

КИПНИС Н.М.
член Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы,
член Научно-консультативного совета Федеральной палаты адвокатов
Российской Федерации кандидат юридических наук, доцент

Заключение
на проект Закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в некоторые
законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатуры»¹
(внесен на рассмотрение Мажилуса Парламента РК постановлением
Правительства РК от 31 августа 2010 года № 853)

Согласно Концепции проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатуры» он разработан во исполнение пункта 2 Указа Президента Республики Казахстан от 22 апреля 2009 г. № 793 «О дополнительных мерах по усилению борьбы с преступностью и коррупцией и дальнейшему совершенствованию правоохранительной деятельности в Республике Казахстан», поручения Президента Республики Казахстан от 25 августа 2009 г. № 3277 о необходимости усиления государственного контроля качества оказания квалифицированной юридической помощи, а также в целях реализации Концепции развития системы ювенальной юстиции в Республике Казахстан на 2009-2011 годы (одобрена Указом Президента РК от 19.08.2008 г. № 646.).

Авторы концепции Закона указывают, *inter alia*, что:

- требуется пересмотреть в соответствии с международными стандартами процедуру лицензирования адвокатской деятельности, поскольку представляется более логичным проверять теоретические знания и практические навыки претендента только после стажировки;
- для исключения проявлений коррупции и установления прозрачности прохождения процедуры аттестации, представляется необходимым включить в состав аттестационной комиссии, помимо работников юстиции и представителей адвокатского сообщества, депутатов обеих палат Парламента и ученого-правоведа, предусмотрев возможность освещения экзамена в средствах массовой информации;
- представляется целесообразным регламентировать статус, деятельность и сроки полномочий аттестационной комиссии непосредственно в Законе.

Ознакомление с законопроектом показывает, что с его принятием предусматривается серьезное реформирование порядка доступа граждан Республики Казахстан к профессии адвоката, предлагается на законодательном уровне урегулировать процедуру дисциплинарного производства, а также решается ряд иных вопросов.

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

1. Согласно действующей редакции ч. 3 ст. 62 ГПК РК «3. Полномочия адвоката на ведение конкретного дела удостоверяются ордером, выдаваемым юридической консультацией или адвокатской конторой, а при ведении им своей деятельности индивидуально – договором, заключенным адвокатом с клиентом».

В законопроекте предлагается слова «а при ведении им своей деятельности индивидуально – договором, заключенным адвокатом с клиентом» заменить словами «а при осуществлении им своей деятельности индивидуально без регистрации юридического лица – президиумом коллегии адвокатов».

То обстоятельство, что законопроект предлагает заменить «договор, заключенный адвокатом с клиентом» на «ордер», заслуживает поддержки по двум причинам:

– в Республике Казахстан членство адвоката в коллегии адвокатов является обязательным (*ч. 1 ст. 7, ч. 2 ст. 19 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); адвокат вправе осуществлять свою деятельность через юридическую консультацию либо учредить самостоятельно или совместно с другими адвокатами адвокатскую контору, а также индивидуально без регистрации юридического лица (*ч. 1 ст. 19 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); члены коллегии адвокатов равны в своих правах и обязанностях (*ч. 2 ст. 28 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*);

– организация и деятельность адвокатуры основывается, *inter alia*, на принципе соблюдения норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны (*п. 4 ст. 3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); адвокатскую тайну составляют, *inter alia*, сведения о содержании письменных переговоров с лицом, обратившимся за помощью, о характере и результатах, предпринимаемых в интересах лица, обратившегося за помощью, действий, а также иная информация, касающаяся оказания юридической помощи (*ч. 1 ст. 18 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*).

Установление для адвокатов разного порядка подтверждения их полномочий в зависимости от избранного способа адвокатской деятельности нарушает принцип равенства адвокатов, в частности, потому, что доверитель, обратившийся к адвокату, осуществляющему деятельность индивидуально без регистрации юридического лица, заранее законом лишается права на сохранение в тайне условий заключенного с адвокатом договора, хотя эти условия также составляют адвокатскую тайну. Между тем, каждый «адвокат обязан хранить в тайне сведения, ставшие ему известными в связи с оказанием юридической помощи, и не имеет права разглашать их без согласия лица, обратившегося за помощью» (*ч. 3 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*).

Что касается выдачи президиумом коллегии адвокатов ордера адвокату, осуществляющему деятельность индивидуально без регистрации юридического лица, то в целом это дополнение следует признать конструктивным, поскольку оно внесет упорядоченность в процесс выдачи ордеров. В то же время, при принятии окончательного решения следует обсудить, не нарушит ли такой порядок право граждан на оперативное получение юридической помощи, а также самостоятельность и независимость адвокатов. Дело в том, что при предлагаемой системе необходимо выдавать адвокату так называемые «свободные» ордера (то есть ордера, в которые адвокат сам вписывает реквизиты заключенного позднее соглашения и затем отчитывается по ним перед Президиумом коллегии адвокатов), поскольку соглашение об оказании юридической помощи может быть заключено с адвокатом в ночное время, в выходные и праздничные дни, когда аппарат Президиума Коллегии адвокатов не работает. Впрочем, аналогичные вопросы возникают у адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность через юридическую консультацию либо адвокатскую контору, поэтому, можно полагать, что в адвокатском сообществе Республики Казахстан разработаны способы действия в рассматриваемой ситуации.

В Российской Федерации ордер любому адвокату выдается соответствующим адвокатским образованием (п. 2 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), то есть адвокат, учредивший адвокатский кабинет, сам себе выписывает ордер. Это очень демократичный порядок, но порой им злоупотребляют недобросовестные адвокаты, что влечет направление жалоб в дисциплинарные органы. В отдельных субъектах Российской Федерации советы адвокатских палат (аналог президиума коллегии адвокатов в Республике Казахстан) в целях нормализации ситуации своими решениями обязали адвокатов, учредивших адвокатские кабинеты, получать в совете палаты пронумерованные, прошнурованные и скрепленные печатью ордерные книжки, а затем сдавать использованные книжки обратно в совет. Но соответствие российскому закону названного порядка не бесспорно!

