовой определенности, явилось дело «Рябых против России» (Постановление от 24 июля 2003 г. (жалоба № 52854/99)).

В названном деле Европейский Суд сформулировал ключевые критерии принципа правовой определенности, гарантированного Конвенцией:

- 1) принцип правовой определенности является одним из основополагающих аспектов верховенства права;
- 2) принцип правовой определенности предполагает уважение принципа *res judicata* (принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела), который закрепляет, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу решения только в целях проведения повторного слушания и принятия нового решения;
- 3) полномочие вышестоящего суда по пересмотру вступившего в силу судебного акта должно осуществляться в целях исправления фундаментальных судебных ошибок;
- 4) пересмотр вступившего в силу судебного акта не может считаться скрытой формой обжалования, а наличие двух точек зрения по одному вопросу не может являться основанием для пересмотра;
- 5) отступления от принципа *res judicata* оправданны, только когда они являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера.

Основные правовые позиции Европейского Суда применительно к процедуре надзорного производства в гражданском процессе заключаются в следующем.

По мнению Европейского Суда, неоднократно высказанному им в ряде постановлений, действующая в Российской Федерации система надзорного производства не в полной мере отвечает тем стандартам, которые гарантированы Конвенцией и сформированы прецедентной практикой Европейского Суда. Это привело к тому, что в отношении России было вынесено значительное количество постановлений по данной категории дел, а проблема надзорного производства была признана Европейским Судом носящей системный характер (постановления от 18 января 2007 г. по делу «Клименко против России» (жалоба № 11785/02), от 18 января 2007 г. по делу «Кот против России» (жалоба № 20887/03), от 21 декабря 2006 г. по делу «Петров против России» (жалоба № 7061/02), от 18 января 2007 г. по делу «Собелин и другие против России» (жалоба № 34952/03) и пр.).

В связи с изложенным Европейский Суд применительно к «российским» делам рассматриваемой категории в ряде постановлений изложил следующие правовые позиции.

1. *Необоснованность отмены вступивших в силу судебных актов.* Практически во всех делах, в которых Европейский Суд установил нарушение принципа правовой определенности, постановления судов первой и кассационной инстанций, вынесенные в пользу заявителей, были отменены со ссылкой на то, что они не были обоснованы достаточными доказательствами и содержали неправильное толкование закона. Другими словами, причиной отмены окончательных решений, вынесенных в пользу заявителей, было несогласие судов надзорных инстанций с тем, каким образом нижестоящий суд оценил представленные ему доказательства и применил нормы внутреннего законодательства.

Европейский Суд указал, что допущенные судами первой и кассационной инстанций нарушения норм материального и процессуального права не представляли собой фундаментальных нарушений или непреодолимых обстоятельств, оправдывающих отмену вступивших в силу судебных актов.

2. *Пересмотр судебных постановлений в порядке надзора был инициирован государственными должностными лицами, а не сторонами процесса.*

Так, в деле «Клименко против России» (Постановление от 18 января 2007 г. (жалоба № 11785/02)) пересмотр судебных постановлений в порядке надзора был инициирован председателем областного суда, в деле «Ситков против России» (Постановление от 18 января 2007 г. (жалоба № 55531/00)) — заместителем Генерального прокурора, в деле «Росэлтранс» против России» (Постановление от 21 июля 2005 г. (жалоба № 60974/00)) — прокурором области и т. д.

3. Полномочия государственных должностных лиц по инициированию пересмотра в порядке надзора вступивших в силу судебных актов не были ограничены во времени, что не обеспечивало права заявителей в судебном процессе надлежащим образом.

В деле «Рябых против России» пересмотр судебного решения в порядке надзора был инициирован председателем областного суда спустя практически год после вступления решения в силу; в деле «Петров против России» (Постановление от 21 декабря 2006 г. (жалоба № 7061/02)) протест был внесен прокурором области спустя год и месяц после вступления оспариваемого решения в силу и т. д.

4. Многоступенчатость процедуры надзорного производства, множественность надзорных инстанций.

Европейский Суд отмечал, что неопределенность сроков начала процедуры надзорного производства и многоступенчатость надзорных инстанций позволяют ответчику подавать последовательные жалобы и оспаривать судебные постановления даже позднее чем через год после того, как они вступили в законную силу. Такие обстоятельства Европейский Суд установил в деле «Присяжникова и Долгополова против России» (Постановление от 28 сентября 2006 г. (жалоба № 24247/04)). К аналогичному выводу Европейский Суд пришел в деле «Кульков и другие против России» (Постановление от 8 января 2009 г. (жалобы № 25114/03, 11512/03, 9794/05, 37403/05, 13110/06, 19469/06, 42608/06, 44928/06, 44972/06, 45022/06)).

5. Отсутствие в российском законодательстве требований, обязывающих перед подачей надзорной жалобы (представления) прибегать к кассационному (апелляционному) обжалованию судебных постановлений.

Так, в деле ««Росэлтранс» против России» Европейский Суд отметил, что вступившие в силу судебные акты отменялись судом надзорной инстанции по заявлению государственного должностного лица или стороны по делу в случаях, когда таковые не воспользовались стандартной процедурой обжалования. Аналогичная ситуация имела место в делах «Волкова против России» (Постановление от 5 апреля 2005 г. (жалоба № 48758/99)), «Кутепов и Аникеенко против России» (Постановление от 25 октября 2005 г. (жалоба № 68029/01)) и ряде других.

Сложившееся положение продиктовало необходимость усовершенствования российского процессуального законодательства, приведения надзорного производства в соответствие с международными стандартами, признаваемыми Российской Федерацией, и обеспечения соблюдения принципов правовой эффективности судебного производства и правовой определенности при рассмотрении дел в российских судах.

Рамки настоящей главы узки для того, чтобы подробно изложить все аспекты существующего в рамках СЕ механизма защиты провозглашенных прав и свобод. Прецедентная практика Европейского Суда насчитывает на сегодня более 10 тыс. решений и постановлений и оказывает влияние на правовую и правоприменительную среду во всех государствах — членах СЕ.

Совершенствование этого механизма остается актуальным.

По единому мнению экспертного сообщества, Протокол № 14 к Конвенции решает только часть проблем, стоящих перед Европейским Судом.

Это привело к осознанию необходимости дальнейшего совершенствования деятельности Европейского Суда и Комитета Министров СЕ как органа, призванного контролировать исполнение постановлений Суда государствами — членами СЕ.

Важнейшей площадкой для такой реформы стали так называемые конференции высокого уровня о будущем Европейского Суда, которые состоялись в Интерлакене (2010), Измире (2011), Брайтоне (2012) и Брюсселе (2015).

Страны — члены СЕ, представленные на этих международных форумах на уровне министров юстиции и министров иностранных дел, приняли ряд документов по реформе существующего правозащитного механизма.

Российская Федерация придает большое значение конкретным мерам по обеспечению эффективного функционирования Европейского Суда по правам человека и отысканию разумного баланса между приоритетной ответственностью государств за соблюдение Конвенции и той ролью, которую призван играть Европейский Суд. Она заинтересована в конструктивном сотрудничестве со всеми государствами Европы в поиске решений, которые усиливали бы и Европейский Суд по правам человека, и Совет Европы в целом.

В настоящее время, возможно, как никогда ранее, становится очевидной актуальность проблемы полной реализации принципа субсидиарности в юрисдикции Европейского Суда в пределах его предметной и временной компетенции. Это позволит Суду сосредоточиться на принципиальных системных проблемах, касающихся выполнения государствами-участниками своих обязательств по Конвенции, и даст всестороннее и непротиворечивое толкование ее положений, которое служило бы ориентиром для государств-участников, при вынесении решений по конкретным делам.

Наше видение направлений реформирования Европейского Суда заключается в следующем:

— Европейский Суд не должен становиться наднациональным судебным органом, т. е. принцип субсидиарности должен быть полностью реализован в его деятельности;

— право на индивидуальную жалобу в Европейский Суд должно быть сохранено. При этом возможно предусмотреть обязательность подачи жалобы на одном из официальных языков Суда, представление интересов заявителя адвокатом, а также введение умеренной пошлины за подачу жалобы, которая послужит укреплению финансовой независимости Суда;

— при рассмотрении дел, включая так называемые дела устоявшейся прецедентной практики, судебные функции должны осуществляться исключительно судьями, а не сотрудниками Секретариата Суда;

— прецедентная практика Суда должна полностью отвечать критериям ясности, предсказуемости и непротиворечивости, а также разумности сроков судебного разбирательства.

Для реализации этих направлений представляется целесообразным принятие Статута Суда, в котором можно было бы отразить следующие принципы:

1) последовательность в применении критериев приемлемости жалоб и в отправлении правосудия;

2) последовательность в толковании и применении материально-правовых норм Конвенции;

3) установление ясных и предсказуемых стандартов для процедуры принятия «пилотных» постановлений;

4) установление четких критериев для передачи дел в Большую Палату;

5) усиление роли Большой Палаты в обеспечении гомогенности прецедентной практики Суда.

ГЛАВА XVII. АДВОКАТУРА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ (НА ПРИМЕРЕ США, ГЕРМАНИИ, ФРАНЦИИ И ВЕЛИКОБРИТАНИИ)

§ 1. Адвокатура в США

В США отсутствует термин «адвокат» в том смысле, в котором он употребляется в российском праве, где практикующие юристы делятся на членов коллегии адвокатов и всех остальных: работников юридических фирм, юрисконсультов предприятия, индивидуальных предпринимателей. В США такое деление отсутствует, поскольку любой практикующий юрист должен иметь лицензию, выдаваемую на основании экзаменов, принимаемых бар-ассоциацией, т. е. коллегией адвокатов. Общеупотребительными терминами для обозначения адвоката в США являются «lawyer» (т. е. непосредственно юрист) и «attorney at law» (термин, имеющий чуть более узкое значение).

1.1. Структура юридической профессии

Всех юристов в США можно разделить на три группы:

- 1) юристы-практики;
- 2) лица с дипломом юриста, выполняющие функции, не связанные непосредственно с правом;
- 3) юристы, посвятившие себя научно-преподавательской деятельности.

Юристы-практики представляют собой наиболее значительную профессиональную группу и в свою очередь подразделяются на:

- частнопрактикующих адвокатов (более 700 тыс. человек);
- юрисконсульты корпораций (штатные, получающие зарплату сотрудники юридических служб);
- юристов государственных учреждений (штатные сотрудники юридических служб ведомств исполнительной власти, административных учреждений, местных органов власти, адвокаты из ведомств

«публичных защитников», деятельность которых оплачивается из государственного бюджета);

— судей (отдельная категория внутри группы юристов, занимающихся практической деятельностью; на судейские должности приходят юристы из числа лиц, имеющих практический опыт юридической работы в адвокатуре, бизнесе, юридических службах государственных ведомств; федеральных судей насчитывается около 1200 человек, судей штатов и местных — около 30 тыс.).

Лица с дипломом юриста, выполняющие функции, не связанные непосредственно с правом, представляют собой особую категорию. Это лица, отошедшие от юридической практики или научной деятельности и посвятившие себя политической карьере либо бизнесу.

Таким образом, лицо, окончившее юридическое учебное заведение, если не выбирает себе сразу академическую карьеру, обычно начинает работу в адвокатуре либо в суде в должности клерка (референта, помощника) судьи или в аппарате юридических служб, органов обвинения на младших должностях.

Жесткие границы внутри вышеуказанных групп юристов, направляющие человека лишь по одному пути, отсутствуют: для юридического сословия США характерны высокая ротация и мобильность. Переход от частной адвокатской практики на государственную службу и обратно — явление распространенное. Судьи обычно подбираются из числа политически активных и опытных адвокатов. Многие обвинители в свою очередь также становятся судьями.

