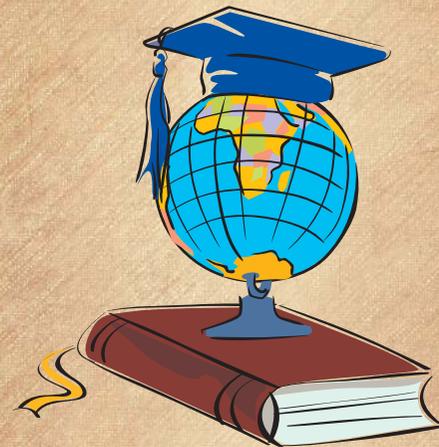


С.Э. Либанова

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РОССИЙСКОЙ
АДВОКАТУРЫ
В МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИИ
ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА



Курганский
государственный
университет



РЕДАКЦИОННО-ИЗДАТЕЛЬСКИЙ
ЦЕНТР
43-38-36

Министерство образования и науки Российской Федерации
Курганский государственный университет

С.Э. Либанова

**КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ
ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РОССИЙСКОЙ
АДВОКАТУРЫ
В МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИИ
ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА**

МОНОГРАФИЯ

Курган 2010

ББК 67.99 (2)90 +67.99(2)0

УДК Л 55

Рецензенты:

заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук,
профессор Уральской государственной юридической академии
Семенов Владимир Михайлович
доктор юридических наук, судья Конституционного суда РФ, профессор
Кокотов Александр Николаевич

Печатается по решению научного совета Курганского государственного университета.

Л 55 Либанова С.Э. Российская адвокатура в конституционно-правовом механизме обеспечения прав и свобод человека. Монография. - Курган: Изд-во Курганского гос.ун-та, 2010. -300 с.

В монографии предложен, исследован и осмыслен конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека. Его сутью является обеспечение (включающее защиту, охрану, восстановление) реализации высшего принципа предназначения государства - заботы о человеке, его конституционных правах и свободах, тесного взаимодействия органов государства и институтов гражданского общества в реализации конституционных приоритетов, с учетом особого места и роли российской адвокатуры, способной эффективно осуществлять профессионально-правовую демокурию.

Доктрина, рассматривающая адвокатуру как защитника гражданского общества, его особый институт, способный обеспечить гарантированную властью реализацию конституционных прав и свобод человека путем профессионально-правового общественного надзора, – принципиально новая, вызванная современной ситуацией в России с нарушением конституционных прав и свобод человека.

Сравнительный анализ трех статусов адвокатуры: профессии адвокат, сообщества адвокатов и института гражданского общества, позволил прийти к выводу о том, что субъектом адвокатской деятельности является лишь адвокат, а адвокатура в ее организационно-статусном двуединстве осуществляет правозащитную деятельность членов своей корпорации и гражданского общества. Адвокат защищает интересы конкретного лица, а институциональная адвокатура - интересы всего гражданского общества. Признание адвокатуры институтом гражданского общества налагает на нее бремя общественного обеспечения законности во всем обществе, в том числе государством в лице органов публичной власти в интересах как развитого гражданского общества, так и правового государства.

В ходе исследования учитывалась судебная практика и результаты проведенных автором опросов и анкетирований ученых и практиков.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов, студентов юридических факультетов, адвокатов и всех лиц, заинтересованных в обеспечении реализации конституционных прав и свобод.

ISBN 978-5-4217-0041-8

© Либанова С.Э., 2010

© Курганский государственный университет, 2010

Введение

В период финансово-экономического кризиса, военно-политических конфликтов, экологических и техногенных катастроф, значительной поляризации населения по уровню доходов, массового правового нигилизма, недоверия к судебной власти, игнорирования выборов органов представительной власти, криминализации гражданского законодательства и многих других процессов, несущих угрозы и риски для развития личности, общества и государства, требуется концепция конституционно – правового механизма обеспечения прав и свобод человека (гражданина, индивида, личности) (далее – конституционный механизм обеспечения - КМО), позволяющего эффективно реализовать не только существующие меры правового регулирования и обеспечения законности всей системой правоохранных органов государства и правозащитных институтов гражданского общества, но и выработать новые. Одним из основных ориентиров развития отечественной правовой системы провозглашен приоритет человека и гражданина, его прав и свобод, нашедших свое закрепление в Конституции РФ. Но формальное провозглашение прав и свобод личности не имеет практической значимости без наличия цельного и эффективного механизма, обеспечивающего гарантированную Конституцией возможность их реализации. Защита прав и свобод граждан возможна лишь при наличии развитой системы конституционно-правовых гарантий, обеспечивающих реализацию конституционных принципов во всех сферах жизни человека.

Концепция конституционно-правового обеспечения, включающего гарантирование, охрану и защиту приоритетов развития гражданского общества и правового государства, каковыми являются права и свободы человека, предложена в виде механизма, состоящего из пяти основных элементов, исследуемого с позиции роли и места в нем российской адвокатуры как особого института гражданского общества, законодательно наделенного лишь в 2002 году принципиально новым институциональным статусом. Исследуя понятия «обеспечение» и сопутствующие ему «гарантирование», «защита и охрана» с правовой и лингвистической позиции, мы пришли к выводу о том, что обеспечение гарантирования конституционных прав и свобод человека должно стать неизбежным. Признавая охрану прав и свобод человека конституционно обоснованным состоянием их правомерной реализации под контролем и надзором правоохранных институтов, но без их вмешательства, полагаем, что меры защиты должны применяться при наличии препятствий в осуществлении прав и свобод, еще до их нарушения, а при последнем требуется их восстановление.

В период явного усиления исполнительной власти и возрастающей зависимости от нее законодательной и судебной предпринята попытка предложить современную концепцию механизма, способного обеспечить эффективную реализацию конституционных приоритетов, выявив критерии, дающие реальную возможность не наделенному властными полномочиями институту гражданского общества, вооруженному знанием права, осуществлять эффективный общественный надзор – демокурию (от лат.kurij – надзор и demos-народ) за обеспечением органами системы публичной власти конституционных прав и свобод человека.

Право, базирующееся на семи основополагающих принципах: стратегии, власти, силе, знании, красоте, разуме и мудрости, призвано служить стабилизации жизни людей, не угождая сиюминутным политическим интересам.

Конституционные права и свободы граждан нередко игнорируются и нарушаются, что компрометирует идею правового государства, подрывая веру в него, порождая правовой нигилизм. Граждане справедливо сетуют на проявления бюрократизма, бездушное администрирование, всевластие местных руководителей, действующих нередко произвольно, вопреки закону. Отсутствует эффективная защита прав граждан от ведомственного и чиновничьего произвола, отражающая переходный характер развития российского общества, кризисную ситуацию в сфере экономики, отсутствие необходимых средств. Негативную роль играет неуважение к правам и свободам человека, отсутствие строгой и неотвратимой ответственности чиновников не только за их нарушение, но и необеспечение, несовершенство законодательства об обеспечении защиты прав и свобод человека, недостатки в работе государственных структур. Об этом критично говорится в одном из посланий Президента РФ Федеральному Собранию: «Наше чиновничество еще в значительной степени представляет собой замкнутую и подчас просто надменную касту, понимающую государственную службу как разновидность бизнеса»¹.

Все это свидетельствует о необходимости разработки концепция конституционно-правового механизма, позволяющего реализовать высший принцип предназначения государства - заботу о человеке, обеспечение его конституционных прав и свобод, объединив усилия общества и государства. Крайне важно привлечь к решению проблем прогрессивные силы общества – негосударственный бизнес, различного рода предпринимательские и банковские союзы, науку, правозащитные общественные организации, обладающие профессиональным знанием права, дающим возможность выступать противом властным органам публичной власти. Необходим жесткий, постоянный и эффективный надзор общественности за соблюдением прав и свобод

¹ Российская газета. 2005. 26 апреля

человека в России, причем этот надзор обязательно должен быть профессионально-правовым.

Исходя из результата реализации контрольных и надзорных полномочий: для контрольных - окончательность и обязательность указаний, обеспеченная силой государств; для надзорных – предварительность и рекомендательность, требующая для реализации наличия властных полномочий, сделан принципиально важный вывод об отсутствии в принципе общественного контроля за обеспечением реализации конституционных прав и свобод. У институтов гражданского общества нет властных полномочий, а власти, основанной на знании права, при его нарушении недостаточно для восстановления самого права. Более того, полномочиями по осуществлению надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека обладают в той или иной мере все органы государства и даже некоторые институты гражданского общества, а контрольные функции в сфере общественных отношений, в том числе обеспечения конституционных прав и свобод, осуществляют только специализированные государственные органы, деятельность которых исходя из важности сферы деятельности нуждается в демокрурии.

Неукоснительное выполнение Конституции РФ, соблюдение конституционной законности, соответствие деятельности государственных органов, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан основному закону, признано основополагающим условием существования правового государства, обязанного обеспечить эффективность действия механизма обеспечения прав, соответствующего международным стандартам. Устав Организации Объединенных Наций подтверждает право людей всего мира на создание условий, при которых законность будет соблюдаться, провозглашая в качестве одной из целей достижения сотрудничества уважение к правам человека и основным свободам без разделения по признакам расы, пола, языка и религии. Всеобщая декларация прав человека утверждает принципы равенства перед законом, презумпцию невиновности, право на беспристрастное и открытое рассмотрение дела независимым и справедливым судом, гарантии, необходимые для защиты любого лица, обвиненного в совершении наказуемого деяния. Международный пакт о гражданских и политических правах провозглашает право на слушание дела компетентным, независимым и справедливым судом. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах напоминает об обязанностях государств содействовать всеобщему уважению и соблюдению прав человека и его свобод в соответствии с Уставом ООН. Декларация об основных принципах правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью рекомендует принятие мер на международном и национальном уровне для улучшения доступа к право-

судию и справедливому отношению, возмещению вреда, компенсации и помощи жертвам преступления.

Представляется, что обеспечить действие механизмов международно-правовой защиты прав человека в России призван конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека, определяемый автором как основанная на конституционных принципах система взаимодействия государственных органов и общественных институтов, выполняющих правозащитные, правоохранительные и правовосстановительные функции, реализуемые в форме различных процедур, обеспечивающая соблюдение режима конституционной законности и конституционных гарантий, при помощи эффективной реализации функции демократии правозащитными, профессионально-правовыми, независимыми от государства (организационно и экономически) институтами гражданского общества, в том числе адвокатурой.

В данном исследовании автор придерживается мнения М.Н. Марченко, считающего, что функции государства не следует отождествлять с функциями его отдельных органов и государственных организаций². Им предлагается активно реализовать функцию профессионально-правовой демократии за обеспечением системой публичной власти конституционных прав и свобод человека путем интегрирования и тесного взаимодействия органов системы публичной власти и институтов гражданского общества, а также создать обладающий властными полномочиями и функцией общественного контроля за деятельностью чиновников всех уровней власти в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека специальный орган – Комитет Конституционного общественного надзора при Президенте РФ как гаранте обеспечения Конституции РФ, имеющий общие черты с недействующим Комитетом Народного Контроля и действующим судом присяжных заседателей.

Современная Россия, являясь страной с вековыми системоцентристскими, антиперсоналистическими традициями, приняла либеральную Конституцию, основанную на идее естественных и неотчуждаемых прав человека, провозгласив Россию правовым государством. Россия вошла в Совет Европы, ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, признав в качестве источника отечественного права решения Европейского Суда по правам человека. Это обязывает российскую судебную систему, презюмируя конституционные права и свободы, все коллизии решать в пользу человека в спорах с властными органами при рассмотрении

² Марченко М. Н. Взаимодействие государства и гражданского общества: вопросы теории. Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия. Сборник статей Международной НПК г.Туапсе. Изд-во ТГУ, 2007.С.9

административных дел и дел, возникающих из публичных правоотношений. Проблема кроется в преодолении многовековых традиций зависимости судебной власти от исполнительной де-факто, при верховенстве де-юре.

Видный специалист в области конституционного права России В.Т. Кабышев неоднократно подчеркивал в своих научных трудах, что «решить одномоментно с принятием Конституции России 1993 г. все проблемы, накопившиеся в стране, невозможно. Власть в России всегда (и в прошлом, и в XX в.) выступала как самодовлеющая сила, подчиняющая себе все и вся. Восприняв византийскую модель государственности, Россия в полную меру испила чашу цезаризма. Власть ради власти, рефлексия за всех остальных - магистральный путь прежнего развития России до сих пор является печатью прошлого в современной конституционной модели системы государственной власти.³ Одним из путей решения вековой проблемы представляется необходимость усиления верховенства права и введение надзора общества за неукоснительной реализацией усиления власти права, конституционных и международных принципов, осуществляемого правозащитными институтами общества, члены которых являются независимыми от государства экономически и организационно знатоками права (правоведами).

Целью издания Судебных уставов 1864г. было «водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и утвердить в народе то уважение к закону, без которого невозможно общественное благосостояние и которое должно быть постоянным руководителем действий всех и каждого: от высшего до низшего». Судебная власть издревле требовалась, чтоб утвердить уважение к закону, а адвокатура всегда помогала ей в этом. Прошли века, а проблема в России та же. Вновь требуется возродить уважение к закону, следовательно, поднять престиж адвокатуры, а законодательное признание адвокатуры институтом гражданского общества дополнить признанием ее новой демократической функции и соответствующих ей полномочий.

Адвокатура в лице адвокатов была призвана государством осуществлять надзор за отправлением правосудия как представитель гражданского общества в процессе реализации конституционно закрепленного принципа самостоятельности (ст. 123 Конституции РФ). Произошедшие коренные преобразования в политической и экономической системе страны повлекли за собой глобальные изменения во всех сферах жизни государства и общества, создав принципиально новую правовую ситуацию, требующую коренного пересмотра организационных принципов и законодательных основ деятельности

³ Саратовская научная школа конституционного права. Вып. 2/ Составитель В.Т. Кабышев. - М.: Формула права, 2006. С. 84

адвокатуры как одного из важных элементов предлагаемого конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека.

Принятие Государственной Думой 26 апреля 2002 года и одобрение 15 мая 2002 года Советом Федерации Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее закон об адвокатуре) юридически оформило принадлежность адвокатуры к институтам гражданского общества, требующую выработки и закрепления дополнительных публично-правовых функции. Появление главного субъекта реализации конституционного права на правовую защиту всего общества, а не только отдельного доверителя, институциональной адвокатуры, через ее выборные органы и адвокатов, единственных субъектов адвокатской деятельности, поиск единства ее формы и содержания в статусном триединстве как единого и слаженного механизма от народа, для народа и в интересах народа и государства, обуславливает актуальность и своевременность данного исследования. Адвокатура может и должна осуществлять профессионально-правовой публичный общественный надзор за отправлением государственными органами всех ветвей власти, а не только судебной, своих правовых обязанностей по обеспечению конституционных прав и свобод человека, одновременно являясь школой юридических навыков – началом юридической карьеры не только для юристов, но и для госслужащих. Институциональная корпорация адвокатов формируется на принципах профессионализма и нравственности, осуществляя свою деятельность на базе международных и конституционных принципов по защите прав человека. Представляется, что в этом заключается скрытый смысл положения Конституции о назначении адвокатуры в России. Закон об адвокатуре содержит термины «гражданское общество» и «институт гражданского общества», что позволяет исследовать адвокатуру с позиции ее институциональности в контексте системных связей с гражданским обществом и правовым государством на базе конституционных принципов.

Актуальность исследования, проведенного в данной монографии, обусловлена тем, что, несмотря на разграничение в самом названии закона об адвокатуре адвокатуры как организации и собственно адвокатской деятельности, в действительности такое разграничение проводится редко не только самими адвокатами, но и учеными, исследующими вопросы адвокатуры. До настоящего времени не имеется монографических исследований, посвященных обоснованию новой законодательной концепции разделения понятий «адвокатура» и «адвокатская деятельность», имеющей как сторонников, так и противников в самом адвокатском сообществе.

Автором предпринята попытка определения нового триединого статуса адвокатуры, в том числе ее задач и функций как института гражданского общества, а также соответствующих им полномочий.

Существование частных интересов, разграниченных нормами права, непосредственно повлияло на особенности институционализации юридической помощи, что привело к единовременному проявлению адвокатуры как организации, института и вида профессиональной деятельности. Адвокатура определена законодателем как профессиональное сообщество, что имело место и в ранее даваемых определениях, но впервые в 2002 году это сообщество законодательно признано институтом гражданского общества. Деятельностный аспект, присущий непосредственно адвокатской деятельности, субъектом которой является исключительно адвокат, не применим в указанном в законе значении к корпорации и институту, не осуществляющим ее, выполняющим правозащитную деятельность различных категорий субъектов: корпорация - адвокатов, институт – всего гражданского общества. Некоторые авторы считают это ошибкой, другие видят обоснованность признания адвокатуры институтом гражданского общества в обеспечении независимости от органов власти и управления, третьи полагают, что отсутствует нормативная база для юридического признания адвокатуры институтом гражданского общества, защищающим его права, а общепризнанные исторические суждения об адвокате как общественном деятеле, уполномоченном самим обществом и государством представлять общественные интересы, требуют переосмысления.

Отмечая, что на сегодняшний день в обществе нет института, который бы мог эффективно контролировать реальное обеспечение конституционных прав и свобод системой публичной власти, или хотя бы эффективно надзирать за ней, автор, рассматривая адвокатуру как один из важных элементов конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека, причисляя ее, согласно данной в исследовании классификации, к некоммерческим объединениям и организациям, в соответствии с нормами Конституции (ст. 13, ч. 1 ст. 30, ч. 3 ст. 37, ч. 3 ст. 46, ч. 1 ст. 48, ст. 72 «л»), полагает, что эволюционное развитие законодательства об адвокатуре и самой адвокатской деятельности, в свете конституционализации, позволяет определить новый для нее этап развития. Адвокатура реально может стать канонической (идеальной), сочетающей профессионализм и нравственность, позволяющие выступать защитником конституционных прав и свобод всего гражданского общества от их нарушения системой публичной власти, а не только человека и организаций в частных отношениях.

ГЛАВА 1. КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНО-ДЕМОКУРИЙНАЯ ФУНКЦИЯ АДВОКАТУРЫ

1. Понятие и цель функционирования конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод. Методология его исследования

Вопросами разработки механизма правовой регламентации любого вида деятельности занимались и занимаются многие ученые и практики России, СССР, РСФСР, Российской Федерации и зарубежных государств⁴, однако до настоящего момента имеется крайне мало разработок комплексного механизма обеспечения конституционных прав и свобод, включающего в качестве важного элемента профессионально-правовой общественный надзор - демокурию за деятельностью всех органов системы публичной власти по обеспечению этих прав, осуществляемый институтами гражданского общества, обладающими особыми правовыми признаками и качествами, позволяющими обеспечить эффективное взаимодействие всех элементов предлагаемого механизма на базе власти права и конституционных принципов гарантирования прав и свобод человека, соответствующих международным.

Развернутое обоснование понятия, содержания и назначения самого механизма правового регулирования представлено в работах С.С. Алексева, характеризующего его как взятую в единстве систему правовых средств, форм, при помощи которых обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения, установление, реальное функционирование и использование которых приводит к практическому применению объективного и субъективного права, его претворению в жизнь, достижению конечного результата. В *механизме правового регулирования* С.С. Алексеев выделяет три основных элемента: юридические нормы; правовые отношения; акты реализации прав и обязанностей⁵. В.Д. Перевалов определяет механизм правового регулирования как систему юридических средств, при помощи которых осуществляется правовое регулирование, относя к его элементам юридические нормы, правоотношения, нормативно-правовые акты, разделенные на акты реализации права и правоприменительные акты, обоснованно, на

⁴ См.: Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник. М.: Былина, 1998. С. 128 - 130, 145 - 146; Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М.: Новая правовая культура, 2004. С. 82 - 84; Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: Учебник. М.: Зерцало, 1996. С. 329 - 332.

⁵ См.: Алексеев С.С. Право. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 364.

наш взгляд, добавляя в качестве дополнительных элементов правосознание и режим законности⁶.

Представленная структура механизма правового регулирования широко распространена, но не является единственной. На ней базируются определения иных правовых механизмов: «юридического механизма управления», «механизма правотворчества», «механизма формирования правового поведения», «механизма реализации личных конституционных прав и свобод граждан» и т.д.⁷

Так, П.П. Глущенко определяет *механизм социально-правовой защиты конституционных прав и свобод граждан* как систему закрепленных законом правовых способов, методов и средств воздействия на общественные отношения в целях обеспечения прав, свобод и интересов граждан⁸ (*далее механизм защиты*).

А.С. Мордовец полагает, что *социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина* – это самостоятельное научное понятие, интегрирующее в себе философские, этические, политические и правовые идеи. Ему присущи своеобразные структура, цели, задачи, функции. В структуру социально-юридического механизма обеспечения прав человека и гражданина А.С. Мордовец включает общественные нормы; правомерную деятельность субъектов права; гласность; общественное мнение; гарантии – общие, специальные (юридические), организационные; процедуры; ответственность; контроль⁹ (*далее социальный механизм обеспечения*).

В юридической и научной литературе рассмотрено действие множества механизмов по защите и гарантированию прав человека и гражданина, но эффективного взаимодействия гражданина с публичной властью, а главное результата такого взаимодействия в виде отсутствия нарушения прав со стороны власти, до сих пор не наблюдаем. В рамках проводимого исследования особый интерес представляет определение механизма правовой охраны Конституции, данное В.А. Кряжковым и Л.В. Лазаревым, как системы правовых институтов и процедур, обеспечивающих ее действие и соблюдение¹⁰, и механизма государства, представляющего, по мнению В.Д. Перевалова, целостную систему учреждений, государственных органов, должно-

⁶ Перевалов В.Д. Теория государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008. С.362.

⁷ См.: Дюрягин И.Я. Право и управление. - М.: Юрид. лит., 1981; Кудрявцев В.Н. Право и поведение. - М.: Юрист, 2008.; Права человека: Учебник для вузов /Отв. ред. Е.А. Лукашова. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1999.

⁸ См.: Глущенко П.П. Конституционные права и свободы граждан России: современные проблемы социальной защиты. СПб., 1997. С. 56.

⁹ Мордовец А.С. Проблема эффективности социально-юридического механизма обеспечения прав человека и гражданина //Правоведение. 1996. № 4. С. 4 – 10.

¹⁰ Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации: Учебное пособие М.: Издательство БЕК, 1998. С. 11.

стных лиц, осуществляющих государственную власть, задачи и функции государства¹¹.

В данном исследовании исходим из того, что механизм правовой охраны Конституции и механизм государства соотносятся как частное с общим с предлагаемым конституционно-правовым механизмом обеспечения прав и свобод человека, действие которого базируется на нормах конституционного законодательства и конституционных принципах, требующих строгого соответствия им при применении норм иных отраслей права в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека.

Критерии отличия конституционного механизма обеспечения от социального: расширенный объект - все конституционные права и свободы, а не только социальные права; элементный состав, включающий конституционные принципы и деятельность особых субъектов, законодательно признанных правозащитными институтами гражданского общества; источники регулирования.

Предлагаемый концептуально новый конституционный механизм обеспечения (КМО) призван сделать неизбежным эффективное обеспечение конституционных прав и свобод человека повсеместно, в первую очередь за счет интегрирования институтов государства и особых институтов гражданского общества на основе конституционных принципов и власти права, его верховенства в отношении самого важного на сегодняшний день объекта для всего общества – конституционных прав и свобод.

Основные элементы структуры предлагаемого конституционного механизма обеспечения и их состав:

1. Объекты защиты – права и свободы человека и гражданина (глава 2 Конституции РФ).

2. Субъекты защиты (указанные в нормах Конституции РФ):

2.1. Государственные органы (ст. ст. 2, 7, 18, 22, 24, 38, 45, ч. 1 ст. 46, ст. 47, ч. 2 ст. 50); 2.2. Объединения и организации (ст. 13, ч. 1 ст. 30, ч. 3 ст. 37, ч. 3 ст. 46, ч. 1 ст. 48) среди которых автором особо выделяется институт адвокатуры (ст. 48, ст. 72 «л»); 2.3. Человек (ст. 29, ст. ст. 31, 44, ч. 2 ст. 45, ст. ст. 46, 52).

Охранять свои права можно с помощью их самозащиты, указанной в ст. 12 ГК РФ, корреспондирующей со ст. 45 Конституции РФ, что подтверждает необходимость одновременно обеспечивать охрану и защиту прав как объектов конституционного гарантирования.

3. Нормы права – международно-правовые нормы, регулирующие обеспечение конституционных прав и свобод человека и нормы отрасли конституционного права, конкретизирующиеся в иных отраслевых нормах.

¹¹ Перевалов В.Д. Теория государства и права: учебник.- М.: Высшее образование, 2008. С. 75.

В предлагаемом конституционном механизме обеспечения право рассматривается как системообразующий элемент. Объективная неизбежность отношения к нему всех и каждого как абсолютной ценности обосновывается необходимостью повсеместного признания прямого действия конституционных презумпций и принципов во всех отраслях права, в деятельности всех субъектов законотворчества и правоприменения.

4. Гарантии обеспечения конституционных прав и свобод человека.

5. Конституционные принципы и основанные на них способы и методы обеспечения конституционных прав и свобод человека, в том числе путем реализации демоконтроля и демокурии.

Конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека предлагается и рассматривается как система власти права, основанная на конституционных принципах, обеспечивающая реализацию конституционных прав и свобод человека при помощи законодательно закрепленных способов, методов и средств воздействия, через интегрирование и взаимодействие органов власти и институтов гражданского общества. Эффективность реализации данного механизма всеми управомоченными субъектами обеспечивается единством цели их деятельности и принципов, реализация которых обеспечивается взаимным надзором, переходящим в контроль за неукоснительным соблюдением конституционных презумпций в отношении прав и свобод каждого человека. Реализуя ст.2 Конституции РФ в жизнь, субъекты предлагаемого механизма взаимодействуя реально способны охранять, защищать, а главное, эффективно восстанавливать конституционные права и свободы, создавая условия неизбежности восстановления и невозможности нарушения в будущем.

Взаимодействие органов системы публичной власти и институтов гражданского общества, обладающих особым правовым статусом, способных, в силу объективных причин и социального происхождения, осуществлять профессионально-правовую демокурию за обеспечением конституционных прав и свобод системой публичной власти неизбежно приведет к обеспечению гарантированной государством реализации конституционных прав и свобод. Именно институты гражданского общества, выделяющиеся профессиональным знанием права всеми членами, способны успешно формировать общую и правовую культуру населения, выполнять обеспечительные, охранительные, защитные, информационные, воспитательные, медиационные функции общественного надзора, а в отдельных случаях и общественного контроля, которого не существует без властных полномочий (исключение суд присяжных).

Элементный и внутриэлементный состав предлагаемого конституционного механизма обеспечения, призванного обеспечить эффективность реализации конституционно-правовых норм гарантирования конституционных прав и свобод, отличается от элементного состава социального механизма обеспечения и механизма защиты.

Механизм защиты, предлагаемый П.П.Глушенко, не выделяет особых субъектов, способных обеспечить эффективность механизма и саму социально-правовую защиту. Акцент делается на социальный аспект, способы и методы, а не на правовой статус реализующих их субъектов, представляющих особое значение для эффективной реализации конституционного механизма обеспечения.

Функционирование конституционного механизма обеспечения ограничено регулированием норм конституционного законодательства и строго соответствующих Конституции РФ иных норм, обусловленных особым объектом, поэтому акцент делается на само право, презюмирование его верховенства при правоприменении и наличии коллизий любого уровня, основанного на конституционных презумпциях и принципах, являющихся одним из важных элементов КМО. По данным признакам конституционный механизм обеспечения принципиально отличается от социального, предлагаемого А.С. Мордовцом. Структурно конституционный механизм состоит из пяти элементов, а социальный - из восьми, включая общественные нормы (конституционные), правомерную деятельность субъектов права (правовую), гласность и общественное мнение рассматриваются как самостоятельные элементы (в конституционном включены в качестве подэлементов в элемент «способы и методы» наравне с демоконтролем и демокурией, базирующимися на конституционных принципах). В конституционном механизме гарантии объединены с ответственностью, т.к. эффективность его деятельности обеспечивается именно единством и неразрывностью взаимодействия всех элементов на базе конституционных принципов.

Автор социального механизма обеспечения прав, как и авторы иных механизмов защиты прав, не разграничивают понятия общественного контроля и общественного надзора, что, по нашему мнению, препятствует эффективной реализации предлагаемых ими различных механизмов.

Взаимосвязь элементов конституционного механизма обеспечения анализируется на базе определяющего, по мнению автора, термина «обеспечение», отличного по содержанию от «защиты» и «гарантирования», используемых в предлагаемых иными авторами механизмах защиты конституционных прав.

За основу детального анализа, взаимосвязи и взаимозависимости терминов «обеспечение» и «гарантирование» взяты отношения, складывающиеся по обеспечению гарантированной государством квалифицированной юридической помощи каждому (аналогично другим конституционным правам и свободам). Следуя духу Конституции и конституционным принципам, такое обеспечение должно стать неизбежным путем повсеместной реализации общественной профессионально-правовой демократии за деятельностью всей системы публичной власти. Одним из субъектов реализации этой функции может быть признан институт адвокатуры, имеющий статус правозащитного, профессионально-правового, независимого от власти организационно и экономически института гражданского общества. Адвокаты являются профессиональными правоведами, получившими статус, подтверждающий квалификацию в знании права, требующий нравственного поведения, гарантируемый адвокатурой как корпорацией, на базе соблюдения закона и Кодекса профессиональной этики адвоката, признанного Конституционным судом РФ источником права¹².

Проведем сравнение двух механизмов обеспечения прав: социального и конституционного.

1. По цели:

1. Главной целью функционирования социального механизма (далее СМО) является защита субъективных (социальных) прав человека и гражданина;
2. Конституционного (далее КМО) – гармонизация общества (целевая интеграция институтов государственной власти и гражданского общества) через обеспечение конституционных прав и свобод субъектами КМО, обеспеченная способностью особых институтов гражданского общества создать условия для неизбежности гарантирования их системой публичной власти путем осуществления профессионально-правовой демократии и демоконтроля.

2. По задачам:

1. Задачи СМО – охрана, защита, восстановление нарушенных прав индивидов, формирование общей и правовой культуры населения;
2. КМО имеет те же задачи, решаемые на основе действующих конституционных принципов в обратном порядке: повсеместное восстановление прав, а как следствие - достаточность охраны и исключение необходимости защиты в будущем.

¹² Определение Конституционного Суда РФ от 13.10.2009 N 1302-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сотникова Николая Егоровича на нарушение его конституционных прав подпунктами 1 и 2 пункта 2 статьи 17 Федерального закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации". СПС Консультант плюс.