2. Изменения и дополнения в Закон РК «Об адвокатской деятельности»

1. В предлагаемой редакции ст. 9 Закона детально регламентируется порядок прохождения стажировки, которая будет предшествовать аттестации в Аттестационной комиссии.

Данное предложение следует оценить положительно, поскольку стажировка имеет важное значение для приобретения практических навыков адвокатской деятельности.

В то же время, в проекте ч. 4-5 ст. 9 Закон РК «Об адвокатской деятельности» указано, что:

«4. По результатам рассмотрения заявления президиум коллегии адвокатов принимает одно из следующих решений:

- 1) о допуске к прохождению стажировки;
- 2) об отказе в допуске к прохождению стажировки.

5. Отказ в допуске к прохождению стажировки по мотиву набора большого количества стажеров не допускается.»

Однако, непонятно, в каком (каких) случаях президиум коллегии адвокатов вправе принять решение об отказе в допуске к прохождению стажировки. Было бы логично предположить, что такое решение может быть принято лишь при несоответствии претендента требованиям, предъявляемым к стажеру законом.

Равным образом, следует указать в Законе, что отказ в допуске к прохождению стажировки может быть обжалован в суд.

Решение о допуске к прохождению стажировки целесообразно дополнить указанием на одновременное принятие решения о назначении руководителя. В Законе может быть предложен иной порядок назначения руководителя стажировки, но в законопроекте такой порядок не определен вообще.

Документом, предопределяющим успешное завершение стажировки, согласно проекту ч. 8 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности», будет являться заключение руководителя стажера, к которому прилагается, в том числе, документ, подтверждающий посещение стажером теоретических и практических занятий. Между тем, в проекте закона не предусмотрено, кем будет выдаваться такой документ!

Согласно проекту ч. 9 ст. 8 Закона РК «Об адвокатской деятельности», «9. Стажировку не проходят судьи, прекратившие свои полномочия по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» [1) уход судьи в отставку; 1-1) освобождение от должности судьи по собственному желанию; 2) состояние здоровья,

препятствующее дальнейшему исполнению профессиональных обязанностей, в соответствии с медицинским заключением; 8) упразднение суда или истечение срока полномочий, если председатель суда, председатель судебной коллегии или судья не дает согласие на занятие вакантной должности судьи в другом суде; 10) достижение предельного возраста пребывания в должности судьи].

Законодатель Республики Казахстан, безусловно, вправе сам определить круг лиц, освобожденных от прохождения стажировки, однако представляется логичным, чтобы этот круг был дополнен, как минимум, одной категорией, а именно указанием на лицо, лицензия которого на занятие адвокатской деятельностью прекратила свое действие ввиду добровольного возврата лицензии лицензиару, если такое лицо до возврата лицензии осуществляло адвокатскую деятельность, например, непрерывно не менее трех лет. Последнее условие можно формулировать по-разному, но, представляется, что следует облегчить бывшим адвокатам, не совершившим порочащих поступков, возврат в профессию (основание прекращения действия лицензии взято из п. 5 ч. 1 ст. 48 Закона РК «О лицензировании» от 11 января 2007 г. № 214-III ЗРК).

Согласно проекту ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности»:

«3. Лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации вправе получить:

1) лица, сдавшие квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошедшие стажировку в суде и получившие положительный отзыв пленарного заседания суда;

2) лица, прекратившие полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»;

3) лица, уволенные из органов прокуратуры и следствия при наличии стажа работы прокурора или следователя не менее десяти лет, за исключением уволенных по отрицательным мотивам, и прохождении стажировки в коллегии адвокатов в порядке и на условиях, установленных настоящим Законом.»

Сопоставление проектов новых редакций текста ч. 9 ст. 8 и п. 2 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности» однозначно свидетельствует о том, что при получении лицензии адвоката предлагается освободить лиц, прекративших полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», как от прохождения стажировки, так и от прохождения Аттестации в Аттестационной комиссии.

Четко сформулирована и новая редакция п. 3 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности». Данная норма прямо закрепляет правило о том, что лица, уволенные из органов прокуратуры и следствия при наличии стажа работы прокурора или следователя не менее десяти лет, за исключением уволенных по отрицательным мотивам, вправе получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации, но при условии прохождения стажировки в коллегии адвокатов в порядке и на условиях, установленных Законом РК «Об адвокатской деятельности».

Однако, нет ясности с третьей категорией: лицами, сдавшими квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошедшими стажировку в суде и получившими положительный отзыв пленарного заседания суда (проект п. 1 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности»). Если предполагается, что стажировка в суде равнозначна стажировке в коллегии адвокатов, то необходимо в проекте ч. 9 ст. 8 Закона указать и эту категорию лиц как освобожденную от прохождения стажировки. Если же предполагается, что данная категория проходит

стажировку в коллегии адвокатов, но освобождается от аттестации, то необходимо сделать единообразной редакцию пунктов 1 и 3 ч. 3 ст. 9 проекта Закона.

Непонятно почему освобождение от прохождения аттестации предоставлено лицам «уволненным из органов прокуратуры и следствия...», но не лицам, лицензии которых на занятие адвокатской деятельностью прекратили свое действие ввиду добровольного возврата лицензий лицензиару, если такие лица до возврата лицензии осуществляли адвокатскую деятельность, например, непрерывно не менее трех (пяти, десяти) лет.

Кроме того, буквальное прочтение предлагаемой редакции пунктов 1 и 2 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности» позволяет предположить, что перечисленные в данных нормах лица вправе получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации и без прохождения стажировки в коллегии адвокатов вне зависимости от того, как давно они сдали «квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошли стажировку в суде и получили положительный отзыв пленарного заседания суда» либо «прекратили полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан». Поскольку аттестация имеет своей целью выявить актуальность когда-то полученного лицом юридического образования современному состоянию законодательства, то следует предусматриваемую льготу ограничить каким-то конкретным сроком, по истечении которого лицо может получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью на общих основаниях.