Внутри юридического сословия наиболее престижной считается работа судьи (особенно федерального, на пожизненной должности); несколько ниже с точки зрения социального престижа располагаются адвокаты корпораций и юристы-ученые (профессора права); далее идут юристы, работающие в административных ведомствах, и сотрудники государственных атторнейских служб.

В американском юридическом сословии частнопрактикующие адвокаты являются доминирующей группой: примерно 1 адвокат на 500 человек населения.

Адвокаты в США осуществляют защиту интересов обвиняемых по уголовным делам и представительство интересов сторон в гражданском процессе. Тот факт, что адвокаты в США не делятся на какие-либо категории, не исключает их специализации по отдельным вопросам и по видам деятельности. Многие крупные юридические фирмы специализируются на ведении судебных процессов против определенных групп фирм, например табачных компаний. В США отсутствует функциональное разделение адвокатов, как в Англии (деле-

ние на солиситоров и барристеров), однако у них имеются значительные полномочия помимо защиты, представительства в суде и консультирования: адвокаты могут также заниматься частным расследованием, представлять карательные и иные государственные органы, выполнять нотариальные функции.

Рядовые американцы с уважением относятся к конкретным юристам, с которыми они знакомы лично и к которым можно обратиться за помощью в сложной ситуации, но с неприязнью относятся к адвокатскому сословию в целом. Причины высокого престижа профессии кроются во многом в приверженности американцев к судебной правовой, требующим юридического обеспечения форм разрешения конфликтов. Так, в США прийти на судебное слушание, пусть даже по мелкому гражданскому делу, без адвоката немыслимо.

Пример. Полиция не имеет права штрафовать водителя за превышение скорости и направляет соответствующий материал в суд. Получать в суде штраф для водителя невыгодно, поскольку это влечет за собой повышение страховой премии страховой компанией, а повторное превышение скорости будет рассматриваться как рецидив. Поэтому в суд отправляется адвокат, заявляющий о том, что его клиент не признает себя виновным в превышении скорости. Следовательно, судья обязан вызвать свидетелей, запросить дополнительные доказательства. Адвокат добавляет, что его клиент признает, что нарушил правила парковки машины. Судья вправе пойти на подобную сделку с адвокатом, назначив клиенту тот же штраф, но без вышеописанных неприятных последствий.

При этом нельзя не отметить, что подчас деятельность юристов может принести не только пользу, но и ощутимый вред. Так, эпидемия судебных процессов против компаний, использовавших в производстве строительных работ асбест, считающийся опасным канцерогеном, привела к банкротству 67 фирм. Некоторые из компаний пострадали в связи с тем, что они поставляли сырье и материалы фирмам, против которых был выдвинут иск.

Нельзя не вспомнить и об иске американки, обжегшейся горячим кофе, купленным в *McDonalds*, и выигравшей в итоге 150 тыс. дол. компенсации. Данный иск был лишь первым в череде подобных процессов. В 2002 г. были поданы иски против сетей быстрого питания, в которых истцы обвиняли их в своем ожирении и проблемах со здоровьем.

1.2. Правовые основы деятельности адвоката

В США отсутствует нормативно-правовой акт, закрепляющий права и обязанности адвоката в процессе судопроизводства. Основной

принцип участия адвоката в судопроизводстве закреплен в *Шестой поправке к Конституции США* (1791) о том, что «обвиняемый имеет право быть осведомленным о сущности и основаниях обвинения; он имеет право на очную ставку со свидетелями, показывающими против него, право на принудительный вызов свидетелей со своей стороны и на помощь адвоката для своей защиты».

Данная поправка нашла свое развитие в ряде судебных решений.

1. В 1963 г. в деле «Гидеон против Уэйнтрайта» Верховный суд США постановил, что предоставляемое Шестой поправкой к Конституции право на адвоката-защитника является фундаментальным и необходимым для справедливого суда.

2. В 1966 г. в решении по делу «Миранда против штата Аризона» Верховный суд возложил на власти штатов обязанность принять ясно выраженные меры для ограждения прав лица от возможных нарушений со стороны полиции. Эти права включают: 1) право не давать показания; 2) право получать разъяснения о том, что все, что лицо заявит полиции, может быть и будет использовано против него в суде; 3) право на пользование услугами адвоката-защитника до или во время допроса; 4) право на назначение адвоката-защитника в случае недостатка у лица средств для оплаты услуг такового.

3. Согласно решению Верховного суда по делу «Брюер против Вильямса», принятому в 1977 г., право на адвоката-защитника распространяется на стадии возбуждения производства по делу, предварительного слушания, предъявления обвинительного заключения или предъявления обвинения в распорядительном заседании суда. Однако право на присутствие адвоката-защитника не распространяется на производство перед большим жюри, а также на фотографирование в целях опознания, взятие образцов крови или почерка. Право на адвоката-защитника распространяется на досудебное опознание, поскольку данный процесс связан со столкновением интересов, как и в ходе судебного процесса.

4. Это было подтверждено в деле «США против Эша», в решении по которому Верховный суд постановил, что адвокат должен участвовать в тех процессуальных действиях, где он может оказать обвиняемому «помощь, чтобы справиться с правовыми проблемами или дать совет, когда ему противостоит другая процессуальная сторона»¹.

1.3. Юридическое образование в США

Организацией, решающей вопрос об официальном признании юридического вуза, выступает (по уполномочию Министерства образования

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 277–278.

США) Американская ассоциация юристов (ААЮ), утверждающая среди прочего перечень требований, которым должен отвечать юридический вуз. Среди этих требований — наличие определенного контингента квалифицированных преподавателей, пригодные и удобные для занятий помещения, определенный минимальный бюджет, количественный и тематический минимум учебных, справочных и нормативных изданий в библиотеке, наличие определенных учебных программ и др.

Высшее образование в США делится на несколько ступеней:

1) общее высшее образование, которое можно получить в колледже, со сроком обучения 3—4 года (по окончании выдается диплом бакалавра);

2) высшее специальное (профессиональное образование), которое получается в специализированной школе или колледже университета, со сроком обучения 3 года (по окончании выдается диплом и присваивается степень доктора юриспруденции);

3) обучение на степень магистра права — 1 год;

4) обучение на степень доктора юридических наук — 2—3 года.

Вступительные экзамены в вузе заменяет тест на способность к обучению, высылаемый абитуриенту по почте. Учитываются и оценки абитуриента, полученные им в колледже. Конкурс для поступления в юридический вуз довольно высок: около 130 тыс. человек примерно на 40 тыс. мест. Конкурс в элитные вузы составляет 40 человек на место.

Обязательные к изучению дисциплины существуют только на первом курсе (договорное, уголовное, деликтное, административное право). В последующие годы обучения устанавливается обязательное минимальное количество предметов, подлежащих изучению студентом.

Метод обучения в юридических вузах основан преимущественно на анализе прецедентов и решений апелляционных судов; законодательный и административно-правовой материал привлекается постольку, поскольку он помогает анализу прецедента. Главным в юридическом образовании является развитие аналитических способностей студента, а не заучивание нормативного текста. Отсюда — практическое отсутствие лекций как таковых, а занятие превращается в активное собеседование преподавателя с аудиторией студентов. Нередко преподаватели устраивают имитации разбирательства дела — гипотетического или из реальной практики, во время которого студенты должны полностью воспроизвести функции участников процесса: предъявить и исследовать доказательства, заявить процессуальные ходатайства, представить аргументы и т. п.

Большое внимание при обучении уделяется привитию навыков самостоятельной исследовательской работы. Характерной чертой

крупных американских юридических вузов является издание самими студентами юридических журналов — «правовых обзоров». Оценка знаний студента производится исключительно на основе письменного (часто и внеаудиторного) экзамена. Экзаменационная работа представляется анонимно, под девизом, оценивается по буквенной системе (от A — высшего балла до D — приравниваемого к оценке «неудовлетворительно») или по системе «сдано — не сдано». Оценки оглашению преподавателем третьим лицам не подлежат.

1.4. Допуск в адвокатуру

Степень доктора юриспруденции является достаточной для занятий юридической деятельностью, но не предоставляет ее обладателю автоматического права на занятие адвокатской практикой. Для получения права на занятие адвокатской практикой в большинстве штатов необходимо сдать экзамены, условия которых устанавливаются верховным судом штата. Лицо, допущенное после экзаменов к адвокатской практике, получает право выступать во всех судах данного штата. Для представления интересов клиента в судах другого штата требуется либо сдать новый экзамен, либо получить специальное разрешение. Разрешение на ведение дел в федеральных судах выдается лицам, допущенным к адвокатской практике в штате, автоматически.

Формальные требования к сдаче экзаменов на получение патента:

- характеристика от декана учебного заведения;
- диплом;
- анкета;
- отпечатки пальцев;
- информация обо всех совершенных правонарушениях, включая случаи ДТП;
- информация обо всех имеющихся долгах;
- собеседование с комиссией по допуску в адвокатуру (состоит из 11 человек — практикующих юристов и формируется либо по назначению суда или губернатора штата, либо ассоциацией адвокатов штата);
- оплата пошлины в размере порядка 500 дол. США.

Процедура экзамена. Экзамен принимается два раза в год. При этом процент успешно прошедших испытание составляет порядка 78% от всех кандидатов. Не сдавшие экзамен вправе повторить попытку неограниченное число раз, и каждый раз за отдельную плату. Экзамен состоит из устного собеседования и письменной работы. Соискатели проходят экзамены по следующим дисциплинам:

- федеральное законодательство;
- этика и профессиональная ответственность адвоката;
- сочинение в виде ответов на задачи по конкретным правовым ситуациям (проверяются знание, толкование и применение правовых норм штата, в котором сдается экзамен).

Следует отметить, что для получения патента успешной сдачи вышеперечисленных дисциплин недостаточно, поскольку комиссия обращает внимание и на такой критерий, как «хороший характер».

Для сохранения действия патента адвокат обязан ежегодно повышать свою квалификацию в определенном объеме часов (не менее 12).

Патент может быть аннулирован за совершение преступления, и его действие может быть приостановлено на три года за определенные нарушения закона и профессиональной этики (например, неуважение к суду, при обоснованной жалобе клиента на непрофессионализм).

1.5. Типы адвокатских объединений

Членами адвокатских объединений являются не только практикующие адвокаты, но и лица, работающие юрисконсультами, юристы, работающие в прокуратуре. В США существуют следующие типы адвокатских объединений:

- *ассоциации адвокатов штата* — официальное объединение всех адвокатов штата, занимающееся лицензированием, контролирующее соблюдение адвокатами профессиональной этики и налагающее дисциплинарные взыскания;

- *добровольные ассоциации* — объединения адвокатов, действующие на уровне города, штата, страны в целом, занимающиеся повышением квалификации своих членов, оказанием бесплатной юридической помощи на добровольных началах.

В масштабах страны деятельность этих объединений координируется *Американской ассоциацией юристов*, насчитывающей около 600 тыс. членов. К членам Ассоциации относятся:

- 1) индивидуальные члены: адвокаты, юристы государственных ведомств, юристы-теоретики, студенты юридических вузов;

- 2) коллективные члены: специализированные профессиональные организации юристов, такие как Общество судей, Национальная ассоциация генеральных атторнеев, Национальная ассоциация адвокатов по уголовным делам, Национальная ассоциация женщин-адвокатов.

В сферу деятельности Ассоциации входят следующие вопросы:

- проблемы профессиональной этики;
- разработка законопроектов;

— выработка единообразных стандартов адвокатской практики и принципов отправления правосудия;

— предоставление заключений по кандидатурам на должности федеральных судей, включая членов Верховного суда США, федеральных обвинителей.