3. По функциям:

1. Функциями СМО являются охранительная, компенсационная, информационная, воспитательная;
2. Функции КМО – обеспечительная, охранительная, защитная, информационная, компенсационная, воспитательная, медиационная, контрольная, надзорная, включающая как конституционный контроль и надзор, так и общественный надзор и даже контроль (суд присяжных в уголовном процессе) за обеспечением конституционных прав и свобод органами системы публичной власти. Функции КМО расширены за счет расширения функций субъектов, в том числе законодательно признанной институционализации адвокатуры (ст.3 закона об адвокатуре).

4. По движущим силам:

1. Движущей силой социального механизма являются интересы и общественно полезные потребности индивидов;
2. Движущей силой конституционного механизма являются не только сами интересы и потребности, но и особые субъекты, являющиеся профессионалами в знании права, членами независимых (организационно и экономически) от власти институтов гражданского общества.

5. По сути:

1. Сутью социального механизма является защита субъективных прав человека и гражданина;
2. Сутью конституционного механизма является реальное обеспечение признанных высшей ценностью прав и свобод человека (включающее защиту, охрану, восстановление) реализации высшего принципа предназначения государства - заботы о человеке, его конституционных правах, свободах, неизбежность *целевой интеграции* институтов гражданского общества и органов государства, делающих нарушение прав невозможным.

Как справедливо отметил В.Ф. Яковлев: «Правовое государство – это не только конституционная цель, поставленная в ст. 1 Конституции РФ, но и средство, практически уникальное, единственно эффективное для решения других конституционных задач – задач формирования демократического общества, общества эффективной рыночной экономики, общества с федеративным устройством государства, общества, в котором главной ценностью конституционно провозглашен человек, его свободы, права, а государство стало субъектом, обязанным реализовать и обеспечить эти высшие ценности»¹³.

Конституционный механизм обеспечения исследуется как система, имеющая структуру, состоящую из 5 элементов, объединенных едиными

¹³ Яковлев В.Ф. Выступление на III сессии Европейско-Азиатского правового конгресса // РЮЖ. № 4. 2009. С. 13.

целями, задачами, функциями, процедурно реализуемыми входящими в нее особыми институтами гражданского общества и государства в процессе их целевого интегрирования путем реализации демократии и демоконтроля, обеспечивающая гарантированную реализацию системой публичной власти конституционных прав и свобод человека на основе конституционных принципов и презумпций и норм и принципов международного права.

Это система взаимодействия и целевого интегрирования власти и гражданского общества по обеспечению конституционных ценностей на основе конституционных принципов.

Теоретически КМО можно разделить на три основных блока:

1. Первый блок – основополагающий; его основа – человек как высшая ценность и конституционные презумпции обеспечения его прав и свобод, базирующиеся на конституционных принципах, в первую очередь принципе прямого действия Конституции РФ;
2. Второй блок – институты всего общества (государства и гражданского общества), система права, конституционно призванная обеспечивать реализацию прав и свобод человека;
3. Третий блок – контрольно-надзорный; организационно и процессуально упорядочивающий отношения в сфере прав человека, создающий наиболее благоприятные условия для обеспечения реализации, а главное восстановления конституционных прав и свобод, укрепления законности, общественной и личной безопасности, стабильности в обществе. Теоретическое разделение механизма на блоки позволяет с практической точки зрения рассмотреть элементы каждого блока и определить пути, обеспечивающие эффективность его работы.

В качестве связующего звена, объединяющего все блоки, рассматривается триединственный адвокатский статус: профессия, корпорация, институт, наделенная автором новым конституционно-правовым статусом защитника всего гражданского общества. Данное исследование ограничивается научным анализом возможных путей (способов и методов) эффективной деятельности по обеспечению конституционных прав и свобод в процессе взаимодействия и интегрирования институтов государства и гражданского общества на базе специфического института гражданского общества – российской адвокатуры. Работа любого механизма может оцениваться в полном объеме как целостное явление, определяясь качеством деятельности отдельных элементов. Оценить эффективность работы анализируемого механизма в полном объеме невозможно не только одному исследователю, но и большому научному коллективу, о чем убедительно свидетельствует «Доклад о соблюдении прав человека и гражданина в Российской Федерации за 2009 год».

Институциональность адвокатуры позволяет рассматривать ее как публичный, межотраслевой (регулируемый различными отраслями права), межсферный (соприкасающийся с различными сферами деятельности человека), а главное конституционно-правовой (прямо и косвенно регулируемый нормами Конституции РФ, основывающий свою адвокатскую и правозащитную деятельность на конституционных принципах), народонадзорный, способный осуществлять профессионально-правовую демокрию за обеспечением конституционных прав и свобод каждого человека системой публичной власти) институт гражданского общества, способный защитить само общество от нарушения прав государством в лице органов власти и отдельных чиновников.

Институциональная адвокатура, сочетая профессионализм и нравственность членов своей корпорации, является участником конституционно-правовых отношений, способным при осуществлении правозащитной деятельности эффективно реализовать полномочия по защите прав и интересов всего общества от нарушений со стороны системы публичной власти конституционных принципов и презумпций путем профессионально-правовой демокрии.

Отсутствие концепции эффективного конституционного механизма обеспечения прав и свобод человека и ее реализации может привести к авторитарному методу осуществления власти, емко характеризуемому З. Фаткудиновым следующим образом: «Дозволенная в государстве гласность – это диктат умеренного языка и посредственной информированности, свобода – это диктат совести, демократия – это диктат нравственной свободы, а бесильные нормы, в которых заложены интересы, чаяния народа, – это демагогия властей, возведенная в закон»¹⁴. Недопущению такого положения с правами и свободами в России и посвящается создание и разработка КМО.

1.1. Понятийный аппарат конституционного механизма обеспечения

Для дальнейшего исследования требуется определить понятийный аппарат, используемый для концептуального определения нового КМО, так как используемые термины имеют неоднозначное толкование как в законах, так и в науке.

В ст. 7 Конституции РФ указано, что Российская Федерация (далее РФ) – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, *обеспечивающих* достойную жизнь и свободное развитие человека. Обеспечение достойной жизни в силу ст. 17 Конституции РФ должно реали-

14 Фаткудинов З. Откровения XX века. Л., 1991. С. 26—27.

зоваться путем признания и *гарантирования* прав и свобод человека и гражданина, определяя смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и *обеспечиваться* правосудием.

Основной термин исследования - «обеспечение», *сопутствующие «гарантирование», «защита и охрана».*

Для разработки и обоснования концепции КМО, полагающего обязательную взаимосвязь существования и функционирования всех элементов, а не только гарантирования, охраны и защиты прав и свобод человека, исследуемых ранее учеными, в указанных для сравнения выше механизмах, представляется целесообразным определить соотношение термина «обеспечение» с терминами «защита» и «охрана», применяемыми законодателем в сфере конституционно-правового регулирования.

Термины «защита» и «охрана» различаются не только в правовом аспекте, но и в лингвистическом. В Словаре русского языка С.И. Ожегова «охранять» означает оберегать, стеречь¹⁵, «защищать» – охраняя, оградить от посягательств, от враждебных действий, от опасности¹⁶. На основании данных определений можно сделать вывод, что термин «охрана» включает «защиту» как ее частный случай, когда необходимо применение активных мер, направленных против чьих-либо посягательств. Представляется, что особым специфичным свойством защиты является преодоление каких-либо препятствий на пути достижения ее целей. Поэтому в научной литературе нередко можно встретить определение защиты прав как деятельности по устранению препятствий на пути их осуществления¹⁷.

Несмотря на широкое использование в общей теории права, конституционном праве и других юридических науках терминов «*правовая охрана*» и «*правовая защита*», в научной литературе и законодательстве до сих пор не выработано единого подхода к этим важнейшим понятиям.

К определению соотношения понятий «защита» и «охрана» ученые подходят по-разному. Так, Н.И. Матузов пишет: «Вообще охрана и защита субъективного права и охраняемого законом интереса – не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются. Защита есть момент охраны, одна из его форм. Эти понятия не совпадают»¹⁸. Н.В. Витрук указывает, что деятельность, направленная на устранение препятствий в осуществлении прав и обязанностей, на борьбу с неисполнением обязанности, злоупотреблением правом, составляет содержание охраны (за-

¹⁵ Ожегов С.И. Словарь русского языка /Под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Рус. яз., 1987. С. 418.

¹⁶ Там же. С. 196.

¹⁷ Ведяхин В.М. Меры защиты как правовая категория // Право и политика. 2005. № 5. С. 24 – 25.

¹⁸ Матузов И.М. Правовая система и личность. Саратов: Сфера, 1987. С. 130 – 131.

щиты) прав¹⁹. С.С. Алексеев защиту права раскрывает как государственно-принудительную деятельность, направленную на осуществление «восстановительных» задач – восстановление нарушенного права, обеспечение юридической обязанности²⁰. Охранительные правоотношения, по его мнению, начинают складываться с момента правонарушения, и при их помощи осуществляются меры юридической ответственности и защиты субъективных прав²¹.

Иной подход к определению понятия «правовая охрана» включает довольно широкий спектр правовых явлений. Л.О. Красавчикова, например, указывает, что по своей структуре охрана дифференцируется на три звена: регулятивное, обеспечительное и защитное²². Представляется, что такое расширенное толкование является формами осуществления права. По мнению З.В. Макаровой, понятие защиты является более широким, чем охрана. Защита прав предполагает недопущение и предупреждение их нарушения, а в случае нарушения прав – их восстановление и возмещение причиненного вреда²³. Э.П. Гаврилов считает, что охрана есть установление общего правового режима, а защита – те меры, которые принимаются в случаях, когда гражданские права нарушены или оспорены²⁴. Н.С. Малеин также различает охрану и защиту прав: охрана прав – более широкое понятие, включающее все юридические правила по поводу определенного блага, а под защитой права он понимает меры, предусмотренные в законе, те случаи, когда право уже нарушено²⁵. Такой же точки зрения придерживается С.Н. Кожевников: охрана – это установление общего правового режима, а защита – те меры, которые предусматриваются в случаях, когда права нарушены или оспорены²⁶.

Следуя целям исследования, особо выделим определение, данное А.С. Мордовцом, который считает, что охрана прав и свобод есть состояние правомерной реализации прав и свобод под контролем социальных институтов, но без их вмешательства. Меры защиты применяются тогда, когда осуществление прав и свобод затруднительно, но права и свободы еще не нарушены. Если права и свободы нарушены, то их нужно не защищать, а восстанавливать²⁷. Представляется, что данное понимание может быть положено в

¹⁹ Витрук Н.В. Законность: понятие, защита и обеспечение // Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород: Асгард, 1993. С. 528 – 529.

²⁰ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М.: Наука, 1982. Т. 1. С. 280.

²¹ Там же. Т. 2. С. 108, 125.

²² Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. М.: Право, 1983. С. 33.

²³ Макарова З.В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы // Правоведение. 2000. № 3. С. 219.

²⁴ Гаврилов Э.П. Комментарий Закона «Об авторском праве и смежных правах». М.: Былина, 1996. С. 217.

²⁵ Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством. М.: Проспект, 1985. С. 18, 19.

²⁶ Кожевников С.И. Меры защиты в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Свердловск, 1968. С. 4 – 5.

²⁷ Мордовец А.С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов: Юридическая книга, 1996. С. 88.

обоснование выбора критерия разграничения правоохранительной и правозащитной деятельности, а так же предлагаемой далее классификации органов, осуществляющих эти виды деятельности.

Авторская классификация правоохранительной и правозащитной деятельности, связанной с обеспечением конституционных прав и свобод, охраняемых и защищаемых, в первую очередь, основным законом – Конституцией, позволяет не согласиться с мнением некоторых ученых, отождествляющих понятия «защита» и «охрана», понимающих их как систему правового регулирования общественных отношений, предотвращающих правонарушения, а в случае их совершения устанавливающих ответственность за допущенные правонарушения²⁸.

Многообразие исследованных позиций ученых свидетельствует об отсутствии единства понимания исследуемой проблемы с обеспечением конституционных прав. Среди многочисленных точек зрения, касающихся разграничения терминов «правовая защита» и «правовая охрана», следует выделить *четыре наиболее распространенных концепции*, дав им авторскую оценку с позиции КМО.

Первая концепция (широкое толкование понятия «правовая охрана»), предусматривает в качестве правовых средств охраны все средства, с помощью которых обеспечивается как развитие правоотношений в их нормальном, ненарушенном состоянии, так и восстановление нарушенных или оспоренных прав и интересов. При этом охрана в узком смысле слова именуется защитой и включает лишь средства, направленные на восстановление или признание прав и защиту интересов при их нарушении или оспаривании²⁹. Сторонники данной концепции придают понятию охраны самое широкое значение, включая в него как средства, применяемые до нарушения права, направленные на нормальную реализацию субъектом своих интересов, так и средства, призванные устранять «аномальные» правовые явления.

Вторая концепция (узкое (ограниченное) толкование понятия «правовая охрана») видит охрану субъективных прав как деятельность государственных органов, применяющих санкции к правонарушителям. При этом охрана прав становится возможной лишь после нарушения правовой нормы³⁰. В.Д. Ардашкин, поддерживающий эту концепцию, считает, что правовая охрана – прежде всего государственное принуждение, которое включает следующие «несущие конструкции»: а) институт ответственности; б) инсти-

²⁸ См.: Стойкин Г.Н. Понятие «защита гражданских прав» // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Свердловск: Госиздат, 1973. С. 30 – 39; Боброва Н.А. Гарантии реализации государственно-правовых норм. Воронеж: Закон, 1984. С. 95; Ростовщиков И.В. Права личности в России: их защита и обеспечение органами внутренних дел. Волгоград: Правоведение. 1997. С. 77 – 92.

²⁹ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2002. Т. 1. С. 335.

³⁰ Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976. С. 219.

тут защиты; в) институт предупреждения и г) институт процессуального обеспечения³¹. Представляется, что ученый безосновательно ограничил механизм охраны прав только принуждением, исключив из него многие иные важные непринудительные правовые средства охраны и круг субъектов, уполномоченных в соответствии с Конституцией РФ их выполнять. Игнорируются «предупредительные» функции охраны, не охватывается вся совокупность отношений, включаемых в данное понятие.

Третья концепция (смешанное толкование понятия «правовая охрана») включает в понятие «правовая охрана» как собственно охрану прав (недопущение посягательств на основное право человека), так и их защиту (активное восстановление нарушенного или оспоренного права), соотнося «правовую охрану» и «правовую защиту» как целое и часть³². В.А. Тарасова, сторонница данной концепции, пишет: «Охрана прав заключается не только в восстановлении нарушенного права, но и в создании таких условий, при которых субъективные права граждан беспрепятственно бы удовлетворялись»³³.

В четвертой концепции (разграничительное толкование понятия «правовая охрана» и «правовая защита») четко разграничиваются понятия охраны и защиты прав человека. Под охраной прав и законных интересов понимается только такая деятельность государственных и общественных органов, которая содержит мероприятия предупредительного характера. В тех случаях, когда нарушение права уже произошло, в действие вступает защита³⁴. В связи с этим В.А. Тархов отмечает, что охрана каждого права существует постоянно и имеет целью обеспечить его осуществление, не допустить нарушения, а к защите прав появляется необходимость прибегнуть лишь при нарушении или угрозе их нарушения³⁵. Следовательно, при угрозе их нарушения охрана не исчезает, но к ней присоединяется защита. Суть данной концепции в аспекте правозащитной и правоохранной деятельности вписывается в третью, поддерживаемую нами концепцию.

Б.Ю. Тихонова под охраной понимает совокупность мер, осуществляемых государственными и общественными органами, которые направлены на предупреждение правонарушений, ликвидацию причин, их порождающих,

³¹ Ардашкин В.Д. Правоохранительный механизм: понятие, научный инструментарий // Охранительный механизм в правовой системе социализма: Межвуз. сб. / Под ред. Н.В. Витрука. Красноярск: Универс, 1989. С. 9.

³² Сапун В.А. Охранительные правовые средства в обеспечении реализации советского права // Охранительный механизм в правовой системе социализма: Межвуз. сб. / Под ред. Н.В. Витрука. Красноярск: Универс, 1989. С. 198-199.

³³ Тарасова В.А. Охрана прав граждан в пенсионном обеспечении. М.: Практика, 1978. С. 23—24.

³⁴ Messner E. Formpflicht und Konsumentenschutz. Muenstet. 1990. S. 27.

³⁵ Тархов В.А. Охрана имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук. М., 1966. С. 8.

устранение препятствий, и способствующих нормальному процессу реализации человеком своих прав и обязанностей. При этом под защитой понимается принудительный способ осуществления нарушенного права в целях его восстановления (средства, которые применяются после нарушения права)³⁶. С.А. Сабикенов считает, что понятие охраны в юридическом смысле – это позитивное, статичное состояние норм права, направленных непосредственно на ограждение осуществления субъективных прав и законных интересов человека от возможных нарушений. При этом охрана прав и интересов человека происходит вне конкретных правоотношений, тогда как защита уже нарушенных прав всегда реализуется в рамках конкретных деликтных правоотношений, возникновение которых нежелательно с точки зрения интересов как человека, так и государства. Он отмечает и другие отличительные признаки охраны в сравнении с защитой: а) если охрана прав осуществляется посредством как правовых, так и неправовых форм деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, а также общественных организаций, то защита – только через правовые формы деятельности компетентных органов или уполномоченных лиц; б) если средства охраны права могут быть рассредоточены в правовых и иных социальных нормах, то правовая защита предполагает наличие и действие конкретных средств и способов защиты, которые устанавливаются государством и закрепляются исключительно в правовых нормах³⁷. Разграничить понятия «правовая охрана» и «правовая защита» можно также по целям, которые они преследуют. Если цель правовой охраны состоит в предупреждении и профилактике нарушений прав человека, в устранении препятствий (не являющихся правонарушениями), мешающих их осуществлению, то цель правовой защиты заключается в том, чтобы восстановить уже нарушенное право, если это объективно возможно. А.В. Стремоухов основным отличительным признаком правовой охраны от защиты считает степень их связи с нарушением прав. Охрана есть тогда, когда нет нарушения права, а защита должна наступать тогда, когда есть правонарушение³⁸.

Большинство ученых сходятся во мнении, что под правовой защитой следует понимать применение предусмотренных законом мер юридического и фактического порядка компетентными органами либо уполномоченным лицом в правоотношении (носителем права) для осуществления своих прав при их нарушении, оспаривании либо отрицании в иной форме. При этом право-

³⁶ Тихонова Б.Ю. Субъективные права советских граждан: их охрана и защита: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М.: 1972. С. 11 – 13.

³⁷ Сабикенов С.А. Некоторые вопросы охраны субъективных прав и законных интересов граждан // Проблемы государства и права на современном этапе: Труды науч. сотрудников и аспирантов. Вып. 6. М.: Закон, 1973. С. 53.

³⁸ Стремоухов А. В. Правовая защита человека: Монография. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. С. 165 – 166.

вой охраной выступает система мер предупредительного (превентивного) характера, направленных на нормальный ход реализации прав человека и применяемых при отсутствии их отрицания в какой-либо форме³⁹.

Ненадлежащая регламентация данных понятий в законодательстве приводит к проблемам в сфере защиты и охраны прав и свобод человека, отражаясь на эффективности действий правоохранительных и правозащитных органов. Законодательство, по сути, не проводит четкого различия между защитой и охраной, во многих случаях содержание этих понятий совпадает. Сложившаяся правоприменительная практика не дифференцирует глубоко данные правовые явления, что приводит к смешению таких понятий, как «охрана», «защита», «обеспечение прав», «реализация прав», «гарантии прав и свобод» и в итоге снижает эффективность и значимость научных исследований в этой области.

Представляется, что требуется четкая законодательная регламентация данных терминов, позволяющая определить единство видов деятельности, а также классифицировать органы и организации как правозащитные и правоохранительные, устранив нелогичности их определения, попытка чего и предпринята далее автором.

Для сравнительной характеристики остановимся на содержании терминов и понятий «обеспечение» и «гарантирование».

В толковом словаре Ожегова дается следующее определение исследуемых понятий: гарантировать – (от фр. *Garanti*) – взять на себя обязанность за что – либо; гарантия – обеспечение, ручательство; обеспечивать – гарантировать, сделать что-нибудь неизбежным; обеспечение: 1. деньги, материальные средства к жизни, 2. ручательство, гарантия⁴⁰. Между понятиями «гарантия» и «обязательство» есть определенная лингвистическая связь через ввод иностранного слова в русский язык.

Исходя из теории формальной логики, понятие должно нести в себе существенные признаки того или иного предмета, явления, выражающиеся в его содержании. Содержание понятия также создается из структурных единиц – других понятий. В том случае если содержание определяемого понятия равно содержанию понятия, с помощью которого определялось первое, то можно сказать, что понятия определяют содержание друг друга, или же являются синонимами. На первый взгляд, существенные признаки «гарантии» – это ручательство и обеспечение, а «обеспечение» имеет существенными признаками «гарантию» и «ручательство». «Ручательство» равно «гарантии» и

³⁹ Остапюк Н.В. Понятие и формы защиты гражданских прав. Особенности нотариальной защиты гражданских прав // Юрист. 2006. № 4. С. 11.

⁴⁰ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1981.

«обеспечению», то есть данные понятия являются синонимами, однако использование глаголов гарантировать и обеспечивать сопряжено с различными действиями: *гарантировать – возлагать обязанность; обеспечивать – делать неизбежным*. Использование конструкции «обеспечить гарантию» возможно в значении «сделать неизбежным возложение обязанности». *Даже с лингвистической позиции обеспечение гарантирования конституционных прав и свобод человека должно стать неизбежным*. Предлагаемая автором концепция КМО может быть рассмотрена как концепция механизма неизбежности исполнения обязанностей всеми субъектами гарантирования конституционных прав и свобод.

Нормы права, обеспечивая его позитивность, также выстраиваются с помощью понятий, но, в отличие от лингвистического содержания, имеющего целью обеспечить коммуникацию между людьми, содержание понятий в норме, призвано регулировать правоотношения. Формальную определенность норм обслуживает юридическая техника, которая для достижения цели может вкладывать в содержание структурных единиц нормы любое условное значение.

Проблема заключается в том, что юридическая техника, максимально приближающая содержание лексических образов понятий к конструкциям, закрепляющим права и обязанности в нормах права, до сих пор применяется слабо. Полагаем, что лингвистическое содержание должно быть максимально приближено к нормативному использованию, приведя к единообразию восприятия, облегчив толкование и правоприменение.

1.2. Система гарантий конституционного механизма обеспечения

Принцип гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей генетически связан с международно-правовым принципом уважения прав человека и его основных свобод и выражен во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г. Указанный принцип дихотомичен. С одной стороны, он зависит от воли субъектов правоотношений (от того, насколько добросовестно и разумно реализуются права и исполняются обязанности), а с другой – лежит за пределами волеизъявления участников, предопределяя существование и неких правовых, материальных и иных гарантий. Иными словами, принцип гарантированного осуществления предполагает наличие системы разнородных гарантий.

В литературе дискутируется вопрос о том, что должны представлять собой эти гарантии. Ряд исследователей предлагают воспринимать гарантии как правовые средства, обеспечивающие реализацию прав и исполнение обя-

занностей. В этом случае гарантии тракуются либо как предоставление судебной защиты прав⁴¹, либо как эффективная правоприменительная деятельность компетентных органов, а также как совершенное законодательство. Некоторые специалисты связывают правовые гарантии с обеспечением законности или гарантиями реализации норм⁴². Другие авторы утверждают, что законность - только часть правовых гарантий реализации прав и исполнения обязанностей⁴³. Н.И. Матузов, А.В. Мицкевич полагают, что юридической гарантией является деятельность государственных органов и организаций, связанная с охраной прав от незаконных посягательств⁴⁴. Другая позиция связывает гарантированность с закономерностями политического строя, состоянием экономической и правовой систем⁴⁵.

Объективно гарантии разделяются на внеправовые и правовые. При всей важности правовых гарантий следует отметить значимую роль внеправовых факторов гарантированного осуществления прав и исполнения обязанностей, к которым относятся условия и средства экономического, социально-политического, культурно-просветительского характера. Например, юридические гарантии в виде льгот и социальных выплат не могут реализовываться в случае дефицита бюджетных средств, национальные проекты, связанные с различными сферами деятельности общества и по замыслу представляющие собой дополнительные гарантии прав, невыполнимы при отсутствии надлежащего финансирования.

Эффективность правовых гарантий, режим законности зависят от политического устройства государства, от того, насколько демократично общество, в какой мере гласность является средством государственного самоконтроля. При этом нельзя не отметить существенную роль просветительских факторов. Повышение правовой грамотности и развитие правосознания общества также способствуют утверждению юридических гарантий. Следует подтвердить мнение О.Ю. Рыбакова о продуктивности просвещения общества в области прав и свобод личности, норм Конституции РФ⁴⁶, добавив необходимость экономического обеспечения такого просвещения со стороны государства.

⁴¹ См.: Farran С.О. Atlantic democracy. Edinburgh, 1957. P. 183 – 185.

⁴² См.: Керимов Л.А. Обеспечение законности в СССР. М., 1956; Самощенко И.С. Охрана режима законности советским государством. М., 1960; Правовые гарантии законности в СССР / Под ред. М.С. Строговича. М., 1962.

⁴³ См.: Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис. ... канд. юр. наук. Саратов, 1970. С. 160.

⁴⁴ См.: Матузов Н.И. Субъективные права граждан в СССР. Саратов, 1966. С. 130; Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., 1962. С. 86.

⁴⁵ См.: Максименко С.Т. Указ. соч. С. 133; Мицкевич А.В. О гарантиях прав и свобод советских граждан // Советское государство и право. 1963. № 8. С. 25.

⁴⁶ См.: Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. М., 2004. С. 94.

Среди юридических гарантий прав личности принято различать *гарантии реализации и гарантии охраны*. К первой группе относятся: пределы прав и свобод, их конкретизация в текущем законодательстве; юридические факты, с которыми связывается их обладание и непосредственное пользование; процессуальные формы реализации; меры поощрения и льготы для стимулирования правомерной и инициативной их реализации. Вторую группу юридических гарантий составляют конституционный контроль и надзор; меры защиты и меры ответственности виновных за нарушение прав и свобод личности; процессуальные формы осуществления контроля и надзора; средства предупреждения и профилактики нарушений прав личности и другие правовые средства.

Ограничиваясь рамками проводимого исследования, представляется возможным принять за основу позицию В.Д. Перевалова, отмечающего, что *обеспечительные нормы* содержат предписание, *гарантирующее* осуществление субъективных прав и обязанностей в процессе правового регулирования, и подразделяющего гарантии следующим образом:

1. Гарантии законности: 1.1. Объективные условия: 1.1.1. Экономические, 1.1.2. Политические, 1.1.3. Идеологические, 1.1.4. Социальные, 1.1.5. Правовые;

1.2. Субъективные факторы: 1.2.1. Состояние правовой науки; 1.2.2. Эффективность деятельности политического руководства и др.; 1.3. Специальные средства, обеспечивающие режим законности: 1.3.1. Юридические; 1.3.2. Организационные, предназначенные для обеспечения законности;

2. Гарантии прав и свобод человека и гражданина, как система условий, средств и способов, обеспечивающих всем и каждому равные правовые возможности для выявления, приобретения и реализации своих прав и свобод, различаются по сфере действия: 2.1. Международно-правовые (планетарные); 2.2. В рамках региональных международных сообществ; 2.3. Внутригосударственные; 2.4. Автономные⁴⁷.

Исходя из данной классификации гарантий, одним из элементов КМО являются внутригосударственные, конституционные гарантии прав и свобод человека.

Исходным началом для всех категорий обеспечения прав и свобод человека являются нормы и принципы, содержащиеся в международно-правовых документах⁴⁸, поскольку они представляют собой международный стандарт прав и свобод человека, имеют приоритет над внутригосударствен-

⁴⁷ Перевалов В.Д. Теория государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008. С. 357, 364.

⁴⁸ См.: Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.; Международные пакты об экономических, социальных и культурных правах, о гражданских и политических правах, принятые 16 декабря 1966 г. и вступившие в силу в 1976 г., и др.

ным правом, ориентируют национально-правовые системы на регулирование взаимоотношений личности и государства. В преамбуле Декларации записано, что Генеральная Ассамблея ООН провозглашает Всеобщую декларацию прав человека в качестве задачи всех народов и государств, выполняя которую они должны содействовать уважению и обеспечению прав и свобод человека (ч. 8 преамбулы)⁴⁹.

В первой и второй главах Конституции РФ термин «обеспечиваются» упоминается семь раз в контекстах: обеспечение достойной жизни и свободного развития человека, обеспечение гарантии социальной защиты (ст. 7); обеспечение правосудием непосредственного действия прав и свобод человека (ст. 18); обеспечение возможности ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы (ст. 24); социальное обеспечение (ст. 39); обеспечение потерпевшим доступа к правосудию (ст. 52); обеспечение обороны страны, безопасности государства и безопасности граждан (ст.ст. 55, 56). Этот термин связан с термином «гарантируется», используемым 14 раз (ст. 12, 17, 19, 28, 29 – 2 раза, 35, 37, 39, 43, 44, 46, 48, 61), а также понятием «защита», примененным 8 раз в ст. ст. 2, 23, 38, 45, 46, 55, 59, 61, а в ст. 9, 20, 41, 52 – понятием «охрана, охраняются». В Гражданском кодексе РФ использован термин «защита» (ст. 11, 12, 14, 152, гл. 18, 20 и др.). Уголовно-процессуальный кодекс РФ также использует термин «защита» (ст. 6 и др.). В Гражданском процессуальном кодексе РФ встречаются оба термина (ст. 2 и др.). Уголовный кодекс РФ указывает на охрану прав и свобод человека и гражданина (ст. 2).

Исходя из конституционного регулирования, полагаем исходить из того, что не все правовые нормы являются юридическими гарантиями прав и свобод граждан, а лишь те, которые содержат определенные средства и способы, при помощи которых достигается беспрепятственное пользование правами, защита прав и свобод и восстановление их в случае нарушения. Поскольку все отрасли права имеют нормы, закрепляющие те или иные средства и способы охраны, обеспечения и защиты прав и свобод, можно *классифицировать внутригосударственные гарантии* по отраслевому признаку следующим образом: 1. Конституционно-правовые; 2. Административно-правовые; 3. Уголовно-правовые; 4. Гражданско-правовые; 5. Процессуальные.

К особой группе конституционных гарантий прав и свобод человека и гражданина относятся судебные (конституционно-процессуальные)⁵⁰ гарантии, применяемые при осуществлении гражданского, административного,

⁴⁹ См.: Международные акты о правах человека: Сб. док. 2-е изд., доп. М., 2002. С. 38.