Небольшое техническое замечание состоит в том, что не существует Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», поскольку правильное название этого нормативного акта Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»!

II. Новая ст. 9-1 Закона посвящена вновь создаваемой Аттестационной комиссии – ее статусу, основным задачам, составу и др.

В целом норма сформулировано четко, однако имеются 3 замечания:

а. Согласно проекту абз. 2 ч. 2 ст. 9-1 Закона РК «Об адвокатской деятельности» «Аттестационная комиссия состоит из семи членов – представителей адвокатуры, включая президента Союза адвокатов Казахстана, органов юстиции и ученого-правоведа. Председателем Аттестационной комиссии является президент Союза адвокатов Казахстана по должности. Секретарь Аттестационной комиссии назначается Министерством юстиции Республики Казахстан.»

Предлагаемая редакция нормы не соответствует антикоррупционным правилам: являясь неясной, – открывает путь к злоупотреблениям!

Анализ проекта нормы позволяет однозначно уяснить, что:

- Аттестационная комиссия будет состоять из семи членов,
- что членом Аттестационной комиссии и ее председателем (по должности) будет Президент Союза адвокатов Казахстана,
- что членом Аттестационной комиссии будет один ученый-правовед,
- что персональный состав Аттестационной комиссии утверждается приказом Министра юстиции Республики Казахстан (проект абз. 3 п. 2 ст. 9-1 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Однако предложенная редакция нормы не дает ответа на главный вопрос, серьезно влияющий на независимость адвокатуры (см. ст. 3 Закона РК «Об адвокатской

деятельности»): каково будет соотношение в Аттестационной комиссии представителей адвокатуры и органов юстиции, для которых совокупно отведено 5 оставшихся мест. Законодатель вправе предложить любое решение данного вопроса, но оно должно быть конкретным, не оставляя простора для дискреции представителя исполнительной власти Министра юстиции. Предпочтительным является вариант, когда адвокаты в подобных органах имеют представительство, норма которого позволяет реально влиять на принимаемые решения, имеющие значение для всей корпорации. Представляется, что из 5 оставшихся мест не менее двух должны замещаться адвокатами (в дополнение к уже имеющемуся у адвокатов месту, замещаемому (по должности) Президентом Союза адвокатов Казахстана).

Для сведения: в Российской Федерации аналогичный орган адвокатской палаты субъекта Российской Федерации именуется «квалификационная комиссия» и формируется следующим образом:

«2. Квалификационная комиссия формируется на срок два года в количестве 13 членов комиссии по следующим нормам представительства:

1) от адвокатской палаты – семь адвокатов, включая президента адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. При этом адвокат – член комиссии должен иметь стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет;

2) от территориального органа юстиции – два представителя;

3) от законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации – два представителя. При этом представители не могут быть депутатами, государственными или муниципальными служащими. Порядок избрания указанных представителей и требования, предъявляемые к ним, определяются законами субъектов Российской Федерации;

4) от верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа – один судья;

5) от арбитражного суда субъекта Российской Федерации – один судья» (п. 2 ст. 33 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

б. Из проекта нормы неясно, является ли Секретарь Аттестационной комиссии ее членом, а если да, то кого он там будет представлять – адвокатуру или органы юстиции.

в. Проект ч. 2 ст. 9-1 Закона РК «Об адвокатской деятельности» упречен с точки зрения законодательной техники: он не просто состоит из 4 абзацев (что само по себе весьма неудобно, потому что эти абзацы являются классическими частями статьи), но его первый абзац дополнительно делится на 2 пункта (или подпункта), определяющих две основные задачи Аттестационной комиссии. Представляется, что было бы правильнее присвоить номера (1, 2, 3, 4, 5 и т.д.) всем абзацам ст. 9-1 и именовать их частями.

III. Новая ст. 9-2 Закона регулирует процедуру допуска к прохождению аттестации и замечаний не вызывает.

IV. Новая ст. 9-3 Закона подробнейшим образом регулирует порядок и условия проведения аттестации.

Предложенная в законопроекте редакция нормы достаточно ясная, четкая и последовательная, но отдельные положения нуждаются в корректировке:

а. Допускается ли использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы?

Тестирование (абз. 3 ч. 5 ст. 9-1)	Устный экзамен (ч. 8 и абз. 1 ч. 9 ст. 9-1)
При прохождении тестирования не допускается использование претендентом справочной и иной литературы, принимающе-передающих электронных устройств, том числе карманных персональных компьютеров и иного электронного оборудования. В случае нарушения претендентом указанного требования он отстраняется решением Аттестационной комиссии от тестирования и повторно допускается на общих основаниях, установленных настоящим Законом.	8. При проверке знаний претендента на устном экзамене используются экзаменационные билеты различные по содержанию, включающие три теоретических вопроса. Экзаменационные билеты составляются на государственном и русском языках, утверждаются Аттестационной комиссией, запечатываются в конверты, скрепляемые печатью Министерства юстиции Республики Казахстан, и подлежат вскрытию председателем в день открытия заседания Аттестационной комиссии в присутствии явившихся на аттестацию претендентов и членов Аттестационной комиссии. 9. На подготовку ответов на вопросы экзаменационных билетов претенденту отводится не более двадцати минут.

Таким образом, если при регламентации прохождения тестирования прямо указано на запрет использования претендентом справочной и иной литературы, принимающе-передающих электронных устройств, том числе карманных персональных компьютеров и иного электронного оборудования, то при регламентации порядка подготовки к сдаче устного экзамена данный вопрос не решен. Отсутствие регламентации может привести к произвольному толкованию правовой нормы и нарушению прав претендентов. Логично предположить, что включение в одном случае прямого запрета и, наоборот, отсутствие указания на такой запрет могут быть истолкованы претендентами как дозволение использовать при подготовке ответов на вопросы экзаменационных билетов справочную и иную литературу, персональные компьютеры с установленными на них электронными справочными правовыми системами и т.п.