Членами Ассоциации могут быть граждане США, имеющие диплом юриста и допущенные к адвокатской практике. Иностранные юристы, не допущенные к практике в США, могут стать иностранными членами Ассоциации.

Общие вопросы деятельности Ассоциации рассматриваются на ежегодных съездах.

1.6. Организационные формы деятельности адвокатов

1. Индивидуальная деятельность, которой занимаются более половины адвокатов.

2. Деятельность в рамках крупной компании, специализирующейся на обеспечении интересов корпораций. В рамках компании существует следующее деление адвокатов:

— партнер — адвокат, имеющий право на часть прибыли адвокатской фирмы;

— ассоциатор — адвокат, получающий от фирмы жалованье. Ассоциаторский стаж составляет порядка восьми лет, за которые начинающий адвокат должен приобрести собственную клиентуру и начать приносить компании ощутимый доход. По истечении данного срока ассоциатор либо становится партнером, либо уходит из компании.

3. Работа в ведомствах публичных защитников, т. е. организациях, состоящих на государственном бюджете и занимающихся предоставлением бесплатной помощи обвиняемым из числа неимущих граждан. Так, например, Конгрессом США учреждена и финансируется Корпорация по оказанию юридической помощи.

4. Работа в адвокатской конторе, защищающей интересы общества (*pro bono publico*). Данный вид деятельности связан с исками против государства и корпораций от имени отдельных категорий граждан (потребителей, налогоплательщиков).

5. Деятельность в рамках юридического отдела общественной организации в целях судебно-претензионного решения отдельных вопросов. К указанным организациям относятся, например, Национальный союз борьбы с расовыми и политическими репрессиями, Центр охраны конституционных прав граждан, объединения женщин-адвокатов и слепых адвокатов.

1.7. Оплата юридической помощи

Гонорарная практика строится в США на двух основных принципах:

1) соглашение адвоката с клиентом с учетом сложившейся практики и рекомендаций тех организаций, при которых состоят практикующие юристы;

2) официально установленные расценки на оплату услуг адвоката в зависимости от вида оказываемой юридической помощи (существуют более 700 специальных таблиц для исчисления гонорара за различные виды услуг).

Кроме того, согласно решениям Верховного суда США, признается, что обвиняемый имеет право на участие защитника в деле с момента задержания, а если он не в состоянии нанять адвоката, то вправе рассчитывать на *бесплатную юридическую помощь* на всех этапах расследования и судебного разбирательства дела, а также при обжаловании приговора. Во многих штатах правом на бесплатную юридическую помощь обладают исключительно обвиняемые, которым грозят лишение свободы или смертная казнь. В большинстве штатов созданы различные программы, направленные на финансирование бесплатной юридической помощи квалифицированных адвокатов за счет средств штата или местных властей. Эта так называемая «льгота бедных», которая распространяется практически на любого обвиняемого, заявившего об отсутствии у него средств на оплату адвоката. Услуги адвоката в этом случае оплачиваются за счет средств штата по ставке 20–30 дол. в час, но не более 200 дол. за рабочий день.

В США существует несколько форм предоставления *бесплатной юридической помощи*:

1) *адвокатами — защитниками по назначению*. Программы адвокатов — защитников по назначению чаще всего создаются в небольших муниципальных образованиях, в которых местные власти составляют список частнопрактикующих адвокатов, готовых представлять интересы нуждающихся в этом граждан. В списке указывается и специализация адвоката, с учетом которой происходит его отбор для конкретного дела. Отбор адвоката осуществляется судом на основе одноразового назначения либо путем выбора из имеющегося списка. Оплата услуг адвоката также производится через суд из федерального бюджета или бюджета штата. Кроме того, адвокат должен получить предварительное согласие суда на расходы, связанные с проведением собственного расследования или назначением экспертизы;

2) *адвокатами по контракту*. Программа адвокатов по контракту обеспечивает участие в процессе частнопрактикующего адвоката, за-

ключившего контракт с местной властью о выплате гонораров на заранее оговоренную сумму. В контракте также оговаривается количество малоимущих клиентов, дела которых берется вести адвокат. Превышение количества дел, оговоренного в контракте, влечет за собой пересмотр его условий;

3) *деятельность ведомств «публичных защитников»*. Программы деятельности ведомств «публичных защитников» обеспечивают оказание юридической помощи практически всем малоимущим обвиняемым по уголовным делам. Данные ведомства создаются местными органами власти: муниципалитетами, мэрией, городскими советами. Большинство ведомств «публичных защитников» имеет статус частных некоммерческих корпораций, а адвокаты-сотрудники формально считаются государственными служащими. Несмотря на это, а также на государственное финансирование, такие ведомства являются независимыми от власти;

4) кроме того, бесплатную юридическую помощь общественных организаций могут получить лица, дела которых имеют важное политическое или конституционное значение. В последние годы федеральным законодательством установлено также, что расходы на адвоката, понесенные стороной, которая предъявила иск по поводу незаконной правительственной акции и выиграла дело, возмещаются правительством.

1.8. Допуск иностранных адвокатов к юридической практике в США

Иностранному лицу, достигшему 26-летнего возраста, американский суд вправе выдать лицензию на практику в качестве юридического консультанта. К претенденту предъявляются следующие требования:

- заявитель должен был являться адвокатом в иностранном государстве в течение не менее пяти лет с даты, предшествующей обращению в суд;

- заявитель отвечает необходимым моральным качествам и удовлетворяет общим требованиям, предъявляемым к членам ассоциации юристов данного штата;

- лицо намерено практиковать в данном штате в качестве юридического консультанта и открыть в этих целях офис.

Иностранное лицо также должно представить секретарю суда следующий набор документов (с надлежащим образом удостоверенными переводами):

- выданный профессиональной организацией либо государственным учреждением в зарубежном государстве сертификат, удостоверяющий, что заявитель допущен к практике, с указанием даты допуска, а также подтверждающий действительность его статуса адвоката;

— рекомендательное письмо от одного из членов исполнительного органа такой профессиональной организации либо государственного учреждения или от одного из судей суда высшей инстанции либо суда первой инстанции такого иностранного государства;

— свидетельство о рождении.

Лицо, получившее лицензию на предоставление услуг юридического консультанта, считается адвокатом, состоящим при ассоциации юристов данного штата, обладает всеми присущими остальным членам ассоциации правами и несет аналогичную ответственность. Так, иностранный адвокат — обладатель лицензии обязан представить в выдавший ее суд обязательство либо подтверждение наличия страхования профессиональной ответственности на сумму, установленную судом.

1.9. Адвокатская этика

Основным правилом поведения адвоката в США является абсолютная лояльность по отношению к своему клиенту. Это означает, в частности, следующее:

— любая информация, касающаяся рассматриваемого дела, сообщенная адвокату клиентом, является конфиденциальной. Такая информация не может быть раскрыта адвокатом в одностороннем порядке, и никто не может принудить адвоката раскрыть эту информацию, в том числе и государство;

— адвокат должен использовать все тактические приемы защиты, соответствующие нормам профессиональной этики, для обеспечения своему клиенту справедливого и непредвзятого суда;

— конфликт интересов, личная предубежденность, препятствующие активному и полному представлению интересов клиента, также являются основанием для отказа адвоката от ведения дела.

1.10. Реклама адвокатских услуг

Реклама адвокатских услуг была полностью запрещена в США вплоть до 1970 г., когда Верховный суд США принял решение о том, что такой запрет противоречит Конституции, нарушая свободу слова. В настоящее время реклама допускается во всех формах, кроме недобросовестной, за чем следят комиссия по этике и дисциплинарная бар-ассоциация. Так, в рекламе запрещено давать гарантии результата.

В заключение хотелось бы привести некоторые интересные цифры, касающиеся работы адвокатов в США.

В общей сложности истцы и ответчики, дела которых слушались в американских судах, заплатили за защиту своих интересов более 205 млрд дол., что составляет примерно 2% от размеров валового

национального продукта США. Страна является мировым лидером по затратам на судебные тяжбы. Например, на немецких юристов приходится 1,3% ВВП Германии, на британских — 0,6%.

Так, по данным исследовательской организации *Manhattan Institute for Policy Research* за период с 1975 по 2001 г., обороты американских адвокатов достигли суммы в 2,8 трлн дол. Адвокаты, представляющие интересы истца в деле о компенсации морального вреда или материального ущерба, получают порядка 14–24% от присужденной клиенту суммы. В случае ведения процесса против крупной компании их гонорар может составлять 40–70% от суммы компенсации, подлежащей выплате истцу. Кроме того, юристы занимают ключевые посты в государственно-политическом механизме США. Так, из 43 президентов США 25 были юристами (в том числе А. Линкольн, Ф.Д. Рузвельт, Р. Никсон). Две трети сенаторов и почти половина членов Палаты представителей Конгресса также являются юристами.

§ 2. Адвокатура в Германии

2.1. История развития института адвокатуры

Институт адвокатуры в Германии в Средние века рассматривался в качестве государственной должности, подпадающей под контроль высших властей, хотя такой контроль является абсолютно несовместимым с самим понятием адвокатуры как независимого института. Адвокат воспринимался как низший судебный чиновник, призванный содействовать интересам правосудия по назначению от государства. В значительной степени подобное недоверчивое отношение объяснялось и самой испорченностью адвокатского сословия, часто занимавшегося крючкотворством в целях получения как можно большей прибыли от клиента. Данное обстоятельство вынудило Фридриха Великого отменить в 1780 г. в Пруссии адвокатов как свободных защитников сторон и назначить вместо них так называемых ассистенцратов, обязанных помогать сторонам своими юридическими советами в качестве государственных чиновников. Однако *Общий судебный устав для Пруссии 1793 г.* снова признал добровольно избираемых сторонами так называемых юстиц-комиссаров, являвшихся по сути подведомственными судьям правительственными чиновниками. Их назначение при определенном суде и с обозначением определенного местожительства находилось в ведении министра юстиции, и они были подчинены при исполнении своих обязанностей строгому контролю даже низших судебных инстанций. Аналогичным образом сложилось устройство адвокатуры и в Австрии, и в Баварии, где адвокаты также являлись правительственными чиновниками.

Адвокаты были освобождены от правительственного контроля только в 1879 г. с принятием *Устава адвокатуры*, который содержал следующие основные положения:

- в адвокаты может быть допущен лишь тот, кто имеет право на занятие судейской должности;
- получивший это право в одном союзном государстве сохраняет его и в других союзных государствах;
- вопрос о допущении в адвокаты решается местным судом в специальном заседании с обязательным учетом мнения главы соответствующей адвокатской камеры;
- отказ в допущении в адвокаты может быть мотивирован только причинами, указанными в законе, как то: неспособность к занятию общественных должностей, несовместимые со званием и достоинством адвоката занятия, недостойный образ жизни, физическая или умственная слабость;
- адвокат должен иметь свое местопребывание при том суде, к которому он приписан;
- практика при Имперском суде несовместима с практикой ни при каком другом суде¹.

В настоящее время деятельность адвокатуры в Германии регулируется специальным законодательством, к основным актам которого относятся:

- Федеральный закон об адвокатуре от 1 августа 1959 г.;
- Федеральное положение об оплате услуг адвокатов от 26 июля 1957 г.²

В соответствии с Федеральным законом на адвокатов в Германии возлагаются следующие функции:

- дача советов и консультаций по юридическим вопросам;
- представительство интересов клиентов, выступающих в качестве сторон в гражданском процессе (в суде и во внесудебных органах);
- защита обвиняемого или подсудимого по уголовному делу в суде и органах следствия. В рамках уголовного процесса адвокат может выступать и в качестве представителя интересов потерпевшей стороны;
- управление имуществом клиента на основании заключенного с ним договора;
- осуществление функций юрисконсультанта по специальному договору, поскольку официально адвокат юрисконсультантом работать не может.

