

ПАШИН С.А.
член Независимого экспертно-правового совета,
профессор ГУ «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке.

Экспертное заключение
в связи с проектом Закона Кыргызской Республики «Об адвокатуре
Кыргызской Республики и адвокатской деятельности»¹

Обеспечение доступности для человека квалифицированной юридической помощи предполагает создание и существование института адвокатуры, действующей на основе демократических принципов, включая самостоятельность, корпоративность, независимость от вмешательства извне.

Самоуправляемые объединения адвокатов, согласно пункту 24 Основных положений о роли адвокатов, сформулированных Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 года, создаются не для извлечения прибыли, а для представительства интересов адвокатов, «постоянной учебы и переподготовки и поддержания их профессионального уровня». Согласно пункту 25 Основных положений о роли адвокатов, адвокатские органы «должны кооперироваться с правительствами для обеспечения права каждого на равный и эффективный доступ к юридической помощи, чтобы адвокаты были способны без неуместного вмешательства со стороны давать советы и помогать своим клиентам в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами».

Рассматриваемый законопроект призван усовершенствовать правовое регулирование вопросов адвокатуры, осуществлявшееся в Кыргызстане долгое время на основании Закона Кыргызской Республики от 21 октября 1999 г. № 114 «Об адвокатской деятельности». Имея в виду обеспечение «прозрачности и качества взаимодействия между правоохранительными, судебными органами и лицами, нуждающимися в юридической помощи», повышение возможностей адвокатского сообщества, авторы проекта в отдельной главе 4 провозглашают создание «Адвокатуры Кыргызской Республики, её право учреждать областные адвокатуры по инициативе адвокатов соответствующих областей», а также устанавливают границы свободы и ответственности данной «общественной некоммерческой организации» и ее членов.

Законопроект отличается тщательной проработкой важных деталей и в конечном счете созвучен отраженной в пункте 25 Основных положений о роли адвокатов идее: адвокатские органы «должны кооперироваться с правительствами для обеспечения права каждого на равный и эффективный доступ к юридической помощи, чтобы адвокаты были способны без неуместного вмешательства со стороны давать советы и помогать своим клиентам в

¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с официальной позицией Freedom House.

соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами».

Вместе с тем проект Закона «Об адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности» не свободен от ряда недостатков и может быть улучшен при условии учета следующих замечаний.

1. В части 2 ст. 2 адвокатура правильно определяется как «институт гражданского общества». В этой связи было бы более точным в названии законопроекта говорить об «адвокатуре в Кыргызской Республике» и адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Хотя по замыслу разработчиков Адвокатура Кыргызской Республики выступает самостоятельным образованием, законопроект по своему содержанию гораздо шире описания организации и деятельности данной структуры; в нем речь идет именно об адвокатуре и адвокатской деятельности в широком значении этих слов, а не только об одном из ее подразделений, пусть и включающих всех адвокатов страны; к тому же упоминаются «территориальные» адвокатуры (ч. 4 ст. 2).

2. Необходимо уточнить круг и уровень нормативных актов, которыми могут регулироваться вопросы адвокатской деятельности. Упоминание в ст. 1 «иных нормативных правовых актов» открывает простор для ведомственного нормотворчества, как правило, стеснительного для институтов гражданского общества.

3. Было бы правильно среди полномочий Съезда адвокатов упомянуть утверждение сметы на содержание органов Адвокатуры Кыргызской Республики.

4. Нуждаются в уточнении и полномочия квалификационной комиссии Адвокатуры. Так, нет необходимости отступать от принятого разграничения полномочий этой комиссии и Совета адвокатов в вопросах дисциплинарного преследования (ср. пункт 9 ч. 2 ст. 6 и ч. 4 ст. 7). Квалификационная комиссия, думается, не должна вмешиваться в процесс определения меры взыскания и обращаться «в Совет адвокатов с представлением о приостановлении действия лицензии на право занятия адвокатской деятельностью или ее лишении», который, в свою очередь, вносит точно такое же по содержанию представление в Минюст Кыргызской Республики.

5. Целесообразно описать полномочия председателя Совета адвокатов и его заместителя в отдельной статье проекта. Вероятно, председателю Совета должна принадлежать власть, связанная с возбуждением дисциплинарного преследования адвокатов по поступившим жалобам, обращениям, другим поводам. Заместитель председателя Совета должен располагать полномочиями по организации защиты подозреваемых и обвиняемых по назначению. Во всяком случае, в ч. 1 ст. 6 нужно установить срок полномочий председателя Совета и его заместителя. Стоит также рассмотреть возможность избрания нескольких заместителей по представлению председателя Совета.

6. В статье 9 нужно сформулировать запрет на осуществление Адвокатурой Кыргызской Республики как организацией адвокатской деятельности от своего имени.