Если законодатель Республики Казахстан имеет в виду полностью запретить использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы, и различного электронного оборудования (включая персональные компьютеры), то такой запрет следует включить в Закон в общей форме, например в ч. 4 ст. 9-1.

Если же законодатель Республики Казахстан имеет в виду дифференцировать использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы, и различного электронного оборудования (включая персональные компьютеры) – запретить на тестировании и разрешить при подготовке к сдаче устного экзамена, – то обе ситуации следует конкретно регламентировать в соответствующих частях ст. 9-3.

б. Согласно проекту ч. 2 и 8 ст. 9-3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»:

«2. Аттестация проводится не реже одного раза в квартал. Аттестационная комиссия проводит выездные заседания по мере необходимости, по согласованию с Министерством юстиции Республики Казахстан.

8. При проверке знаний претендента на устном экзамене используются экзаменационные билеты различные по содержанию, включающие три теоретических вопроса.

Экзаменационные билеты составляются на государственном и русском языках, утверждаются Аттестационной комиссией, запечатываются в конверты, скрепляемые печатью Министерства юстиции Республики Казахстан, и подлежат вскрытию председателем в день открытия заседания Аттестационной комиссии в присутствии явившихся на аттестацию претендентов и членов Аттестационной комиссии.»

Если заседания Аттестационной комиссии будут проводиться не реже одного раза в квартал, то означает ли это, что к каждому заседанию будут составляться новые экзаменационные билеты либо, что будет составлено несколько комплектов билетов? В противном случае теряется смысл запечатывания в конверты и скрепления печатью, потому что уже после первого заседания использованный комплект билетов утратит свою полную конфиденциальность.

В данном случае можно предусмотреть любой порядок, но он должен быть четким!

в. Согласно проекту абз. 1 ч. 9 ст. 9-3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»: «На подготовку ответов на вопросы экзаменационных билетов претенденту отводится не более двадцати минут.»

Поскольку экзаменационный билет будет включать 3 теоретических вопроса, а аттестацию будут проходить лица различающиеся по возрасту, состоянию здоровья и иным признакам, то правильнее предусмотреть более длительное время для подготовки к сдаче устного экзамена – до 40 минут, либо до 30 минут, исходя из 10 минут на вопрос.

г. Согласно проекту абз. 4 ч. 10 ст. 9-3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»: «Решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации может быть обжаловано в суд.»

Поскольку логика прохождения аттестации состоит в том, что знания претендентов проверяет специальный орган – Аттестационная комиссия, суды не должны обладать правом проверять по существу и пересматривать решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации, поэтому правильнее указать, что

«Решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации может быть обжаловано в суд по мотиву нарушения Аттестационной комиссией установленного настоящим Законом порядка проведения аттестации, но не по существу решения».

Для сравнения: «Решение квалификационной коллегии судей о рекомендации кандидатом на должность судьи может быть обжаловано в судебном порядке, если коллегией нарушен установленный настоящим Законом порядок отбора претендентов на должность судьи. Решение об отказе в рекомендации на должность судьи может быть обжаловано в судебном порядке как в связи с нарушением порядка отбора претендентов на должность судьи, так и по существу решения» (абз. 5 ч. 8 ст. 5 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 г. № 3132-1).

V. В законопроекте предлагается более детально урегулировать вопрос о порядке приостановления действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью, а также расширить основания, по которым действие лицензии может быть приостановлено (новая редакция ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

В целом предложенная новая редакция ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности» представляется полезной, поскольку институт приостановления действия лицензии имеет важное значение в регламентации вопросов статуса адвоката в Республике Казахстан.

Однако нуждается в обсуждении предлагаемая редакция п. 6 абз. 1 ч. 2, абзаца 2 ч. 2 ст. 11, ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности»:

«Статья 11. Приостановление действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью

...

2. Помимо общих оснований, предусмотренных законами Республики Казахстан, действие лицензии на занятие адвокатской деятельностью приостанавливается на период:

...

б) занятия адвокатом предпринимательской или иной оплачиваемой деятельностью, за исключением преподавательской, научной или творческой деятельности, а также учреждения адвокатом коммерческой организации, его вхождения в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации.

Адвокат в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, в течение месяца после вступления в члены коллегии адвокатов обязан на время занятия адвокатской деятельностью передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих им, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению. Адвокат может не передавать в доверительное управление принадлежащие ему облигации, паи открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов. Адвокат имеет право получать доход от переданного в доверительное управление имущества...

Статья 15. Обязанности адвоката

...

6. Адвокату запрещается состоять на государственной службе, заниматься предпринимательской деятельностью, учреждать коммерческие организации, входить в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации, занимать иную оплачиваемую должность, кроме преподавательской, научной или творческой деятельности.»

Анализ действующего законодательства Республики Казахстан, с учетом недавно внесенных изменений и дополнений, свидетельствует о том, что предусматриваемая в проекте обязанность адвоката «в течение месяца после вступления в члены коллегии адвокатов обязан на время занятия адвокатской деятельностью передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих им, а также имущества, переданного в имущественный наем» представляет собой воспроизведение применительно к адвокатам правил, установленных законодательством Республики Казахстан в отношении государственных служащих в целях борьбы с коррупцией.

Так, введенным в действие с 1 января 2010 г. Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнения в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам правового положения лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, и лиц, приравненных к ним» от 8 декабря 2009 г. № 226-IV ЗРК: статья 10 Закона Республики Казахстан от 2 июля 1998 г. «О борьбе с коррупцией» изложена в следующей редакции:

«Статья 10. Деятельность, несовместимая с выполнением государственных функций

1. Должностным и иным лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций, и лицам, приравненным к ним (за исключением депутатов маслихатов, осуществляющих свою деятельность не на постоянной или освобожденной основе, а также лиц, указанных в

подпунктах 2) и 4) пункта 3 статьи 3 настоящего Закона), запрещается заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности.