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 288–290.

² http://studme.org/1031020816428/pravo/advokatura_federativnoy_respublike_germaniya

2.2. Юридическое образование

Несмотря на то что профессия юриста пользуется большой популярностью, в Германии не существует конкурса на поступление в юридический вуз. Дело в том, что в Германии 60% школьников получают аттестат зрелости, позволяющий в дальнейшем учиться в высших учебных заведениях. Образовательные учреждения Германии в состоянии обеспечить им высшее образование по той специальности, которую они выбирают.

Однако в настоящий момент рынку труда требуется 3—4 тыс. юристов в год, а в этот же период выпускаются около 10 тыс. студентов, поскольку в Германии более 40 факультетов юриспруденции. Так что вполне вероятна ситуация, когда многие студенты, сдавшие государственные экзамены, не могут найти себе работу по специальности и вынуждены заниматься чем-то иным.

К адвокатской деятельности и в настоящее время допускается только тот кандидат, который может быть признан пригодным к исполнению судебных обязанностей. Поэтому и для адвокатов, и для судей законодательством установлены одинаковые требования к уровню образования.

Срок обучения составляет от 6 до 8 лет со сдачей двух государственных экзаменов, которые значительно отличаются от экзаменов, сдаваемых российскими студентами, поскольку само юридическое образование в Германии строится по другому принципу. В стране готовят так называемого *унитарного юриста*. Это означает, что во все время учебы студент изучает исключительно теоретические дисциплины и ни на чем не специализируется. Специализация фактически появляется только после второго государственного экзамена, когда выпускник начинает работу в какой-либо организации.

Иными словами, «унитарный юрист» — это юрист, способный работать в любой области юриспруденции и выполнять любую работу, будь то работа судьи, адвоката, нотариуса или государственного служащего.

Следует отметить, что сами немецкие юристы не отрицают, что главный минус «унитарного юриста» состоит в том, что фактически он не в состоянии сразу начать самостоятельно практиковать, так как не имеет для этого специальных навыков и знаний. Главной же проблемой на сегодняшний день считается большая затратность образования: у Германии нет достаточных средств для того, чтобы обеспечить необходимый уровень специализации студентов. Ежегодно на практическую подготовку студентов тратятся около 800 млн евро, а студент во время референдариа получает 1200 евро.

Высшее юридическое образование строится в Германии следующим образом: студент на протяжении четырех лет изучает гражданское, уго-

ловное и публичное право (более специализированные дисциплины, как, например, трудовое право или социальное право, он не изучает), после чего пишет восемь контрольных работ и сдает первый государственный экзамен.

В случае его успешной сдачи студент проходит референдариат (своего рода стажировку) — два года практического изучения различных юридических профессий: шесть месяцев в суде, четыре месяца в прокуратуре, четыре месяца в социальной сфере и т. д. После окончания всей стажировки студент пишет восемь контрольных работ и сдает второй государственный экзамен. По результатам его положительной сдачи студент может работать в любой сфере юриспруденции. Однако и без стажировки, и без экзамена адвокатом может стать юрист, имеющий степень доктора права в Германии. Программа последнего экзамена разрабатывается и экзаменационные билеты формируются министерством юстиции каждой земли. Оно же решает вопрос о допуске соискателя к адвокатской практике с учетом мнения территориальной коллегии адвокатов того округа, в котором заявитель собирается практиковать. Коллегия может представить свой отзыв в течение двух месяцев, по истечении которых при отсутствии какой-либо реакции коллегии на запрос считается, что возражений со стороны коллегии нет.

Основаниями для отказа в допущении к адвокатской практике являются:

- лишение гражданина основных гражданских прав по решению Федерального конституционного суда;
- лишение гражданина права занимать публичные должности по решению суда;
- увольнение гражданина из органов правосудия по решению дисциплинарного суда;
- обвинение в совершении поступка, недостойного адвокатского звания;
- участие в борьбе против существующего в Германии общественного строя противозаконным способом;
- осуществление деятельности, несовместимой с профессией и репутацией адвоката;
- ограничение гражданина в праве распоряжаться своей собственностью по решению суда;
- гражданин является судьей или государственным служащим (только если эти функции выполняются не на общественных началах).

Адвокат вправе практиковать только в том суде, к которому он приписан. Разрешение на работу в других судах может быть предоставлено только в интересах правосудия или в виде исключения. Как и в XIX в.,

в настоящее время адвокат, допущенный к адвокатской деятельности в Федеральном верховном суде Германии, не вправе практиковать в любом нижестоящем суде, и исключений из данного правила не существует.

2.3. Организация адвокатуры

Коллегии адвокатов в Германии образуются по территориальному принципу и объединяют адвокатов, приписанных к суду одной и той же земли. Исполнительным органом коллегии является правление, обычно состоящее из семи человек. Если при выборе членов правления не подано большинства голосов за того или иного кандидата, решающим является не голос председателя, но жребий.

Все существующие в Германии коллегии адвокатов объединены в *Федеральную палату адвокатов*.

Федеральная палата адвокатов Германии была образована 50 лет назад и включает в свой состав 28 региональных палат. По своей организационно-правовой форме она создана как корпорация публичного права. Каждый практикующий адвокат в обязательном порядке должен состоять в Палате.

Органами управления Палаты являются Общее собрание ее членов и Президиум Палаты, которые принимают участие в законодательном процессе путем внесения предложений и рекомендаций в парламент и занимаются проведением консультаций. С 1994 г. в Палате образовано Уставное собрание, которое является представительным органом Палаты. В него входят по представителю от каждой региональной палаты и по представителю от каждой тысячи адвокатов. Задачами Уставного собрания являются регулирование отношений между адвокатами, адвокатами и гражданами, адвокатами и государственными органами. Кроме того, Уставное собрание занимается вопросами повышения квалификации адвокатов, представительством адвокатуры Германии перед организациями других стран.

Кроме того, в Германии существует *Объединение адвокатов Германии*, являющееся организацией с добровольным членством. Так, из 102 тыс. адвокатов Германии членство в Объединении имеют 51 тыс. адвокатов. Объединение состоит из 237 региональных объединений.

Основная задача Объединения состоит в представительстве интересов адвокатов перед государственными органами и общественностью, а также в участии в законодательном процессе.

За год Объединение проводит около 600 мероприятий для 20–25 тыс. слушателей.

Объединение адвокатов Германии состоит членом многих международных организаций и представляет в них интересы адвокатов Гер-

мании. Среди них Международный союз адвокатов, Международная ассоциация юристов и некоторые другие.

2.4. Оплата юридической помощи

Федеральное положение об оплате услуг адвоката 1957 г. содержит указание на размер минимального тарифа. Тарифные ставки определяются коллегией адвокатов, в которой состоит адвокат, и этические нормы требуют от него соблюдения указанных ставок. Адвокаты также оказывают и бесплатную помощь населению, которая оплачивается из федерального бюджета.

2.5. Адвокатская этика

Вопросы адвокатской этики занимают в Германии особое место. Так, Федеральный закон об адвокатуре предусматривает:

«Адвокат должен добросовестно исполнять свои профессиональные обязанности. Как в рамках своей профессии, так и вне их, он должен быть достойным тех уважения и доверия, которых требует положение адвоката»¹.

Как следствие адвокату запрещается принимать поручение клиента в следующих случаях:

- если ожидаемые от адвоката действия противоречат адвокатскому долгу;
- если по тому же делу адвокат консультировал или представлял интересы противоположной стороны (т. е. речь идет о конфликте интересов);
- если в том же правовом споре адвокат уже принимал участие ранее в качестве судьи, третейского судьи, прокурора, представителя государственного учреждения;
- если речь идет о толковании документа, в составлении которого он принимал участие в качестве нотариуса самостоятельно либо через адвоката, с которым он объединяется в своей адвокатской практике.

Рассмотрением дел, связанных с нарушением адвокатской этики и наложением дисциплинарных взысканий, занимаются *суды чести*. Дело рассматривается коллегией в составе председательствующего и двух членов суда.

При высшем суде каждой земли существует судебная палата, являющаяся апелляционной инстанцией по отношению к нижестоящим

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 294–295.

судам чести. В рассмотрении дел в такой палате участвуют и профессиональные судьи, и сами адвокаты.

Кроме того, в качестве надзорной инстанции выступает Сенат по делам адвокатов, функционирующий при Федеральном верховном суде. Сенат вправе осуществлять пересмотр дел, рассмотренных судами чести или земельными палатами по делам адвокатов при высшем суде соответствующей земли.

Устанавливаются следующие *виды ответственности адвоката*:

- выговор;
- штраф в размере до 10 тыс. евро;
- запрет заниматься адвокатской деятельностью на срок от одного года до пяти лет;
- исключение из адвокатуры¹.

§ 3. Адвокатура во Франции

3.1. История развития института адвокатуры

Французская адвокатура олицетворяет собой образец институциональной завершенности. Причем это относится и к оптимальному организационному устройству, и к регламентации деятельности, и к правилам профессиональной этики. Социальная роль адвокатуры в жизни Франции оставалась неизменно значительной на протяжении семи столетий, так же как всегда были значительны ее влияние и авторитет в адвокатских сообществах многих стран мира.

Исторически для органов следствия и прокуратуры адвокаты являлись не просто процессуальными противниками, но помехой в борьбе с преступностью. Отсюда и постоянное стремление власти усилить контроль над адвокатурой, ограничить ее самостоятельность и независимость, причем такое наблюдалось и в славящейся адвокатскими традициями Франции. По свидетельствам очевидцев, когда Наполеону был показан проект декрета об адвокатуре (несколько не расширявший полномочия адвокатского сословия по сравнению с предшествующей эпохой королевской власти), император сопровождал свой отказ подписать его следующими словами:

«Проект нелеп, он не оставляет никакого средства против адвокатов; они мятежники, виновники преступлений и измен; пока я буду носить шпагу, я не подпишу подобного декрета; я хочу, чтобы можно было отрезать язык всякому адвокату, который употребил бы его против правительства».

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 295.

Первое свидетельство институционализации французской адвокатуры через нормы права представляют собой *Кутюмы Бовези* — памятник права, представляющий собой запись обычного права северо-восточной части Франции, сделанную в 1282 г. (период правления Людовика IX). В § 175 указано:

«Если кто-либо хочет стать адвокатом... он должен присягнуть, что, исполняя свои обязанности адвоката, он будет вести себя хорошо и честно, что он, насколько ему будет известно, будет вести только добрые и законные дела, что если он начнет дело, которое в начале покажется ему правильным, а потом узнает, что оно нечестно, он сразу, как только узнает об этом, бросит его».

Обязанность «вести себя хорошо и честно» прежде всего относится к отношению адвоката со своим доверителем. Действовать честно — это значит отстаивать интересы доверителя. Адвокат наделяется правом по собственному усмотрению определять (в предварительном порядке), законны ли требования (возражения) его доверителя, причем это право действует на протяжении выполнения им поручения. Никаких ограничений этому праву усмотрения адвоката Кутюмы Бовези не устанавливают. Таким образом, уже в XIII в. во Франции законодательно было закреплено право адвокатов на свободу принятия поручения на ведение дел. Одновременно им было предоставлено право в любой момент отказаться от поручения по основанию отсутствия правовой позиции¹.