⁵⁰ См.: Калашников С.В. Система конституционных гарантий обеспечения прав и свобод граждан в условиях формирования в России гражданского общества // Гос. и право. 2002. № 10. С. 20.

уголовного и конституционного судопроизводства (ст. 45 – 56), в число которых входят: гарантия государственной защиты прав и свобод человека и гражданина (ст. 45), гарантия судебной защиты прав и свобод человека и гражданина (ст. 46), право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48), презумпция невиновности (ст. 49), право защищать свои права и законные интересы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45), право на обращение в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека (ч. 3 ст. 46), право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст.16, 53). Фактическое обеспечение реализации этих гарантий государством подробно освещено в четвертой главе настоящей работы.

Юридические гарантии прав и свобод непосредственно связаны с применением правовых норм и выражаются в правовой деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, общественных объединений, самих граждан. Это достаточно четко отражено в ст. 18 Конституции: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». В качестве правовых гарантий выступает не любая их деятельность, а только та, с которой закон связывает наступление определенных юридических последствий. Конституционные права и свободы эффективно могут быть гарантированы при наличии защиты и охраны, обеспеченными устойчивой, стабильной практикой работы государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц, а также общественных объединений, при четком обеспечении возможности пользования человеком правами и свободами с предохранением их от возможных нарушений.

Дополним классификацию внутригосударственных гарантий кругом субъектов гарантирования прав и свобод со стороны государства:

1. Местное самоуправление (ст. 12);
2. Человек (ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48);
3. Гражданин (ст. 19, 35, 37, 61), все гарантии для человека (ст. 17, 28, 29, 44, 46, 48).

Необходимо уточнить суть местного самоуправления как вида публичной власти. Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти (ст. 12 Конституции), но не должно быть иллюзий о независимости муниципальной власти от власти государственной. Она зависима от государственной власти, но самостоятельна в пределах полномочий,

которыми та наделила ее. Продолжая исследование, мы исходим из того, что подчиненный вид публичной власти – муниципальная власть является продолжением на местах главенствующего в стране вида публичной власти – государственной власти.

Следует отметить, что в Конституции РФ проводится разграничение основных прав и свобод на права и свободы человека и гражданина. Права гражданина действуют в сфере отношений индивида с государством, в которой он рассчитывает не только на ограждение своих прав от незаконного вмешательства, но и на активное содействие государства в их реализации. Статус гражданина вытекает из особой правовой связи его с государством – института гражданства (ст. 6 Конституции РФ). Там, где речь идет о правах человека, используются формулировки «каждый имеет право», «каждому гарантируется» и т.д., что подчеркивает признание прав и свобод за любым человеком, находящимся на территории России, независимо от того, является ли он гражданином РФ, иностранцем или лицом без гражданства.

В качестве объекта действия предлагаемого концептуального механизма указанные в Конституции права и свободы человека и гражданина сведены в названии механизма к одному слову «человека», имеющему более широкое значение и охватывающему максимальный круг субъектов конституционных прав и свобод. Далее под термином «человек» будем подразумевать человека и гражданина, тем более что в статье 48 Конституции право на получение квалифицированной юридической помощи гарантируется каждому, т.е. любому человеку - гражданину, иностранцу, лицу без гражданства.

Гарантией конституционных прав и свобод граждан служит лишь такая деятельность государственных органов и должностных лиц, которая строго соответствует Конституции, направлена на полное осуществление конституционных прав и свобод граждан, достигающая результат в установленном порядке. Требуемый порядок осуществления этой деятельности практически отсутствует, поэтому робкая попытка разработать концепцию построения такого механизма, решая глобальную проблему, принципиально важна в настоящее время.

Абсолютное большинство гарантий обеспечивает благоприятную обстановку, в атмосфере которой человек может эффективно пользоваться своими конституционными правами и свободами. Такие условия образуют внешнюю среду деятельности каждого человека и не зависят от его воли и желания, ибо они имеют корни в общественном и государственном строе. Гарантии в виде средств и способов обеспечения конституционных прав и свобод также создаются не каждым отдельным гражданином, а обществом, государством, коллективом и используются ими для претворения указанных

прав и свобод в жизнь. Однако вместе с этим существуют и такие условия и средства обеспечения конституционных прав и свобод человека, формирование и пользование которыми во многом зависит от него самого, его воли и желания.

Политическое и моральное требование Всеобщей декларации нашло отражение в двух международных договорах – Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах⁵¹ и Международном пакте о гражданских и политических правах⁵². В ч. 1 ст. 2 Пакта об экономических, социальных и культурных правах записано, что «каждое участвующее в настоящем Пакте государство обязуется в индивидуальном порядке и в порядке международной помощи и сотрудничества, в частности в экономической и технической областях, принять в максимальных пределах имеющихся ресурсов меры к тому, чтобы обеспечить постепенно полное осуществление признаваемых в настоящем Пакте прав всеми надлежащими способами, включая, в частности, принятие законодательных мер».

Более категорично звучат положения ст. 2 Пакта о гражданских и политических правах. В ч. 1 ст. 2 сказано, что каждое участвующее в Пакте государство обязуется обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам гражданские и политические права. Часть 2 указанной статьи обязывает каждое государство – участника Пакта трансформировать права, признаваемые Пактом, во внутригосударственное право, т.е. принять такие законодательные меры (если они еще не приняты), которые могут оказаться необходимыми для осуществления гражданских и политических прав. В соответствии с п. 3 ст. 2 указанного Пакта Россия как страна-участница обязана: а) обеспечить любому лицу, права и свободы которого нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение было совершено лицами, действующими в официальном качестве; б) обеспечить, чтобы право на правовую защиту для любого лица, требующего такой защиты, устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства, и развивать возможности судебной защиты; в) обеспечить применение компетентными властями средств правовой защиты, когда они предоставляются.

Итак, обеспечение определяется через гарантии и гарантирование, реализуемое посредством обеспечительной деятельности различных субъектов, в первую очередь, наделенных властью.

⁵¹ См.: Международные акты о правах человека: Сб. док. 2-е изд., доп. М., 2002. С. 43 – 52.

⁵² Там же. С. 52 – 68.

Д.В. Карпов полагает, что гарантирование – разновидность обеспечения, т.е. такой *особенной формы всеобщего взаимодействия элементов действительности, при которой* одни элементы (или продукты их деятельности) выступают условием существования или функционирования других элементов. Гарантии призваны осуществлять специальное (повышенное) обеспечение, выступая дополнительными мерами, средствами и способами, целенаправленно создающими, в комплексе, требуемые условия (среду) существования и функционирования обеспечиваемого объекта⁵³. Данное мнение представляется аргументированным. Так как предметом исследования являются конституционно-правовые способы аккумуляции ресурсов общества, позволяющие качественно повысить степень защищенности правового статуса человека, полагаем, что гарантии являются четвертым элементом КМО.

Конституционно-правовые гарантии имеют более широкий объем понятия, чем конституционные гарантии, т.к. охватываются предметом всей отрасли конституционного права и базируются на конституционных принципах, определяющих принципы верховенства права при его реализации органами публичной власти.

Конституционно-правовое гарантирование можно определить как конституционно-правовое воздействие на общественные отношения с целью достижения такого качества функционирования органов всех ветвей государственной власти и условий, при которых они эффективно охраняют права и свободы личности. Конституционно-правовые гарантии – это средства усиленного воздействия отрасли конституционного права на регулируемые общественные отношения, повышающие эффект обеспечения правозащитной функции государственных органов.

Полагаем далее при исследовании КМО исходить из того, что конституционно-правовые гарантии охватываются предметом всей отрасли конституционного права, включенной в качестве элемента в КМО, а обеспечение является особенной формой всеобщего взаимодействия элементов действительности, при которой одни элементы (или продукты их деятельности) выступают условием существования или функционирования других элементов.

1.3. Элементный состав КМО

В России каждый человек должен иметь полный комплекс эффективных средств охраны и защиты своих прав; на их создание ориентированы действия международных органов, и именно эта цель является одной из ос-

⁵³ Карпов Д.В. Проблемы конституционно-правового гарантирования правозащитной функции судебной власти в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Нижний Новгород, 2000. С. 12.

новых государственных целей на ближайшее время. Сближение России с европейским сообществом требует решения насущных проблем, которые возникают при обеспечении прав и свобод человека.

Выделим три принципиальных позиции, принятых и обоснованных автором, являющихся необходимой базой для дальнейшего исследования:

1. Охрана прав и свобод человека признается конституционно обоснованным состоянием их правомерной реализации под контролем и надзором социальных институтов, но без их вмешательства. Субъектами охраны прав могут быть не только государственные органы, обладающие властными контрольными полномочиями, но и общественные в равной мере.

2. Меры защиты должны применяться при наличии препятствий в осуществлении прав и свобод еще до их нарушения, как профилактика. Субъектами защиты прав также могут быть не только государственные органы, обладающие властными контрольными полномочиями, но и общественные, не наделенные властью, но уже не в равной мере, т.к. требуется предотвращение реального нарушения прав и свобод и реализация властных функций.

3. При нарушении конституционных прав и свобод требуется их восстановление путем реализации властных полномочий под общественным надзором институтов гражданского общества, обладающих знанием права, способных использовать власть права, уравнивающую всех, наделенных властью и наделивших, делегировав ее.

Исходя из определения трех основных позиций, можно предложить свое видение конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека, выделив в нем особое место российской адвокатуры, соответствующее ее новому статусу, определенному в XXI веке законодательно.

Конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека (подразумевается: гражданина, личности, индивида) - система закрепленных законом правовых способов, методов и средств воздействия на общественные отношения, в целях реализации гарантирования прав и свобод человека всеми субъектами общества, объединенными единой целью конституционного гарантирования, включающего охрану и защиту, а главное восстановление этих прав и свобод при помощи взаимодействия властного контроля государственных органов и общественного профессионально-правового надзора институтов гражданского общества, обладающих особыми качествами, способными эффективно формировать общую и правовую культуру населения, выполняя обеспечительные, охранительные, защитные, информационные, компенсационные, воспитательные, медиационные, контрольные и надзорные функции на базе конституционных принципов.

Необходимо определить ценность и роль адвокатуры в КМО для государства и общества, выявив ее место среди различных общественных и государственных институтов, как правоохранительных, наделенных властными полномочиями, так и правозащитных, обладающих только силой власти права, независимым знатоком которого в первую очередь в обществе исторически и законодательно издревле признается адвокат.

Дальнейшее исследование посвящается именно данному институту гражданского общества, определению и обоснованию нового конституционно-правового статуса адвокатуры XXI века и ее роли и месту в обеспечении эффективности действия КМО.

Исходя из определения основных позиций, далее предлагается концептуально новое определение конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека, с определением в нем особого места российской адвокатуры и ее нового конституционно-правового статуса, соответствующего определенному законодательно впервые в XXI веке ее триединству.

2. Конституционный и общественный контроль за обеспечением конституционных прав и свобод человека

Научной проблемой, порождающей сложности в определении КМО и его элементов, является отсутствие единого мнения в юридическом сообществе относительно понятий контроля и надзора за обеспечением конституционных прав и свобод и непосредственно «контроля и надзора». Значительная часть ученых-юристов считает указанные понятия тождественными⁵⁴.

Представляется возможным и необходимым дать авторское понятие общественного профессионально-правового надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека органами государственной власти как элемента КМО, разграничив в этой связи понятия общественного контроля и общественного надзора, основываясь на результате реализации полномочий осуществляющих его субъектов.

В связи с тем, что в качестве элемента КМО рассматривается общественный профессиональный правовой надзор за обеспечением конституционных прав и свобод человека системой органов публичной власти, проанализи-

⁵⁴ См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть // Ответственный ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1996. С. 72; Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М.: Юрист, 1997. С. 43 – 48. Еременко Ю.П. Контроль за конституционностью законов в СССР // Труды Высшей следственной школы МВД СССР. Волгоград, 1969. Вып.1. С.107; Коток В.Ф. Конституционная законность, конституционный надзор и контроль в СССР // Вопросы советского государственного (конституционного) права. Труды. Т. 82. Вып. 2. Ч. 2. Иркутск, 1972; Шульженко Ю.Л. Правовая охрана Конституции. М, 1991. С. 6; Насырова Т.Я. Конституционный контроль. Казань: Изд-во Казанского университета, 1992. С. 16; Златопольский Д.Л. Контроль за соблюдением конституции и конституционный суд в странах Восточной Европы // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1998. № 2. С. 39.

зируем существующую теоретическую базу (ввиду отсутствия аналогичной базы исследования понятия «общественный контроль и надзор»).

Юридическое сообщество долго не могло выработать единого мнения относительно понятий конституционного контроля и конституционного надзора, подразумевая, что конституционный контроль и надзор – понятия совершенно идентичные, они преследуют одну и ту же цель осуществления контроля за соответствием конституции текущего законодательства.

Вместе с тем существует и другая точка зрения, согласно которой каждое из рассматриваемых понятий имеет собственное содержание. В частности, М.А. Шафир отмечал, что между конституционным контролем и конституционным надзором существуют определенные различия. По его мнению, орган, осуществляющий надзор, не может сам ни отменить незаконный акт, ни наказать нарушителя, ни тем более давать оперативные указания по устранению обнаруженных нарушений. Контроль заключается в самом непосредственном вмешательстве контролирующих в деятельность контролируемых. Он предполагает также, что контролирующие органы имеют в большинстве случаев право отмены незаконных актов и т.д.⁵⁵ Поддерживая эту позицию, Ю.Л. Шульженко отмечает, что именно право отмены незаконных актов и отличает контроль от надзора⁵⁶. Выделяя единые цели конституционного контроля и надзора, Б.С. Эбзеев обращает внимание на разные методы их достижения. Органы конституционного надзора способствуют разрешению конституционного спора, как правило, посредством решений парламента, а органы конституционного контроля, занимая самостоятельное место в системе разделения государственной власти, принимают решения, которые носят окончательный характер⁵⁷. Подтверждением данной оценки служит деятельность Комитета конституционного надзора СССР, созданного в 1989г., обладающего ограниченными правами как органа конституционного надзора. Он, выявив неконституционность акта, не имел права его отменить. Например, в целях отмены акта Съезда народных депутатов, он должен был обратиться к Съезду, который имел право отклонить заключение Комитета двумя третями голосов от общего числа народных депутатов. Отсутствие обязательности решений Комитета конституционного надзора снижало уровень правовой охраны Конституции. Подобная проблема имеет место и в отношении актов Конституционного суда РФ и автором предложен путь ее решения.

⁵⁵ Шафир М.А. Компетенция СССР и союзных республик. М.: Наука, 1968. С. 208 – 209.

⁵⁶ Шульженко Ю.Л. Институт конституционного надзора в Российской Федерации. М.: Инст. гос. и права РАН, 1998. С. 4.

⁵⁷ Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учеб. пособие для вузов. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. С. 113.

Показательной представляется точка зрения И.Н. Кузнецова, отмечающего, что проводимое разграничение функций контроля и надзора в значительной мере носит условный характер, и деятельность по конституционному надзору во всех случаях остается одним из видов самого конституционного контроля⁵⁸.

Полагаем, что понятия конституционного контроля и конституционного надзора, субъектами которых являются государственные органы, не являются тождественными и их необходимо разграничивать. Необходимо разграничивать и понятие «общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека органами государственной власти» с часто встречающимся в научной литературе термином «общественный контроль», исходя из того, что субъектами общественного контроля и надзора при их отождествлении предполагаются правозащитные институты гражданского общества, не наделенные властными полномочиями, призванные обществом контролировать соблюдение интересов общества органами власти⁵⁹. При конституционном контроле и при конституционном надзоре речь идет об обеспечении соответствия текущего законодательства конституции, верховенства конституционных норм и утверждения конституционной законности. Некоторые авторы видят главную цель контроля в ином, а именно в предупреждении нарушений, всяческих отклонений от нормы⁶⁰.

Термин «конституционный контроль» происходит от термина «конституция» и потому возникновение конституционного контроля неразрывно связано с самим существованием конституции, необходимостью обеспечения ее осуществления и правовой защиты. Идея конституционализма среди прочих компонентов предполагает жесткую иерархию норм, актов, подчинение их всех конституции⁶¹.

При реализации общественного профессионального надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека органами государственной власти целью является обеспечение самих конституционных прав и свобод в соответствии с презюмируемыми Конституцией РФ ценностям и законом, не

⁵⁸ Кузнецов И.Н. Контроль за конституционностью актов высших органов власти и управления в социалистических странах Европы // Учен. записки ВНИИСЗ. М., 1969. Вып. 29.

⁵⁹ См.: Акопов Л. В. Контроль в управлении государством (конституционно-правовые проблемы). Ростов н/Д, 2002; Васличев С. Ф. Правовое регулирование надзора и контроля за охраной труда и соблюдением трудового законодательства. М., 2000; Охрана труда в Российской Федерации: Новое законодательство, правоприменительная практика и прокурорский надзор: науч.-практ. коммент. / И. С. Викторов, В. Г. Бессарабов, Д. Г. Алексеева и др. М., 2003; Струсь К. А. Государство и гражданское общество: проблемы правового взаимодействия в России. Саратов, 2003; Орлов А. В. Недостатки законодательства об общественных объединениях // Юрист. 2004. № 2; Тихомиров Ю. А. «Закон о законах» - координатор законопроектной деятельности в государстве // Юстиция. 2005. № 1; Бондарь Н.Ю. Институт общественного контроля за органами государственной власти // Российский юридический журнал. 2009. № 4.

⁶⁰ Горшенев В.М., Шахов И.Б. Контроль как правовая форма деятельности. М.: Юрид. лит-ра, 1987. С. 25.

⁶¹ Несмеянова С.Э. Конституционный судебный контроль в Российской Федерации: Проблемы теории и практики. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 2004. С. 7.

вызывающим сомнений в его неконституционности. Полномочия и методы деятельности контролирующих и надзирающих органов в обоих случаях различны независимо от сферы применения: органы конституционного контроля и надзора призваны обеспечить соответствие текущего законодательства конституции; институты общественного контроля и надзора призваны обеспечить реализацию самих конституционных прав и свобод всеми государственными чиновниками в интересах человека, а не власти.

В подтверждение обосновываемой нами научной позиции о необходимости разграничения общественного надзора от контроля приведем аргументированное и последовательно логичное мнение С.Э. Несмеяновой о различиях последствий деятельности органов, выполняющих функции надзора и контроля. Она полагает, что деятельность органов, выполняющих функции надзора, носит предварительный характер, т.е. эти органы не имеют возможности окончательно решать вопрос о неконституционности правового акта или действия, не могут принимать императивные меры к устранению конституционного нарушения, заключение органа конституционного надзора о конституционности того или иного акта в ряде стран требует утверждения парламентом, а орган конституционного контроля выносит решение о совершенном нарушении и принимает меры к его устранению⁶².

Можно сделать вывод о том, что полномочиями по осуществлению надзора за обеспечением реализации конституционных прав и свобод обладают в той или иной мере все органы государства. Для некоторых из них функция надзора имеет первостепенное значение. К их числу относятся: парламент, который в ходе подготовки, обсуждения, принятия законопроектов проверяет их конституционность; глава государства, имеющий право отменять или приостанавливать действие актов исполнительных органов власти, противоречащих конституции, суд, осуществляющий контроль, прокуратура, осуществляющая общий надзор и контроль одновременно, и другие органы. Контрольные функции в сфере общественных отношений, чаще всего, осуществляют только специализированные органы, обладающие властными полномочиями.

2.1. Теоретико-методологическое исследование понятий «контроль» и «надзор»

С учетом вышеизложенного в дальнейшем исследовании будем исходить из следующего установленного нами научного положения: полномочиями по осуществлению надзора за обеспечением конституционных прав и

⁶² Несмеянова С.Э. Там же. С. 11.

свобод человека обладают в той или иной мере все органы государства и даже некоторые институты гражданского общества, а контрольные функции, чаще всего, осуществляют только специализированные государственные органы. В основе такого разделения лежит результат реализации полномочий: для контрольных - окончательность и обязательность указаний, обеспеченная силой государств; для надзорных – предварительность и рекомендательность, требующая для реализации наличия властных полномочий.

Отсюда следует еще один важный вывод: общественного контроля за обеспечением реализации конституционных прав и свобод в принятом нами понимании контроля и надзора, исходя из результата, основанного на анализе существующей теоретической базы, не существует, т.к. у институтов гражданского общества отсутствуют властные полномочия, а власти, основанной на знании права, при его нарушении уже не достаточно для восстановления самого права.

Общепризнано, что создание реальной возможности обществу для осуществления надзора (контроля) за деятельностью органов государственной власти, есть определяющий принцип в системе реализации демократических механизмов в стране. В последнее время все чаще появляются научные публикации о необходимости общественного контроля за деятельностью власти с констатацией отсутствия необходимого законодательства и дефицита научных публикаций о значимости, роли, сущности и содержании общественного контроля⁶³. Следует отметить, что отсутствует и научно обоснованная законодательная база, опираясь на которую, можно на первоначальном этапе определить хотя бы контуры системы органов общественного контроля и их полномочия.

Одной из причин этого является отсутствие концептуальных исследований самих понятий общественного контроля и надзора. Поэтому попытка, предпринятая в настоящей работе, внесет посильный вклад в начало этого процесса.

Использование самого термина «общественный контроль», как правило, по привычке обуславливается употреблением его законодателем без учета смысла и содержательной сущности понятия, выражаемого этим термином. Среди нормативных правовых актов, содержащих указание в качестве

⁶³ См.: Акопов Л. В. Контроль в управлении государством (конституционно-правовые проблемы). Ростов н/Д, 2002; Васличев С. Ф. Правовое регулирование надзора и контроля за охраной труда и соблюдением трудового законодательства. М., 2000; Охрана труда в Российской Федерации: Новое законодательство, правоприменительная практика и прокурорский надзор: науч.-практ. коммент. / И. С. Викторов, В. Г. Бессарабов, Д. Г. Алексеева и др. М., 2003; Струсь К. А. Государство и гражданское общество: проблемы правового взаимодействия в России. Саратов, 2003; Орлов А. В. Недостатки законодательства об общественных объединениях // Юрист. 2004. № 2; Тихомиров Ю. А. «Закон о законах» - координатор законопроектной деятельности в государстве // Юстиция. 2005. №1.

реализации принципа народовластия на общественный контроль в той или иной форме, можно выделить федеральные законы «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (ст. 26)⁶⁴, «Об обеспечении конституционных прав граждан РФ избирать и быть избранными в органы местного самоуправления» (гл. 4)⁶⁵, «О радиационной безопасности населения»⁶⁶, «Об охране атмосферного воздуха» (ст. 26)⁶⁷, «Об охране окружающей среды» (ст. 68)⁶⁸, «О системе государственной службы Российской Федерации» (абз. 8 п. 1 ст. 3 и др.)⁶⁹.

Приведем еще один показательный пример: федеральным законом общественная палата наделена полномочиями по осуществлению *общественного контроля* за деятельностью Правительства РФ и органов исполнительной власти⁷⁰, но содержание общественно-контрольной деятельности в законе не раскрыто, что приводит к декларативности задач, возложенных на нее обществом.

Такой феномен, как общественный контроль, на протяжении многих лет активно разрабатывался в рамках управленческих наук. В результате были сформулированы и обоснованы определения контроля как функции управления (контроль как деятельность); завершающей стадии процесса управления, сердцевиной которой является механизм обратной связи (контроль как форма обратной связи); неотъемлемой составляющей процесса принятия управленческих решений (контроль как стадия управленческого цикла)⁷¹. Специфика управленческой деятельности накладывает определенный отпечаток на терминологический ряд, используемый в отрасли, и не может автоматически использоваться в правоотношениях, лишенных элемента соподчиненности. Контрольная функция, как правило, связывается с госу-

64 Федеральный закон от 15.04.1998 N 66-ФЗ (ред. от 30.12.2008) «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (принят ГД ФС РФ 11.03.1998) // Российская газета. 23.04.1998. N 79

65 Федеральный закон от 26.11.1996 N 138-ФЗ (ред. от 09.11.2009) «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления» (принят ГД ФС РФ 23.10.1996) // Российская газета. 04.12.1996. N 232.

66 Федеральный закон от 09.01.1996 N 3-ФЗ (ред. от 23.07.2008) «О радиационной безопасности населения» (принят ГД ФС РФ 05.12.1995) // Российская газета. 17.01.1996. N 9.

67 Федеральный закон от 04.05.1999 N 96-ФЗ (ред. от 27.12.2009) «Об охране атмосферного воздуха» (принят ГД ФС РФ 02.04.1999) // Российская газета. 13.05.1999. № 91.

68 Федеральный закон от 10.01.2002 N 7-ФЗ (ред. от 27.12.2009) «Об охране окружающей среды» (принят ГД ФС РФ 20.12.2001) // Российская газета.. 12.01.2002. N 6.

69 Федеральный закон от 27.05.2003 N 58-ФЗ (ред. от 01.12.2007) «О системе государственной службы Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 25.04.2003) // Российская газета.. 31.05.2003. N 104.

⁷⁰ п. 4 ст. 2 Федерального закона от 04.04.2005 N 32-ФЗ (ред. от 25.12.2008) «Об Общественной палате Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 16.03.2005) // Российская газета.. 07.04.2005. N 70.

⁷¹ См., например: Афанасьев В. Г. Научное управление обществом. М., 1968. С. 234-241; Атаманчук Г. В. Государственное управление. М., 2000. С. 56; Государственное управление: основы теории и организации: Учебник.: в 2 т. / Под ред. В. А. Козбаненко. 2-е изд., изм. и доп. М., 2002. Т. 2. С. 99; Кочергин Е. А. Основы государственного и управленческого контроля. М., 2000. С. 11; Социальное управление: Словарь. М., 1994. С. 74; Социальный менеджмент: Учебник. / Под ред. В. Н. Иванова, В. И. Патрушева. М., 1998. С. 79 и др.

дарственным управлением. Распространенное применение термина «общественный контроль» обусловлено также разработкой кибернетикой механизма обратной связи между субъектом и объектом контроля, с помощью которой происходит передача информации от объекта к субъекту управления.

Ю. А. Тихомиров справедливо отмечает, что «как форма обратной связи контроль представляет собой один из важнейших каналов получения объективной информации, с одной стороны, обо всех процессах, протекающих в различных сферах общественной жизни, с другой - о деятельности государственных органов»⁷².

В предлагаемом КМО общественный профессионально-правовой надзор за обеспечением конституционных прав и свобод также является формой обратной связи.

По поводу реализации контрольной функции государственного управления в научной литературе высказываются различные точки зрения, в том числе довольно радикальные. Некоторые авторы предлагают сформировать самостоятельную контрольную ветвь власти, тесно связывая при этом классификацию функций государства с принципом разделения властей⁷³. Следует согласиться с мнением Ю.И. Бондаря, что «при таких обстоятельствах общественное звено рискует перерасти во властный механизм, потеряв общественный интерес»⁷⁴.

Объективности ради, нельзя не отметить, что в юридической науке при более глубоком раскрытии содержания контроля исследуется прежде всего его внутренняя структура. Ю.И. Бондарь полагает, что контрольный процесс не ограничивается наблюдательными и проверочными процедурами, а содержит механизм применения мер ответственности за несоблюдение норм закона, при этом он отмечает участие в нем институтов гражданского общества, не подменяющих и не заменяющих контрольную деятельность государственных органов, а оказывающих им неоценимую помощь и поддержку в реализации государственной политики. Данное утверждение представляется спорным, так как при отсутствии государственно-властных полномочий институты гражданского общества не способны привлекать к ответственности чиновников.

Для обозначения совокупности средств и приемов, с помощью которых общество гарантирует, что его члены, отдельные субъекты управления, соци-

72 Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. М., 2001. С. 411.

73 Морозова Л. А. Современная российская государственность: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1998. С. 20; Пожарский Д. В. Государственный контроль и надзор как функция современного государства // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права: Сб. тезисов ст. М., 2003. С. 258.

74 Бондарь Н.Ю. Институт общественного контроля за органами государственной власти, Российский юридический журнал 2009. №4. С. 214.

альные группы будут действовать в соответствии с установленными нормами и ценностями, в юридической литературе используется термин «социальный контроль». Д. М. Овсянко отмечает: «Социальный контроль за деятельностью органов власти заключается в том, что уполномоченные на то государственные органы (законодательной, исполнительной, судебной власти) и общественные организации, используя организационно-правовые способы и средства, выявляют, не допущены ли в деятельности подконтрольных органов власти и их должностных лиц какие-либо отклонения от законности, а если таковые имеются, то своевременно их устраняют⁷⁵». Вновь термин «контроль» применяется в отношении деятельности субъектов, как обладающих властными полномочиями, так и лишенных их.

Как показывает многолетняя практика автора и его правозащитная деятельность, именно чиновники, обладающие властными полномочиями (начальник жилищно-коммунального хозяйства, заведующий жилищным отделом городской или районной администрации) нарушают конституционные права и свободы в большей степени, так как человек сталкивается с ними по жизненно важным для него вопросам регулярно. Именно их деятельность нуждается в настоящее время как никогда в надзоре со стороны общества в лице его институтов, обладающих особыми признаками. Результатом такого надзора может стать оценка профессиональной пригодности чиновника, исходя из критерия соблюдения конституционных приоритетов, и даже эффективная борьба с коррупцией. Профессиональный общественный надзор за соблюдением конституционных прав и свобод человека значительно затруднит процесс взяточничества. Но не все институты общества способны его осуществлять в силу объективных причин, в первую очередь, отсутствия профессиональных навыков в познании права и экономической и организационной независимости от государственных чиновников всех рангов.

Целями институтов гражданского общества являются соблюдение прав человека и демократических свобод, сочетание прав и свобод с ответственностью человека перед обществом, эффективный общественный надзор за обеспечением конституционных прав и свобод человека чиновниками всех органов власти всех ветвей и уровней, формирование культуры сотрудничества на основе принципов партнерства между органами власти и организациями гражданского общества. Реализация этих благих целей до сих пор не обеспечена государством, а гражданское общество не потребовало передачи ему хотя бы ограниченных надзорных функций в области обеспечения конституционных прав и свобод. Среди негосударственных субъектов системы обеспечения конституционных прав и свобод нет ни одного наделенного го-

⁷⁵ Овсянко Д. М. Административное право. М., 1997. С. 145.

сударством контрольно-надзорными функциями и властными полномочиями в предлагаемом автором понимании «контроля и надзора за обеспечением конституционных прав и свобод», обладающего правом дачи обязательных указаний для проведения проверки и отстранения от должности чиновника, нарушающего конституционные права и свободы. Исключение составляет квазиинститут гражданского общества – суд присяжных. Весь контроль за обеспечением конституционных прав сконцентрирован у государственных чиновников, фактически лишенных надзора со стороны общества.