2. Депутатам Парламента Республики Казахстан, членам Правительства Республики Казахстан, Председателю и членам Конституционного Совета Республики Казахстан, судьям запрещается заниматься предпринимательской деятельностью, самостоятельно участвовать в управлении хозяйствующим субъектом, если управление или участие в управлении хозяйствующим субъектом не входит в их должностные обязанности в соответствии с законодательством, содействовать удовлетворению материальных интересов организаций или физических лиц путем неправомерного использования своих служебных полномочий с целью получения материальных благ.

3. Лица, указанные в пункте 2 настоящей статьи, в течение месяца после вступления в должность обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению.

4. Лицам, указанным в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, запрещается самостоятельно участвовать в управлении хозяйствующим субъектом, если управление или участие в управлении хозяйствующим субъектом не входит в их должностные обязанности в соответствии с законодательством, содействовать удовлетворению материальных интересов организаций или физических лиц путем неправомерного использования своих служебных полномочий с целью получения материальных благ, заниматься предпринимательской деятельностью, за исключением приобретения и (или) реализации паев открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов, облигаций на организованном рынке ценных бумаг, акций коммерческих организаций (простые акции в объеме, не превышающем пять процентов от общего количества голосующих акций организаций) на организованном рынке ценных бумаг, а также передачи в имущественный наем жилищ.

В случае приобретения акций лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, обязаны передать их в доверительное управление в течение месяца со дня приобретения в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, и представить в кадровую службу по месту работы копию нотариально удостоверенного договора на доверительное управление имуществом в течение десяти рабочих дней после нотариального удостоверения договора.

5. Лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, в течение месяца после вступления в должность обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, облигаций, паев открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению...»;

внесены изменения в редакцию п. 2 ст. 10 Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 г. «О государственной службе»: «Статья 10. Ограничения, связанные с пребыванием на государственной службе:

«2. Государственный служащий в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, в течение месяца после вступления в должность обязан на время прохождения

государственной службы передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению.

Государственные служащие, за исключением членов Правительства Республики Казахстан, Председателя и членов Конституционного Совета Республики Казахстан, могут не передавать в доверительное управление принадлежащие им облигации, паи открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов.

Государственный служащий имеет право получать доход от переданного в доверительное управление имущества.

Государственные служащие, за исключением членов Правительства Республики Казахстан, Председателя и членов Конституционного Совета Республики Казахстан, вправе передавать в имущественный наем жилища.»

Представляется, однако, что поскольку адвокат не является государственным служащим, не получает от государства заработную плату, гарантирующую ему достойный, по мнению государства, уровень жизни, то механическое копирование антикоррупционных норм-ограничений, введенных в законодательство для обеспечения большей прозрачности в деятельности чиновников, не имеет и изначально не может иметь таких целей в отношении адвокатов.

Установление для адвоката каких-либо ограничений на управление находящимися в его собственности имуществом правомерно только при одном условии – чтобы занятие адвокатской деятельностью имело для адвоката приоритет над иными видами деятельности как гарантия конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан).

В законодательстве Российской Федерации в настоящее время установлены следующие ограничения для адвокатов по совмещению адвокатской деятельности с иными видами занятости:

«Адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности» (абз. 1 п. 1 ст. 2 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»);

«3. Адвокат также не вправе:

- заниматься иной оплачиваемой деятельностью в форме непосредственного (личного) участия в процессе реализации товаров, выполнения работ или оказания услуг;
- вне рамок адвокатской деятельности оказывать юридические услуги либо участвовать в организациях, оказывающих юридические услуги;
- принимать поручение на выполнение функций органов управления доверителя – юридического лица по распоряжению имуществом и правами последнего. Возложение указанных функций на работников адвокатских образований также не допускается.

4. Выполнение профессиональных обязанностей по принятым поручениям должно иметь для адвоката приоритетное значение над иной деятельностью.

Осуществление адвокатом иной деятельности не должно порочить честь и достоинство адвоката или наносить ущерб авторитету адвокатуры» (п. 3 и 4 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката)».

Таким образом, в понимании российского законодателя и адвокатского сообщества, адвокат вправе заниматься предпринимательской деятельностью, но с определенными ограничениями. Например, он вправе быть учредителем неограниченного количества коммерческих организаций и получать прибыль от их деятельности. Такое допущение не противоречит природе адвокатской деятельности и не препятствует адвокату заниматься на постоянной основе оказанием квалифицированной юридической помощи. Наоборот, оно позволяет адвокату, не в ущерб основной деятельности, иметь стабильный источник дохода, чтобы беспрепятственно оказывать юридическую помощь нуждающимся в ней лицам, в том числе неимущим, то есть работать *pro bono*.

С другой стороны, даже в учрежденных им самим коммерческих предприятиях адвокат не вправе занимать какие-либо должности, в том числе директора, главного бухгалтера, поскольку это разновидности работы по найму, предполагающие полную сосредоточенность работника на выполняемой им трудовой функции.

Ограничение для адвоката управлять принадлежащими ему на праве собственности ценными бумагами в российской законодательстве отсутствует как явно и очевидно чрезмерное. Вообще же, в рамках борьбы с коррупцией предписания российского законодательства по данному вопросу таковы:

– Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»

Статья 10. Конфликт интересов на государственной и муниципальной службе

1. Под конфликтом интересов на государственной или муниципальной службе в настоящем Федеральном законе понимается ситуация, при которой личная заинтересованность (прямая или косвенная) государственного или муниципального служащего влияет или может повлиять на надлежащее исполнение им должностных (служебных) обязанностей и при которой возникает или может возникнуть противоречие между личной заинтересованностью государственного или муниципального служащего и правами и законными интересами граждан, организаций, общества или государства, способное привести к причинению вреда правам и законным интересам граждан, организаций, общества или государства.