Институт адвокатуры во Франции формировался параллельно с институтом монархии. Причем французские монархи очень многим обязаны адвокатуре. Дело в том, что Римская католическая церковь в XIII—XIV вв. принимала энергичные меры по расширению своей власти в Западной Европе, причем в значительной мере за счет власти монархической. Свою экспансию папы обосновывали через нормы канонического права, которые включались в послания монархам (так называемые буллы). В этих обстоятельствах французские адвокаты, будучи прекрасными знатоками и канонического, и римского права, стали союзниками французских королей. Именно адвокаты взяли на себя функцию обоснования юридической несостоятельности папских булл и вообще притязаний церковных иерархов на контроль за королевской властью во Франции. В благодарность монархи осыпали адвокатов почестями и привилегиями. Начиная с Филиппа Красивого адвокаты получили право именоваться «рыцари закона, правосудия и науки».

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 296.

Занятие адвокатурой стало прекрасным трамплином для последующей государственной карьеры. Канцлеры, члены парламента (судьи), прокуроры назначались королями преимущественно из числа адвокатов. Вплоть до XVI в. адвокаты могли быть привлечены к судебной ответственности только палатами парламента. Характерно, что достоинства французских адвокатов были высоко оценены самой римской католической церковью. В XIII в. Папой Римским стал бывший французский адвокат Фуко, вошедший в историю как Папа Климент IV.

Благодаря особой роли в борьбе с политическими притязаниями церкви, а в дальнейшем — в силу юридикации всей общественной жизни во Франции утвердился состязательный процесс в системе отправления правосудия. Как следствие адвокаты, во-первых, все более становились необходимы тяжущимся. В XIV—XV вв. право на устное выступление в суде предоставлялось только адвокатам. Во-вторых, адвокаты все более становились необходимы и самой судебной системе, поскольку судьи не всегда являлись знатоками права (с 1592 по 1789 г. должности судей покупались). В-третьих, за исключением двух веков, когда судебные должности находились в торговом обороте, адвокаты выполняли роль главного кадрового резерва судейского корпуса.

Уже к XIV в. французская адвокатура институционально сумела оформиться в организацию, способную а) обеспечивать независимость от внешнего вмешательства, в том числе и властных органов, б) отстаивать интересы и права своих членов и в) вырабатывать и сохранять особую этическую среду. Начиная как минимум с XIV в. все знатоки права, претендующие на участие в судебной защите, обязаны были вступать в адвокатское сословие, т. е. членство всегда было не добровольным, а обязательным.

История французской адвокатуры знает несколько примеров гражданского неповиновения в знак протеста против ущемления прав адвокатского сословия.

В 1602 г. парижские адвокаты объявили забастовку в ответ на Распоряжение Парижского парламента возобновить действие ранее отмененного Указа Генриха IV от 1579 г., предписавшего адвокатам указывать размер гонорара на состязательных бумагах. При этом они предупредили о своей готовности вообще отказаться от адвокатского статуса. В результате об Указе и о Распоряжении было забыто. Впоследствии законодательство многих стран стало относить сведения о размере гонорара к адвокатской тайне.

В 1720 г. сословие французских адвокатов вновь прибегло к забастовке в связи с замечанием Председателя Парижского парламента,

объявленным адвокату за отказ снять головной убор во время судебных прений. Дело в том, что под сомнение была поставлена давняя привилегия французских адвокатов, подчеркивавшая их особый общественный статус и в то время символизировавшая честь и достоинство. Парижский парламент вынужден был подтвердить право адвокатов «читать законы, не снимая шляпы»¹.

В том же 1720 г. парижские адвокаты отстаивали честь, достоинство и независимость главного судебного органа страны. В наказание за отказ утвердить одно из распоряжений регента Парламент был переведен из Парижа в Понтуаз. Однако адвокатская корпорация, несмотря на угрозы генерал-прокурора, приняла решение отказаться от переезда. Адвокаты единодушно заявили, что их профессия является свободной и не предполагает какого-либо административного вмешательства со стороны власти. Благодаря непреклонной позиции адвокатов Парламент вскоре был возвращен в Париж.

В последние годы адвокатура Франции претерпевает значительные изменения. Так, по Закону от 31 декабря 1971 г. произошло слияние ряда адвокатских профессий: адвоката, поверенного при трибунале большого процесса и поверенного при торговом трибунале — в единую профессию адвоката. В 1992 г. были объединены адвокат и юридический советник. Указанные меры были продиктованы необходимостью выработки единых профессиональных стандартов. В рамках проведенных преобразований были созданы единая адвокатская ассоциация и Центр профессиональной адвокатской подготовки.

Существуют следующие категории адвокатов, имеющих право выступать в суде:

- 1) адвокаты, представляющие интересы клиентов в судах первой инстанции;
- 2) адвокаты, представляющие интересы клиентов в апелляционных судах;
- 3) адвокаты, представляющие интересы клиентов в Кассационном суде (*avocats a la Cour de cassation*). Данные лица образуют замкнутую коллегию адвокатов с ограниченным числом членов (60 человек).

Кроме того, во Франции термин «адвокат» обозначает не звание, но вид профессиональной деятельности практикующего лица. Любой человек, имеющий квалификацию адвоката, но прекративший работать в адвокатуре, не может именоваться адвокатом, даже если он продолжает работать в других сферах права.

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 298.

3.2. Юридическое образование

Условия доступа к адвокатской профессии во Франции определены Декретом 1972 г. К кандидату предъявляются следующие *требования*:

- французское гражданство;
- диплом вуза;
- отсутствие судимостей, взысканий за серьезные дисциплинарные и административные проступки;
- не быть соучастником банкротства юридического лица.

Кандидат, удовлетворяющий вышеуказанным требованиям, должен сдать вступительные экзамены в Центре профессиональной подготовки: два письменных и устный, затем пройти годичное обучение в Центре с изучением теоретического курса и практической стажировкой, а затем сдать выпускные экзамены: письменный и три устных.

Успешно прошедшее все этапы обучения лицо вступает в ассоциацию адвокатов и принимает следующую присягу:

«Присягаю как адвокат исполнять свои функции с достоинством, добросовестно, независимо, честно и гуманно».

Молодого адвоката ожидает двухгодичная стажировка по специальности.

Адвокатом во Франции может стать и гражданин одной из стран Евросоюза при наличии соглашения о взаимном признании дипломов о высшем образовании.

3.3. Организация адвокатуры

В каждом судебном регионе Франции существует единственная *ассоциация адвокатов*. Таким образом, на 181 региональный суд приходится такое же количество адвокатских ассоциаций. Они различны по своему численному составу: в наименьшей насчитывается семь адвокатов, в крупнейшей — 11 тыс.

Главой ассоциации адвокатов является председатель, избираемый тайным голосованием членов ассоциации, включая стажеров, сроком на два года. Председатель ассоциации также является председателем совета ассоциации. Совет избирается тайным голосованием членов ассоциации, включая стажеров, сроком на три года.

На национальном уровне адвокатура Франции представлена *Советом ассоциаций адвокатов*, который избирается членами ассоциаций. Совет ассоциаций адвокатов осуществляет следующую деятельность:

- координацию учебных центров по подготовке адвокатов;

- представление сообщества адвокатов перед государственными органами и общественностью;
- выработку дисциплинарных и профессиональных этических норм.

Адвокат вправе осуществлять свою деятельность:

- 1) индивидуально или на условиях партнерства с другими адвокатами. При этом адвокат вправе нанимать других адвокатов и нести за их деятельность всю полноту гражданско-правовой ответственности;
- 2) в рамках *ассоциации адвокатов* — объединения, в котором каждый адвокат индивидуально отвечает перед своим клиентом. Права членов ассоциации имеют личностный характер и не могут передаваться. Члены ассоциации сохраняют свою самостоятельность;
- 3) в рамках *гражданско-профессионального товарищества* — подлежит регистрации как юридическое лицо и вносится в списки ассоциаций адвокатов. Члены товарищества отвечают по его долгам солидарно и в полном объеме. Клиентура каждого адвоката поступает в собственность товарищества. Адвокат получает долю от прибыли товарищества, но не гонорары за отдельные дела;
- 4) путем объединения определенных материальных средств в целях облегчения осуществления деятельности (например, в групповую адвокатскую контору или в гражданское товарищество с объединенными средствами);
- 5) путем вступления в объединение экономического стимулирования, имеющее своей целью содействие экономической деятельности своих членов.

3.4. Оплата юридической помощи

Взаимоотношения французского адвоката со своим клиентом определяются добровольной сделкой. Тарифы за составление гражданско-процессуальных документов и участие в процессуальных действиях устанавливаются гражданско-процессуальным законодательством. Гонорары за консультации, советы, составление правовых документов, не требующих удостоверения, выступление в прениях устанавливаются по договоренности с клиентом. Размер гонорара запрещено устанавливать в зависимости от результатов судебного дела. При этом допускается выплачивать помимо основного гонорара дополнительную премию в случае положительного для клиента решения суда.

3.5. Ответственность адвоката

Ответственность французского адвоката гарантируется законом в форме обязательного страхования профессиональной ответственности.

Дисциплинарные взыскания:

- предупреждение;
- выговор;
- временное запрещение заниматься адвокатской деятельностью сроком не более чем на три года;
- исключение из адвокатской ассоциации.

§ 4. Адвокатура в Великобритании

Прежде чем рассмотреть основные требования к лицу, претендующему на приобретение статуса адвоката в Великобритании, необходимо уяснить, что в течение по крайней мере шести веков профессия адвоката делится в Великобритании на две обособленные ветви: солиситоры и барристеры, причем каждая из них выполняет отличные от другой обязанности, хотя у них имеются и некоторые общие функции¹.

Солиситоры могут входить в качестве партнеров в товарищества, у барристеров же подобная возможность отсутствует. Солиситоры, поскольку они работают на договорных началах со своими клиентами, могут требовать себе вознаграждение через суд. Барристеры, вознаграждение которых рассматривается скорее как гонорар, чем как оплата по договору, не могут этого делать. По той же самой причине солиситоры несут ответственность перед своими клиентами за профессиональную небрежность. Исторически сложилось так, что барристеры освобождены от такой ответственности. Барристеры приходят в суд (кроме судов магистратов) в парике и мантии; солиситоры приходят в мантии лишь в некоторые суды, в частности в суд графства, но всегда без парика. Солиситорам клиенты сами поручают ведение дела; барристерам поручается ведение дела только через солиситора, а не непосредственно клиентом².

Приобретение статуса солиситора и барристера имеет ряд общих черт. Для вступления в коллегия солиситоров или в коллегия барристеров необходимо иметь базовое образование и пройти профессиональную специальную подготовку. Естественно, что большинство лиц, желающих стать юристами, стремятся в колледже изучать правовые дисциплины и получить соответствующий диплом о юридическом образовании. Обладатели дипломов иного профиля должны пройти общий одно- или двухгодичный правовой курс. В том и другом слу-

¹ *Дженкс Э.* Английское право / Пер. с англ. Л.А. Лунца. М., 1947. С. 69.

² *Уолкер Р.* Английская судебная система / Пер. с англ. Т.В. Апаровой. М., 1980. С. 280.

чае изучаются такие дисциплины, как договорное право, деликтное право, уголовное право, земельное право, конституционное право, административное право, право справедливости, доверительная собственность. Для проведения дальнейшего анализа необходимо более подробно остановиться на каждой группе¹.

Солиситоры — самая многочисленная группа английских адвокатов. Солиситор — самостоятельный адвокат. Он лично или в сотрудничестве с другими солиситорами консультирует своих клиентов по юридическим вопросам. В обязанности солиситоров обычно входят ведение дел о земельной недвижимости, составление договоров и завещаний, управление наследственным имуществом. Они дают рекомендации по юридическим вопросам налогообложения, страхования, конкуренции и предпринимательства².