7. Части 2 и 3 ст. 16 можно было сформулировать точнее. «...Адвокат не отождествляется со своим клиентом и его интересами» (ч. 2) в общественном мнении и с точки зрения судов, правоохранительных и других государственных органов. Сам же адвокат может принимать интересы доверителя близко к сердцу вплоть до «отождествления» с ними. Адвокат работает в интересах доверителя, но не «служит» каким-либо принципам (ч. 3) Вероятно, правильнее было бы указать, что адвокат «руководствуется» определенными принципами.

8. Часть 3 ст. 17 содержит намек на возможность лишения человека права на выбор адвоката. Такое право, действительно, может быть ограничено, но не вовсе отнято, при предоставлении услуг назначенного адвоката. Например, по делу *Пинто против Тринидад-*

и-Табаго Комитет ООН по правам человека постановил 20 июля 1990 г., что суд должен отдавать предпочтение при назначении адвоката тому, который был выбран обвиняемым, в том числе и для подачи апелляции, даже если это требует переноса слушаний. Для обеспечения права на выбор адвоката (даже и при назначении адвоката) может практиковаться предложение обвиняемому списка его потенциальных защитников.

9. Нужно хорошо обдумать норму, сводящую квалификационный экзамен на допуск к адвокатской профессии лишь к тестированию (ч. 3 ст. 20). Дополнение тестирования устной частью экзамена, конечно, опасно возможным субъективизмом, но снижает уровень коррупции при организации письменных или компьютерных опросов.

10. По смыслу ст. 21 правом приостановления действия адвокатской лицензии, а также лишения адвоката лицензии обладает Министерство юстиции Кыргызской Республики. При этом представлению Совета адвокатов отводится роль одного из поводов, совсем необязательных, для дисциплинарного преследования адвоката государственным органом.

Между тем в пункте 28 Основных положений о роли адвокатов недвусмысленно говорится: «...Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суд». Согласно пункту 27 Основных положений о роли адвокатов «Обвинение или возбуждение дела против адвоката в связи с его профессиональной работой должны производиться в рамках быстрой и справедливой процедуры. Адвокат должен иметь право на справедливое разбирательство, включающее возможность помощи адвоката по его выбору».

В связи с созданием Адвокатуры Кыргызской Республики и территориальных адвокатур необходимо передать им функции дисциплинарного преследования адвокатов в соответствии с утверждаемым Съездом адвокатов Кодексом (правилами) профессиональной этики (об этих правилах говорится в п. 4 части 3 ст. 5). Нужно также в законе установить нормы, детально регламентирующие порядок дисциплинарного преследования адвоката. Нельзя поддержать категорические правила о лишении адвоката лицензии в случае «повторного нарушения норм профессиональной этики» и даже однократного нарушения норм закона вне зависимости от степени тяжести таких проступков (пункты 2 и 4 части 4 ст. 21). Столь суровый подход к адвокату чреват расправами с юристами, занимающими активную позицию по защите интересов клиента, в особенности вопреки желанию органов следствия и других казенных учреждений; этими нормами нарушается принцип соразмерности кары и проступка, то есть в конечном счете общеправовой принцип правомерности.

Сомнительно также правило о лишении адвоката лицензии при осуждении за совершение любого преступления (п. 1 ч. 4 ст. 21). Думается, здесь можно ограничиться упоминанием умышленных преступлений.

11. Пункт 11 части 1 статьи 24 по буквальному его смыслу возлагает на адвоката обязанность, а не предоставляет ему право, как прочие пункты данного узаконения. Видимо, здесь речь идет о процессуальной норме, обязывающей *следователя* обеспечить участие адвоката-защитника при решении вопроса о мере пресечения. Такая норма вполне уместна в уголовно-процессуальном законе, а здесь могла бы формулироваться как специальная норма («в том числе – и при решении судом вопроса о заключении под стражу») в пункте 1 ч. 1 ст. 24.

12. В пункте 3 ч. 1 ст. 25 нужно опустить слова «если только не возникнут обстоятельства, препятствующие осуществлению защиты подзащитного или доверителя». Такая фраза опасна своей неопределенностью и при неблагоприятном развитии ситуации с правами человека может быть истолкована как оправдывающая враждебное поведение защитника-адвоката в отношении подзащитного.

Возложение на адвоката обязанности «совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию» лишь «один раз в три года» (п. 5 ч. 1 ст. 25) представляется неудачей законодательной техники, создающей юмористический эффект. Очевидно, речь должна идти об участии в каких-то официальных программах, требующих отрыва от основной деятельности. Данная норма также представляет определенную опасность, поскольку законодатель, не предусматривая никаких форм повышения квалификации, которые могли бы засчитываться адвокату в качестве апробированных, допускает лишение его лицензии за то, что он «не повышал квалификацию в соответствии с нормами настоящего Закона» (п. 3 ч. 4 ст. 21, ч. 2 ст. 25).