Именно право должно быть единственным критерием установления истины. Власть права - высшая власть, соответствие действующих законов основному - Конституции, гарантированных ей человеку прав и свобод служит критерием истинности всех иных прав, подлежащих охране, защите и восстановлению и корреспондирующих им обязанностей. Известно, что в правовом государстве власть должна быть подчинена праву, что достигается только путем контроля над ней. Как справедливо пишет А. С. Панарин: «нет ничего опаснее бесконтрольной власти, опирающейся не на закон, а на угрозу применения насилия; необходим надежный демократический контроль»⁷⁶. В свою очередь В. О. Лучин и Н. А. Боброва отмечают, что способность общества к контролю над властью - признак гражданского общества. Только контроль, приобретая правовые формы, способен подчинить власть праву, и только при условии существования гражданского общества государство оказывается «под правом», становится «правовым»⁷⁷.

2.2. Субъекты профессионально-правовой демократии за обеспечением конституционных прав и свобод системой публичной власти

Реализация конституционного принципа народовластия требует законодательного регулирования реализации *общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод всеми органами государственной власти и определения круга субъектов, способных его реализовать эффективно*. Общественный надзор, осуществляемый организованно и целенаправленно в рамках существующей политико-правовой системы путем эффективной деятельности КМО, позволит разрешить имеющиеся проблемы в отношениях человека и государства цивилизованно, используя определенные законом каналы взаимодействия и взаимной ответственности.

⁷⁶ Панарин А. С. Глобальное политическое прогнозирование. М., 2002. С. 10-11.

⁷⁷ Лучин В. О., Боброва Н. А. Конституционный строй России: основные политико-правовые характеристики // Право и политика. 2003. № 10. С. 27.

Порядок осуществления общественного надзора за деятельностью государственных органов предполагает определенные результаты его реализации: поиск фактов нарушения конституционных прав и свобод, а главное их восстановление и привлечение нарушителей к ответственности. Порядок общественно-правовой защиты – это законодательно установленная процедура реализации прав и обязанностей участников правозащитной деятельности, предусмотренных международным и национальным правом, а также совокупность средств, методов и способов их применения в целях обеспечения реализации конституционных прав и свобод человека в рамках действия КМО. Именно в рамках данного механизма общественно-правовая защита становится конституционно-правовой, объединяя властные правоохранные институты государства и лишенные власти, эффективно использующие власть права над всеми, институты гражданского общества.

Исходим из того, что в систему охраны права наравне с правоохранительными органами государства входят правозащитные институты гражданского общества. Общественные надзорные полномочия институтов гражданского общества по обеспечению конституционных прав и свобод человека должны реализоваться в тесном взаимодействии с властными государственными органами, имеющими контрольные полномочия. Общественный надзор должен длиться до полного восстановления прав и привлечения виновного к ответственности с освещением в средствах массовой информации. Вся информация о самих фактах нарушения конституционных прав и свобод должна поступать непосредственно гаранту Конституции – президенту через подчиняющийся ему напрямую специально созданный *Комитет конституционного общественного надзора*, имеющий особый правовой статус негосударственной структуры, деятельность которого должна финансироваться из средств специального фонда президента «По обеспечению конституционных прав и свобод и верховенства действия Конституции», распределяемых коллегиально президиумом Комитета, с последующим отчетом перед всеми членами, представителями исключительно правовых правозащитных институтов гражданского общества, обладающих организационной и экономической независимостью от государственных структур, способных эффективно использовать власть права над всеми ветвями государственной власти.

Развитое гражданское общество – это определенное состояние общественных отношений, при которых создается возможность для участия всего народа и каждого человека в государственном управлении, надзоре за этим управлением, тесно взаимодействующем с контролирующими органами власти по привлечению нарушителей к ответственности, а также распределении и управлению общественными ресурсами.

Конституционно-правовая природа общественного надзора проявляется в том, что при его осуществлении используются нормы права для разрешения конкретных юридических ситуаций в соответствии с конституционными правами и свободами. Следовательно, эффективный общественный надзор может быть осуществлен только знатоками права.

Общественный надзор возможен как за активным, так и за пассивным использованием права, но результативным он может быть только в порядке предотвращения нарушения прав с помощью власти закона, а точнее его знания и уведомления об этом чиновника. Особо следует отметить, что роль права как системообразующего элемента КМО может быть реализована в обществе при условии отношения к нему всех и каждого как абсолютной ценности.

Можно классифицировать основные признаки общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека органами государственной власти как: 1. Самостоятельного вида надзора; подвида конституционного надзора, исходя из реализации результата и глобальных целей (конституционных); 2. Одного из видов социального контроля; 3. Функции наблюдения, предупреждения, просвещения в праве; 4. Формы обратной связи общества с государственными чиновниками; 5. Организационно-юридического средства обеспечения режима конституционной законности; 6. Особого вида юридического процесса реализации прав и свобод человека.

Общественный надзор как самостоятельная деятельность выражается в сознательной, целенаправленной, организующей работе по повышению эффективности работы механизма государственной власти, а также по улучшению взаимодействия субъекта и объекта надзора. При этом только независимый общественный надзор способен эффективно реагировать на нарушения, устранять их, а также способствовать восстановлению нарушенных конституционных прав и свобод человека.

3. Конституционно-социальная ценность адвокатуры и адвокатской деятельности для правового государства и гражданского общества

В рамках данного параграфа рассмотрены свойства публичности адвокатуры как института общества и адвоката как субъекта адвокатской деятельности, позволяющие прийти к выводу о конституционно-правовом статусе как адвоката, так и институциональной адвокатуры, выяснены причины заинтересованности государства в усилении роли адвокатуры (ст. 7, 2, 15, 18 Конституции, объявившие государство не только социальным, но и правовым), охарактеризован теоретико-методологический подход к определению

гражданского общества, определено соотношение понятий «общество», «государство», «гражданское общество».

Необходимость адвокатуры осознается государством и нормативно закреплена конституционным регулированием ее деятельности: прямым (ст. 48, ст. 72 «л»); косвенным, связанным с деятельностью судебной системы (ст. ст. 2, 18, 22, 24, ст. 46, ст. 47, 50).

Признание государством и законодательное закрепление именно адвокатской деятельности как правозащитной деятельности по оказанию квалифицированной юридической помощи, отраженной в Конституции РФ, позволяет, на наш взгляд, квалифицировать институт *адвокатуры как конституционный институт не только защиты прав и свобод человека, как это признается учеными и практиками, но и их обеспечения, включающего охрану, защиту и гарантирование* реализации важных элементов КМО (гарантий и принципов), позволяющих признать зарождение нового статуса адвокатуры как канонической (идеальной, защищающей не только интересы членов своей корпорации, но и всех и каждого члена общества профессионально и квалифицированно на принципах нравственности).

Статья 3 закона об адвокатуре, озаглавленная «Адвокатура и государство», посвящена нормативному урегулированию взаимоотношений не только адвокатуры и государства, но и адвокатуры и общества, с указанием основополагающих принципов ее деятельности, гласит: «Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления». Закон ввел в федеральное законодательство термины «гражданское общество» и «институт гражданского общества», что позволяет исследовать институт адвокатуры с позиции понятия «институт» в контексте его системных связей с гражданским обществом и правовым государством.

Адвокатура определена законодателем, во-первых, как профессиональное сообщество, что имело место и в ранее даваемых определениях, а во-вторых, впервые это сообщество законодательно признано институтом гражданского общества. Именно с позиции канонической адвокатуры имеющей конституционно-правовой статус этот элемент является основополагающим в статусе адвокатуры как организации и института гражданского общества и исследуется автором в различных проявлениях.

3.1. Причины государственного признания публичности правозащитных функций института адвокатуры

Определение причин государственного признания публичных правозащитных функций именно за институтом адвокатуры, а также установление сути качественно новых отношений, зарождающихся между адвокатурой как институтом гражданского общества, обусловленных выделением ее из системы органов государственной власти и органов местного самоуправления, и государством (разделяем государство как самостоятельный институт, и государство как группу чиновников, наделенных государственной властью, интересы которых отличаются от интересов общества, что было указано ранее), представляется логичным традиционно начать с понятийного аппарата, выяснив, что подразумевается в обычном и научном смысле под терминами *«правовое государство»* и *«гражданское общество»*, а затем определить место адвокатуры в системе общественных организаций, отметив ее принципиальные отличия, позволяющие утверждать, что именно она является защитником не только адвокатов, но и гражданского общества от нарушения конституционных прав и свобод со стороны государственных органов (организации и их членов), уполномоченных использовать предоставленную им власть в строгом соответствии с требованиями закона, подчиняясь власти права, презюмируя интересы человека, ради блага которого создано само государство и осуществляется их деятельность, оплачиваемая обществом.

Создание концепции гражданского общества было обусловлено необходимостью защиты человека от вмешательства в его жизнь полицейского, тоталитарного государства. основополагающие положения, определяющие статус гражданского общества, выработал в начале XIX века Гегель, определивший в *«Философия права»* его как средоточие и воплощение свободы личности⁷⁸.

Некоторые исследователи данной проблематики считают, что гражданское общество представляет собой совокупность лиц, обычно называемых *«частными»*; совокупность межличностных отношений, интересов; совокупность социальных, экологических, культурных, религиозных, семейных, территориальных и иных структур, функционирующих в данном обществе вне государственного вмешательства и формирующих в активном взаимодействии с государством развитые правовые отношения, *«правила игры»* различных субъектов социального и индивидуального действия⁷⁹. Еще Карл Маркс высказал утверждение о том, что только общий интерес сцепляет друг с дру-

⁷⁸ Гегель Г.В.Ф. Философия права. История политических и правовых учений: Хрестоматия /Сост. Ячевский В.В. Воронеж. 2000. С. 581.

⁷⁹ Российская юридическая энциклопедия / Под ред. А.Я. Сухарева. М.: Издательский Дом ИНФРА-М, 1999. С. 214.

гом членов гражданского общества⁸⁰. Следует отметить, что в научной трактовке одной из ключевых категорий современной цивилизации—категории «гражданское общество» существует довольно большой разброс мнений и оценок как в западной, так и в отечественной литературе. Дискуссионным остается вопрос о происхождении, исторических судьбах и хронологических рамках гражданского общества⁸¹. В результате оставшегося за рамками диссертационного исследования анализа правовых, политических идей и воззрений относительно гражданского общества выделим следующие: В.Д. Перевалов определяет гражданское общество как «исторически сформировавшаяся общность людей в результате их совместной деятельности на конкретной территории; организованную совокупность людей, объединенных индивидуальными, коллективными и общественными потребностями и интересами; форму и процесс сохранения и воспроизводства рода человеческого; определенную организацию человеческой жизни, целостную систему многообразных связей и отношений; постоянно изменяющийся результат (продукт) противоречивого, но непрерывного взаимодействия людей и их объединений»⁸². Особое значение в рамках проводимого исследования имеет определение гражданского общества, данное О.Е. Кутафиным, как системы самостоятельных и независимых от государства общественных институтов и отношений, которые обеспечивают условия для реализации частных интересов и потребностей индивидуумов и коллективов, для жизнедеятельности социальной, культурной и духовной сфер, их воспроизводства и передачи от поколения к поколению⁸³.

Анализ законодательства России с целью выявления присутствия в текстах действующих законов терминологического понятия «гражданское общество» свидетельствует о том, что в нормах российского права такой термин отсутствует (исключение составляет ст. 3 закона об адвокатуре). Тем не менее, 6 ноября 2004 г. был принят Указ Президента РФ №1417 «О Совете при Президенте РФ по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека», согласно которому Комиссия по правам человека при Президенте РФ преобразована в Совет при Президенте РФ по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека.

Адвокатура не упоминается в Указе как элемент гражданского общества, но, являясь им в силу законодательного признания (ст. 3 закона об адвокатуре) и исторического возникновения, способна, на наш взгляд, эффективно выполнить ряд полномочий, возложенных президентом на Совет в про-

⁸⁰ Маркс К. и Энгельс Ф. Избранные произведения. Соч.2-е изд. Т.2. Ч. 1. М., 1970. С. 134.

⁸¹ Панарин А.С. Политология. М., Проспект, 2000. С. 125.

⁸² Перевалов В.Д. Теория государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008. С. 28.

⁸³ См.: Кутафин О.Е. Конституционное право Российской Федерации. М.: Юристъ, 2002.

цессе реализации функции общественного профессионально-правового независимого надзора за отправлением правосудия, деятельностью исполнительной власти в сфере обеспечения конституционных прав и свобод и участия в законотворческой деятельности.

3.2. Критерии определения правового государства

Для наиболее полного определения взаимоотношений современной адвокатуры, наделенной государством принципиально новым статусом, необходимо определить критерии правового государства, построение которого провозглашено в отсутствие однозначного определения самого понятия «правовое государство», несмотря на то, что именно правовое государство в настоящее время признается идеальной моделью государства.

С древних времен ученые разных стран пытались найти идеальную форму устройства государства, которая не только отвечала бы потребностям существующего образа жизни, но и способствовала позитивному развитию общества. На взгляд А.В. Новикова, с которым представляется возможным согласиться, правовое государство можно определить как систему организации взаимодействия власти и общества в государстве, которая целями своего функционирования определяет установление и защиту прав и свобод человека как личности, закрепление народного суверенитета, а также укрепление правопорядка⁸⁴.

Представляет интерес содержание словосочетания «правовое государство». Критерием истины может служить соотношение права и закона. Закон – это воля государства, закрепленная в определенной форме. Когда эта воля соответствует праву, тогда закон является правовым. Закон без правового содержания – произвол, право без законодательного оформления – всего лишь идеал, не имеющий практического значения в регулировании общественных отношений.

Когда право (закон) ограничивает государство в возможном злоупотреблении властными полномочиями над обществом и человеком, тогда государственная власть реально стремится создать правовое государство. Полагаем, что с позиции исследуемого КМО правовое государство можно определить как систему обеспечения взаимодействия власти и общества по реализации конституционных прав и свобод человека, основанное на власти права.

⁸⁴ Новиков А.В. Норма. Закон. Законодательство. Право// Материалы всерос. студен. научн. конф. (Пермь, май 2006 г.). Пермь: Пермский госуниверситет, 2007. С. 20 – 21.

Нормы права должны быть направлены не только на установление определенных прав и свобод человека, но и на обеспечение их охраны и полное восстановление. В правовом государстве не должно быть пробелов в законодательстве, а законы не могут подменяться подзаконными актами. Но и при полноте законодательства и его относительном совершенстве (абсолютное, полагаем, невозможно) требуется профессиональное и нравственное правоприменение. Это входит в круг обязанностей органов исполнительной и судебной власти и требует надзора со стороны определенных институтов гражданского общества. Конституционно наше государство объявлено и правовым, и социальным. Но пока не господствует закон, пока права человека поставлены в зависимость от произвола чиновника, пока не обеспечена эффективная судебная защита этих прав, уравнивающая взаимную ответственность государства и личности, правовым оно не будет. Правовое государство нельзя построить без поддержки общества. Только при наличии «обратной связи» можно говорить о положительном эффекте проводимой государством политики построения правового государства.

Гражданское общество первично по отношению к правовому государству, также как и традиционное общество – по отношению к «доправовому» государству: сначала формируется гражданское общество, а затем на его основе «конструируется» правовое государство. История развития государственно-правовой материи свидетельствует о том, что государство с момента своего возникновения никогда не было пассивным по отношению к обществу, а всегда было по отношению к нему активным.

Каждый человек по естественному состоянию желает действовать преимущественно в своих интересах, иногда абсолютно не считаясь с интересами других. Это вызывает необходимость создания механизмов регулирования и контроля в виде государственной власти и обеспечения механизмов повиновения ей. Однако государство по своей сути и внутреннему устройству объективно всегда стремится к узурпации и расширению власти чиновниками, чрезмерному урегулированию всех сфер человеческой жизни бюрократическими процедурами, бесконтрольному пользованию общественными благами.

Отсутствие действенного контроля за такими явлениями рано или поздно порождает полный произвол и беззаконие, незащищенность прав граждан. С течением времени именно государство начинает представлять главную опасность для человека, злоупотребляя имеющейся властью. С учетом исторического опыта представляется справедливым мнение Г.М. Резника о том, что «гражданское общество остро нуждается в знатоках права – людях, которые, не находясь на службе у государства, оказывали бы профес-

сиональную юридическую помощь членам этого общества, осуществляли от имени гражданского общества публичный правовой контроль за властью»⁸⁵.

Интересы и ценности государства как относительно самостоятельного и самодостаточного института не являются решающими. Таковыми являются только интересы и ценности самого общества. Их защита и гарантии служат своего рода оправданием процесса возникновения и смыслом существования государства. Неоспоримый приоритет интересов и ценностей общества по отношению к интересам и ценностям государства, в случае их расхождения, является, следуя природе их возникновения и развития, выражением первичности общества и вторичности государства. Это представляется особенно важным с позиции презюмирования автором приоритета применения конституционных ценностей при решении всех существующих коллизий отраслей, законов, норм и т.п. в пользу защиты права и свобод человека, а не органов власти в публичных и административных отношениях.

Оказывая прямое воздействие на общество, государство само, в свою очередь, подвергается обратному влиянию со стороны общества. Гражданское общество в отличие от традиционного общества, согласно сложившемуся о нем в отечественной и зарубежной литературе представлению, должно иметь несравнимо большее влияние на государство в целом, а также на его различные органы и организации. Весьма важную роль гражданское общество призвано сыграть в правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности правового государства⁸⁶. Уровень развития государства соответствует уровню развития породившего его общества.

3.3. Проблемы формирования и развития гражданского общества

Формирующееся гражданское общество представляет собой явление несколько более широкое, чем государство. Принципиальным признаком развития гражданского общества является способность его населения к самоорганизации (при том, что его цели и мотивы носят творческий, созидательный, инновационный характер)⁸⁷. Исторически государство не может не нуждаться в общественном надзоре и ему необходимо определить такую организацию в обществе, которая в силу своего социального положения была бы способна реально осуществлять не только общественный надзор, но и кон-

⁸⁵ Резник Г.М. Неопределенностью закона кто-то обязательно воспользуется, чтобы извратить его действительный смысл // Адвокат. 2004. № 11. С. 11.

⁸⁶ См.: Garrett E. Term Limitations and the Myth of the Citizen - legislator. - Cornell Law Review. 1996. №3. P. 623-694; Druzek J. Political Inclusion and the Dynamics of Democratization. American Political Science Review. 1996. № 1. С. 481 – 482.

⁸⁷ Лценко И.С., Картавцев С.И. Конституционные основы формирования гражданского общества в Российской Федерации. М.: РАГС, 2006 г. С. 49.

троль, предполагающий в отдельных случаях властные функции общества. Емко об этом говорит профессор М.Н. Марченко: «История свидетельствует: политический, социальный или любой иной искусственно созданный институт никогда не мог заменить собой реальный, выросший из глубин самого общества и связанный корнями с этим обществом, жизнеспособный институт...ключ к формированию гражданского общества, а вместе с ним и правового государства, лежит в недрах традиционного общества»⁸⁸.

Исторический анализ эволюционного зарождения адвокатуры позволяет утверждать, что именно она является таким институтом гражданского общества, который в силу своего социального положения (вырос из глубин самого общества без санкционирования государством, а запреты и отмены его государством не привели к его исчезновению в революционный период) способен осуществлять так требуемый государству профессионально-правовой общественный надзор за деятельностью чиновников всей системы публичной власти.

Исходя из проведенного анализа исследуемых категорий, можно утверждать, что гражданское общество не является противником государства. Само государство в лице институтов власти является субъектом общества в целом, но должно быть исключено, по нашему мнению, из субъектов гражданского общества. В этом коренное и принципиальное отличие двух исследуемых категорий «общество» и «гражданское общество». Следовательно, субъектами гражданского общества являются общественные организации и граждане, а государство в лице институтов власти должно быть исключено из субъектов гражданского общества. Полагаем, что на современном этапе развития России о гражданском обществе нельзя говорить как о полностью сложившемся элементе политической системы. Но именно создание гражданского общества является необходимой предпосылкой для успешного продвижения социально-экономических, политических и правовых реформ в России.

3.4. Конституционно-социальная ценность адвокатуры и адвокатской деятельности

Уместно сослаться на мнение Н.В. Андрианова, обосновано полагающего, что сложность и парадоксальность института адвокатуры состоит в скреплении и стабилизации внутриадавокатских связей⁸⁹.

⁸⁸ Марченко М.Н. Взаимодействие государства и гражданского общества: вопросы теории// Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия: Сб. статей Международной НПК, г. Туапсе 18-19 сентября 2006 г. Туапсе: Изд-во ТГУ, 2007. С. 9.

⁸⁹ Андрианов Н.В. Гражданское общество как среда институционализации адвокатуры. Дис. ... канд. юр.

Конституционно-социальную ценность адвокатуры и адвокатской деятельности следует рассматривать в трех основных аспектах отношений, составляющих второй элемент предлагаемого автором КМО:

1. Отношения с государством и его органами;
2. Отношения с обществом: 1. Всеми институтами гражданского общества; 2. Правозащитными институтами; 3. Государственно-общественными организациями; 4. Общественными организациями.

Подробному научному анализу предлагаемой системы отношений посвящаются отдельные главы настоящего исследования, цель данного параграфа – определить основополагающие моменты исходя из общей ценности адвокатуры и адвокатской деятельности для правового государства и гражданского общества. Прежде чем перейти к основополагающим моментам, требуется дать краткие определения адвокатуры и адвокатской деятельности, позволяющие разделить категории «адвокатура» и «адвокат» по деятельностному признаку.

Данное исследование базируется на разграничении понятий «адвокатская деятельность», субъектом которой является адвокат, и «профессионально-правовая правозащитная деятельность», субъектами которой могут являться и адвокат, и адвокатура, причем и как сообщество (корпорации) адвокатов, и как институт гражданского общества. Отличие кроется в осуществляемых адвокатурой функциях, вызванных различием целей и задач субъектов адвокатского права, которые не способен осуществлять в одиночку отдельный адвокат. Противостоять чиновнику, защищенному государственной машиной власти, вне корпорации не под силу ни одному юристу.

1. Представляется, что формулировка, касающаяся определения отношений адвокатуры с государством, наиболее точно изложена в пункте 5 «Права и обязанности общества» Международных «Стандартов независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов», возлагающем на юристов и государственные органы обязанность обучать и просвещать общество относительно принципов правового государства, значения независимой судебной системы и всей юридической профессии, информировать их о правах и обязанностях, а также о возможных и надлежащих способах их осуществления⁹⁰.

Механизм гарантий законности обеспечивается гармоничной системой «сдержек и противовесов» в защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина. Четкая работа именно механизма гарантий законности

наук. М., 2005. С. 14.

⁹⁰ Конференции МАЮ, сентябрь 1990 г. Гавана.

обеспечивает конституционное функционирование механизма государственной власти и возникновение правового государства.

В демократической общественно-политической системе гражданское общество и государство неразрывно связаны между собой. Формирование гражданского общества предполагает разгосударствление многих сторон его жизнедеятельности. Государству необходимо отказаться от тотального контроля и ответственности за решение всех проблем, переключить внимание на те сферы, где оно действительно необходимо и где обязано выполнять свои изначальные функции: охрана правопорядка, оборона, законотворчество, защита прав человека и гражданина, внешняя политика, бюджет, экология, связь, транспорт и т.д.

Отсутствие механизмов тесного взаимодействия, конструктивного откровенного диалога между обществом и государством порождает кризисную форму развития по всему спектру социальных и экономических процессов, что недопустимо с точки зрения сохранения и общества, и государства. Одной из главных проблем сегодняшнего дня, как это ни парадоксально для самого государства, является формирование и поддержка гражданских социальных институтов, а следующей – трансформация общества, перестройка его основных поведенческих мотивов. Решающую роль в этом процессе может и должен играть защитник гражданского общества – институт адвокатуры. Только соблюдая законы, прислушиваясь к требованиям защитников общества, государство может стать реально правовым и сохраниться.

Общество, и даже государство, на страже законных интересов которых стоят адвокатура и конкретные адвокаты, защищающие граждан от нарушения их конституционных прав чиновниками, остро нуждается в институте адвокатуры, что подтверждено ходом истории, являющимся одним из самых верных критериев истины. *Государство в целом, как институт общества, заинтересованный в своем развитии, нуждается в сильном институте адвокатуры для самосохранения.* Несмотря на то, что адвокатура не входит в систему органов государственной власти и местного самоуправления, задачи, возложенные на нее, имеют государственное значение и отражают публичный интерес общества. Представительство интересов граждан адвокатом в конституционном, уголовном, административном и гражданском судопроизводстве направлено не только на удовлетворение интересов частного лица, но и на обеспечение принципа состязательности судебного процесса, достижение истины, охрану прав граждан и, тем самым, на создание демократического правового государства, провозглашенного Конституцией РФ, что принципиально для общества и государства.

Основополагающим в определении места и роли института адвокатуры как одного из базовых институтов гражданского общества является то, что одновременно он является одной из неотъемлемых частей государственного механизма отправления правосудия, жизненно необходимой для эффективного функционирования судебной власти, призванной конституционно контролировать деятельность исполнительной и законодательной в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека.

2. Понятия «адвокатура» и «гражданское общество» имеют очень глубокое конституционно-правовое содержание, несмотря на то, что сами эти термины в тексте Конституции РФ не используются⁹¹. Отметим в этой связи высказывание В.В. Путина: «Представителям власти прекрасно понятно, что гражданское общество не может быть сформировано по инициативе власти. Оно вырастает самостоятельно, имеет свою собственную корневую базу и питается духом свободы, и только тогда оно становится действительно гражданским»⁹².

Доктрина, рассматривающая адвокатуру как защитника гражданского общества, его особого института, способного обеспечивать реализацию властью конституционных прав и свобод человека, надзирая за ней, – принципиально новая доктрина, вызванная современной ситуацией с нарушением прав и свобод в России.

Доктринальная задача науки об адвокатуре состоит в выявлении новых обязанностей и новых задач института адвокатуры, признанного и законодателем, и самим гражданским обществом, его институтом для дальнейшего урегулирования вопросов, более четкого законодательного закрепления задач именно адвокатуры в этой области отношений. Для этого необходимо выяснить и вычленить традиционные связи адвокатуры и общества и определить признаки новизны, возникшие в связи с официальным признанием адвокатуры институтом гражданского общества.

Институту адвокатуры как профессиональному правовому правозащитному институту гражданского общества отведена важная и специфичная роль не только в механизме конституционного гарантирования судебной защиты прав и свобод и создания надлежащих условий последовательной реализации задач судопроизводства, но и в КМО во всех сферах жизни общества. Публичность сферы отправления правосудия и экономическая и организационная независимость позволяют адвокату привлекать внимание к проблемам и изъянам в правовой системе государства, выявленным в про-

⁹¹ Баренбойм П.Б., Резник Г.М. Адвокатура как защитник гражданского общества // Адвокат. 2004. № 8. С. 13.

⁹² Из выступления на открытии Гражданского форума, Москва, 21 ноября 2001 г.

цессе формирования и отстаивания правовой позиции доверителя в спорах и конфликтах с многочисленными чиновниками.

Г.Б. Мирзоев полагает, что полномочия общества и государства, данные адвокату на представление общественных интересов, требуют переосмысления⁹³. Именно этому переосмыслению роли адвокатуры в сегодняшнем обществе, ее стремлению к каноническому образу сочетания профессионализма и нравственности в деле защиты прав и свобод человека, обеспечению эффективной реализации КМО, подтверждающей наличие конституционно-правового статуса, посвящается дальнейшее исследование, содержащее подробный анализ взаимодействия адвокатуры, следуя предложенной в настоящем параграфе систематизации отношений.

По нашему мнению, пробелом в законе, требующим устранения, является, несмотря на позитивность положения ч. 1 ст. 3, отсутствие расширенной информации о задачах, а главное новых функциях адвокатуры, обусловленных признанием законодателем принципиально нового ее статуса в обществе.

К сожалению, и само адвокатское сообщество, извлекая аргументы для утверждения своей независимости, еще не увидело новых прав и обязанностей, вытекающих из данного статуса и не потребовало их законодательного закрепления.

Сложность и новизна проводимого автором исследования соотношения адвокатуры и гражданского общества и возникающих в этой связи отношений обусловлены тем, что в рамках современной российской правовой мысли понятие гражданского общества, к которому причислена и адвокатура, еще не полностью осознано, слабо теоретически разработано и не внедрено в правовую жизнь общества. Возможное частичное решение проблем заключается в предложениях по совершенствованию правовой деятельности гражданского общества путем совершенствования деятельности одного из наиболее значимых его институтов – института адвокатуры через конкретизацию дополнительных функций, обусловленных признанием нового статуса.

Адвокатура с социально-правовых позиций представляет собой очень сложное правовое явление, которое не укладывается в простые формы правового бытия. Одна из главных проблем кроется в определении граней правильного сочетания публичных интересов с автономным построением адвокатуры как института гражданского общества и деятельностью адвоката, связанного волей доверителя при решении конкретных вопросов.

⁹³ Мирзоев Г.Б. Правоохранительная деятельность государства и вопросы общественного контроля. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 63.

3.5. Концепция построения адвокатуры как социально-правового, конституционно-правозащитного публичного института

Рассматривая вопросы соотношения целей и задач института адвокатуры с целями и задачами гражданского общества, исследуя пути регламентации адвокатской деятельности, можно выделить несколько концепций построения адвокатуры как социально-правового, конституционно-правозащитного публичного института, действенного элемента КМО и возможностей ее дальнейшего развития.

1. Нигилистическая концепция, отрицающая публичное значение деятельности адвокатуры и рассматривающая адвоката как циничного, корыстного толкователя норм права, зарабатывающего на чужой проблеме. Была актуальной в XVI - XVIII вв., утратила значение, кроме исторического.

2. Этатистская концепция, согласно которой адвокатура – это часть государственного аппарата, служащая одной цели с обвинением, т.к. обе стороны призваны к установлению истины по делу и осуществлению пропагандистско-воспитательного воздействия на население. Попытки реализовать ее предпринимались при существовании советской власти.

3. Предпринимательская концепция, понимающая адвокатуру как сообщество лиц, оказывающих услуги на предпринимательской основе. В рамках социальной концепции адвокатура рассматривается как специфический общественный институт, призванный обеспечивать профессиональную поддержку гражданина при его общении с государством и другими гражданами, в особенности при обращении к правосудию⁹⁴.

Представляется логичным добавить в качестве четвертой авторскую концепцию адвокатуры.

4. Надзорная концепция, понимающая адвокатуру как институт гражданского общества, способный быть в силу особого статуса профессионально-правовым общественным надзирателем за обеспечением конституционных прав и свобод человека всей системой публичной власти.