Правовой статус солиситоров регулируется Законом о солиситорах 1974 г. (*Solicitors Act*)³. В Законе определяются условия вступления в юридическую корпорацию, основные правила профессиональной деятельности, меры дисциплинарной ответственности, оплата услуг. Кроме того, имеются Правила солиситорской деятельности 1990 г. (*Solicitors Practice Rules*)⁴, а также Правила солиситорской деятельности за пределами Великобритании и Уэльса 1990 г. (*Solicitors Overseas Practice Rules*)⁵.

Профессиональная подготовка солиситоров осуществляется в отделениях правовых колледжей в Лондоне, Гилфорде, Честере, Йорке или иных колледжей, предлагающих аналогичные курсы специального обучения. Здесь будущие солиситоры углубляют свои познания в области юриспруденции и смежных дисциплинах (среди прочих предметов изучаются бухучет, организация предпринимательства, несостоятельность, защита потребителей, трудовое право, наследственное право, административное право, семейное право, судопроизводство, профессиональная этика), а также приобретают практические навыки деятельности солиситора⁶.

¹ Елисеев Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 587.

² Романов А. К. Правовая система Англии: Учебное пособие. 2-е изд., испр. М., 2002. С. 285.

³ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/47/contents>

⁴ <http://legco.gov.hk/yr02-03/english/hc/papers/hc1101cb2-218.pdf>

⁵ <http://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/accountsrules/part9/content.page>

⁶ Елисеев Н. Г. Указ. соч. С. 587.

Если кандидат приобрел соответствующую квалификацию, а также по своему характеру и способностям может быть солиситором, то он принимается в коллегия, его имя заносится в реестр, и ему вручается сертификат — лицензия на право заниматься юридической практикой (ст. 1, 3 Закона о солиситорах). Ни один человек не может работать в качестве солиситора, если он: 1) не допущен быть солиситором; 2) его имя не находится в настоящее время в списке; 3) у него не имеется действующего сертификата на практику солиситора. Солиситор, который был дисквалифицирован или не имеет действующего сертификата на занятие практикой, находится не в лучшем положении, чем любой человек — не юрист по профессии¹.

В 1994 г. впервые в истории несколько солиситоров получили лицензии на право выступать в судебных заседаниях по делам, которые рассматриваются в Суде Короны². Ранее подобное право имели лишь барристеры.

Барристеры — это адвокаты в полном смысле этого слова. Именно барристеры образуют то, что в английской юридической терминологии обозначается как сообщество адвокатов. Как и любая элита, барристеры составляют меньшинство в числе людей адвокатской профессии. Общая численность барристеров не превышает 5500 человек. Королевские адвокаты (*Queens Counsels*) — это элита барристеров. Их немного, чуть больше 500 человек. Из их числа отбираются судьи Высокого суда и судов графств. Среди своих коллег они пользуются особым уважением и при исполнении своих обязанностей обязаны облачаться в специальную шелковую мантию. О новоиспеченном королевском адвокате говорят, что он «добился шелка». Остальные, т. е. барристеры без мантии, занимают нижнюю позицию в адвокатской иерархии. Все это приводит к тому, что большинство барристеров заняты в сфере бизнеса и на преподавательской работе в университетах и других учебных заведениях. Статус барристеров регулируется Законом о судебной и юридической работе 1990 г. (*Courts and Legal Services Act*³) и Кодексом поведения барристеров Великобритании и Уэльса (*Code of Conduct of Bar of England and Wales*⁴). Ныне действующий Кодекс вступил в силу 31 марта 1990 г. Он разрабатывался и принимался Общим советом барристеров (*General Counsel of the Bar*)

¹ Уолкер Р. Указ. соч. С. 294.

² Романов А. К. Указ. соч. С. 286.

³ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/41/contents>

⁴ <http://www.barcouncil.org.uk/supporting-the-bar/new-to-the-bar/regulating-the-profession-of-england-and-wales/>

с учетом рекомендаций консультативного комитета лорда-канцлера по юридическому образованию и этике¹.

Функции барристера, или адвоката, характеризуются прежде всего тем, что он выступает в суде, допрашивает свидетелей, возражает против всякой попытки своего противника нанести ущерб своему клиенту, когда считает ее недобросовестной, и вообще принимает в деле такое участие, которое принимал бы сам клиент, если бы он лично вел свое дело. Также его нельзя привлечь к судебной ответственности за небрежность при ведении дела клиента².

В сущности барристер не имеет других судебных дел или консультаций, кроме тех, которые дает ему солиситор, если только его не привлекает к своим делам корона или какая-нибудь большая корпорация. Школам-гильдиям принадлежит абсолютная власть решать вопросы приема в английскую адвокатуру. Главными условиями, которым должен соответствовать учащийся для принятия в члены корпорации барристеров, являются уплата вступительных взносов, сдача окончательного экзамена и занятия в течение восьми семестров. Ни один человек моложе 21 года не может быть принят в корпорацию барристеров. С недавних пор в школы-гильдии принимаются для обучения и практики только лица с университетским дипломом. Но полученное в университете образование необязательно должно быть связано с юриспруденцией³.

Для того чтобы стать барристером, необходимо провести определенное время в школе-гильдии. Здесь студент должен приобрести необходимые для барристеров: 1) знания (доказательственного и процессуального права, профессиональной этики); 2) навыки, в особенности проведения правовых исследований, допроса и переговоров, составления документов; 3) умение на практике использовать полученные знания и навыки; это достигается в форме ситуационных игр, имитации судебных заседаний⁴.

Время, проведенное в школе-гильдии, измеряется необычной единицей — «обеденными сессиями», которые дает каждая школа-гильдия. Ежегодно, как правило, проводятся четыре такие сессии. В течение одной сессии необходимо отобедать в столовой своей школы-гильдии по крайней мере три раза. Но чтобы быть принятым в барристеры, требуется посетить не меньше семи сессий. В давние времена совместные

¹ Елисеев Н. Г. Указ. соч. С. 583.

² Дженкс Э. Указ. соч. С. 69.

³ www.innertemple.org.uk/

⁴ Елисеев Н. Г. Указ. соч. С. 587.

застолья были призваны облегчить установление контактов между барристерами и теми, кто хочет быть посвященными в это сословие. В настоящее время это приобрело характер ритуала и во многом бессмысленной процедуры. Кроме того, необходимо выдержать экзамены по теоретической и практической подготовке. После успешного завершения специальной подготовки кандидаты принимаются в коллегии барристеров, но право на самостоятельную деятельность они приобретают только после 12-месячной практики (*pupillage*) под руководством старшего барристера и при условии, что найдут место в одной из адвокатских контор. Уже через полгода стажер может самостоятельно представлять дело в суде. По истечении срока стажировки, если образуется вакансия в соответствующей палате, стажер может стать полноправным барристером. Если практикующий барристер оказывается успешным, то рано или поздно он вынужден сократить объем своей работы, так как адвокатской деятельностью он может заниматься только персонально. Чтобы сократить объем работы и при этом повысить гонорары, барристеры должны перейти в королевские адвокаты. Для этого они обращаются к лорду-канцлеру с просьбой, чтобы он ходатайствовал перед королевой о возведении их в ранг королевского адвоката¹.

Исходя из вышеизложенного необходимо отметить, что схожим условием для приобретения статуса адвоката в Великобритании и России, например, является получение высшего юридического образования. Дальнейшее разделение адвокатов в Великобритании на солиситоров и барристеров значительно отличается от требований к получению статуса адвоката в Российской Федерации.

Помимо этого нужно иметь в виду, что, согласно данным Федеральной палаты адвокатов, с 1 сентября 2010 г. Российская Федерация внесена в список признанных юрисдикций², юристы из которых могут стать квалифицированными солиситорами в Великобритании не по прежней схеме, предполагавшей двухлетнее очное или четырехлетнее вечернее обучение и прохождение практики в течение двух лет, а по сильно сокращенной схеме. Утверждение новой, упрощенной процедуры получения статуса солиситора в Великобритании для российских адвокатов является признанием российской адвокатуры высококвалифицированной юридической корпорацией и знаменует собой выход российской адвокатуры на широкий рынок европейских услуг.

¹ Романов А. К. Указ. соч. С. 292.

² <http://www.klerk.ru/law/news/205914/>

Приложение

Для лучшего усвоения студентами пройденного материала мы публикуем ряд выдержек из документов, связанных с организацией адвокатуры за рубежом.

Примерные правила допуска иностранных адвокатов к ведению дел в США, рекомендованные Американской ассоциацией юристов¹

§ 1. Общие правила выдачи лицензий

По своему усмотрению суд может без экзаменов выдать лицензию на практику в качестве юридического консультанта в данном штате заявителю, который:

а) в иностранном государстве является действительным правомочным представителем юридической профессии, представители которой допускаются к юридической практике в качестве адвокатов или советников по правовым вопросам либо в равноценном качестве и подчиняются правилам, установленным надлежаще сформированными профессиональной организацией либо государственным учреждением;

б) в течение по меньшей мере пяти из семи лет, непосредственно предшествующих обращению, являлся таким действительным правомочным представителем юридической профессии и в действительности занимался практической юриспруденцией в указанном иностранном государстве либо в ином месте, что в значительной мере включало в себя либо относилось к даче консультаций или оказанию юридических услуг, касающихся законодательства указанного иностранного государства;

в) обладает необходимыми моральными качествами и удовлетворяет общим требованиям пригодности для членства в ассоциации юристов данного штата;

г) не моложе 26 лет;

д) намерен практиковать в данном штате в качестве юридического консультанта, а также иметь для этой цели офис в данном штате.

§ 2. Требуемые подтверждающие документы

Заявитель по настоящим Правилам обязан представить секретарю суда:

¹ Адвокатура: Сборник лекций. С. 302–306.

а) сертификат, выданный профессиональной организацией либо государственным учреждением в зарубежном государстве, являющимся высшей инстанцией в вопросах профессиональной дисциплины, удостоверяющий, что заявитель допущен к практике, с указанием даты допуска, а также удостоверяющий действительность его (ее) статуса адвоката либо советника по правовым вопросам либо равноценного статуса;

б) рекомендательное письмо от одного из членов исполнительного органа такой профессиональной организации либо государственного учреждения или от одного из судей суда высшей инстанции либо суда первой инстанции такого иностранного государства;

в) надлежащим образом удостоверенный перевод такого сертификата и такого письма на английский язык, если в любом из случаев документ составлен не на английском языке;

г) прочие документы, подтверждающие образование и профессиональную квалификацию заявителя, его (ее) моральных качеств и общей пригодности, а также соответствия требованиям § 1 настоящих Правил, которые суд может затребовать.

§ 3. Принцип взаимности в отношении членов ассоциации юристов данного штата

В ходе решения вопроса о лицензировании заявителя на занятие юридической практикой суд может по своему усмотрению принять во внимание, имел ли бы член ассоциации юристов данного штата разумную реальную возможность открыть офис с целью предоставлять клиентам юридические консультационные услуги в стране заявителя. Любой член ассоциации юристов, намеревающийся либо намеревавшийся открыть офис в такой стране, имеет право просить суд рассмотреть данное обстоятельство, либо суд может сделать это по собственной инициативе.