13. Существенным пробелом правового регулирования выступает отсутствие описания конкретных образований, в рамках которых могут практиковать адвокаты, хотя термины «адвокатские организации» (ч. 2 ст. 15) и «адвокатское образование» (ч. 2, п. 1 ч. 3, ч. 5 ст. 26) в законопроекте употребляются.

Нельзя не отметить, что представляется неправильным, противоречащим характеру отношений между адвокатом и доверителем предусмотренные в проекте: возможность осуществления адвокатской деятельности не «в рамках», а «через адвокатские организации» (ч. 2 ст. 15); допустимость заключения соглашения об оказании юридической помощи не с адвокатом, а с «адвокатским образованием» (ч. 2 и п. 1 ч. 3 ст. 26). Позволяя адвокатским образованиям заключать соглашения с клиентами, авторы законопроекта, как это ни странно, упоминают об ответственности адвоката, но не контрагента в виде адвокатского образования (п. 5 ч. 3 ст. 26).

14. Требовать от адвоката предоставить соглашение об оказании юридической помощи недопустимо не только при его вступлении в дело, но и во всех других случаях (ч. 5 ст. 26).

15. Статья 27 нуждается в тщательном редактировании. Так, статус помощника адвоката не означает абсолютного запрета на ведение дел, хотя это вытекает из буквального смысла части 1 данной статьи. Помощник адвоката, очевидно, вправе выступить в процессе по доверенности. Нет необходимости доказывать, что неудачна формулировка из части 2 ст. 27: «получать документы, иметь с них копии, производить выписку и выполнять другие поручения по делам, находящимся в производстве адвоката, за исключением дел, относящихся к процессуальным полномочиям последнего». Нужно, по крайней мере, заменить слова «иметь» и «дел» соответственно на слова «снимать» и «действий». Думаю также, что не повредило бы упоминание о праве помощника адвоката сдавать процессуальные документы, подготовленные адвокатом, в канцелярии соответствующих учреждений, вручать их компетентным должностным лицам и гражданам.

16. Желательно определить в законодательстве статус стажера адвоката, возложив на него обязанность сохранения профессиональной тайны.

17. В части 4 статьи 28 установлено, что неприкосновенность офиса и жилища адвоката, его личная неприкосновенность могут нарушаться с санкции прокурора, то есть потенциального (или даже фактического) процессуального противника адвоката-защитника. Данные решения должны приниматься судом в условиях состязательности.

Часть 5 статьи 28 позволяет при привлечении адвоката к уголовному делу в качестве обвиняемого вторгаться в адвокатскую тайну. Здесь необходимо четко сформулировать принцип необходимости такого вторжения, относимости к делу получаемых таким образом доказательств. Норма же в существующей редакции дает основания думать, что все адвокатские досье становятся доступными органам уголовного преследования, как только адвоката начинают привлекать к уголовной ответственности.

Часть 6 статьи 28 излишне категорична. Полагаю, адвокат может быть допрошен об обстоятельствах получения доказательств (например, о следах пыток, которые он наблюдал на теле подзащитного; о незаконных действиях следователя; об отсутствии понятых при производстве следственных действий), если доверитель на этом настаивает. Разумеется, после этого адвокат утратит статус защитника по данному делу. Адвокат вправе также давать показания об обстоятельствах оказания юридической помощи в целях самозащиты, например, когда клиент пытается подвергнуть его преследованию в гражданском порядке за ненадлежащее исполнение обязанностей по соглашению.

Вопреки положениям части 7 ст. 28 хотелось бы, чтобы отдельные элементы неприкосновенности адвоката распространялись на его помощника или же были связаны не с местом обнаружения соответствующих материалов (у адвоката), а с их характером (неприкосновенность самого адвокатского досье, у кого бы оно ни находилось).

В данной статье либо следующей за ней статье проекта важно упомянуть о недопустимости производства в отношении адвоката оперативно-розыскных мероприятий, а также ввести запрет на негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Такая запись отвечала бы требованиям пункта 16 Основных положений о роли адвоката: «Правительства должны обеспечить адвокатам... возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства».

18. Статья 29 об адвокатской тайне чрезвычайно короткая, что связано с перенесением соответствующих норм в предыдущую статью, посвященную гарантиям адвокатской деятельности (ч. 6 ст. 28 и др.).

Было бы правильным подчеркнуть недопустимость использования в качестве доказательств материалов адвокатской деятельности, полученных в результате уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности.

19. При окончательном редактировании законопроекта необходимо:

упоминать о субъекте и способе определения порядка оказания правовой помощи по назначению, а также неимущественным клиентам;

обсудить вопрос о введении страхования риска профессиональной имущественной ответственности адвокатов.

Буду рад, если приведенные выше соображения и рекомендации помогут дальнейшему развитию законодательства Кыргызской Республики в направлении совершенствования гарантий прав личности в соответствии со стандартами международного сообщества.

Март 2010 г.