Современное понимание роли адвокатуры в российском обществе свидетельствует о том, что дальнейшее развитие законодательного регулирования адвокатской деятельности должно базироваться на предлагаемой *надзорной концепции правозащиты, не исключаящей* элементы предпринимательской в части развития адвокатуры, обслуживающей российский бизнес. Именно в рамках такого подхода институт адвокатуры может рассматриваться как правозащитный институт, способный эффективно реализовать профес-

⁹⁴ Смирнов В.Н. Адвокатура и власть: История взаимоотношений. Екатеринбург: Изд-во Уральского университета. 2007 г. С. 167 - 172.

сиональный общественный надзор гражданского общества за обеспечением конституционных прав и свобод человека со стороны государственной власти. Представляется справедливым утверждение о том, что адвокатура является «таким институтом, на котором лежит обязанность обеспечить защиту прав гражданского общества, быть в публично-правовой сфере его представителем и защитником перед лицом государства»⁹⁵.

Определение новых задач адвокатуры как института гражданского общества, выполняемых адвокатурой в лице высшего исполнительного органа Совета Федеральной Палаты Адвокатов (далее ФПА), на базе информации, полученной от адвокатских палат субъектов РФ, обусловлено ее правозащитным конституционным статусом и требует подтверждения на законодательном уровне признания государством ее новой функции профессионально-правового общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод государственной властью и наделением ее соответствующими полномочиями.

С учетом теоретического осмысления и исторического анализа роли места адвокатуры и ее значения для правового государства и гражданского общества, представляется возможным предложить следующую новую редакцию ст. 3 закона об адвокатуре: «Адвокатура – конституционно-правовой, публичный институт гражданского общества, являющийся, в силу характера возложенных на нее обществом и государством функций, институтом, связывающим воедино общество и государство через представительство интересов общества в государственной системе судопроизводства, призванный выполнять правозащитную функцию всего общества и служить сохранению государства, осуществляя профессионально-правовую демокурию за исполнительной и судебной властью, принимая активное участие в деятельности законодательной власти.

Одновременно адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов, независимой, самоуправляемой, некоммерческой, добровольной, негосударственной корпорацией адвокатов, представляющей интересы своих членов, способствующей их профессиональному росту и нравственности, осуществляющей защиту прав и интересов членов корпорации.

Профессиональной правозащитной деятельностью адвокатуры в ее единстве является деятельность знатоков права (правоведов) по его защите от нарушений как членами и организациями гражданского общества, так и органами государственной власти».

⁹⁵ Баренбойм П.Б., Резник Г.М. Адвокатура как защитник гражданского общества // Адвокат. 2004. № 8. С. 10.

4. Место российской адвокатуры в механизме обеспечения конституционных прав и свобод. Зарубежное конституционное законодательство

4.1. Объекты защиты КМО

Объекты защиты КМО – права и свободы человека и гражданина, отражены в главе 2 Конституции РФ.

Различие между понятиями «право» и «свобода» в достаточной мере условно. И то и другое означает юридически признанную возможность каждого избирать вид и меру своего поведения как человека, как гражданина государства. Вместе с тем понятие «свобода» в большей мере увязано с такими правомочиями личности, которые очерчивают сферу ее самостоятельности, защищают от вмешательства в ее внутренний мир (свободы совести, вероисповедания, мысли, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания). Понятие «право» в большей мере предполагает какие-то положительные действия, услуги со стороны государства или правомочия человека на участие в деятельности определенных общественно-политических, хозяйственных структур.

Исходя из концепции КМО, принципиального различия между правами и свободами, кроме общепризнанного, отмеченного выше, не проводится, но предметом исследования в большей степени является обеспечение реализации прав, которые тесно связаны со свободой выбора защиты в цивилистических процессах (гражданском, арбитражном) и законностью и обоснованностью лишения свободы при привлечении человека к уголовной ответственности.

В различные эпохи проблема прав человека, неизменно оставаясь политико-правовой, приобретала либо религиозное, либо этическое, либо философское звучание в зависимости от социальной позиции находившихся у власти классов.

Глава 2 Конституции «Права и свободы человека и гражданина» включает 48 статей, подавляющая часть которых посвящена конкретным правам и свободам. Они представляют собой определенную систему, имеющую логические основания, отражающую специфику самих прав и свобод, сфер жизнедеятельности человека и гражданина, которых они касаются.

Конституционные права и свободы принято классифицировать согласно расположению, соответствующему последовательности отражения во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 году, по трем группам:

- 1) *личные*;
- 2) *политические*;
- 3) *социально-экономические*.

В российском законодательстве такая последовательность впервые была воспроизведена в Декларации прав и свобод человека и гражданина, принятой 22 ноября 1991 г., а затем отражена в Конституции РФ 1993 года. Во всех предшествующих конституциях, вплоть до Основного Закона 1978 года в его первоначальной редакции, последовательность закрепления прав и свобод была иной. Сначала фиксировались социально-экономические, затем политические и личные права и свободы. Это свидетельствовало об иной системе приоритетов, при которой личные права отодвигались как второстепенные⁹⁶, что до настоящего времени накладывает отпечаток на расстановку приоритетов при правоприменении, обусловленном традициями и привычками чиновников.

1. Целью государства является обеспечение охраны человеческого достоинства, но данная конституционная норма, обязывающая должностных лиц всех государственных органов к этому, практически не работает и реально действующей в России не стала, в чем автор усматривает глобальную проблему несоответствия конституционных презумпций и наличия фикций в праве. Для ее решения требуется эффективная работа КМО и тесное взаимодействие в его рамках органов власти и институтов общества.

Ограничение в правах (согласно ст. 55 ч. 3) является следствием федерального закона, предусматривающего данный принцип, и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В Российской Конституции воспроизведено положение, содержащееся в ст. 19 Всеобщей декларации прав человека, о праве граждан искать, получать и свободно распространять информацию. Им дополнена статья, закрепляющая право граждан на свободу мысли, слова, а также на беспрепятственное выражение мнений и убеждений (ст. 29). Поскольку в условиях тоталитарного режима не допускалось инакомыслие, такие права и свободы были ущемлены. В настоящее время ограничение свободы слова применяется для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения, не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающая социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду. Положения о правах граждан на свободу мысли можно отнести как к личным, так и к политическим правам.

⁹⁶ См.: Е.И. Козлова, О.Е. Кутафин. Конституционное право России. М.: Юрист, 1998.

2. В отличие от основных личных прав и свобод, которые по своей природе неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения как человеку, политические права и свободы (ст. 30-33) связаны с обладанием гражданством государства. Конституция адресует личные права каждому, политические – гражданам. Связь политических прав и свобод с гражданством не означает, однако, что они вторичны, производны от воли государства. Политические права и свободы выступают как естественные права и свободы каждого гражданина демократического государства.

Согласно ст. 30 Конституции РФ, «каждый имеет право на объединение...», т.е. создание разного рода (негосударственных) общественных объединений совместно с другими лицами и возможность входить и беспрепятственно выходить из них при гарантии свободы деятельности. Такими объединениями являются добровольные, самоуправляемые, некоммерческие формирования, созданные по инициативе граждан в целях удовлетворения их (духовных, материальных) потребностей. Для создания общественного объединения требуется инициатива не менее трех физических лиц (за исключением политических партий и профсоюзов). Среди объединений особо выделяются политические партии, созданные на основе политических интересов граждан. Целью создания политических партий является их политическая деятельность, участие в избирательных кампаниях, вовлечение непосредственно в решение государственных проблем. Одной из основных функций партий является информационная функция. С помощью политических партий до государственных органов доходит информация о проблемах общества. Гражданин может состоять в партии, а также быть беспартийным. Политические права граждан могут быть выражены как непосредственно (референдум, всенародное голосование), так и через представителей (ст. 32 п. 1).

К сожалению, правозащитные организации, способные эффективно реализовать информационную функцию, в Конституции не указаны и не могут напрямую донести до государственных органов информацию о проблемах общества, подобно партиям. Им требуется для этого проводить собрания, демонстрации и митинги, шествия и пикетирование, прося их санкционирования, в котором может быть необоснованно отказано. По данным вопросам правозащитные организации могут обратиться в суд самостоятельно, либо воспользоваться квалифицированной юридической помощью. При удовлетворении заявленных требований с государственного органа, виновного в необоснованном запрете, могут быть взысканы судебные расходы, в том числе на затраты по оплате услуг адвоката, выплачиваемые казной РФ (ст. 110 АПК РФ, 102 ГПК РФ, ст.16 ГК РФ).

Наиболее общим, объединяющим все другие политические права и свободы, является право участвовать в управлении делами государства (ст. 32), адресованное каждому гражданину. Народ не участвует в управлении, а осуществляет власть, является субъектом этой власти (ст. 3), осуществляя это право как непосредственно, так и через представителей. «Граждане Российской Федерации имеют право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме» (ст. 32 п. 2). Статья 32 п. 4 устанавливает, что «граждане Российской Федерации имеют равный доступ к государственной службе». Равный доступ предполагает право граждан на занятие любой государственной должности без всякой дискриминации, в том числе право гражданина на участие в отправлении правосудия, занимая должность судьи, становясь присяжным и народным заседателем. *Наличие указанного конституционного права представляет особый интерес в плане утраты гражданином депутатского или судейского статуса, без сохранения депутатского и судейского иммунитета и привилегий государственного служащего. Необеспечение государством гарантированных конституцией прав и свобод для всех без исключения граждан усиливает борьбу за получение депутатской или судейской неприкосновенности и места государственного служащего, дающих дополнительные гарантии, обеспечивающие хотя бы частичное соблюдение прав и свобод от необоснованных, а порой и обоснованных, при нарушении закона, притязаний и требований. Предлагаемый автором КМО призван если не устранить данный дисбаланс, то хотя бы минимизировать его.*

Конституцией закреплено право граждан обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления, предусмотренное как способ укрепления связей государственного аппарата с населением. Практически это не работающий в настоящее время механизм, сведенный к отпискам.

Участие граждан в управлении делами государства должно осуществляться путем их воздействия на деятельность представительных органов всех уровней – своих депутатов, через различные формы выражения общественного мнения о руководстве государственными делами, о направлении политики государства, о его деятельности, связанной с удовлетворением социальных потребностей общества. *Но именно эта форма народовластия представляется нам в силу объективных и субъективных причин действующей неэффективно.*

Важной формой участия граждан в осуществлении власти на местах является местное самоуправление.

3. Особую группу основных прав и свобод человека и гражданина составляют социально-экономические права и свободы. Они касаются таких важных сфер жизни человека, как собственность, труд, отдых, здоровье, образование, и призваны обеспечить физические, материальные, духовные и другие социально значимые потребности личности. Конституция 1993 года, помимо личных и политических конституционных прав, регламентирует социальные, экономические и культурные права, к которым и относится гарантированное государством, но не обеспеченное им право на получение квалифицированной юридической помощи, субъектами которой объективно можно признать адвоката и ученого, имеющего научную степень кандидата или доктора юридических наук, т.е. юриста, имеющего статус адвоката, полученный по результатам сдачи квалификационного экзамена на знание права, и ученого, подтвердившего свою квалификацию научным трудом, признанным государством.

Конституция Российской Федерации 1993 года, по сравнению с основными законами советского типа, исходит из принципиально иной идеологии при закреплении социально-экономических прав и свобод, к которым относятся свобода предпринимательской деятельности, право частной собственности, в том числе и на землю, свобода труда и право на труд в надлежащих условиях, право на отдых, охрана семьи, право социального обеспечения, право на жилище, право на охрану здоровья, на благоприятную окружающую среду, право на образование, свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания, право пользования учреждениями культуры (ст. 34 – 44).

Конституционные положения правоохранительного свойства обеспечивают пользование правами и свободами и порядок их восстановления. Последних сравнительно много. «Каждому, – сказано в части 1 статьи 46 Конституции, – гарантируется судебная защита прав и свобод». В части 1 статьи 45 закреплена норма, обобщающая различные виды государственной поддержки прав и свобод и правила их восстановления в случае нарушения последних: «Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в РФ гарантируется». В осуществлении этого конституционного положения должны быть задействованы все органы государства и некоторые общественные структуры, но для их эффективной реализации необходимо создание и четкое функционирование всего КМО, концептуальное видение которого и предлагается далее автором исследования.

Следует отметить тенденцию, связанную с расширением социально-экономических прав и свобод – увеличения предпринимательских рисков и уменьшения ответственности государства за их реализацию и защиту.

Возрастающая активность и индивидуальная ответственность человека как субъекта экономической и социальной деятельности позволяет развиваться экономике страны. Проблема кроется в том, что чиновники, обладая властными полномочиями, стремятся переложить не только бремя рисков на предпринимателей, но и ответственность за свои действия, прикрываясь интересами государства, преследуя личную экономическую выгоду. Например, при неисполнении своих обязательств в гражданско-правовых отношениях и отказе от уплаты убытков ссылаются на отсутствие финансирования, а суды ограничиваются взысканием минимальной неустойки. Такая порочная судебная практика нашла поддержку на уровне Верховного и Высшего арбитражного судов РФ. Грубейшее нарушение Конституционных прав (ст. ст. 45, 53, 123), возникновение необоснованного экономического дисбаланса приводят к банкротству предпринимателей. То же происходит и с обманутыми дольщиками, которых заставляют достраивать квартиры за собственный счет, несмотря на ответственность органов государства за расходование их средств застройщиком, вплоть до лишения его лицензии.

Конституционные права и свободы составляют ядро правового статуса личности и лежат в основе всех других прав, закрепляемых иными отраслями права.

К правам, направленным на охрану всех прав и свобод, относятся право на жалобу, право на судебный иск, право обвиняемого на защиту и другие. Указанную группу прав можно назвать *уполномочивающими на защиту правами*.

По объекту основные права и свободы можно разделить на 2 группы: 1) права, определяющие пользование определенными социальными благами; 2) права, направленные на охрану других прав и свобод личности, в том числе *уполномочивающие на защиту*.

Обязательность выполнения социальных функций государства и перекладывание их на иных субъектов также является предметом исследования в аспекте анализа форм оказания гарантированной государством бесплатной юридической помощи (ст.48).

Правовой статус личности характеризуется не только правами и свободами, но и обязанностями. Эти обязанности затрагивают многообразные сферы отношений, в которых субъектом выступает человек.

В конституционно закрепленных основных обязанностях выражены наиболее важные требования – ответственность личности перед обществом, гражданина перед государством, надлежащее отношение гражданина к государственным и общественным интересам, активное включение его в охрану этих интересов. В действующей Конституции обязанности граждан отраже-

ны в ст.ст. 15, 44, 57 – 59 как необходимость соблюдать Конституцию и законы, платить налоги, сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам, историческому и культурному наследию, нести военную службу, защищать Отечество. В международных пактах о правах и Конституциях ряда современных зарубежных стран указываются и другие обязанности. Важнейшей обязанностью гражданина, также как и любого иного лица, проживающего в Российской Федерации, является соблюдение Конституции и законов. Эта обязанность граждан РФ зафиксирована в главе об основах ее конституционного строя (ст. 15), что позволит сделать вывод о том, что каждый чиновник является одновременно гражданином и обязан не только как государственный служащий соблюдать конституцию, но и как простой гражданин. Реализовать презумпцию обеспечения чиновниками всех ветвей власти конституционных прав и свобод перед ведомственными интересами возможно при наличии эффективного профессионально-правового общественного надзора (демокурии) за деятельностью всех ведомств, при четком разграничении ответственности отдельных чиновников.

Значение Конституции РФ определяется тем, что нормы, установленные в ней, должны выступать как форма воплощения государственной воли народа. Задачи, которые ставит перед собой общество, отражают принципы его организации и жизнедеятельности и должны строго соответствовать конституционным принципам. Конституционные права и свободы являются главным элементом конституционного правоотношения, в котором участвует государство и человек. Для человека смысл такого правоотношения состоит в получении защиты своих прав, а для государства – в обязанности предоставить эту защиту.

Поскольку критической формой защиты прав и свобод человека является защита гражданина от необоснованного лишения свободы, а привлечение к уголовной ответственности в соответствии со ст. 48 Конституции может осуществляться только при обязательном предоставлении квалифицированной юридической помощи (т.е. помощи адвоката), на государстве лежит обязанность по обеспечению такой помощи.

Основными правами признаются самые существенные, особо важные права, которые являются общими для всех и принадлежат всем на равных началах. Характерными для них являются особая устойчивость и юридический статус, т.е. обязательное признание всеми ветвями власти их высшего положения в иерархической шкале прав, установленных в обычных законах. К сожалению, объективная реальность далека от конституционно закрепленного идеала презюмируемых ценностей, а главное – исполнения конституцион-

ных обязанностей исполнительной и судебной властью. Одной из причин этого, на наш взгляд, являются недостаточно высокая со стороны государства оценка роли и значения адвокатуры в целом как профессионального общественного надзирателя за соблюдением конституционных прав и свобод всей системой публичной власти.

Решающее значение имеют законы и подзаконные акты, правоприменительная практика и общая правовая культура как исполнителей законов, так и правоприменителей, деятельность которых нуждается в профессиональном общественном надзоре, реализуемом через специальный контрольный орган при Президенте, гаранте Конституции. Не государство, а автор Конституции – «многонациональный народ РФ» наделил адвокатуру неотъемлемым правом выполнить обязанность по защите высшей конституционной ценности – прав и свобод человека. Решением Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1999 года №18-П, «за деятельностью адвокатов, на которых возложена обязанность обеспечивать защиту прав и свобод человека и гражданина, признано публично-правовое значение»⁹⁷.

Для определения особого места адвокатуры как института в КМО необходимо определить сущностные критерии, наличие которых позволяет ей эффективно воздействовать на органы государственной власти в сфере защиты прав и свобод человека. Подробно этому вопросу посвящается 2 глава монографии.

Особое практическое значение конституционное закрепление международных норм о защите прав имеет в свете конституционного определения именно государства как гаранта оказания квалифицированной юридической помощи. Практика порождает множество споров о разделении конкретных прав и обязанностей в этой области между государством и адвокатурой, не указанной в конституции прямо, в качестве такого гаранта.

На рубеже 2008 – 2010 годов наблюдается появление новой тенденции развития теории конституционализма, которая связана с осознанием целесообразности не принципиальных, системных изменений Конституции России, а корректировки ее отдельных положений. Эта позиция разделяется и представителями государственной власти. Так, 5 ноября 2008 г. Президент РФ Д.А. Медведев в своем Послании Федеральному Собранию прямо сформулировал задачи по корректированию Конституции.

Вопрос об уточнении ст. 48 ч. 1 Конституции РФ представляется достаточно актуальным не только для приведения в соответствие законодательного признания ее нового статуса как института гражданского общества, способного обеспечить осуществление эффективного профессио-

⁹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.12.1999 № 18-П // Российская газета. № 13. 19.01.2000.

нального общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод человека, но и роли адвоката в системе правовой защиты физических и юридических лиц, а также конкретизации государственных гарантий по обеспечению именно квалифицированной юридической помощи всем и каждому.

Российское государство объявлено и правовым, и социальным, и светским. Конституционность Российского государства предполагает, что государственная власть не может обладать полномочиями, приобретенными за счет основных прав и свобод⁹⁸.

4.2. Модели конституционного обеспечения права человека и адвокатской деятельности в зарубежных странах

Уместно заметить, что и конституции других стран содержат обнадеживающие декларации, обещая своему народу и защиту, и благоденствие, и процветание. «Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью... Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства» (из ст. 3 Конституции 1996 г.). «Республика Польша есть общее благо всех граждан ... есть демократическое правовое государство, осуществляющее принципы социальной справедливости» (ст. 1 и 2 Конституции 1997 г.). Конституция Республики Индонезия провозглашает задачей правительства защиту интересов всего индонезийского народа с целью повышения благосостояния народа на принципах социальной справедливости, национальной независимости и прочного мира (из преамбулы). Конституция Японии (1947 г.) в преамбуле провозглашает: «Государственная власть основывается на непоколебимом доверии народа, ее авторитет исходит от народа, ее полномочия осуществляются представителями народа, а благами ее пользуется народ».

Из текста приведенных выше конституций явно следует их общая приверженность демократическим принципам, забота о благе народа и социальной справедливости. Проблемы возникают в реальной жизни, не всегда укладывающейся в конституционные декларации, порождая различия жизни людей в разных государствах.

Вопросы содержания адвокатской деятельности занимают центральное место в литературе зарубежных стран⁹⁹. Не во всех Конституциях зарубежных стран они находят четкое отражение. Общепринятая в демократических

⁹⁸ Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий. М., 1997. С. 29.

⁹⁹ Erwin Chemerinsky. Constitutional Law: Principles and Policies. 2006.

обществах гарантия судебной защиты субъективных прав человека не может в полной мере реализоваться без возможности обращения его к помощи независимого юриста. Право на получение юридической помощи закреплено: 1) конституционно и 2) внеконституционно (закон об адвокатуре, иные законы).

Все модели конституционного закрепления права на получение юридической помощи можно классифицировать по 6 основным группам:

1.1. Право на обращение за помощью к адвокату в случае ограничения свободы (Бразилия, Япония, Испания).

1.2. Конституционное право на защиту (Швейцария).

1.3. Одновременное право на защиту, и право на юридическое представительство (ФРГ, Италия).

1.4. Право на «справедливое» судебное разбирательство (Великобритания).

1.5. Требование «надлежащей правовой процедуры» (США).

1.6. Право обвиняемого на защиту (КНР).

2. Внеконституционное закрепление:

2.1. «Адвокаты являются помощниками правосудия» (Франция).

2.2. Адвокаты – «чиновники без твердого жалования», «орган правосудия» (Греция).

1.1. Несмотря на исключительно важное значение института адвокатуры в жизни человека, общества и государства, в конституциях зарубежных стран редко можно встретить указание на механизм организации адвокатуры. В этом отношении конституции, как правило, весьма лаконичны и в большинстве случаев говорят *о праве на защиту и юридическую помощь*. Исключением является Конституция Бразилии, в которой (ст. 133 и 134) встречаем легальное конституционное оформление статуса: «Адвокат независим от органов управления юстиции; он не несет ответственности за свои действия и выступления при исполнении своих профессиональных обязанностей в пределах, установленных законом»¹⁰⁰. Конституция Бразилии гарантирует, что «сторонам (ст. LV) в судебном и административном процессе и всем подсудимым обеспечивается право на полную и своевременную защиту, а также на необходимые в таких случаях средства и возможности»¹⁰¹. Конституция Японии (1947 г.) упоминает адвоката в случаях задержания лица и предъявления ему обвинения (ст. 34) и в виде права обвиняемого обращаться к помощи «квалифицированного адвоката», а в случае, когда обвиняемый «не в состоянии сделать это сам», адвокат назначается ему государством (ст. 37). В соответствии со ст. 34 Конституции Японии «никто не может быть задержан или

¹⁰⁰ Конституция Федеративной Республики Бразилии // Конституции зарубежных стран. М., 2000. С. 405.

¹⁰¹ См.: Там же. Конституция Федеративной Республики Бразилии. С. 407.

подвергнут лишению свободы, если ему не будет немедленно предъявлено обвинение и предоставлено право обратиться к адвокату»¹⁰².

Конституция Испании гласит: «Все имеют право на эффективную судебную защиту при осуществлении своих прав и законных интересов; ни в коем случае не может быть отказано в такой защите. Каждый может быть судим только судом, определенным законом, иметь право на помощь и присутствие адвоката. Задержанному гарантируется помощь адвоката при осуществлении полицейских и судебных актов в порядке, предусмотренном законом» (ст. 24)¹⁰³.

1.2. Следующей моделью является *конституционное право на защиту*. Например, Союзная Конституция Швейцарской Конфедерации в разделе «Уголовное судопроизводство» (ст. 32) устанавливает, что «каждое лицо считается невиновным до тех пор, пока в отношении него не вступит в силу обвинительный приговор. Обвиняемое лицо должно быть информировано об обвинениях, выдвигаемых против него. Ему должна быть обеспечена возможность пользоваться правом на защиту»¹⁰⁴. О содержании термина «адвокатская деятельность» в Швейцарии нет единого мнения. Доктрина относит адвокатскую деятельность к профессиональному судебному представительству и рассматривает адвоката как юриста, который в силу полученного в органах юстиции разрешения призван представлять чужие интересы в качестве независимого и свободного участника системы правосудия. В Швейцарии существует адвокатская монополия на консультационную и представительскую деятельность. Право судебного представительства имеют только лицензированные адвокаты, за исключением кантона Солотурн, где услуги вправе оказывать любой юрист. В мировых судах и в судах первой инстанции представительство клиентов наряду с адвокатами оказывают доверенные лица (фидуциары), юрисконсульты, агенты и т.д. Интерес представляет то, что в силу ст. 31 Союзной Конституции Швейцарской Конфедерации¹⁰⁵, «адвокатская деятельность определяется как научная деятельность и относится к категории свободных профессий». В этом смысле на адвокатов распространяются все академические свободы, характерные для профессорско-преподавательского состава и научных работников.

1.3. Особо следует выделить Конституцию Итальянской Республики и Конституцию ФРГ. В Конституции Италии (ст. 24) право на защиту оформлено способом, близким к закреплению данного права Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г., когда юридическая помощь включает в себя одновременно и *право на защиту*, и *право на юри-*

¹⁰² Конституция Японии // Конституции зарубежных стран. М., 2000. С. 381.

¹⁰³ Конституция Испании // Конституции зарубежных стран. М., 2000. С. 112.

¹⁰⁴ Союзная Конституция Швейцарской Конфедерации // Конституции государств Европы. М., 2001. С. 793.

¹⁰⁵ Там же. Конституции государств Европы. С. 792.

дическое представительство: «Все могут в судебном порядке действовать для защиты своих прав и законных интересов. Защита является неотъемлемым правом на любой стадии процесса. Специальными учреждениями обеспечивается возможность для неимущих предъявлять иски и защищаться в любом суде»¹⁰⁶.

Согласно § 1 закона «Об адвокатуре ФРГ» 1959 г., «адвокатура является независимым органом правосудия». В перечень функций адвоката входит дача советов и информирование клиентов по юридическим вопросам, представительство сторон в гражданском процессе, защита обвиняемого или подсудимого в уголовном процессе, представительство клиента в конституционном судопроизводстве (§ 3). Кроме того, немецкий адвокат вправе выполнять юрисконсультские функции, а также принимать на себя по договору с клиентом функции распоряжения его имуществом. Основной закон ФРГ не воспринял распространенные формы конкретизации права на получение юридической помощи и ввел институт «доверенного лица». О каждом судебном решении с приказом о лишении свободы или продлении задержания должны быть немедленно извещены родственники задержанного или лицо, пользующееся его доверием (ст. 104)¹⁰⁷.

1.4. Если немецкое законодательство раскрывает сущность категории «юридическая помощь» через феномен доверия, то в англосаксонском праве действует принцип «должной правовой процедуры». Великобритания не имеет писаной конституции. Ее заменяют парламентские акты (Великая хартия вольностей 1215 г., Билль о правах 1689 г., Акт о народном представительстве 1949 г.), судебные прецеденты, обычаи. В Великой хартии вольностей было записано: «Ни один свободный человек не может быть арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или объявлен вне закона, или изгнан, или каким-либо иным образом обездолен... иначе как по законному приговору равных ему и по закону страны». Адвокаты в стране функционируют много веков в виде солиситоров и барристеров под общим контролем Высокого и апелляционных судов¹⁰⁸. Сама формула «надлежащей правовой процедуры» ведет свое происхождение именно от Великой хартии вольностей, которая обеспечивала строгое соблюдение процессуальных правил по гражданским и уголовным делам. Поэтому в общих чертах требования «надлежащей правовой процедуры» в сфере правосудия сводились к *праву на «справедливое» судебное разбирательство*, представляющее состязательный обвинительный процесс, в котором обе стороны, истец и ответчик, обвинение

¹⁰⁶ Конституция Итальянской республики // Конституции государств Европы. М., 2001. С. 423.

¹⁰⁷ Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1 August 1959 (Fassung vom 9 Dezember 2004). 50668-Koln, 2002.

¹⁰⁸ См.: Деханов С.А. Западноевропейская модель организации адвокатуры. М., 2007.

и защита имели равные права. Роль суда ограничивалась заслушиванием доказательств и вынесением решения на основе вердикта присяжных, что сохранились и сейчас, определяя начала правосудия как на федеральном, так и на штатном уровнях¹⁰⁹.

1.5. Первой писаной конституцией в истории человечества была Конституция США, принятая в 1787 г.¹¹⁰ В этом лаконичном документе, состоящем из семи статей, довольно чётко определена роль суда: «Судебная власть должна простираться на все дела, разрешаемые по закону и по справедливости, какие могут возникнуть из этой конституции, из законов Соединенных штатов и из трактатов, которые заключены или будут заключены Соединенными штатами...» (ст. 3 отд. 2). Спустя четыре года (15 декабря 1791 г.) были приняты поправки, определяющие права личности, в том числе обвиняемого, провозглашающие, что «никто не может быть лишен жизни, свободы или собственности без легального судебного разбирательства», а обвиняемый должен быть извещён о свойстве и причинах обвинения, должен пользоваться правом на скорый и публичный суд беспристрастных присяжных и советами защитника (поправки V и VI). Ныне в США насчитывается несколько сотен тысяч адвокатов, пользующихся огромным влиянием на правовую жизнь общества, личности и корпораций. Верховный суд США признает в гражданском процессе «право любой стороны пользоваться защитой адвоката либо быть представленной адвокатом». Относительно обязательства предоставления адвоката малообеспеченным лицам за счет государства судебная практика не определила свою позицию и вопрос решается с учетом обстоятельств каждого конкретного дела. Обращение за помощью к адвокату является необходимым условием соблюдения требований «*надлежащей правовой процедуры*» как в уголовном, так и в гражданском процессе США. Осуждение обвиняемых, не имеющих возможности обратиться к защите адвоката, признано в США нарушающим требование «надлежащей правовой процедуры». В 1932 г. Верховный суд США по делу Пауэлл¹¹¹ назвал «право на помощь адвоката» основным и установил, что по делам «малоимущих» «малограмотных» обвиняемых, которым может быть назначена смертная казнь и которые не могут оплатить услуги адвоката, он назначается судом, а 20 августа 1964 г. был принят закон об уголовном правосудии, провозгласивший необходимость оказывать юридическую помощь каждому обвиняемому, определивший условия обеспечения бесплатной защиты для неимущих обвиняемых.

¹⁰⁹ См.: Там же. Деханов С.А.

¹¹⁰ См.: Конституция США // Конституции зарубежных стран. М., 2000.

¹¹¹ Курдова А.В. Право малоимущих обвиняемых на защиту в уголовном процессе США // Государство и право. 1988. № 10. С. 106.