2. Под личной заинтересованностью государственного или муниципального служащего, которая влияет или может повлиять на надлежащее исполнение им должностных (служебных) обязанностей, понимается возможность получения государственным или муниципальным служащим при исполнении должностных (служебных) обязанностей доходов в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц.

Статья 11. Порядок предотвращения и урегулирования конфликта интересов на государственной и муниципальной службе

6. В случае, если государственный или муниципальный служащий владеет ценными бумагами, акциями (долями участия, паями в уставных (складочных) капиталах организаций), он обязан в целях предотвращения конфликта интересов передать принадлежащие ему ценные бумаги, акции (доли участия, паи в уставных (складочных) капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Российской Федерации.

– Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»

Статья 29. Статус членов комиссий

15.1. Члену Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, а также члену избирательной комиссии субъекта Российской Федерации, работающему в комиссии на постоянной (штатной) основе, члену иной избирательной комиссии, действующей на постоянной основе и являющейся юридическим лицом, работающему в комиссии на постоянной (штатной) основе, запрещается:...

15.2. В случае, если владение членом избирательной комиссии, указанным в пункте 15.1 настоящей статьи, приносящими доход ценными бумагами, акциями (долями участия в уставных капиталах организаций) может привести к конфликту интересов, он обязан передать принадлежащие ему указанные ценные бумаги, акции (доли участия в уставных капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Российской Федерации. (п. 15.2 введен Федеральным законом от 25.12.2008 № 274-ФЗ)

– Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»

Статья 90. Служащим Банка России, занимающим должности, перечень которых утвержден Советом директоров, запрещается:

...

3) приобретать ценные бумаги, акции (доли участия в уставных капиталах организаций), по которым может быть получен доход, если это может привести к конфликту интересов, за исключением случаев, установленных федеральным законом;

...

В случае, если владение служащим Банка России приносящими доход ценными бумагами, акциями (долями участия в уставных капиталах организаций) может привести к конфликту интересов, он обязан передать принадлежащие ему указанные ценные бумаги, акции (доли участия в уставных капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Российской Федерации...»;

– Федеральный закон от 02 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации»

Статья 14. Запреты, связанные с муниципальной службой

2.1. В случае, если владение муниципальным служащим, замещающим должность главы местной администрации по контракту, приносящими доход ценными бумагами, акциями (долями участия в уставных капиталах организаций) может привести к конфликту интересов, он обязан передать принадлежащие ему указанные ценные бумаги, акции (доли участия в уставных капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Российской Федерации. (часть вторая.1 введена Федеральным законом от 25.12.2008 № 280-ФЗ).

Если правило, изложенное в проекте абзаца 2 ч. 2 ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности», законодатель сочтет целесообразным сохранить, то логично перенести его в ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности», закрепляющей круг обязанностей адвоката.

Основание для приостановления действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью, изложенное в проекте п. 6 абз. 1 ч. 2 ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности», в совокупности с положениями новой редакции ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности» может быть истолковано в соответствии с волей законодателя, но, с точки зрения законодательной техники, в фразе «занятия адвокатом предпринимательской или иной оплачиваемой деятельностью, за исключением преподавательской, научной или творческой деятельности, а также учреждения адвокатом коммерческой организации, его вхождения в состав руководящего органа или

наблюдательного совета коммерческой организации» слова «, а также» целесообразно заменить на знак «;», поскольку в противном случае часть фразы, следующая за словами «, а также», воспринимается как составная часть исключения из общего запрета, а не как самостоятельный запрет!

Наконец, проект ч. 5 ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности» целесообразно дополнить указанием на возможность обжалования в суд не только решений о приостановлении действия лицензии и об отказе в возобновлении действия лицензии, но и решения об отказе в приостановлении действия лицензии. Поскольку формально вынесение такого решения законом не исключается, то адвоката (гражданина) следует защитить от возможного произвола со стороны государственных органов:

«5. Решение о приостановлении действия лицензии или об отказе в приостановлении действия лицензии, или об отказе в возобновлении действия лицензии адвокат вправе обжаловать в суд.»

VI. В связи с урегулированием в проекте ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности» порядка привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности из п. 1 ст. 21 Закона предлагается исключить пп. 10, согласно которому Устав коллегии адвокатов должен предусматривать «дисциплинарную ответственность членов коллегии адвокатов и стажеров адвокатов и порядок привлечения к ней». Данное предложение является обоснованным, но одновременно из п. 1 ст. 21 Закона необходимо исключить пп. 9, согласно которому Устав коллегии адвокатов должен предусматривать «порядок проведения аттестации адвокатов», поскольку этим же законопроектом предусматривается создание совершенно нового порядка аттестации адвокатов, к проведению которой коллегия адвокатов не будет иметь прямого отношения.

VII. Наряду с предлагаемыми изменениями и дополнениями в ст. 24 Закона РК «Об адвокатской деятельности» требует уточнения пп. 7 п. 2 ст. 24 о полномочиях Президиума коллегии адвокатов, из которого следует исключить слова «проведение аттестации адвокатов и», поскольку данная функция передается Аттестационной комиссии.

VIII. Предлагаемая в законопроекте новая редакция ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности» детально регламентирует порядок осуществления президиумом коллегии адвокатов дисциплинарного производства. В целом процедура сконструирована достаточно ясная и прозрачная, но отдельные моменты требуют уточнения.

Согласно проекту новой редакции ч. 2 ст. 34 Закона РК «Об адвокатской деятельности»: «Территориальный орган юстиции в пределах своей компетенции создает комиссию по проверке жалоб, поступающих от физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи, с участием представителя коллегии адвокатов, имеющего стаж адвокатской деятельности не менее пяти. Проверки проводятся в срок не более десяти рабочих дней.