§ 4. Объем практики

Лицо, получившее лицензию на практическую деятельность в качестве юридического консультанта в соответствии с настоящими Правилами, имеет право на оказание юридических услуг в данном штате, однако учитывая, что он(а) не будет:

а) представлять чьи-либо интересы, кроме своих собственных, в любом суде, перед любым мировым судьей либо иным судебным должностным лицом в данном штате (за исключением случаев допущения судом к выполнению таких функций согласно [цитата применимого правила]);

б) подготавливать любой документ, закрепляющий переход либо регистрацию прав на недвижимое имущество, находящееся в Соединенных Штатах Америки;

в) подготавливать:

1) любой завещательный либо трастовый документ, нацеленный на осуществление посмертного распоряжения любой собственностью, расположенной в Соединенных штатах Америки и принадлежащей лицу, проживающему в Соединенных Штатах Америки; либо

2) любой документ, имеющий отношение к управлению имуществом умершего в Соединенных Штатах Америки;

г) подготавливать любой документ в отношении брачно-семейных отношений, прав и обязанностей лица, проживающего в Соединенных Штатах Америки, либо опеки или попечительства в отношении детей такого лица;

д) давать профессиональные юридические консультации по поводу законодательства данного штата или законодательства Соединенных Штатов Америки (в связи с подготовкой правовых документов либо иным образом) иначе как на основании консультации, данной лицом, надлежащим образом уполномоченным (способом, отличным от лицензирования согласно настоящим Правилам) давать профессиональные юридические консультации в данном штате;

е) являться либо любым способом представлять себя как члена ассоциации юристов данного штата; или

ж) заниматься практикой под любым именем, титулом или званием, отличным от перечисленных ниже, либо использовать таковые в связи с практикой:

1) его (ее) собственное имя;

2) наименование юридической фирмы, в которой он(а) работает;

3) его (ее) утвержденное наименование формы практики в иностранном государстве, которое может использоваться в сочетании с наименованием такого государства;

4) наименование «юридический консультант», которое может использоваться в сочетании со словами «допущенный к юридической практике в [наименование зарубежного государства, в котором получен допуск]».

§ 5. Права и обязанности

С учетом ограничений, изложенных в § 4 настоящих Правил, лицо, имеющее лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам, считается юристом, состоящим

при ассоциации юристов данного штата, и имеет следующие права и обязанности:

а) права и обязанности, изложенные в [Правилах] [Кодексе] профессионального [поведения] [ответственности] [выдержка] либо вытекающие из иных условий и требований, предъявляемых к члену ассоциации юристов данного штата на основании [судебные правила для членов ассоциации юристов];

б) права и обязанности члена ассоциации юристов данного штата в отношении:

- 1) работы в одной и той же юридической фирме с одним или более членами ассоциации юристов данного штата, в том числе посредством:
 - А) принятия на работу одного или более членов ассоциации юристов данного штата;
 - Б) поступления на работу к одному или более членам ассоциации юристов данного штата либо посредством любого партнерства [или профессиональной корпорации], которое включает членов ассоциации юристов данного штата либо имеет офис в данном штате;
 - В) обладания статусом партнера в любом товариществе [или акционера в профессиональной корпорации], в котором состоят члены ассоциации юристов данного штата либо оно имеет офис в данном штате; и
- 2) конфиденциальности отношений с клиентом и соответствующей документации и сходных привилегий.

§ 6. Дисциплинарные положения

Лицо, получившее лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам, обязано подчиняться профессиональной дисциплине таким же образом и в том же объеме, что и члены ассоциации юристов данного штата, и с этой целью:

а) каждое лицо, получившее лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам:

- 1) подконтрольно суду, а также его (ее) лицензия на практику подлежит изменению, приостановлению, отмене или отзыву судом, и деятельность которого в прочих случаях регулируется [цитата применимых положений закона];
- 2) оформит и представит в суд в такой форме и таким образом, как предпишет суд:
 - А) его (ее) обязательство соблюдать Правила, изложенные в [Правилах] [Кодексе] профессионального [поведения]

[ответственности] [выдержка] и [судебных правил для членов ассоциации юристов], в том объеме, который применим к юридическим услугам, разрешенным § 4 настоящих Правил;

Б) обязательство либо надлежащее подтверждение наличия страховки профессиональной ответственности на такую сумму, какую предпишет суд, для того, чтобы обеспечить его (ее) надлежащее профессиональное поведение и ответственность;

В) письменное обязательство уведомить суд о любых изменениях текущего статуса лица как действительного правомочного представителя юридической профессии, упомянутого в § 1 (а) настоящих Правил, а также о любом окончательном действии профессиональной организации или государственного учреждения, указанном в § 2 (а) настоящих Правил, налагающем на такое лицо любые дисциплинарные санкции, в том числе изменение, приостановление и прочие санкции; и

Г) должным образом признанный письменный документ, содержащий его (ее) адрес в данном штате, назначающий секретаря суда его (ее) представителем, в отношении которого может быть осуществлен вызов в суд с такими же последствиями, как если бы он был осуществлен непосредственно в отношении него (нее), для целей любого действия или процедуры против него (нее), могущей возникнуть впоследствии и вытекающей из либо основанной на любых юридических услугах, оказанных или предложенных им (ей) к оказанию в данном штате или лицам, проживающим в данном штате, тогда, когда после необходимых предварительных действий такой вызов не может быть вручен ему (ей) лично по такому адресу либо по такому новому адресу, который он (а) должен предоставить такому секретарю посредством надлежаще оформленного дополнительного письменного документа;

б) вручение вызова такому секретарю, согласно назначению, описанному выше, должно быть осуществлено путем личной доставки и вручения такому секретарю либо заместителю или помощнику, уполномоченным им на получение вызова, в его (ее) офисе двух экземпляров такого вызова вместе с квитанцией на 10 дол. Вызов в суд считается врученным, когда такому секретарю он был вручен вышеописанным образом. Такой секретарь обязан незамедлительно выслать один экземпляр юридическому консультанту, которому направлен вызов, официальной почтой с уведомлением о вручении по адресу, который такой консультант указал так, как описано выше.

§ 7. Плата за выдачу и продление лицензии

Заявитель, желающий получить лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам, обязан уплатить пошлину за выдачу лицензии, которая должна быть равна сумме пошлины, которую необходимо уплатить лицу, которое претендует на принятие в члены ассоциации юристов данного штата согласно [судебные правила, регулирующие принятие без экзаменов лиц, практикующих в других штатах]. Лицо, лицензированное в качестве юридического консультанта, обязано платить пошлины за возобновление лицензии, которые должны быть равны пошлинам, которые необходимо уплатить члену ассоциации юристов данного штата за возобновление его (ее) лицензии с целью практиковать в данном штате.

§ 8. Отзыв лицензии

В случае если суд определит, что лицо, получившее лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам, более не соответствует требованиям лицензирования, изложенным в § 1 (а) или 1 (в) настоящих Правил, он отзывает лицензию, выданную такому лицу согласно настоящим Правилам.

§ 9. Принятие в ассоциацию юристов

В случае если лицо, получившее лицензию на практику в качестве юридического консультанта согласно настоящим Правилам, впоследствии будет принято в члены ассоциации юристов данного штата согласно положениям Правил, регулирующим такое принятие, лицензия, выданная такому лицу согласно настоящим Правилам, будет считаться отмененной лицензией, выданной такому лицу на право осуществлять юридическую практику в качестве члена ассоциации юристов данного штата.

§ 10. Заявление об отказе от требований положений

Суд по заявлению может по своему усмотрению изменить применение либо отменить любое положение настоящих Правил в тех случаях, когда точное исполнение вызовет необоснованные трудности для заявителя. Такое заявление должно быть в форме заверенного прошения с указанием имени, возраста и адреса заявителя, фактов обоснование его (ее) прошения и собственно адресованной суду просьбы о желаемом действии.

РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

1. *Абашидзе А.Х., Алисиевич Е.С.* Право Совета Европы. Конвенция о защите прав человека и основных свобод. М., 2007.
2. *Авилина И.В.* Как защитить свое право в суде. М., 1981.
3. *Адаменко В.Д.* Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983.
4. Адвокат в советском уголовном процессе / Под ред. И.Т. Голякова. М., 1954.
5. Адвокат в уголовном процессе / Под ред. П.А. Лупинской; сост. С.Н. Гаврилов. М., 1997.
6. Адвокатура в России: Учебник для магистров / Под ред. С.С. Юрьева. М., 2013.
7. Адвокатская деятельность / Под ред. В.И. Буробина. М., 2001.
8. Адвокатура в России: Учебник для вузов. М., 2011.
9. Адвокатура и современность. М., 1987.
10. Адвокатура: Сборник лекций. М., 2005.
11. Адвокатура Франции // Адвокатская практика. 1998. № 1–2.
12. Адвокаты Великобритании — юристам России // Российская юстиция. 1996. № 4.
13. *Александров А., Белов С.* Наводящие вопросы // Законность. 2002. № 2.
14. *Алексеев С.С.* Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. М., 2001.
15. *Антимонов В.С., Герзон С.Л.* Адвокат в советском гражданском процессе. М., 1957.
16. *Ануфриев В., Гаврилов С.* О «коллективизации в адвокатуре» // Российская юстиция. 1995. № 10.
17. *Апарова Т.В.* Организация и функции адвокатуры в зарубежных странах. Правовая помощь малоимущим. М., 1991.
18. *Аристотель.* Соч. М., 1976–1983. Т. 4.
19. *Ария С., Смоленский М.Б.* Адвокатская деятельность и адвокатура в Российской Федерации. Ростов-н/Д., 2004.
20. *Ария С.Л.* Язык и стиль процессуальных документов // Российская юстиция. 2002. № 7.
21. *Баренбойм П.Д.* Адвокатура в США // Адвокат. 1993. № 1–2.
22. *Барщевский М.Ю.* Адвокатская этика. М., 2000.
23. *Барщевский М.Ю.* Организация и деятельность адвокатуры в России. М., 1997.
24. *Белкин А.Р.* Теория доказывания. М., 2000.

25. *Бернам У. и др.* Судебная адвокатура. Екатеринбург, 1995.
26. *Бернам У.* Суд присяжных заседателей. М., 1994.
27. *Боботов С.В.* Правосудие во Франции: Учебное пособие. М., 1994.
28. *Бойков А.Д.* Нравственные основы судебной защиты. М., 1978.
29. *Бойков А.Д.* Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978.
30. *Бойков А.Д., Капинус Н.И.* Адвокатура в России: Учебное пособие. М., 2000.
31. *Бойков А.Д., Капинус Н.И., Тарло Е.Г.* Адвокатура России. М., 2004.
32. *Вайпан В.* Настольная книга адвоката: постатейный комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». М., 2006.
33. *Васьковский Е.В.* Организация адвокатуры. Т. I: Очерк всеобщей истории адвокатуры. СПб., 1893.
34. *Васьковский Е.В.* Основные вопросы адвокатской этики. СПб., 1985.
35. *Ватман Д.П.* Адвокатская этика (нравственные основы судебного представительства по гражданским делам). М., 1977.
36. *Вейнберг И.П.* Человек и культура древнего Ближнего Востока. М., 1976.
37. *Вернадский Г.* Киевская Русь. М., 1980.
38. *Власихин В.А.* Адвокатская деятельность в США // Адвокат. 1997. № 3.
39. *Гаврилов С.Н.* Адвокатура в Российской Федерации: Учебное пособие. М., 2000.
40. *Гессен И.В.* История российской адвокатуры. М., 1997.
41. *Гетманова А.Д.* Логика: Учебник для педагогических учебных заведений. М., 2002.
42. *Джанишев Г.* Ведение неправых дел. Этюд по адвокатской этике. М., 1886.
43. *Дженкс Э.* Английское право. М., 1947.
44. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр частного права. М., 2003.
45. *Дозорцев В.А.* Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Российская юстиция. 2000. № 3.
46. *Елиссев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. М., 2004.
47. *Жосселен М.* Понятие договора об использовании прав автора: сравнительно-правовой анализ // Бюллетень по авторскому праву. 1998. № 11.