1.6. Конституция КНР (1982 г.) упоминает *право обвиняемого на защиту* (ст. 125), не разъясняя порядок и гарантии реализации этого права¹¹².

2.1. В Конституции Французской республики (1958 г.) в разделе о судебной власти защита не упоминается. Закон о реформе некоторых судебных и юридических профессий №71-1130 от 31 декабря 1971 г. Франции провозглашает, что *«адвокаты являются помощниками правосудия»*. Реализуя данную функцию, адвокаты оказывают клиентам юридическую помощь по судебным делам, представляют стороны в суде и несудебных учреждениях, осуществляют защиту по уголовным делам. Представлять интересы клиентов перед органами государственного управления, выполняя функции члена Совета попечителей торгового общества или администратора такого общества, могут только адвокаты, имеющие стаж работы в адвокатуре не менее 6 лет и т.д.)¹¹³.

2.2. Адвокатская деятельность в Греции регулируется Законом об адвокатуре от 8 октября 1954 г. До принятия данного закона любые вопросы организации и деятельности греческой адвокатуры регулировались Судебным уставом и многочисленными подзаконными актами, относящимися к институту адвокатуры. Наряду с законом об адвокатуре действует Кодекс профессиональной этики адвокатов Греции от 4 января 1980 г., в котором ст. 1, 38 характеризует адвокатов, с одной стороны, как *«чиновников без твердого жалования»* и, с другой – как *«орган правосудия»*¹¹⁴.

Венгерские адвокаты представляют интересы сторон в ведомственных органах, осуществляют защиту по уголовным делам, дают юридические консультации, составляют заявления, ходатайства, договоры, мировые соглашения. Венгерский адвокат может на основании специальной доверенности распоряжаться поступившими на имя клиента деньгами и другими ценностями¹¹⁵.

Страны Балтии в своих конституциях не выходят за пределы общих ограниченных положений. Так, Латвия восстановила действие Конституции 1922 г., дополнив её Конституционным законом 1992 г. о правах и обязанностях человека и гражданина, в котором есть статьи *о праве на судебную защиту и помощь адвоката* (ст. 18) и приглашении адвоката с момента задержания (ст. 15). Конституция Литовской республики гарантирует *«право на защиту, а также право иметь адвоката»* лицу, подозреваемому в совершении преступления, или обвиняемому с момента задержания или первого допроса (ст. 31). Конституция Эстонской республики (1992 г.) содержит право сообщения близким о задержании: *«Подозреваемому в совершении преступления незамедлительно предоставляется возможность выбрать себе защитника и*

¹¹² См.: Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2007.

¹¹³ См.: Деханов С.А. Западноевропейская модель организации адвокатуры. М., 2007.

¹¹⁴ Там же.

¹¹⁵ Там же.

встретиться с ним», а также возможность сообщить о лишении свободы своим близким (параграф 21)¹¹⁶. Про гарантии бесплатной защиты не говорится.

Адвокатура в Польше организована на началах профессионального самоуправления. Ее задачами являются оказание юридической помощи гражданам и организациям путем дачи советов, выступлений в суде по гражданским и уголовным делам, содействие защите гражданских прав и свобод, участие в правоприменительной деятельности и укрепления правопорядка в стране¹¹⁷.

В круг обязанностей румынской адвокатуры входит оказание юридической помощи населению, учреждениям, организациям и предприятиям с целью защиты их законных интересов и укрепления законности¹¹⁸.

Особый интерес представляют в свете проводимого исследования законы государств, в которых полномочием осуществлять защиту и консультирование по правовым вопросам наделяется только адвокат. Среди европейских стран следует назвать Германию, Люксембург, Грецию, отчасти Францию и Италию, где легально закреплена монополия адвокатов на судебное представительство и правовое консультирование.

Конституции стран СНГ, как правило, повторяют формулировку ст. 48 Конституции РФ 1993 г. в силу укоренившейся традиции калькировать конституции СССР и РСФСР. Но имеют некоторые особенности. Так, ряд конституций не только провозглашают право на юридическую помощь, но и указывают на возможность получения её бесплатно (Конституция Республики Армения 1995 г. ст. 40, Конституция Республики Казахстан 1995 г., ст. 13, Конституция Кыргызской Республики 1993 г., ст. 40, Конституция Украины 1996 г., ст. 59 и др.). Некоторые конституции стран СНГ содержат прямое указание на то, что бесплатная юридическая помощь гарантируется за счет государства (Конституция Азербайджанской Республики 1995 г., ст. 61, Конституция Республики Беларусь 1994 г. ст. 62). В ряде случаев указывается на адвокатуру как на субъект оказания юридической помощи, что, например, зафиксировано в Конституции Украины (ст. 59 ч. 2.)¹¹⁹.

Проанализированные конституции зарубежных стран крайне лаконичны в разъяснении права на помощь адвоката, упоминают её в основном в контексте уголовного судопроизводства. Проблемы организации и гарантий каждому нуждающемуся квалифицированной юридической помощи в некоторых странах не отражены конституционно. В Польше и Румынии задачи адвокатуры и адвоката совпадают, адвокатская деятельность не отличается от

¹¹⁶ См.: Конституции стран СНГ и Балтии. М., 1999.

¹¹⁷ См.: Деханов С.А. Указ.соч.

¹¹⁸ См.: Деханов С.А. Указ.соч.

¹¹⁹ См.: Конституции стран СНГ и Балтии. М., 1999.

деятельности адвокатуры, но адвокатура в них не признана институтом гражданского общества.

Именно законодательное признание статуса адвокатуры как института гражданского общества позволяет сделать вывод о возможности и необходимости разграничения адвокатской деятельности адвоката, организационной деятельности в рамках сообщества - адвокатуры как корпорации и правозащитной деятельности адвокатуры как института, имеющей свои специфические функции, выходящие за рамки функций адвокатской деятельности в значении, указанном в законе. Отраженные в конституциях зарубежных стран конституционные принципы во многом совпадают с конституционными принципами Российской конституции, но реализуются по-разному.

5. Предложения и выводы

1. Сравнение двух механизмов обеспечения прав и свобод человека социально-юридического и конституционно-правового позволяет выделить особенности последнего, базирующегося на конституционных принципах и презумпциях, реализуемого путем использования профессионально-правовой демократии.

2. Сутью КМО является обеспечение (включающее защиту, охрану, восстановление) реализации высшего принципа предназначения государства - заботы о человеке, его конституционных правах и свободах, тесного взаимодействия при реализации конституционных приоритетов институтов, организаций и органов государства и обществ.

3. Конституционно-правовое гарантирование - это конституционно-правовое воздействие на общественные отношения с целью достижения такого качества функционирования органов всех ветвей государственной власти и условий, при которых они эффективно охраняют права и свободы личности. Конституционно-правовые гарантии - это средства усиленного воздействия отрасли конституционного права на регулируемые общественные отношения, повышающие эффект обеспечения правозащитной функции государственных органов.

4. Охрана прав и свобод человека признается конституционно обоснованным состоянием их правомерной реализации под контролем и надзором социальных институтов, но без их вмешательства.

5. Меры защиты должны применяться при наличии препятствий в осуществлении прав и свобод, еще до их нарушения, как профилактика. При нарушении конституционных прав и свобод требуется их восстановление путем реализации властных полномочий под профессионально-правовым обществен-

ным надзором институтов гражданского общества, обладающих знанием права, способных использовать всевластие права.

6. Для единообразия понимания, толкования и правоприменения права лингвистическое содержание законов должно быть максимально приближено к нормативному использованию.

7. Лингвистический и правовой анализ позволяет сделать вывод о том, что обеспечение гарантирования конституционных прав и свобод человека должно стать неизбежным. Предлагаемая концепция КМО рассматривается как концепция механизма неизбежности исполнения обязанностей всеми субъектами гарантирования конституционных прав и свобод.

8. Предлагаемый концептуально новый КМО призван сделать неизбежным эффективное обеспечение конституционных прав и свобод человека повсеместно, в первую очередь за счет интегрирования институтов государства и особых институтов гражданского общества на конституционной основе власти права и его верховенства в отношении самого важного на сегодняшний день объекта – прав и свобод человека.

9. Понятия «конституционный контроль» и «конституционный надзор», субъектами которых являются государственные органы, необходимо разграничивать.

10. Общественного контроля не существует, т.к. у институтов гражданского общества нет властных полномочий.

11. Закон об адвокатуре впервые ввел в федеральное законодательство термины «гражданское общество» и «институт гражданского общества», что позволяет исследовать институт адвокатуры с позиции понятия «институт» в контексте его системных связей с гражданским обществом и правовым государством.

12. Обладание обширными познаниями и выработка нравственных канонов правозащиты позволяет определять адвокатуру как каноническую (идеальную) через квалифицирующий признак правового профессионализма, включающий наличие высокой квалификации и нравственности

13. Исторический анализ эволюционного зарождения адвокатуры (выросла из глубин самого общества без санкционирования государством, а запреты и отмены его государством не привели к его исчезновению в революционный период) позволяет утверждать, что именно она является институтом гражданского общества, способным осуществлять требуемую государству профессионально-правовую демокрию за обеспечением всей системой публичной власти гарантированных конституционных прав и свобод.

14. С позиции исследуемого КМО правовое государство можно определить как систему обеспечения взаимодействия власти и общества по реализации конституционных прав и свобод человека, основанную на власти права.

15. Государство в целом, как институт общества, заинтересованный в своем развитии, нуждается в сильном институте адвокатуры для самосохранения.

16. Основопологающим в определении места и роли института адвокатуры как одного из базовых институтов гражданского общества является то, что одновременно он необходим для эффективного функционирования судебной власти, призванной конституционно контролировать деятельность исполнительной и законодательной в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека.

17. Категории «гражданского общества» и «правового государства» являются корреспондирующими друг другу и в правовом, и в социальном смысле. Эта взаимосвязь может успешно осуществляться именно через институт адвокатуры, имеющий двойственное положение в структуре общественных отношений, связывающей воедино общество и государство через представительство интересов общества адвокатом в государственной системе судопроизводства, обладающего профессиональным знанием права.

18. Различие между понятиями «право» и «свобода» в достаточной мере условно. Понятие «свобода» связано с правомочиями личности, очерчивающими сферу ее самостоятельности (свободы совести, вероисповедания).

19. Участие граждан в управлении делами государства должно осуществляться путем их воздействия на деятельность представительных органов всех уровней путем выражения общественного мнения как формы народовластия и демокрурии, являющейся профессионально-правовой.

20. В реализации конституционных принципов должны быть задействованы все органы государства и некоторые общественные структуры, для этого необходим КМО.

21. Конституция 1993 года помимо личных и политических конституционных прав регламентирует социальные, экономические и культурные права, к которым и относится гарантированное государством, но не обеспеченное им право на получение квалифицированной юридической помощи, субъектами которой объективно можно признать адвоката и ученого, имеющего степень кандидата или доктора юридических наук.

22. Реализовать презумпцию обеспечения чиновниками всех ветвей власти конституционных прав и свобод перед ведомственными интересами возможно при наличии эффективной профессионально-правовой демокрурии за деятельностью всех ведомств, при четком разграничении ответственности отдельных чиновников.

23. Значение Конституции РФ определяется тем, что нормы, установленные в ней, должны выступать как форма воплощения государственной воли народа. Конституционные права и свободы являются главным элементом конституционного правоотношения, в котором участвует государство и человек. Для человека смысл такого правоотношения состоит в получении обеспечения гарантирования своих прав, а для государства – в обязанности обеспечить такое гарантирование.

24. Законодательное признание институционального статуса адвокатуры, требующее законодательного дополнения демократической функции, позволяет сделать вывод о возможности и необходимости разграничения адвокатской деятельности адвоката, организационной деятельности в рамках сообщества – адвокатуры как корпорации и правозащитной деятельности адвокатуры как института.

ГЛАВА 2. КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТРИЕДИНОСТАТУСНОЙ РОССИЙСКОЙ АДВОКАТУРЫ

1. Законодательство об адвокатуре и адвокатской деятельности: проблемы выделения и классификации

Третьим элементом КМО являются *основания обеспечения конституционных прав и свобод – нормы конституционного права. Адвокатура является лишь одним из субъектов предлагаемого автором КМО, рассматриваемого как конституционный элемент не только доступа граждан и организаций к правосудию, и признаваемого ранее многими авторами элементом механизма его отправления, но и впервые как институт, обеспечивающий реализацию конституционных прав и свобод, способный осуществлять общественный профессионально-правовой надзор (демокурию) за соблюдением конституционных прав и свобод человека и самого гражданского общества всеми ветвями власти всех уровней власти, а не только судебной.*

Теория права толкует понятие «законодательство» в двух смыслах. В широком смысле – как совокупность всех нормативных правовых актов, регулирующих ту или иную сферу общественных отношений, и в узком – когда речь идет только о законах как актах высшей юридической силы. Нами используется широкий смысл данного термина.

Исходим из того, что все элементы нового концептуального КМО объединены конституционными принципами и базируются на них. Нормативное закрепление конституционных принципов гарантирования прав и свобод человека конкретизируется в различных уровнях законодательства, регулирующего деятельность всех субъектов КМО, в том числе адвокатуры, впервые рассматриваемой на монографическом уровне как один из элементов КМО. За основу предлагаемой классификации законодательства об обеспечении прав человека принято четыре уровня законодательства, разбитые на подуровни:

1. Международно- правовые акты:

1.1) международные договора Российской Федерации с другими государствами;

1.2) международные нормы: а) общие, регулирующие права, подлежащие защите, в том числе при осуществлении адвокатской деятельности; б) специальные, относящиеся непосредственно к регулированию правоохранительной и правозащитной деятельности.

2. Конституционное законодательство:

2.1) Конституция РФ;

2.2) федеральные конституционные законы;

2.3) постановления и определения Конституционного Суда РФ.

3. Отраслевое законодательство:

3.1) Кодексы, в том числе регулирующие процессуальные отношения сторон (государства и гражданина (организации) в: а) уголовном процессе; б) гражданском процессе; в) арбитражном процессе; г) административном производстве;

В связи с тем, что объектом исследования является КМО, эффективность деятельности которого определяется на базе эффективности от реализации предлагаемой принципиально новой демократической функции институционализированной адвокатуры, полагаем целесообразным подробнее остановиться на дополнении предлагаемой классификации законодательство по обеспечению прав и свобод действующим законодательством об адвокатуре и адвокатской деятельности.

В силу указаний ст. 4 закона об адвокатуре, законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре основывается на Конституции РФ и состоит из 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, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ. С 2004 года к законодательству об адвокатуре официально относится Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. (далее КПЭА).

К нему относятся 3.2) Федеральный закон об адвокатуре; 3.3) иные федеральные законы; 3.4) принимаемые в соответствии с федеральными законами нормативные правовые акты Правительства РФ; 3.5) принимаемые в соответствии с федеральными законами нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти.

4. Корпоративное законодательство:

4.1) Федеральное корпоративное законодательство, обязательное для всех адвокатов России 4.2) Законодательство субъектов – адвокатских палат регионов, обязательное для членов этих палат.

Предложенная классификация позволила сделать ряд выводов и разработать предложения по изменению действующего законодательства, в том числе Конституции РФ в части правозащитной деятельности адвокатуры как элемента КМО.

1.1.Международные правовые акты

1. Краеугольным камнем правового фундамента Европейского Союза является Европейская конвенция о защите прав и основных свобод человека принятая в Риме 4 ноября 1950 г. Настоящая Конвенция ратифицирована Российской Федерацией и является составной частью правовой системы РФ.

В связи с принятием ФЗ от 23 февраля 1996 г. №19-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Уставу Совета Европы» в деле защиты прав стало возможным ссылаться на Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г.¹²⁰, согласно которой граждане РФ получают непосредственный доступ к контрольному механизму Конвенции. Протокол №11 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, открытый для подписания 11 мая 1994 г., предусматривал создание единого постоянного суда, призванного заменить ранее существующий контрольный механизм Конвенции. Россия ратифицировала Европейскую конвенцию и протоколы к ней, в том числе Протокол №11 (о Европейском Суде по правам человека) (ФЗ от 30 марта 1998 г. №54-ФЗ)¹²¹. Новый единый суд рассматривает индивидуальные петиции и петиции со стороны государств.

2. Устав Организации Объединенных Наций¹²² подтверждает право людей всего мира на создание условий, при которых законность будет соблюдаться, и провозглашает как одну из целей достижение сотрудничества в создании и поддержании уважения к правам человека и основным свободам без разделения по признакам расы, пола, языка и религии. Всеобщая декларация прав человека¹²³ утверждает принципы равенства перед законом, презумпцию невиновности, право на беспристрастное и открытое рассмотрение дела независимым и справедливым судом, гарантии, необходимые для защиты любого лица, обвиненного в совершении наказуемого деяния. Международный пакт о гражданских и политических правах¹²⁴ дополнительно провозглашает право быть выслушанным без проволочек и право на беспристрастное и открытое слушание дела компетентным, независимым и справедливым судом. Международный пакт об экономических, социальных и культурных

¹²⁰ Конвенция о защите прав человека и основных свобод / Права человека: сборник документов / сост. О.О. Миронов. 2-е изд., стереотип. М.: Изд-во «Экзамен», 2006.

¹²¹ Федеральный закон Российской Федерации «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней» от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ // Российская газета. 7.04.1998.

¹²² Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 года // Международное право в документах. М., 1982.

¹²³ Всеобщая декларация прав человека / Организация Объединенных Наций. Официальные отчеты первой части третьей сессии Генеральной Ассамблеи. СПб.: Регион-Про, 2004.

¹²⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах // Права человека: сборник документов / Сост. О.О. Миронов. 2-е изд., стереотип. М.: Изд-во «Экзамен», 2006.

правах¹²⁵ напоминает об обязанностях государств в соответствии с Уставом ООН содействовать всеобщему уважению и соблюдению прав человека и его свобод. Декларация об основных принципах юстиции для жертв преступления и превышения власти¹²⁶ рекомендует принятие мер на международном и национальном уровне для улучшения доступа к юстиции и справедливому отношению, возмещению вреда, компенсации и помощи жертвам преступления.

3. К международному законодательству по защите прав и свобод человека следует отнести статьи Основных положений о роли юристов, принятых в августе 1990 г. в Гаване 8-м Конгрессом ООН по предупреждению преступлений¹²⁷ (далее «Основные положения о роли юристов»), призванные помочь государствам-участникам в содействии и обеспечении надлежащей роли адвокатов-защитников, которая должна уважаться и учитываться Правительствами при разработке национального законодательства и его применении. Более того, признаваться не только адвокатами, но и судьями, прокурорами, членами законодательной и исполнительной власти и обществом в целом.

Статья 14 Основных положений о роли юристов предусматривает, что адвокаты, оказывая помощь при осуществлении правосудия, должны добиваться соблюдения прав человека и основных свобод, признаваемых национальным и международным правом, всегда действовать свободно и настойчиво в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими нормами.

В целях обеспечения конституционных прав и свобод независимыми профессиональными защитниками международное право тяготеет к установлению единых правил и статуса для адвокатов – профессиональных юристов, оказывающих правовые услуги неопределенному кругу лиц. Под «адвокатом» в Рекомендациях (2000 г.) 21-го Комитета министров Совета Европы «О свободе осуществления профессии адвоката» понимается квалифицированное лицо, имеющее право в соответствии с национальным законодательством подавать состязательные бумаги и действовать за и от имени своих клиентов, заниматься правовой практикой, выступать в суде или консультировать и представлять своих клиентов по правовым вопросам¹²⁸.

Данные положения являются необходимой и достаточной правовой базой для функционирования идеальной (канонической) адвокатуры, способ-

¹²⁵ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 1831.

¹²⁶ Декларация основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью от 29 ноября 1985 года // Советская юстиция. 1992. № 9-10. С. 39.

¹²⁷ Основные положения о роли адвокатов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Гаване) // Советская юстиция. 1991. № 20. С. 19.

¹²⁸ Прим. Автора. Приняты Комитетом министров Совета Европы 25 октября 2000 г.

ной реализовать конституционно-правовой статус, обусловленный осуществлением правозащитной демократической функции, обеспеченной профессионализмом и нравственностью каждого адвоката - члена адвокатского сообщества, способного реально быть эффективно действующим правозащитным профессиональным правовым независимым институтом гражданского общества, способным обеспечить профессионально-правовую демократию за реализацией системой публичной власти конституционных прав и свобод каждого человека и всего гражданского общества путем недопущения нарушения конституционных и международных принципов, обеспечивающих защиту этих прав.

Толчком к формированию международного права в исследуемой области следует признать Устав и Регламент международного военного трибунала в Нюрнберге по итогам Второй мировой войны, статьями 23 и 24 которого подсудимым было обеспечено право на защиту. Устав международного военного трибунала и его Регламент после учреждения организации «Объединенные нации» одной из ее первых резолюций были признаны нормами международного права. Указанные документы следует считать первоисточниками международной легитимизации «права на защиту от обвинения», т.е. права на квалифицированную юридическую помощь.

Всеобщей декларацией прав человека провозглашено: «Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты»¹²⁹.

Развивая правоположение о «праве на защиту», закрепленное во Всеобщей декларации прав человека, 04.11.1950г. в Риме международным сообществом под эгидой ООН была принята Конвенция о защите прав человека и основных свобод, где ст. 6: «Право на справедливое судебное разбирательство» предусматривает, что «каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права: а) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты; б) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия»¹³⁰.

СССР в силу политических обстоятельств данную Конвенцию не признавал и полагал, не без оснований, что она направлена в первую очередь

129 Всеобщая декларация прав человека принята на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН Резолюцией 217 А (III) от 10 декабря 1948 г.

130 Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изменениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.)

против него. Однако после произошедших в России демократических преобразований конца двадцатого века 30.03.1998 г. Российская Федерация присоединилась к Римской конвенции, ратифицировав ее Федеральным Законом № 54-ФЗ, правда с оговорками и заявлениями.

Основные положения о роли юристов признаются первым международным правовым актом, отмечающим публичное значение адвокатуры как корпорации. Уже в преамбуле Положений записано: «Адекватное обеспечение прав человека и основных свобод ... требует, чтобы все люди имели эффективную возможность пользоваться юридической помощью, осуществляемой независимой юридической профессией». Положение подчеркивает, что адвокатские ассоциации осуществляют свою деятельность самостоятельно, без вмешательства извне, т.е. порядок и процедуры решения внутренних вопросов должны оставаться в компетенции органов самоуправления адвокатуры, а не в компетенции государства. Навязывание адвокатам стандартов поведения при оказании правовой помощи расценивается как «неуместное вмешательство» со стороны государства¹³¹.

Мировое сообщество видит решение проблем, имеющих место в адвокатуре, во-первых, путем развития самостоятельных независимых адвокатских корпораций, поддерживающих высокие профессиональные и моральные стандарты, *а во-вторых, в кооперировании с правительствами для эффективного использования профессиональных знаний и навыков адвокатов при обеспечении всех нуждающихся в квалифицированной юридической помощи. Предлагаемый и разрабатываемый автором КМО является одним из способов такого кооперирования.*

В совокупности правоположений исследованных международных правовых актов можно выделить основные принципы устройства современной адвокатуры: во-первых, адвокатура как сообщество профессиональных юристов является одним из неотъемлемых институтов отправления правосудия в цивилизованном государстве; во-вторых, эффективность оказываемой юридической помощи в первую очередь обеспечивается независимостью адвоката и адвокатуры; в-третьих, в целях защиты адвокатов и поддержания высоких стандартов профессии адвокаты имеют право создавать свободные от государственной опеки ассоциации; в-четвертых, решение внутренних вопросов адвокатских ассоциаций есть их неотъемлемое право; в-пятых адвокатские ассоциации, т.е. основанные на индивидуальном членстве организации, являются представителями адвокатского сообщества во взаимоотношениях с властью и обществом; в-шестых, адвокатские ассоциации обязаны обеспе-

131 Основные положения о роли адвокатов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Гаване) // Советская юстиция. 1991. № 20. С. 19.

читать высокие нравственные и профессиональные стандарты в отношении своих членов; в-седьмых, выступление адвокатов по правовым и иным публично значимым вопросам следует рассматривать как гражданскую обязанность адвокатуры.

Выделение этих принципов тесно сочетается с реализацией конституционных принципов, являющихся одновременно принципами КМО, обеспечивающими гарантирование конституционных прав и свобод.

1.2. Конституционное законодательство

1. В соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы¹³². Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Роль правовых регуляторов адвокатской деятельности, отдельных ее видов, действий осуществляется на основании международных норм права, также международных договоров Российской Федерации с другими государствами.

В силу п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Несмотря на дефинитивность данной нормы, целесообразно включить наиболее принципиальные положения общепризнанных международных пактов о правах человека в число конституционных гарантий прав личности, в том числе в части оказания юридической помощи и профессиональной защиты прав как ее важнейшей составляющей. В связи с этим можно сослаться на мнение А.Я. Капустина, обоснованно полагающего, «что зрелость общественных институтов является проявлением соответствующих политических, экономических и социальных условий жизни общества, но организационно-правовые гарантии функционирования демократических институтов закрепляются в национальных конституциях и национальном законодательстве»¹³³. Конституционное регулирование носит обобщающий характер, его цель – закрепить самое главное и самое важное в общественных отношениях, дать направление и определить принципиальное содержание последующей регламентации конституционных норм в актах текущего законодательства, поэтому она может и должна закрепить организационно-правовые гарантии функционирования демократических институтов,

¹³² Конституция Российской Федерации. М.: Изд-во «Омега», 2009. С. 4; 7.

¹³³ Капустин А. Я. Роль стандартов по правам человека Совета Европы в регулировании отношений гражданского общества и государства // Сборник статей Международной НПК. Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия. Туапсе: Изд-во ТГУ, 2007. С. 51.

к которым относится институт адвокатуры. Формулировка дополнения п.4 ст. 15 пп.2 дается в Приложении 1.

Исходя из вышеизложенного, представляется целесообразным дополнить статью 4 закона об адвокатуре частью 2, содержащей указание на то, что адвокатская деятельность, кроме перечисленных законодательных и иных актов, регулируется также нормами международного права, а именно Уставом Организации Объединенных Наций, Международным пактом о гражданских и политических правах, Всеобщей декларацией прав человека, Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах, Декларацией об основных принципах юстиции для жертв преступления и превышения власти, Основными положениями о роли юристов, принятыми в августе 1990 г. в Гаване 8-м Конгрессом ООН по предупреждению преступлений.

На данном этапе развития гражданского общества и построения правового государства логичным было бы первоначально внести изменения в действующий закон об адвокатуре, определяющий статус адвоката и статус адвокатуры как института, начав оттачивать будущие конституционные формулировки с дополнения ст. 4 данного закона особо значимыми положениями норм международного права и международных договоров. Исходя из бланкетного характера правовых норм, законодатель не указал в данной статье международные нормы права об адвокатуре и правах граждан на защиту, несмотря на то, что они непосредственно связаны с деятельностью российских адвокатов и могли бы внести ясность в определение некоторых элементов статуса адвоката и адвокатуры в целом.

Подтверждением обоснованности данного предложения служит законодательно закреплённая презумпция (предположение, признаваемое истинным, пока не доказано обратное¹³⁴) о том, что нормативные акты, противоречащие Конституции РФ, а также общепринятым принципам и нормам международного права и международным договорам РФ, не подлежат применению. Представляется, что при наличии множества правовых коллизий все государственные органы и суды должны руководствоваться именно прямым применением Конституции (ст. 15 ч. 1).

Необходимость конституционного толкования и применения Европейской конвенции о защите прав и основных свобод 1950 г. подтверждается упразднением Комиссии по правам человека и передачей ее функций постоянно действующему Европейскому суду по правам человека. Торжественное подтверждение верности государств-членов Совета Европы учредительным принципам Совета Европы – верховенству права и защите прав человека –

¹³⁴ Перевалов В.Д. Теория государства и права: учебник. М.: Высшее образование, 2008. С. 370.

не сокращает количество обращений за защитой прав в Европейский суд по правам человека.

В Конституции РФ адвокатура упоминается дважды: в ч. 2 ст. 48 и в п. «л» ч. 1 ст. 72. В первом случае речь идет об адвокате-защитнике, помощью которого может пользоваться «каждый задержанный, заключенный под стражу обвиняемый в совершении преступления». Во втором случае, в контексте кадров «судебных и правоохранительных органов; адвокатуры, нотариата», находящихся в совместном ведении РФ и субъектов РФ. Иных упоминаний об адвокатуре Конституция РФ не содержит, хотя, на наш взгляд, общие положения о месте адвокатуры в системе государственных и общественных институтов, механизме судебной защиты (ст. 46 ч. 1) и об обеспечении квалифицированной юридической помощи (ст. 48 ч. 1) следовало бы увязать с деятельностью и предназначением адвокатуры. В России долгое время преобладала концепция, согласно которой само государство наделяет своих граждан определенными правами и свободами, которые должны осуществляться исключительно в соответствии с целями и интересами государства. Незадолго до распада СССР была принята Декларация прав человека и гражданина (5.09.1991 г.), а позже – российская Декларация прав и свобод человека и гражданина (22.11.1991 г.), инкорпорируемая затем в текст Конституции РФ, принятой 12 декабря 1993 года.

Признание государством этих прав и их закрепление в Конституции РФ явилось началом огромной работы по формированию и совершенствованию конституционно-правового механизма их охраны и защиты.

Конституция РФ не может раскрыть всех механизмов защиты прав и свобод человека, уделяя особое внимание защите прав и интересов в судебном порядке и участию адвоката на стадиях уголовного судопроизводства, но перечисленные положения позволяют понять смысл основной функции, возложенной конституционным законодательством на институт адвокатуры.

При провозглашенном конституционно–процессуальном равенстве, правовой регламентации деятельности властной прокуратуры, представляющей, как правило, сторону обвинения через участие прокурора, посвящена ст. 129 Конституции, в отсутствие отдельной конституционной статьи, регламентирующей деятельность защиты. Адвокатура конституционно призвана осуществлять профессионально-правовой публичный общественный надзор за соблюдением государственными чиновниками законов и обеспечением конституционных прав и свобод человека и всего общества.

Следует определиться с пониманием категории «публичность». В данном исследовании публичность рассматривается как законность, атрибут

деятельности на основе закона и во исполнение закона, имеющий всеобщую общественную значимость, особенно актуальную сегодня.

Авторы теории адвокатуры полагают, что в самом существовании государства лежит осуществление публичности, а там где ее нет, нет и государства¹³⁵.