Комиссия по проверке жалоб вправе:

- 1) запрашивать от адвоката, чьи действия обжалуются, заявителя, из коллегии адвокатов, судов, органов прокуратуры, следствия и дознания, а также из других органов документы, справки и иную информацию;
- 2) знакомиться с процессуальными и иными документами, необходимыми для проверки доводов жалобы;
- 3) составлять справку о результатах проведенной проверки, содержащую выводы относительно наличия или отсутствия в действиях (бездействии) адвоката нарушений норм

законодательства Республики Казахстан и Кодекса профессиональной этики адвоката, а также рекомендации.

Один экземпляр справки с рекомендациями не позднее пяти рабочих дней со дня окончания проверки вручается адвокату, другой экземпляр направляется в президиум коллегии адвокатов для рассмотрения в двухнедельный срок со дня их поступления с участием членов комиссии, адвоката, чьи действия обжалуются, при необходимости и заявителя.

Комиссия по проверке жалоб не вправе проверять обращения относительно возврата сумм по оплате юридической помощи и возмещению расходов по защите и представительству.».

Председатель президиума коллегии адвокатов в соответствии с Уставом коллегии «обеспечивает участие представителя коллегии адвокатов в проведении проверок поступивших в орган юстиции жалоб физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи, представляет информацию и сведения, необходимые для проведения проверки» (проект новой редакции п. 9 ч. 2 ст. 25 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Член коллегии адвокатов обязан «представить в комиссию по проверке жалоб физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи необходимые для проверки материалы» (проект новой редакции п. 8 ч. 1 ст. 29 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

«3. Основанием для возбуждения дисциплинарного производства являются наличие обстоятельств, подтверждающих факты, **изложенные в обращении физических и юридических лиц, в материалах проверок** и частных постановлений судов, представлениях правоохранительных органов.

Дисциплинарное производство возбуждается председателем президиума коллегии адвокатов либо президиумом коллегии адвокатов по итогам рассмотрения материалов проверки, письменного объяснения адвоката, составленного после ознакомления с материалами проверки, и других материалов, представленных сторонами.

В случае неполноты представленных материалов председатель президиума коллегии адвокатов либо президиум коллегии адвокатов запрашивает документы, необходимые для принятия решения.» (проект новой редакции ч. 3 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Ознакомление с совокупностью перечисленных норм позволяет выделить 4 источника информации о наличии в действиях (бездействии) адвоката дисциплинарного проступка – (а) обращения физических и юридических лиц, (б) материалы проверок, (в) частные постановления судов, (г) представления правоохранительных органов. При этом, непонятно, как соотносятся между собой (а) обращения физических и юридических лиц и (б) материалы проверок, если по смыслу проекта ч. 2 ст. 34 Закона РК «Об адвокатской деятельности» все жалобы физических и юридических лиц должны передаваться в создаваемую при каждом территориальном органе юстиции комиссию по проверке таких жалоб. Если в комиссию будут передаваться не все жалобы, то тогда непонятно, кто и по какому принципу будет производить отбор? Если будут передаваться все жалобы, то в каких самостоятельных материалах проверок идет речь в проекте ч. 3 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»?

Согласно проекту абз. 2 ч. 3 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности» «Дисциплинарное производство возбуждается председателем президиума коллегии адвокатов либо президиумом коллегии адвокатов по итогам рассмотрения материалов проверки, письменного объяснения адвоката, составленного после ознакомления с материалами проверки, и других материалов, представленных сторонами». Однако из совокупности приведенных норм следует, что по доводам, изложенным в частных

постановлениях судов и в представлениях правоохранительных органов, проверки не проводятся. Если же они проводятся, то вновь возникает вопрос о соотношении проверок, проводимых комиссией при территориальном органе юстиции и проводимых председателем и президиумом коллегии адвокатов.

Перечисленные обстоятельства могут свидетельствовать о недостаточной продуманности концепции той части дисциплинарного производства, которая предваряет возбуждение дисциплинарного производства и его рассмотрение.

В Российской Федерации Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодексом профессиональной этики адвоката установлена несколько иная процедура первоначального рассмотрения поступающих в Адвокатскую палату субъекта Российской Федерации обращений, не предполагающая участие в этом рассмотрении кого-либо кроме Президента Адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, уполномоченного на решение вопроса о возбуждении дисциплинарного производства (помощь сотрудников аппарата адвокатской палаты является технической и самостоятельного правового значения не имеет).

Кроме того, в Кодексе профессиональной этики адвоката установлен исчерпывающий перечень поводов для возбуждения дисциплинарного производства:

- 1) 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 статьи 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;
- 2) представление, внесенное в адвокатскую палату вице-президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим;
- 3) представление, внесенное в адвокатскую палату органом государственной власти, уполномоченным в области адвокатуры;
- 4) сообщение суда (судьи) в адрес адвокатской палаты (п. 1 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Не могут являться допустимым поводом для возбуждения дисциплинарного производства жалобы, обращения, представления лиц, не указанных в п. 1 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката, а равно жалобы, сообщения и представления указанных в настоящей статье лиц, основанные на действиях (бездействии) адвоката (в том числе руководителя адвокатского образования, подразделения), не связанных с исполнением им профессиональных обязанностей (п. 4 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката).

В качестве исключительного полномочия «Территориальный орган юстиции, располагающий сведениями об обстоятельствах, являющихся основаниями для прекращения статуса адвоката, направляет представление о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату. В случае, если совет адвокатской палаты в трехмесячный срок со дня поступления такого представления не рассмотрел его, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката» (п. 6 ст. 17 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Эксперт не утверждает, что установленный в Российской Федерации порядок решения вопроса о возбуждении дисциплинарного производства лучше предлагаемого в анализируемом законопроекте Республики Казахстан, однако, по мнению эксперта, принятый в Российской Федерации порядок является более единообразным.

Согласно проекту п. 4 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности», «Дисциплинарное взыскание налагается президиумом коллегии непосредственно за обнаружением дисциплинарного проступка, но не позднее шести месяцев со дня его обнаружения, не

считая времени болезни адвоката, пребывания его в отпуске, длительной командировке или обжалования адвокатом в судебном порядке поступившего обращения физического или юридического лица, частного постановления суда или представления правоохранительного органа».