48. *Жуйков В. М.* Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997.
49. *Закомлистов А. Ф.* Система современной судебной этики. СПб., 2002.
50. *Звягинцев А. Г., Орлов Ю. Г.* В эпоху потрясений и реформ. Российские прокуроры. 1906–1917. М., 1996.
51. *Ильин И. А.* О сущности правосознания. М., 1994. Т. 4.
52. История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М., 1976.
53. *Карабешский Н. П.* Что глаза мои видели: В 2 ч. Берлин, 1921. Ч. 2.
54. *Карпинская Е. В.* Культура речи. М., 1998.
55. *Киселев Я. С.* Этика адвоката. Л., 1974.
56. *Кобликов А. С.* Юридическая этика: Учебник. 2-е изд. М., 2003.
57. *Козлова Е. И., Кутафин О. Е.* Конституционное право России: Учебник. М., 2010.
58. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. М., 2004.
59. *Кони А. Ф.* Нравственные начала в уголовном процессе (общие черты судебной этики) // *Кони А. Ф.* Собр. соч.: В 8 т. М., 1967. Т. 4.
60. *Кони А. Ф.* Отцы и дети судебной реформы. М., 1914.
61. *Леоненко В. В.* Профессиональная этика участников уголовного судопроизводства. Киев, 1981.
62. *Ломакин Д.* Право акционера на информацию // *Хозяйство и право*. 1997. № 11.
63. *Лубшев Ю. Ф.* Этика адвоката как основа и регулятор его деятельности // *Адвокатура в России: Учебник*. М., 2001.
64. *Мальцев Г. В.* Теория обычая и обычного права. М., 1999.
65. *Манукян В. И.* Европейский Суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии: Научно-практическое пособие. Киев, 2007.
66. *Матеи У., Суханов Е. А.* Основные положения права собственности. М., 1999.
67. *Мирзоев Г. Б., Бойков А. Д., Власов А. А.* О юридической науке и научных исследованиях проблем адвокатуры и адвокатской деятельности: Научно-практическое пособие. М., 2013.
68. *Мирзоев Г. Б., Кейзеров Н. М.* Правовая культура адвоката. М., 1996.
69. *Молчанова А. В., Хазиев Ш. Н.* Адвокатура в Российской Федерации: Краткий курс лекций. М., 2013.
70. Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / Под ред. В. М. Лебедева. М., 2004.
71. *Невядомский Д. И.* Вековые вопросы адвокатуры. М., 1886.

72. Николай Константинович Муравьев: Адвокат и общественный деятель: Воспоминания, документы, материалы. М., 2004.
73. Об адвокатской тайне // Российская юстиция. 1997. № 2.
74. О независимости адвокатуры // Адвокатские вести. № 5. 2001.
75. *Падва Г.П.* Этика и тактика допроса потерпевшего защитником обвиняемого // Советская юстиция. № 7. 1987.
76. *Пикар Э.* Об адвокате. М., 2000.
77. *Питулько К., Коряковцев В.* Постатейный комментарий к ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». СПб., 2003.
78. *Пилипенко Ю.С.* Кодекс профессиональной этики адвоката. М., 2012.
79. *Полоцкий С.* Избр. соч. М., 1982.
80. Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения. М., 2001.
81. *Радищев А.И.* Полн. собр. соч. СПб., 1907. Т. 1.
82. *Рассел Дж.* Адвокатура в России. М., 2012.
83. *Романов А.К.* Правовая система Англии: Учебное пособие. М., 2002.
84. Российское законодательство X–XX веков. М., 1984–1987.
85. Руководство по составлению договоров на международный консультативный инжиниринг. Женева: ЕЭК ООН, 1983 (с изм. и доп., 1993).
86. *Сакаэ Вагацума, Тору Ариндзуми.* Гражданское право Японии: В 2 кн. Кн. 1. М., 1983.
87. *Сальвиа М. де.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. СПб., 2004.
88. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004.
89. *Скачкова Г.С., Шугаев А.А.* Занятость и трудоустройство в современной России: состояние и перспективы развития. М., 2015.
90. *Смирнов В., Смыкалин А.* Адвокатура и адвокатская деятельность: Учебное пособие. Екатеринбург, 2014.
91. *Смоленский М.Б.* Адвокатура в Российской Федерации. СПб., 2003.
92. *Собинов Л.В.* Статьи, речи, письма, воспоминания. М., 1970. Т. 2.
93. Собрание актуальных законодательных и нормативных актов, регламентирующих деятельность адвокатов на территории Российской Федерации. М., 2006.
94. Собрание отечественных нормативно-правовых источников XI–XXI веков по истории адвокатуры. М., 2005.

95. Суть профессии адвоката — нравственность, компетентность, независимость // Российская юстиция. 2000. № 2.
96. *Томсинов В.А.* Политическая и правовая мысль Киевской Руси. М., 1999.
97. *Трунов И., Трунова Л.* Адвокатская тайна // Российская юстиция. 2001. № 5.
98. *Уолкер Р.* Английская судебная система. М., 1980.
99. Устав уголовного судопроизводства / Сост. М. В. Беренштам, С.Н. Новиков. СПб., 1914.
100. Налоги и налоговое право: Учебное пособие / Под ред. А.В. Брызгалова. М., 1998.
101. *Фейгельсон В.М.* Интеллектуальная собственность, недобросовестная конкуренция и ноу-хау. М., 1999.
102. *Фонвизин Д.И.* Сочинения. М., 1982.
103. *Францифоров Ю.В.* Противоречия уголовного судопроизводства. М., 2006.
104. *Хаски Ю.* Российская адвокатура и Советское государство. Происхождение и развитие советской адвокатуры (1917–1939). М., 1993.
105. *Чехов А.П.* Собр. соч. М., 1956. Т. 11.
106. *Шугаев А.А., Кистерев Д.Д.* Правовое регулирование труда в Российской Федерации и Федеративной Республике Германии: некоторые проблемы: Научно-практический комментарий. М., 2014.
107. *Шугаев А.А., Кистерев Д.Д.* Трудовые кодексы Чешской Республики и Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ. М., 2010.
108. Юридический словарь. М., 1953.
109. *Якимов И.Н., Михеев П.П.* Искусство допроса. Практическое пособие для допрашивающего. М., 1928.
110. *Hilty R.M.* Lizenzvertragsrecht. Bern: Staempfli Verlag AG, 2001.
111. Legal Aspects of License Agreements in the Field of Patents, Trademarks and Know-how. Geneva: WIPO, 1972.
112. *MacLaren T.* Licensing Law Handbook 1999–2000. P. 242 (ссылка на решение BGH, GRUR, 1980, 750 — Pankreaplex II).
113. *Meili T.* Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht — Anpassungsbedarf aufgrund des TRIPS-Abkommens. Bern, 2000.

Адвокатская практика

Учебник

Подписано в печать 20.11.2015. Формат 60×90 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Печ. л. 32. Тираж 500 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7 (495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1196-2



9 785835 411962 >

Журнал ставит своей целью развитие цивилистической мысли в России, распространение ее влияния на законотворчество и правоприменение.

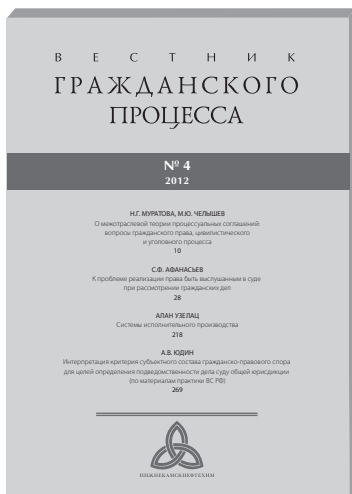
Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»



Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.

В Е С Т Н И К
ГРАЖДАНСКОГО
ПРОЦЕССА

www.vgpr.ru



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС В КОММЕНТАРИЯХ
- ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ИНОСТРАННЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
- ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО
- СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПРАКТИКА
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ
- PERSONALIA

Главный редактор *Д.Х. Валеев*

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Стоимость редакционной подписки на 2016 год:
годовая (6 номеров) – 3 000 руб.
полугодовая (3 номера) – 1 500 руб.

Оформить подписку можно на сайте www.vgpr.ru или по телефону +7 (495) 649-18-06

Подписные индексы на 2016 год:

- Объединенный каталог «Пресса России» – 90988
- Каталог «Роспечать» – 85014
- Каталог «Урал-Пресс» – тел. (495) 961-23-62

Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2,
тел./факс + 7 (495) 649-18-06; www.vgpr.ru; e-mail: vgpr@vgpr.ru



Издательство «Статут»
предлагает Вашему
вниманию новую книгу

НАСТОЛЬНАЯ КНИГА НОТАРИУСА

В 4 томах

Под редакцией
И.Г. Медведева

Том 1: Организация нотариального дела

Том 2: Правила совершения отдельных видов нотариальных действий

Том 3: Семейное и наследственное право в нотариальной практике

Том 4: Международное частное право, уголовное право и процесс
в нотариальной деятельности

Настольная книга нотариуса – наиболее полное и актуальное издание, содержащее исчерпывающую информацию по всем вопросам организации нотариального дела и совершения отдельных видов нотариальных действий. Основана на высококачественном авторском анализе современного законодательства, доктрины и правоприменительной практики в сферах, интересующих нотариат. Содержит образцы документов, практические примеры, аналитические, сводные, сравнительно-правовые и другие полезные данные.

Любую информацию о книгах издательства Вы можете получить по телефону:
+7(495) 649-18-06 или на нашем сайте **www.estatut.ru**

ПЕРМСКИЙ КОНГРЕСС УЧЕНЫХ - ЮРИСТОВ

Учрежден и проводится

Пермским государственным национальным исследовательским университетом
при поддержке Губернатора Пермского края совместно
с Общероссийской общественной организацией «Ассоциация юристов России»,
издательством «Статут», Семнадцатым арбитражным апелляционным судом,
Пермским краевым судом, Арбитражным судом Пермского края,
Уполномоченным по правам человека в Пермском крае,
Пермским отделением Ассоциации юристов России,
Нотариальной палатой Пермского края.

Пермский конгресс ученых-юристов – ведущая экспертная площадка
для обсуждения острых и принципиальных вопросов юридической
науки и правоприменения

В работе конгресса в разные годы принимали участие
Советник Президента РФ Вениамин Федорович ЯКОВЛЕВ,
заместитель председателя ВАС РФ Василий Владимирович ВИТРЯНСКИЙ,
председатель Суда по интеллектуальным правам Людмила Александровна НОВОСЁЛО-
ВА, ректор МГЮА Виктор Владимирович БЛАЖЕЕВ,
руководитель Уральского отделения Российской школы частного права
Бронислав Мичиславович ГОНГАЛО, Кантемир Николаевич ГУСОВ,
Виктор Павлович МОЗОЛИН, Валерий Васильевич ЛАЗАРЕВ,
Владимир Михайлович СЫРЫХ, Владимир Константинович АНДРЕЕВ
и другие видные ученые из России, ближнего и дальнего зарубежья.

Обширная география участников охватывает территорию России,
стран ближнего и дальнего зарубежья.

В форуме принимают участие делегации из Луисвилля (США), Калининграда,
Минска, Санкт-Петербурга, Москвы, Краснодара, Ульяновска, Саратова, Казани,
Самары, Екатеринбурга, Тюмени, Иркутска.

Пермский конгресс ученых юристов – ведущий региональный форум
для диалога, способствующего дальнейшему развитию
российского права



WWW.PERMCONGRESS.COM

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ДЛЯ ЗАМЕТОК