Основные критерии публичности того или иного института – всеобщая общественная значимость, открытость деятельности, безусловная жизненная потребность в результатах его деятельности. Публичными институтами являются, в частности, адвокатура, здравоохранение, образование. Объектом деятельности этих институтов, соответственно, являются право, здоровье, знание. Представляется, что тесная связь с всеобщим благом в интересах всех, во исполнение всеобщей воли, является конституирующим аспектом публичности. Публичная деятельность должна быть обязательно гласной, известной неограниченному кругу лиц, и протекать при наблюдении за нею общества и, как правило, проводиться за счет неких всеобщих ресурсов, обеспеченных государством. Институциональная адвокатура соответствует отмеченным требованиям, что еще раз подтверждает тезис автора о возникновении у нее конституционно-правового статуса, требующего всеобщего признания и законодательного закрепления демокруийной функции.

Находясь во взаимосвязи с реализацией конституционных обязанностей государства по обеспечению надлежащих гарантий доступа к квалифицированной юридической помощи и возможности привлечения каждым лицом, заинтересованным в совершении юридически значимых действий, квалифицированных специалистов в области права, общественные отношения по поводу оказания юридической помощи воплощают в себе, прежде всего публичный интерес, а само оказание этой помощи имеет публично-правовое значение. Способность адвокатуры как института представлять и защищать интересы всего общества перед системой публичной власти имеет не только публично-правовое, но и конституционно-правовое значение.

Юридическая природа права на квалифицированную юридическую помощь носит конституционно-гарантирующий характер, воплощая в своем нормативном содержании единство материальных и процессуальных начал, и может рассматриваться как конституционно-процессуальная право-гарантия, призванная обеспечивать надлежащие юридические предпосылки для последовательной правореализации и эффективного достижения гражданами (организациями, институтами гражданского общества) юридических целей, включая судебную защиту своих прав и свобод.

¹³⁵ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Указ.соч. С. 130.

Адвокатская деятельность – это во всех случаях деятельность публичная. Адвокатура – публичный институт общества. Ибо государство обязалось перед обществом и каждым его членом обеспечить всем и каждому помощь по вопросам права. Но помощь эту обязан оказать не чиновник, а представитель гражданского общества, имеющий познания в праве. Государство должно создать этим знатокам права условия для отправления их функций. Деятельность адвоката, статус адвокатуры определяется публичным правом, хотя условия договора об оказании правовой помощи устанавливаются гражданским правом. Оказание правозащиты всему обществу должно регулироваться на конституционном уровне.

Конституция РФ регламентирует соответствующие отношения через определение понятия квалифицированной юридической помощи и субъекта, ее оказывающего в уголовном судопроизводстве, формируя сложносоставный институт, включающий: 1) субъективно-личностные (предоставительно-обязывающие) характеристики (ч. 1 ст. 48); 2) основные начала компетенционного (квалифицированного) обеспечения данного института в рамках совместного ведения РФ и ее субъектов (п.п. «б» и «л» ч. 1 ст. 72, ч. 2 ст. 76); 3) публично-правовые начала института квалифицированной юридической помощи и их реализация, в частности, в сфере судопроизводства (ст. 46 – 47, ч. 2 ст. 48); 4) конституционные обязанности государства по гарантированию каждому права на получение юридической помощи, недопустимость его ограничения, ответственность за качество этой помощи (ст. ст. 2, 18, 45, ч. 1 ст. 48, ч. 3 ст. 56).

Конституционно гарантированное значение института оказания квалифицированной юридической помощи для обеспечения эффективной судебной защиты прав граждан может быть обеспечено лишь на основе достижения баланса между частно-правовыми и публичными началами данного института. Соответственно, в процессе законодательного регулирования общественных отношений по оказанию юридической помощи необходимо обеспечение надлежащего баланса между такими конституционно защищаемыми ценностями, как гарантирование квалифицированной и доступной юридической помощи, самостоятельность и независимость судебной власти и свобода договорного определения прав и обязанностей в рамках гражданско-правовых отношений по оказанию юридической помощи. Этот вопрос подробно освещен и проанализирован в четвертой главе.

Именно правозащитный статус адвокатуры и правозащитная деятельность, признаваемые публичными, позволяют в отсутствие властных полномочий осуществлять профессионально-правовой общественный надзор за соблюдением государственными и судебными органами конституционных

прав и свобод каждого человека и всего общества. Закрепленные в тексте Конституции РФ положения ч. 2 ст. 48 и п. «л» ч. 1 ст. 72 имеют особое конституционное значение не только для определения роли и места адвоката в обществе и его функций, но и адвокатуры как института, способного представлять интересы всего гражданского общества через сбор информации адвокатами о нарушениях прав и свобод человека и донесения ее через представительные органы корпорации Совет ФАП и Советы адвокатских палат регионов до гаранта Конституции – президента и глав регионов России.

2. Действие Федерального конституционного закона «О Конституционном суде РФ»¹³⁶, Федерального конституционного закона «О судебной системе РФ»¹³⁷, Федерального закона «О мировых судьях в РФ»¹³⁸ является предметом специального исследования в свете правоохранной функции адвокатуры, реализуемой адвокатами, членами корпорации в порядке обеспечения судебного представительства.

2.3. Постановления и определения Конституционного Суда РФ бесспорно являются актами конституционного контроля за обеспечением конституционных принципов и норм гарантированных прав и свобод. Их можно отнести в широком смысле и к законодательству, регулирующему деятельность адвокатуры как конституционно-правового института. Закон об адвокатуре неоднократно становился объектом обжалования в Конституционный Суд РФ. Поскольку адвокатура – это институт конституционного значения, Конституционный Суд подходит к законодательству о нем с особым вниманием. Ценность практики органа конституционного контроля позволяет выявить многие проблемные аспекты в деятельности адвокатуры, требующие урегулирования. Так, были признаны неконституционными нормы, которые приводили к монополии адвокатов в сфере юридических услуг по представлению интересов организаций в арбитражных судах¹³⁹, с чем нельзя согласиться, оперируя конституционной гарантированностью квалифицированной юридической помощи и документальным подтверждением не только наличия высшего юридического образования, но и квалификации в знании права, обеспеченной либо корпорацией профессионалов, либо государством для ос-

¹³⁶ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 02.06.2009) «О Конституционном Суде Российской Федерации» (одобрен СФ ФС РФ 12.07.1994) // Российская газета. N 138 – 139. 23.07.1994.

¹³⁷ Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 N 1-ФКЗ (ред. от 27.12.2009) «О судебной системе Российской Федерации» (одобрен СФ ФС РФ 26.12.1996) // Российская газета. 06.01.1997. N 3.

¹³⁸ Федеральный закон от 17.12.1998 N 188-ФЗ (ред. от 11.02.2010) «О мировых судьях в Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 11.11.1998) // Российская газета. 22.12.1998. N 242.

¹³⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» // Российская газета. 27.07.2004. № 158.

тепленных ученых. Заслуживает внимание Определение Конституционного Суда РФ от 30 сентября 2004 г. №317-О, в котором адвокату, по нашему мнению необоснованно, отказано в получении по запросу в порядке п. 3 ст. 6 закона об адвокатуре, сведений, составляющих налоговую тайну, несмотря на то, что отсутствие доступа адвоката к таким сведениям, например, о расчетных счетах ответчика, может стать препятствием для его обращения в суд с заявлением об аресте денежных средств в качестве обеспечительной меры по иску и препятствует оказанию необходимой юридической помощи доверителю.

Признание публичности адвокатской деятельности позволяет чиновникам усмотреть возможность повышенного контроля со стороны государства за адвокатурой. Представляется, что такой контроль должен быть, но взаимный, и его объектом должна служить не адвокатура, а обеспечение адвокатурой как институтом общества конституционных прав и свобод человека и общества. Только тесное взаимодействие и постоянное интегрирование органов системы публичной власти и институтов гражданского общества в рамках КМО позволит сделать гарантирование конституционных прав и свобод неизбежным на базе единообразного и неукоснительного применения конституционных принципов при коллизиях всех уровней в деятельности всех субъектов КМО.

1.3. Отраслевое законодательство

1. В первую очередь к нему относится принятый Государственной Думой 26 апреля 2002 года и одобренный 15 мая 2002 года Советом Федерации Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», действующий с дополнениями и изменениями.

Как было отражено в исследовании, исторически вопрос о правовом положении адвокатуры на различных этапах существования этого института решался по-разному. Роль Министерства юстиции и органов юстиции в новом законе несколько изменилась, а их полномочия приведены в соответствие с демократическими принципами построения государства, провозглашенными Конституцией РФ. Министерство юстиции сохранило функцию контроля за соблюдением законности в деятельности адвокатуры, но не имеет права непосредственно вмешиваться в дела адвокатского сообщества¹⁴⁰. Скорее это функция надзора в принятом автором понимании. В законе об адвокатуре недвусмысленно определено, что адвокатура не подчинена государству и его органам, в том числе созданным для укрепления законности,

¹⁴⁰ Сергеев В. На коротком поводке у Минюста // Бизнес-адвокат. 2001. № 4. С. 6-7.

тем не менее, прописаны взаимные обязанности государства по отношению к адвокату и наоборот, а также определены их взаимные интересы, которые основаны на партнерском равенстве сторон, а не на административных принципах подчиненности и отчетности адвокатуры перед государством.

Например, в ведении государства находятся следующие сферы законодательного регулирования деятельности адвокатуры (п. 2 ст. 3, ст. 4); ведение реестра адвокатов субъекта РФ (ст. 14, 15); обеспечение гарантий независимости адвоката (п. 3 ст. 3, ст. 18); социальное обеспечение адвоката, предусмотренное для граждан Конституцией РФ (п. 4 ст. 3); осуществление финансирования деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам РФ бесплатно или по назначению (п. 3 ст. 3, п. 8 ст. 25, ст. 26); выделение при необходимости адвокатским объединениям служебных помещений и средств связи (п. 3 ст. 3); материально-техническое, финансовое обеспечение деятельности юридических консультаций (п. 3 ст. 24); участие в квалификационных комиссиях адвокатских палат шести госпредставителей из 13 членов (ст. 33); внесение представлений в адвокатскую палату о прекращении статуса адвоката при наличии сведений об обстоятельствах, являющихся основанием для прекращения статуса адвоката (п. 6 ст. 17); подача заявления в суд в случае, если совет адвокатской палаты не принял решения о прекращении статуса адвоката (п. 6 ст. 17); налоговый учет доходов адвокатов и налоговых отчислений в государственные страховые фонды в соответствии с Налоговым кодексом РФ; работа со списками адвокатов-членов коллегий адвокатов, образованных до введения в действие Закона, проверка достоверности представленных документов и сведений (ст. 40); регистрация общественных объединений адвокатов в соответствии с ФЗ «Об общественных объединениях»; проведение совместно с президиумами коллегий адвокатов учредительных собраний адвокатов в субъектах РФ (ст. 41); проведение совместно с адвокатскими палатами субъектов РФ первого Всероссийского съезда адвокатов (ст. 42); государственная регистрация адвокатских структур (ФЗ от 8 августа 2001 г. №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»); утверждение формы ордера на исполнение адвокатом поручения клиента (ч. 2 ст. 6); утверждение формы адвокатского удостоверения и выдача этих удостоверений адвокатам (ст. 15); определение порядка страхования риска ответственности адвоката (ст. 19); требование созыва внеочередного собрания (конференции) адвокатов (п. 4 ст. 31).

Названные сферы государственного регулирования в области адвокатуры не относятся к административному управлению, за исключением налогового учета и государственной регистрации, являющихся обязательными

для всех субъектов деятельности, а также определения форм удостоверения и ордера, обеспечивающего единообразие этого документа на всей территории РФ. В концептуальных основах закона об адвокатуре никакой опасности со стороны государства не существует, но техническое воплощение некоторых законодательных норм, о которых более подробно будет сказано далее, таит в себе серьезную опасность для сохранения независимости адвоката.

Нескончаемые попытки по внесению изменений в закон об адвокатуре, имеющие место и в настоящее время, свидетельствуют о необходимости совершенствования действующего закона об адвокатуре.

Государственной Думой Федерального Собрания РФ 5 июля 2006 г. в первом чтении был принят проект ФЗ №299752-4 «О внесении изменений в закон об адвокатуре, содержащий дополнение процедуры проведения дисциплинарного производства возможностью обжалования не только решения совета адвокатской палаты, но и решения президента адвокатской палаты об отказе в возбуждении дисциплинарного производства, а также заключения квалификационной комиссии, вынесенного по результатам дисциплинарного производства. Вносимые изменения также были связаны с расширением, по сравнению с КПЭА (п. 1 ст. 20), круга лиц, заявления которых являются поводами для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката. Появление данного непринятого законопроекта свидетельствовало об усмотрении законодателем пробелов в регулировании дисциплинарного производства в отношении адвокатов. Несмотря на положительные результаты реформы законодательства об адвокатуре, необходимость дальнейшего его совершенствования сохраняется.

2. Регулирование адвокатской деятельности содержится и в некоторых других федеральных законах. Например, в ст. 22 Федерального закона от 27 мая 1998 г. N 76-ФЗ «О статусе военнослужащих»¹⁴¹ предусматриваются дополнительные случаи оказания адвокатами юридической помощи бесплатно, в частности военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы. Другой пример - положения ст. 7 Закона РФ от 2 июля 1992 г. N 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»¹⁴², в которой устанавливаются дополнительные гарантии прав гражданина при оказании ему психиатрической помощи: право на помощь адвоката, встречи с адвокатом наедине, гарантия обеспечения администрацией лечебного учреждения возможности приглашения адвоката, гарантия тайны переписки с адвокатом.

¹⁴¹ См.: Федеральный закон от 27 мая 1998 г. N 76-ФЗ (в ред. Федерального закона от 24 июля 2007 г. N 214-ФЗ) «О статусе военнослужащих» (ч. 3 ст. 22) // СЗ РФ. N 22. 1998. Ст. 2331.

¹⁴² См.: Закон РФ от 2 июля 1992 г. N 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан на ее оказание» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 33. Ст. 1913.

3. Ряд нормативно-правовых актов процессуального характера обобщенно можно включить в состав законодательства, регулирующего правоотношения в области адвокатской деятельности. Так, конкретные права и обязанности адвокатов при выполнении поручений по гражданским, уголовным делам и делам об административных правонарушениях регламентируются соответствующими процессуальными кодексами:

3.1. Уголовно-процессуальным кодексом РФ от 18 декабря 2001 г.¹⁴³;

3.2. Гражданским процессуальным кодексом РФ¹⁴⁴;

3.3. Кодексом РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г.¹⁴⁵;

3.4. Арбитражным процессуальным кодексом РФ от 24 июля 2002 г.¹⁴⁶;

3.5. Налоговым кодексом РФ¹⁴⁷.

4. Правительство РФ и федеральные органы исполнительной власти также могут принимать нормативные правовые акты по вопросам, регулирующим адвокатскую деятельность. Так, в частности, ст. 14 закона об адвокатуре предусмотрено создание региональных реестров адвокатов, порядок ведения которых определяется федеральным органом юстиции. Приказом министра юстиции РФ от 29 июля 2002 г. N 211 был утвержден Порядок ведения реестров адвокатов субъектов РФ, регламентирующий вопросы внесения сведений о лицах, получивших статус адвоката, о приостановлении, возобновлении или прекращении статуса адвоката, оформления, выдачи, учета, хранения и уничтожения удостоверений адвоката¹⁴⁸.

В целях обеспечения доступности для населения юридической помощи Правительство РФ может принимать нормативные акты о финансировании деятельности труда адвокатов за счет государства и выделении адвокатским образованиям служебных помещений и средств связи. Во исполнение ст. 25 Закона об адвокатуре было принято Постановление Правительства РФ от 4 июля 2003 г. N 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов доз-

¹⁴³ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. N 174-ФЗ (в ред. Федерального закона от 2 октября 2007 г. N 225-ФЗ) // СЗ РФ. 2001. N 52 (ч. 1). Ст. 4921.

¹⁴⁴ См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. N 138-ФЗ (в ред. Федерального закона от 2 октября 2007 г. N 225-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. N 46. Ст. 5432.

¹⁴⁵ См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. N 195-ФЗ (в ред. Федерального закона от 2 октября 2007 г. N 225-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. N 1 (ч. 1). Ст. 1.

¹⁴⁶ См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ (в ред. Федерального закона от 2 октября 2007 г. N 225-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3012.

¹⁴⁷ См.: Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 г. N 146-ФЗ (в ред. Федерального закона от 17 мая 2007 г. N 84-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3824; Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ (в ред. Федерального закона от 24 июля 2007 г. N 216-ФЗ) // СЗ РФ. 2000. N 32. Ст. 3340.

¹⁴⁸ См.: Приказ Минюста России от 29 июля 2002 г. N 211 «Об утверждении Порядка ведения реестров адвокатов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. N 37.

нения, органов предварительного следствия, прокурора или суда», в соответствии с которым устанавливается не только размер вознаграждения адвоката, но и порядок компенсации адвокату, оказывающему юридическую помощь гражданам России бесплатно¹⁴⁹.

Отметим, что в формировании законодательства об адвокатской деятельности существенную роль играет такой орган исполнительной власти РФ, как Министерство юстиции РФ, нормативные акты которого в данной области регулируют как формальные стороны осуществления адвокатской деятельности, так и существенные вопросы, касающиеся, например, оплаты услуг адвокатов¹⁵⁰ или осуществления на территории РФ деятельности адвокатов иностранных государств¹⁵¹.

Нельзя не отметить, что процесс совершенствования законодательства об адвокатуре находится в активной динамике развития, инициаторами которой являются как отдельные адвокаты и адвокатское сообщество в лице его представительных органов, так и государство в лице Минюста.

Обозревая федеральное законодательство, принятое в развитие норм закона об адвокатуре, необходимо заметить, что данный сегмент всего российского законодательства об адвокатуре является самым перспективным в силу новизны. Представляется обоснованным в дальнейшем осуществлять регулирование на основе указанного закона об адвокатуре посредством принятия федеральных актов Министерством юстиции РФ. При этом необходимо заметить, что подобное законотворчество никоим образом не должно означать постановку адвокатуры под юрисдикцию Минюста России.

В силу норм процессуального законодательства, базирующегося на Конституции, квалифицированную юридическую помощь в судебных процессах призваны оказывать адвокаты, а в ряде случаев только они одни. В частности, в уголовном процессе, за исключением производства у мирового судьи, в качестве защитников допускаются лишь адвокаты (ч. 2 ст. 49 УПК РФ). В гражданском процессе суд назначает адвоката в качестве представителя в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, а также в других предусмотренных Федеральным законом

¹⁴⁹ См.: Постановление Правительства РФ от 4 июля 2003 г. N 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» // СЗ РФ. 2003. N 28. Ст. 2925.

¹⁵⁰ См.: Приказ Минюста России N 257, Минфина России N 89н от 6 октября 2003 г. «Об утверждении Порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела» // Российская газета. 2003. N 211.

¹⁵¹ См.: Приказ Минюста России от 12 января 2004 г. N 2 «Об утверждении формы и порядка предоставления выписки из реестра адвокатов иностранных государств, осуществляющих деятельность на территории Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2004. N 6.

случаях (ст. 50 Гражданского процессуального кодекса РФ – далее ГПК РФ). В конституционном судопроизводстве наряду с лицами, имеющими ученую степень по юридической специальности, адвокаты могут быть представителями сторон (ст. 53 ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации»). И это не случайно. Именно адвокат противостоит в уголовном судопроизводстве государственному обвинителю. Обеспечение равенства прав адвоката и представителя государства соответствует обеспечению равенства адвокатуры и представителей государства при защите прав человека и гражданина.

Равенство государственных органов, обладающих властными полномочиями, и адвокатуры, лишенной таковых, в деле защите прав человека и общества должно проявляться в первую очередь в судебных процессах через власть права и надзор за его применением, что позволит КМО работать эффективно при обеспечении этого силой государственной власти и презюмировании всеми ветвями власти именно власти права, а при наличии коллизий в праве – власти конституционных презумпций и принципов.

1.4. Корпоративное законодательство

Корпоративные акты являются формально определенными источниками права. С позиции теории права государство делегировало свои полномочия по правотворчеству самой адвокатской корпорации, реализующей его с учетом этических норм, автоматически приобретающих правовой характер.

1. Федеральное корпоративное законодательство, обязательное для всех адвокатов России:

- 1.1. Кодекс профессиональной этики адвоката;
- 1.2. Устав ФПА, принимаемый Всероссийским съездом адвокатов;
- 1.3. Решения адвокатской палаты РФ.

2. Законодательство субъектов – Адвокатских палат регионов, обязательное для членов этих палат.

2.1. Устав адвокатской палаты субъекта РФ, принимаемый общим собранием палаты.

2.2. Решения адвокатских палат субъектов РФ.

Отнесение статьей 4 закона об адвокатуре к законодательству в широком смысле Кодекса профессиональной этики адвоката, принятого Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г., содержащего 2 раздела и 27 статей, представляется не только законным и обоснованным, но крайне необходимым для гармоничного развития сообщества адвокатов, постоянного профессионального и нравственного совершенствования каждого адвока-

та, соответствия его как личности и как профессионала канонам адвокатуры. Обязанность каждого адвоката соблюдать КПЭА предусмотрена пп. 4 п. 1 ст. 7 закона об адвокатуре. Принимая присягу в соответствии со ст. 13, каждый адвокат лично обязуется в своей деятельности руководствоваться КПЭА¹⁵².

Оказание квалифицированной юридической помощи возложено на адвокатов Конституцией, а профессионализм, определяемый дополнительно к данному конституционному критерию еще и критериями нравственного характера – Кодексом профессиональной этики адвоката. Наиболее эффективное функционирование адвокатуры как конституционного правозащитного института возможно только в ее канонической форме, при совмещении профессионализма и нравственности каждым адвокатом.

Еще до принятия закона об адвокатуре в деятельности адвокатов вставал вопрос о том, являются ли корпоративные акты источниками права и можно ли на них ссылаться в ходе правоприменения. Решение этого вопроса имело огромное значение. Показателен прецедент Конституционного суда РФ по делу гражданки К., лишённой статуса адвоката за совершение проступков, порочащих честь и достоинство адвоката, признавшего КПЭА источником права. К. считала, что адвокатское сообщество не имеет права само себе устанавливать правила поведения, а затем подвергать лиц ответственности за их неисполнение. Несколько позже подобную позицию заняло Министерство юстиции РФ. Споры разгорелись вокруг ст. 19 и 20 КПЭА.

На протяжении веков, пока существует адвокатура, начиная от Древнего Рима и Афин, ведутся поиски нравственных критериев оценки ее деятельности и ее представителей. Естественен вопрос, почему нравственные оценки так важны для адвокатуры и вроде бы менее актуальны для многих государственных институтов, включая суды, которые, по определению, должны быть вершителями правды и справедливости. Ответ на этот вопрос кроется в правовом и социальном статусе адвоката и адвокатуры. Существование и деятельность адвокатского сообщества невозможны без соблюдения корпоративной дисциплины и профессиональной этики, заботы адвокатуры о чести и достоинстве адвокатов, а также об авторитете адвокатуры и как корпорации и как института общества. Оружие адвокатов – цивилизованное право и здоровая мораль. Потому адвокаты всегда были сторонниками политики укрепления правопорядка, а в защите прав и свобод ориентировались на нравственные ценности общества.

Существующая кодификация не выполняет свою главную роль – отсутствуют четкие и справедливые законы, не вырабатываются действенные

¹⁵² Кодекс профессиональной этики адвоката, принят Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. // Бюллетень Минюста России. 2004. № 3.

правовые нормы. Представляется необходимым еще раз выявить причины этого и предложить пути их решения, начиная с широкого внедрения кодексов профессиональной этики. Если профессионалы будут надлежащим образом исполнять перед обществом, гражданами и юридическими лицами возложенные на них обязанности, следуя закону, руководствуясь нормами морали и нравственности, соблюдая Конституцию, не прикрываясь несовершенным, противоречащим этим нормам законом, не понятным простому обывателю, не соответствующим древним и незыблемым представлениям о добре и зле, наступит власть права, правовой нигилизм вытеснит всеобщая правовая культура, что приведет к построению правового государства и цивилизованного гражданского общества¹⁵³.

Полагаем, что кодексы профессиональной этики представляют собой в настоящее время нечто промежуточное между нормами права и морали и объективно необходимы из-за увеличивающейся дистанции между ними.

Нравственные кодексы адвокатской профессии разрабатывались во многих странах (в Польше – 1970 г., в Венгрии – 1972 г. в Литве – 1974 г. и др.). Адвокаты Западной Европы ориентированы на «Общий кодекс правил для адвокатов стран европейского сообщества». Принимались соответствующие акты и отдельными коллегиями адвокатов России.

Все эти кодексы представляют несомненный практический интерес, однако в научном плане вызывают замечания: в них не всегда обосновываются специфические нормы нравственности, многие из них декларативны и общи, повторяют или существующие правовые предписания, или простые нормы общечеловеческой морали. Эти недостатки определяются в основном слабой разработкой общей, теоретической части адвокатской этики.

Следует, отметить, что у судейского сообщества также есть кодекс чести¹⁵⁴, требуется обеспечить его соблюдение всеми судьями. *В настоящее время это может сделать адвокат, имеющий право обратиться в интересах своего доверителя при нарушении судьей не материальных норм права (пересмотр решения – компетенция вышестоящей судебной инстанции), а нравственных, в квалификационную комиссию судей, дающую оценку поведению судьи и качества отправления им правосудия от имени государства, наделенную правом привлечь его к дисциплинарной ответственности, вплоть до лишения судейского статуса.*

¹⁵³ Либанова С.Э. Взаимодействие кодексов профессиональной этики и кодексов действующего законодательства на примере Кодекса адвокатской этики и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» от 31 мая 2002 г с изм. 2005 г. // Кодификация российского законодательства: теория, практика, техника. Международная научно-практическая конференция. Н. Новгород, 2008. С. 74.

¹⁵⁴ Кодекс судейской этики (утв. VI Всероссийским съездом судей 02.12.2004) // Российская юстиция. № 1-2. 2005.

1.3. Решения Федеральной палаты адвокатов России (далее ФПА) и ее органов, принятые в пределах их компетенции, обязательны для всех палат и адвокатов (ст. 35 закона об адвокатуре).

2.2. Решения адвокатских палат субъектов РФ в лице президиума, избираемого тайным голосованием на общем собрании всех адвокатов субъекта РФ, обязательны для членов этих палат. Например, адвокатские палаты субъектов РФ издают акты, определяющие порядок оказания юридической помощи адвокатами по назначению. Адвокат, внесенный в реестр субъекта РФ, обязан подчиняться корпоративным нормам своей адвокатской палаты. В случае их неисполнения ФЗ «Об адвокатуре» предусматривает санкцию – прекращение статуса адвоката в связи с «неисполнением решений органов адвокатской палаты».

Проблемам, подлежащим решению в уставах ФАП и адвокатских палат субъектов РФ, посвящается следующий раздел.

2. Понятие конституционно-правового триединого статуса российской адвокатуры

Федеральный закон об адвокатуре впервые на нормативном уровне в ст. 1 закрепил определение адвокатской деятельности, в ст. 2 статус адвоката и в ст. 3 – статус адвокатуры как института гражданского общества. На сегодняшний день адвокаты, объединенные в палаты адвокатов, образуют российскую адвокатуру, которая является законодательно признанным институтом гражданского общества. Статья 3 гласит: «Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления»¹⁵⁵.

До настоящего времени не имеется монографических исследований, посвященных обоснованию новой законодательной концепции разделения понятий «адвокатура» и «адвокатская деятельность». Более того, она имеет как сторонников, так и противников. Несмотря на это, по нашему мнению, именно разграничение адвокатской и правозащитной деятельности по субъектам, функциям и полномочиям позволяет наиболее четко охарактеризовать конституционно-правовой статус триединой адвокатуры.

Существование частных интересов, разграниченных нормами права, непосредственно повлияло на особенности институционализации (процесс формирования институтов и их легитимизация, признание и целостное вос-

¹⁵⁵ Федеральный закон от 31.05.2002 N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Российская газета. № 100. 05.06.2002.

произведение, охватывающее исторический интервал¹⁵⁶) юридической помощи, которая привела к признанию адвокатуры единовременно в трех проявлениях: как организации, института и вида профессиональной деятельности. Адвокатура определена законодателем, во-первых, как профессиональное сообщество, что имело место и в ранее даваемых определениях, а во-вторых, впервые это сообщество законодательно признано институтом гражданского общества, следовательно, деятельностный аспект, присущий непосредственно адвокатской деятельности, исключен. Некоторые авторы, например И.С. Яртых, считают это ошибкой¹⁵⁷. Он полагает, что концептуальное разделение понятий «адвокатская деятельность» и «адвокатура» на самостоятельные правовые категории не соответствует правовой природе и логике исторического развития института адвокатуры¹⁵⁸. Он отмечает, что по смыслу, заложенному в закон, главной задачей адвокатской корпорации (объединений адвокатов) является оказание квалифицированной юридической помощи¹⁵⁹. Это действительно так, но, по нашему мнению, противоречит статусу адвокатуры как корпорации, выполняющей организационные функции, не оказывающей помощь доверителям. Далее ученый делает вывод о том, что за рамками исполнения своего профессионального долга адвокаты свободны в определении как своей частной, так и публичной жизни и деятельности¹⁶⁰, с чем принципиально не представляется возможным согласиться. Невозможно быть публичным наполовину, т.к. сама публичность профессии адвоката уже ко многому его обязывает, в том числе к нравственному поведению везде и всегда. Противоположного мнения придерживается Н.В. Андрианов, который видит аксиологическую (ценностную) обоснованность признания адвокатуры институтом гражданского общества в обеспечении независимости от органов власти и управления адвокатуры как профессиональной корпорации и вида деятельности¹⁶¹. Г.Б. Мирзоев полагает, что отсутствует нормативная база для юридического признания адвокатуры институтом гражданского общества, защищающим его права, а общепризнанные исторические суждения об адвокате как общественном деятеле, уполномоченном обществом и государством представлять общественные интересы, требуют переосмысления. Аргументирует ученый свое мнение отсутствием в законе об адвокатуре ссылки на обусловленные новым статусом задачи, а также

¹⁵⁶ Берге, Луман. Современное конструирование реальности пер. с англ. «Медиум», М., 1995. С. 92.

¹⁵⁷ Яртых И.С. Функции и правовой статус адвокатуры и ее общественных объединений в условиях формирования гражданского общества: Автореф. дис. ... докт. юр. Наук. М. 2009. С. 3.

¹⁵⁸ Яртых И.С. Там же. С. 3.

¹⁵⁹ Яртых И.С. Там же. С. 30.

¹⁶⁰ Яртых И.С. Там же. С. 30.

¹⁶¹ Андрианов Н.В. Дис. ... канд. юр. наук. С. 12.

тем, что в силу ст. 29 п. 10 адвокатская палата не вправе осуществлять адвокатскую деятельность от своего имени¹⁶².