Таким образом, предполагается, что адвокат вправе обжаловать в судебном порядке обращения физического или юридического лица, частного постановления суда или представления правоохранительного органа. Между тем, юридическая обоснованность такого обжалования не бесспорна. Дело в том, что любое из перечисленных обращений является источником информации, но не может рассматриваться как доказанное утверждение о совершении адвокатом дисциплинарного проступка.

Так, Конституционный Суд РФ в определении от 15 июля 2008 г. № 456-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Плотникова Игоря Валентиновича и Хырхырьяна Максима Арсеновича на нарушение их конституционных прав частью четвертой статьи 29 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации указал, что «Сообщение суда (судьи) в адрес адвокатской палаты является одним из поводов для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката (подпункт 4 пункта 1 статьи 20 принятого Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 года Кодекса профессиональной этики адвоката в редакции от 5 апреля 2007 года). Установление же оснований для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности отнесено законодателем к компетенции органов адвокатского сообщества, для которых частное определение или постановление суда не имеет преюдициальной силы (подпункт 9 пункта 3, пункт 7 статьи 31, пункт 7 статьи 33 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»)».

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» указал:

«7. (абз 4) Не соответствующими действительности сведениями являются утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения. Не могут рассматриваться как не соответствующие действительности сведения, содержащиеся в судебных решениях и приговорах, постановлениях органов предварительного следствия и других процессуальных или иных официальных документах, для обжалования и оспаривания которых предусмотрен иной установленный законами судебный порядок (например, не могут быть опровергнуты в порядке статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации сведения, изложенные в приказе об увольнении, поскольку такой приказ может быть оспорен только в порядке, предусмотренном Трудовым кодексом Российской Федерации).

10. Статьей 33 Конституции Российской Федерации закреплено право граждан направлять личные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления, которые в пределах своей компетенции обязаны рассматривать эти обращения, принимать по ним решения и давать мотивированный ответ в установленный законом срок.

Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда гражданин обращается в названные органы с заявлением, в котором приводит те или иные сведения (например, в правоохранительные органы с сообщением о предполагаемом, по его мнению, или совершенном либо готовящемся преступлении), но эти сведения в ходе их проверки не нашли подтверждения, данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для привлечения этого лица к гражданско-правовой ответственности, предусмотренной статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку в указанном случае имела место реализация гражданином конституционного права на обращение в органы, которые в силу закона обязаны проверять поступившую информацию, а не распространение не соответствующих действительности порочащих сведений.

Такие требования могут быть удовлетворены лишь в случае, если при рассмотрении дела суд установит, что обращение в указанные органы не имело под собой никаких оснований и продиктовано не намерением исполнить свой гражданский долг или защитить права и охраняемые законом интересы, а исключительно намерением причинить вред другому лицу, то есть имело место злоупотребление правом (пункты 1 и 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

11. Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда сведения, по поводу которых возник спор, сообщены в ходе рассмотрения другого дела участвовавшими в нем лицами, а также свидетелями в отношении участвовавших в деле лиц, являлись доказательствами по этому делу и были оценены судом при вынесении решения, они не могут быть оспорены в порядке, предусмотренном статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, так как нормами Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации установлен специальный порядок исследования и оценки данных доказательств. Такое требование, по существу, является требованием о повторной судебной оценке этих сведений, включая переоценку доказательств по ранее рассмотренным делам.

Если же такие сведения были распространены в ходе рассмотрения дела указанными выше лицами в отношении других лиц, не являющихся участниками судебного процесса, то эти лица, считающие такие сведения не соответствующими действительности и порочащими их, могут защитить свои права в порядке, предусмотренном статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Таким образом, при проектировании процедуры дисциплинарного производства следует учитывать, что в ходе рассмотрения дисциплинарного дела дисциплинарный орган обладает полной свободой дискреции и самостоятельно формулирует вывод о наличии либо об отсутствии в действиях адвоката дисциплинарного проступка. При этом, поскольку «решение президиума о наложении дисциплинарного взыскания может быть обжаловано адвокатом в судебном порядке» (проект ч. 6 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»), то суд при рассмотрении такой жалобы не может и не должен быть связан решениями других судов, вынесенными по тем же фактам (по жалобе адвоката на поступившее обращение физического или юридического лица, частное постановление суда или представление правоохранительного органа), но до возбуждения дисциплинарного производства.

Требует уточнения регламентация в Законе РК «Об адвокатской деятельности» сроков давности привлечения к дисциплинарной ответственности:

«7. Если в течение шести месяцев со дня наложения взыскания адвокат не будет подвергнут новому взысканию, то он считается не подвергавшимся взысканию.

Дисциплинарное взыскание снимается досрочно президиумом коллегии адвокатов по инициативе председателя президиума коллегии адвокатов либо по ходатайству руководителей юридической консультации или адвокатской конторы в случае добросовестного отношения адвоката к исполнению своих профессиональных обязанностей и его безупречного поведения.

8. При неоднократном совершении адвокатом проступка до истечения сроков, указанных в пункте седьмом настоящей статьи, строгость взыскания увеличивается. На адвоката, имеющего строгий выговор, при повторном совершении проступка в течение года налагается взыскание в виде исключения из членов коллегии адвокатов с возбуждением ходатайства перед Министерством юстиции Республики Казахстан о лишении лицензии на занятие адвокатской деятельностью.» (проект ч. 7-8 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

В ч. 7 ст. 30 Закона целесообразно сделать оговорку относительно годового срока, упомянутого в ч. 8 ст. 30 Закона. В противном случае, годичный срок, указанный в ч. 8 ст. 30 Закона, выпадает из правового поля сроков давности.

Иные положения законопроекта в комментировании не нуждаются.

Все высказанные в настоящем заключении замечания и предложения отражают личное мнение эксперта и, исходя из суверенного права народа Республики Казахстан осуществлять свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и иными законными способами, не имеют и не могут иметь обязательного значения.

Сентябрь 2010 г.