С Г.Б. Мирзоевым следует согласиться в части необходимости переосмысления нового статуса адвокатуры. Адвокатская палата вообще не осуществляет адвокатскую деятельность в смысле, определенном ст. 1 закона об адвокатуре. На нее возложены задачи по обеспечению прав адвокатов и уровня их профессионального и нравственного соответствия статусу адвоката, позволяющие квалифицировать ее корпоративную деятельность как правозащитную. Объектом правозащиты корпоративных органов являются адвокаты. Задачи адвокатуры как института гражданского общества требуется определить и зафиксировать законодательно вместе с функциями и полномочиями, необходимыми для их решения. Попытка восполнить данный пробел, признаваемый учеными и практиками, и предпринята автором настоящего исследования с позиции реальной возможности обеспечения адвокатурой не только конституционных прав и свобод человека, но и обеспечения реализации конституционных принципов и презумпций, позволяющих защитить гражданское общество от произвола органов государственной власти всех ветвей и уровней.

Рассматривая адвокатуру как одно из важных звеньев второго элемента КМО, причисляя ее, согласно авторской классификации, к объединениям и организациям, являющимся *субъектами обеспечения конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека в соответствии с нормами конституционного права и Конституцией (ст. 13, ч. 1 ст. 30, ч. 3 ст. 37, ч. 3 ст. 46, ч. 1 ст. 48, ст. 72 «л»)*, полагаем возможным утверждать, что эволюционное развитие законодательства об адвокатуре и самой адвокатской деятельности, в свете конституционализации законодательства в целом, позволяет определить новый этап ее деятельностного статуса в обществе как канонической (идеальной), учитывая объективную способность реализовать дополнительные общественно значимые функции в качестве института гражданского общества. Термин «канон» используется нами в изначально историческом значении «идеал», к которому необходимо стремиться, сочетая профессионализм и нравственность. Именно стремление к идеалу, определенному сочетанием профессионализма и нравственности, является, по нашему мнению, существенным элементом не только статуса триединой адвокатуры, но и элементом ее нового конституционно-правового статуса.

На сегодняшний день в обществе нет института, который бы мог эффективно контролировать реальное обеспечение конституционных прав и

¹⁶² Мирзоев Г.Б. Правоохранительная деятельность государства и вопросы общественного контроля. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. С. 63.

свобод каждого человека и всего гражданского общества государственной властью. Институты гражданского общества не наделены властными полномочиями. Государственные институты не подчиняются обществу, но обязаны подчиняться закону, соблюдать законы. Признаки канонической адвокатуры определены ранее, поэтому при осуществлении всех видов деятельности, присущей адвокатуры в ее триединстве, будем исходить из того, что над всеми субъектами КМО довлеет власть права. Общество не может уполномочить какую-либо отдельную организацию контролировать правоприменительную деятельность власти, но может делегировать эти права своему институту, способному осуществлять надзор за обеспечением конституционных прав и свобод в силу того, что его члены знают право не хуже правоприменителей, уполномоченных на это государством.

Такой институт должен иметь ряд особых качеств, позволяющих ему осуществлять эффективный профессионально-правовой общественный надзор за правоприменительной деятельностью органов власти, наделенных властными полномочиями для обеспечения конституционных прав и свобод членов этого общества, в первую очередь в отношениях с самими органами власти и отдельными чиновниками.

Представляется логичным определить конституционно-правовой статус адвокатуры как института гражданского общества с учетом ее роли и значения в КМО путем анализа и систематизации следующих категорий: «статус», «институт гражданского общества», «адвокат», «сословие – корпорация адвокатов», «деятельность», «адвокатская деятельность», «правозащитная деятельность», «профессиональная деятельность», «профессионально-правовая демокурия за обеспечением конституционных прав и свобод каждого человека и гражданского общества».

Термин «статус» достаточно часто употреблялся ранее и употребляется в настоящее время в российском законодательстве и юридической науке. Этимологически слово статус (от лат. status) означает состояние, положение, правовое положение¹⁶³, которое определяется совокупностью прав и обязанностей лица, государственного органа, общественной организации, учреждения и т.п.¹⁶⁴ В отечественной юридической литературе обычно применяют понятие «правовой статус». Существует мнение, что «правовой статус – это юридическое выражение социального статуса субъекта»¹⁶⁵. Наряду с право-

¹⁶³ Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Русский толковый словарь. М., 1997. С. 672; Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1981. С. 680; Словарь русского языка: 4 т. Т. 4 / Под ред. А.П. Евгеньевой. М., 1988. С. 254.

¹⁶⁴ См.: Новый энциклопедический словарь. М., 2001. С. 1158; Словарь современных понятий и терминов / Под ред. В.А. Макаренко. М., 2002. С. 412; Современный толковый словарь русского языка / Гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб., 2001. С. 792.

¹⁶⁵ Сергеев С.Л. Субъект Федерации: статус и законодательная деятельность. СПб., 1999. С. 80.

вым статусом в юридической науке также употребляется понятие «правовое положение». Многие ученые не видят разницы между правовым положением и правовым статусом физических лиц и определяют правовой статус лица как его положение в обществе, закрепленное правом¹⁶⁶. Такая позиция распространена и по отношению к остальным субъектам права¹⁶⁷. Примем за основу дальнейшего исследования определение конституционно-правового статуса как важнейшей категории науки конституционного права, «закрепляющей на соответствующем уровне правовое положение субъектов (участников) конституционно-правовых отношений», данное Н.А. Богдановой¹⁶⁸. Юридические науки оперируют также понятием «общий правовой статус», включающий в себя нормы всех отраслей права, которые определяют правовое положение субъекта, однако основу правового положения закладывают нормы Конституции и конституционно-правовых актов.

Отметим, что отсутствует единый подход в науке конституционного права к определению конституционно-правового статуса как физических, так и нефизических лиц. Одни ученые определяют конституционно-правовой статус личности лишь через права и обязанности¹⁶⁹, другие добавляют гарантии¹⁷⁰, законные интересы¹⁷¹, юридическую ответственность¹⁷², гражданство, правовые принципы¹⁷³ и др.

Конституционно-правовой статус иных субъектов (составных частей государства, государственных органов, предприятий, учреждений, организаций) определяется, как правило, через полномочия¹⁷⁴.

¹⁶⁶ См., например: Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. М., 1996. С. 94; Гранат Н.Л. Глава IV. Конституционные основы положения человека и гражданина // Конституционное право: Учебник / Отв. ред. А.Е. Козлов. М., 1996. С. 56; Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 11 - 17; Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах. М., 2002. С. 116; Матузов Н.И. Тема 13. Правовой статус личности: понятие, структура, виды // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2000. С. 263.

¹⁶⁷ См.: Конституционный статус общественных организаций в СССР / Отв. ред. А.И. Щиглик. М., 1983. С. 36; Лебедев А.Н. Статус субъекта Российской Федерации (основы концепции, конституционная модель, практика). М., 1999. С. 26; Сергеев С.Л. Субъект Федерации: статус и законодательная деятельность. СПб., 1999. С. 80; Смирникова Ю.Л. Финансово-правовой статус субъекта Российской Федерации // Журнал российского права. 2002. № 6. С. 39.

¹⁶⁸ Богданова Н.А. Система науки конституционного права. М., 2001. С. 55.

¹⁶⁹ Лукашева Е.А. Глава IV. Социально-психологические аспекты реализации прав личности // Реализация прав граждан в условиях развитого социализма / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1983. С. 152 - 153; Права человека / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1999. С. 93.

¹⁷⁰ Воеводин Л.Д. (глава 1) Понятие и основные элементы конституционного статуса личности // Конституционный статус личности в СССР / Ред. кол. Н.В. Витрук, В.А. Масленников, Б.Н. Топорнин. М., 1980. С. 21 - 26.

¹⁷¹ Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 25 - 34; Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 11.

¹⁷² Кучинский В.А. Личность, свобода, право. М., 1978. С. 115.

¹⁷³ Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах. М., 2002. С. 116; Матузов Н.И. Тема 13. Правовой статус личности: понятие, структура, виды // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2000. С. 263.

¹⁷⁴ Рыжов В.А. Глава I. Понятие конституционного (государственного) права зарубежных стран. Конституционное право как отрасль права в зарубежных странах П. 6. Конституционно-правовое регулирование //

Следовательно, определить статус адвокатуры как корпорации и обосновать конституционно-правовой статус адвокатуры как института общества возможно путем определения выполняемой ими деятельности, в том числе конституционно-правовой и полномочий по ее осуществлению.

Само название закона об адвокатуре содержит разграничение адвокатуры и собственно адвокатской деятельности. Приступая к определению статуса адвокатуры через раскрытие понятия «адвокатура», процитируем выдающегося исследователя адвокатуры конца XIX века Е.В. Васьковского, утверждавшего, что в «обширном смысле» под институтом адвокатуры возможно понимать всякого рода профессиональную деятельность, заключающуюся в ведении на суде чужих дел, то есть *правозаступничество* вместе с *судебным представительством*¹⁷⁵.

Полагаем, что пришло время в свете законодательной институционализации адвокатуры устранить «обширный смысл определения адвокатуры как адвокатской деятельности», до сих пор широко распространенный в науке, а тем более практике, о чем свидетельствуют результаты анкетирования (приведены в приложении), для разграничения профессиональной деятельности адвокатов и правозащитной деятельности адвокатуры, отличающейся от организационной деятельности корпорации, руководствуясь общепризнанным утверждением о том, что сущность любого института состоит в осуществляемой им деятельности.

Анализируя три значения понятия «адвокатуры» в историческом и законодательном ракурсе, сравним три статуса адвокатуры через различие видов ее деятельности, определив место в системе общества и государства, соответствующее каждому статусу, включая задачи, цели, функции:

- 1) профессии адвокат;
- 2) сообщества адвокатов;
- 3) института гражданского общества.

2.1. Профессия адвокат

Вновь обратимся к историческому анализу исследуемых категорий.

В 1716 году адвокат в России был заменой в суде личности челобитчика или ответчика¹⁷⁶. Первое четкое оформление *российской адвокатуры как организации* связано с принятием Судебных Уставов 1864 г. Известный русский исследователь адвокатуры Е.В.Васьковский отмечал, что адвокат – «об-

Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Часть общая: В 4 т. Т. 1-2 / Отв. ред. Б.А. Страшун. М., 2000. С. 13 - 14.

¹⁷⁵ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. СПб., 1893. С. 8.

¹⁷⁶ Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник. М.: Юрист, 2004. С. 80.

щественный деятель», что профессия адвоката – «общественная должность», а адвокатура – «институт публичного права»¹⁷⁷. Осознание обществом необходимости обеспечения реальной независимости суда и поддержания принципов законности в ходе гражданского и уголовного судопроизводства впервые в истории России обеспечило стабильность адвокатуры как института общества фактически, но юридически он был оформлен лишь в 2002 году.

Т. Н. Добровольская дает в Большой Советской энциклопедии 1985 г. следующее определение: «Адвокатура – организация адвокатов в СССР, добровольная общественная организации лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, построенная на началах выборности всех её органов самоуправления. Организация адвокатуры регламентирована Положениями, принятие которых отнесено к компетенции союзных республик¹⁷⁸; адвокатурой называют также профессию адвоката»¹⁷⁹. Из данного определения осталось справедливым лишь то, что «адвокатура – добровольная общественная организация лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, построенная на началах выборности всех её органов самоуправления». В Толковом словаре живого великорусского языка В. Даля адвокатура трактуется как стряпчество¹⁸⁰.

Исходя из исторического анализа развития адвокатуры, следует отметить, что в русском языке слово «адвокатура» имело два значения: во-первых, им обозначалась профессия адвокатов, во-вторых, адвокатурой названо само сообщество адвокатов. Исторически адвокатура рассматривалась как адвокатская деятельность адвокатов и как сословие адвокатов, призванное осуществлять обеспечение деятельности только своих членов, но не интересов членов этого общества, а тем более не самого общества перед системой государственной власти.

С точки зрения такого элемента статуса адвокатуры как функциональность, из приведенных определений можно выделить два ценностных значения:

1. Адвокатура – это профессия, что имеет отношение непосредственно к адвокату, являющемуся субъектом адвокатской деятельности;
2. Адвокатура – профессиональное сообщество адвокатов, объединяющее знатоков права (правоведов), имеющих статус адвоката, не выполняющее адвокатскую деятельность, а защищающее интересы самих адвокатов, представляя их в обществе и государстве.

Признание властями адвокатуры институтом гражданского общества налагает на нее бремя обеспечения законности во всем обществе, в том числе со стороны самого государства в лице его органов власти.

177 Васьковский Е.В. История адвокатуры. Адвокат в уголовном процессе М.: Новый юрист, 1997. С. 28

178 См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1962. № 29. Ст. 450.

179 Большая Советская Энциклопедия. М., 1985. С. 129.

180 Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М.: «Терра»-terra, 1995. В 4-х т. Т. 1. С. 5.

Следовательно, *двуединство*¹⁸¹ адвокатуры как организации, выполняющей правозащитную деятельность, базируется на разделении ее функций на специальные (корпоративные) и общие (общественные), востребованные государством и обществом, связанные с реализацией публичной функции по защите прав всего общества от нарушения конституционных прав и свобод со стороны органов государственной власти, а не только частной по защите прав отдельного индивида или организации от нарушения прав другим индивидом (адвокатская деятельность). В этом заключается второй элемент конституционно-правового статуса институциональной адвокатуры, являющейся участником конституционно-правовых отношений по обеспечению реализации конституционных принципов и презумпций в обществе в целом, в первую очередь государством в отношении гражданского общества.

Адвокат призван охранять право, но при этом лишен властных полномочий по защите прав и свобод, поэтому адвокат не может быть реальным и эффективным правозащитником в одиночку, он должен выступать как часть единой общественной силы, которая может противостоять властям. Эта сила – *профессиональная корпорация адвокатов*.

Итак, под «правозащитной деятельностью» нами понимается в прямом смысле деятельность по защите права как такового (закона). Субъекты, обладающие конституционными правами, подразделяются нами на частных и общих. К частным относятся все члены общества и организации, к общим – само гражданское общество.

«Профессиональная деятельность» – это деятельность профессионалов в определенной области. Профессионал – это хороший специалист, знаток своего дела¹⁸². Следовательно, профессиональная правозащитная деятельность – это деятельность знатоков права (правоведов) по его защите от нарушений как членами и организациями гражданского общества, так и органами государственной власти. Данное определение целесообразно включить в ст. 3 закона об адвокатуре. Квалифицированными знатоками права и его защитниками в силу статуса являются адвокаты. Полагаем, как члены корпорации они осуществляют адвокатскую деятельность, являющуюся правозащитной, поэтому адвокатура как институт способна осуществлять правозащитную деятельность по защите прав всего общества, а не только членов корпорации. В силу ст. 2 п. 3 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» «...под субъектами профессиональной деятельности в законе понимаются фи-

¹⁸¹ Термин «двуединство» введен автором и применяется им в отношении статусов адвокатуры как организации и института в контексте правозащитной деятельности, отличной от адвокатской, единственным субъектом которой признается адвокат.

¹⁸² Булыко А.Н. Толковый словарь русского языка. М.: МАРТИН. С. 304

зические лица, осуществляющие профессиональную деятельность, регулирующую в соответствии с федеральными законами»¹⁸³.

Адвокатура призвана конституцией, народом реагировать на деяния власти и общества и активизировать её. Именно «активность» (наполненная содержанием, волей к чему-то) есть сущностный признак гражданского общества. Результативная, целенаправленная, последовательная активность гражданского общества в сфере защиты конституционных прав своих членов свидетельствует о степени развитости этого общества. Положительный результат от такой активности может достигаться лишь при наличии профессионализма в сфере защиты прав у членов данного общества, способных быть равными в знании права с государственными чиновниками, призванными в рамках реализации КМО исполнять законы, а соответственно обеспечивать реализацию конституционных прав и свобод каждого члена общества и самого гражданского общества. Например, один из исследователей адвокатуры И.С. Яртых обоснованно полагает, что адвокатура как институт гражданского общества может выступать как протестный институт, а также как институт давления на власть, являясь институтом внутриотраслевой солидарности¹⁸⁴.

2.2. Сообщество адвокатов

Основополагающей в научном определении адвокатуры является суть этого феноменального явления современной действительности, отсутствующая в большинстве даваемых различными авторами определений, позволяющая выделить особые свойства и функции адвокатуры, а не только их проекцию от адвокатской деятельности адвоката. Адвокатура как организация не оказывает квалифицированную юридическую помощь ни гражданам, ни организациям, ни обществу. Следовательно, она не занимается адвокатской деятельностью, указанной в ст. 1 закона об адвокатуре, а лишь создает адвокатам условия для ее эффективного оказания всем и каждому, выполняя организационные функции, осуществляя правозащитную деятельность в определенном выше смысле, объектом которой являются исключительно адвокаты.

Разграничение адвокатской деятельности по субъектам и объектам, на наш взгляд, является особенно важным для получения ответа на весьма сложный вопрос о том, осуществляет ли адвокатскую деятельность, и какую

¹⁸³ Федеральный закон от 01.12.2007 N 315-ФЗ (ред. от 27.12.2009) «О саморегулируемых организациях» (принят ГД ФС РФ 16.11.2007) // Российская газета. 06.12.2007. N 273.

¹⁸⁴ Яртых И.С. Функции и правовой статус адвокатуры и ее общественных объединений в условиях формирования гражданского общества: Автореф. дис.... д-ра. юр. Наук. М. 2009. С.3.

именно, адвокатура как сообщество адвокатов и как институт гражданского общества.

Дальнейшее исследование основано на разграничении понятий «адвокатская деятельность», субъектом которой является исключительно адвокат, и «правозащитная деятельность», субъектом которой является адвокатура в ее триединстве, различаемая по объектам защиты и функциям реализующих ее субъектов.

Следует отметить, что единого мнения в науке относительно определения института гражданского общества не выработано. Также не существует единого научного определения «адвокатуры» как многогранного социального правового явления. А.В. Гриненко, Ю.А. Костанов, С.А. Невский, А.С. Подшибякин, исходя из ее фактической роли, определяют «адвокатуру как профессиональное сообщество адвокатов, имеющее своей задачей оказание юридической помощи физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и законных интересов»¹⁸⁵. Но в силу ст. 1 закона об адвокатуре оказание квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам является адвокатской деятельностью. Адвокатура как корпорация и как институт ее не оказывает, что подтверждает позицию автора о необходимости четкого законодательного определения адвокатуры и исключение ее из субъектов адвокатской деятельности с указанием ее новых деятельностных характеристик и присущих им видов деятельности.

Определение, близкое по содержанию к законному, дано в учебнике «Адвокатура в Российской Федерации» под редакцией Д.П. Баранова и М.Б. Смоленского. Адвокатура определяется авторами как профессиональное сообщество адвокатов, то есть лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, не входящее в структуру государственной власти и органов местного самоуправления, служащее институтом гражданского общества, с помощью которого общество сохраняет баланс между общественными и государственными интересами и интересами отдельных граждан»¹⁸⁶.

В данном определении прослеживается разделение адвокатуры как общества, без указания функций и института, функция которого определяется как сохранение баланса между общественными и государственными интересами и интересами отдельных граждан, но ничего не говорится о соблюдении интересов самих адвокатов.

Адвокат не должен, да и не сможет реально сохранять баланс между общественными и государственными интересами и интересами отдельных

¹⁸⁵ Адвокатура в Российской Федерации: учебник / А.В. Гриненко, Ю.А. Костанов, С.А. Невский, А.С. Подшибякин; Под ред. А.В. Гриненко. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. С. 5.

¹⁸⁶ Баранов Д.П., Смоленский М.Б., Адвокатское право (адвокатская деятельность и адвокатура России): Учебник. М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°»; Ростов н/Д: Наука-Пресс, 2006. С. 10.

граждан, не обязана это делать и адвокатура как корпорация, имеющая узкий круг задач, в отличие от адвокатуры - института гражданского общества.

Данных авторов можно отнести к сторонникам разделения адвокатской деятельности адвоката и иной деятельности адвокатуры как сообщества и института, а соответственно и сторонникам правильности законодательного концептуального разделения понятий «адвокатура» и «адвокатская деятельность», отстаиваемой автором исследования.

Не прослеживается четкости в разделении деятельности адвокатуры в трех ее различных статусах в определениях, данных А.Д. Бойковым, Н.И. Капинус, Е.Г. Тарло, предлагающих под адвокатурой понимать совокупность юристов-профессионалов, объединенных в адвокатских палатах субъектов РФ, имеющих задачей оказание юридической помощи физическим и юридическим лицам, включающую в себя участие в различных видах судопроизводства, разъяснение правовых вопросов, подготовку юридических документов (заявлений, жалоб, договоров и т.п.)¹⁸⁷. Вновь следует отметить отождествление деятельности адвоката и адвокатуры как организации, при отсутствии особенностей отражения адвокатуры как института гражданского общества (далее института).

В учебно-практическом пособии «Адвокатская деятельность» под редакцией В.Н. Буробина высказано мнение о том, что адвокатура – это негосударственное и некоммерческое, добровольное профессиональное объединение квалифицированных юристов, обладающих статусом адвоката, созданное для оказания юридической помощи физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав и законных интересов¹⁸⁸. Адвокатура рассматривается только как объединение профессионалов.

Наиболее полным представляется определение адвокатуры, данное адвокатами, учеными А.Г. Кучереной, членом Общественной палаты РФ, и Президентом Федерального союза адвокатов России и адвокатской палаты Московской области А.П. Галогановым, определяющими адвокатуру как независимый, самоуправляемый институт гражданского общества, публичную корпорацию профессиональных юристов, призванную участвовать в отправлении правосудия и оказывать на профессиональной основе квалифицированную правовую помощь, выполняя возложенную на нее публично-правовую функцию – контроль за соблюдением государством правовых норм¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Адвокатура России: Учебное пособие. 3-е изд., доп. М.: Издательский дом «Камерон», 2004. С. 14.

¹⁸⁸ Адвокатская деятельность: учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В.Н. Буробина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2005. С. 22.

¹⁸⁹ Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России: Автореф дис. д-ра. юр. наук. М., 2002. С. 7; Галоганов А.П. Адвокатура России сегодня // Российская юстиция. 2000. № 9. С. 29.

Публично-правовая функция, по их мнению, представляющемуся верным, заключается в деятельности по контролю за соблюдением государством правовых норм, при этом не определяется, в каком качестве адвокатура должна ее выполнять: как публичная корпорация профессиональных юристов или как независимый, самоуправляемый институт гражданского общества.

В этом определении выделены ценностно-функциональные элементы предназначения адвокатуры в системе правоотношений (место, роль субъекта), закрепляемые общерегулятивными правовыми средствами, и конкретные правовые возможности и долженствования (права, обязанности, полномочия), а именно определение адвокатуры не только как корпорации, но и как независимого и самоуправляемого института гражданского общества. Но элемент публичности статуса трактуется учеными как публичность корпорации профессиональных юристов, функция, определяемая как публично-правовая, заключающаяся в контроле за соблюдением государством правовых норм, возлагается на корпорацию, законодательно обязанную защищать интересы только адвокатов, а не общества. *Задача адвокатуры представлена в определении в обобщенном виде и формулируется как участие в отправлении правосудия, хотя в действительности в нем участвуют адвокаты, а не адвокатура, а адвокатура как корпорация только обеспечивает такое участие адвоката, его ответственность перед доверителями и подзащитными, и гарантирует его независимость.*

Для полноты и объективности проводимого исследования, всестороннего научного подхода к статусу адвокатуры, определения ее идеала, с учетом необходимости совершенствования личности самих адвокатов, следует учесть определение адвокатуры, данное А.В. Воробьевым, полагающим, что «адвокатура – сословие профессиональных юристов, адвокатов, оказывающих правовую помощь частным лицам. Адвокатура не абстракция, а объединение индивидов с определенным типом личности»¹⁹⁰. Принципиально значимыми в этом определении элементами статуса являются сословность, определяемая в действующем законодательстве как корпоративность сообщества, и состав сообщества, определенный исходя из субъектов, оказывающих правовую помощь частным лицам и организациям, – адвокатов, являющихся личностями разного типа.

Исторически адвокатура формировалась именно как сословие, в лучшем смысле этого понятия, подчеркивающего его профессионализм в силу

¹⁹⁰ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. М.: Изд-во Грантъ», 2002. С. 45,47; С. 481.

невозможности других сословий осуществлять деятельность по защите прав всех нуждающихся в суде.

2.3. Институт гражданского общества

Определение нового статуса адвокатуры и признание его государством дополнительно к исторически сложившимся определениям адвокатской деятельности и сословия (корпорации) еще и институтом гражданского общества, вызванное расширением сферы адвокатской деятельности адвоката, позволяет признать расширение сферы деятельности самой адвокатуры, выходящее за рамки корпоративной деятельности, и выявить принципиальные отличия адвокатской деятельности адвоката от деятельности адвокатуры как корпорации (сословия) и деятельности адвокатуры как института гражданского общества, определив ее новые сущностные функции и соответствующие им полномочия.

Для этого еще раз вернемся к понятию «*гражданское общество*» и выберем наиболее четкое для целей настоящего исследования научное определение *института гражданского общества*.

Рассмотрение права в качестве институциональной основы позволяет разграничить частные интересы как ключевой элемент механизма перемен в конституционной демократии и указывает на него как на один из важнейших источников создания прав. Дж. Коэн и Э. Арато настаивают на том, что постоянно пересмотру должны подвергаться даже фундаментальные права, зафиксированные в конституциях государств, т.к. их значение, объем и толкование меняются¹⁹¹. Современный российский институционалист С.Г. Кирдина выделяет две крупные наметившиеся тенденции в рассмотрении понятия институтов¹⁹². Во-первых, исторически институты становились и становятся объектом пристального изучения увеличивающегося числа областей гуманитарного знания. Вторая тенденция в изучении институтов развивается неразрывно с первой и состоит в дальнейшем обогащении содержания, вкладываемого в понятие «институт». «Институты являются устойчивыми комплексами значимых правил, которые *регулируют общественные отношения в различных сферах человеческой деятельности посредством статусов и ро-*

¹⁹¹ Коэн Дж. и Арато Э. Гражданское общество и политическая теория / Пер. с англ. М.: «Весь мир», 2003. С. 739, 744.

¹⁹² Кирдина С.Г. Институциональные матрицы и развитие России. М.: ТЕИС, 2000. С.12.

лей», считает современный российский исследователь Н.И. Чернобровкина¹⁹³.

В первой главе нами особо выделялось определение гражданского общества, данное О.Е. Кутафиным, как системы самостоятельных и независимых от государства общественных институтов и отношений, которые обеспечивают условия для реализации частных интересов и потребностей индивидуумов и коллективов, для жизнедеятельности социальной, культурной и духовной сфер, их воспроизводства и передачи от поколения к поколению¹⁹⁴. Ограничиваясь рамками диссертационного исследования, используем для определения деятельности адвокатуры как института созвучную ему трактовку К.Е. Дубасова, который *под институтом гражданского общества понимает «структурный, составляющий элемент гражданского общества, обладающий определенной самостоятельностью, независимостью, действующий присущими ему методами, в соответствии с конституционно признанными принципами, преследующий единые для гражданского общества цели»*¹⁹⁵.

Классифицируем качества организации, являющейся институтом гражданского общества:

- 1) *самостоятельность;*
- 2) *независимость;*
- 3) *действие методами, основанными на конституционных принципах;*
- 4) *преследование единых с гражданским обществом целей.*

Преследование единых с гражданским обществом целей на базе конституционных принципов делает институт гражданского общества участником конституционно-правовых отношений.

Если самостоятельность и независимость от органов власти адвокатуры в обоих качествах: корпорации и института закреплены законодательно и не требуют доказательств, более подробно их реализация будет нами освещена в следующем параграфе, то на принципах действия адвокатуры представляется уместным остановиться подробнее.

Изначально отметим, что они являются общими как для адвокатской деятельности, субъектом которой является адвокат, так и для правозащитной деятельности адвокатуры в ее двуединстве.

¹⁹³ Чернобровкина Н.И. Процессы институционализации российского общества в постсоветский период // Перспективы философской мысли на Юге России. Ростов н/Д: Изд-во Северо-Кавказского научного центра высшей школы, 2002. С.271.

¹⁹⁴ См.: Кутафин О.Е. Конституционное право Российской Федерации. М.: Юристъ, 2002.

¹⁹⁵ Дубасов К.Е. Формирование гражданского общества в многонациональном Российском государстве (правовые и политические аспекты): Дис. ... канд. юр. наук. М.: РАГС, 2002. С. 53.

Принципы организации и деятельности адвокатуры реализуются через основные направления адвокатской деятельности, определенные в законодательстве, способствующие реализации основной функции адвокатуры. Как справедливо указал А.Г. Кучерена, это – «*осуществление контроля за соблюдением государством правовых норм, признанием и соблюдением прав и свобод человека и гражданина*»¹⁹⁶.

Правовой статус адвокатуры можно определить как ее правовое положение в системе институтов современного гражданского общества, органов государственной власти и местного самоуправления, определяемое принципами организации и деятельности адвокатуры, закрепленными законодательно. *Конституционно-правовой статус адвокатуры определен реализацией ей как институтом гражданского общества конституционных принципов по обеспечению гарантирования прав и свобод всего гражданского общества системой публичной власти.*

Итак, к элементам конституционно-правового статуса институциональной адвокатуры можно отнести следующие ее признаки, делающие ее участником конституционно-правовых отношений:

1. Сочетание профессионализма и нравственности, определяющее стремление к идеалу (канону);
2. Правозащитность деятельности;
3. Возможность защиты прав и интересов всего общества от нарушений со стороны конституционных принципов и презумпций системы публичной власти;
4. Наличие возможности эффективно реализовать функцию профессионально-правовой демократии, обусловленная принципами деятельности самой адвокатуры.

Адвокатура, в соответствии с ч. 2 ст. 3 закона об адвокатуре, организована и действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов. Они отражают объективные закономерности развития общества, государства и их институтов, определенных общественных отношений, и поэтому по своей философской и социальной природе являются объективной категорией. Одновременно принципы выступают и действуют в форме волевого акта государства, продукта творчества законодателя, в связи с чем по своей форме категория принципов является также и субъективной. В законе об адвокатуре указаны правовые принципы, которые соотносятся с общеправовыми принципами как особенное и общее.

¹⁹⁶ См.: Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России. М., 2002. С. 61.

Принципы деятельности адвокатуры анализируются нами с позиции соответствия статусов адвокатуры и адвоката *конституционным принципам презюмирования защиты прав и свобод человека, определяемыми одновременно как принципы действия КМО и его пятый элемент.*

В основу определения новых полномочий адвокатуры, обусловленных ее новым статусом как института гражданского общества, целесообразно положить принципы организации адвокатуры как корпорации.

Адвокатская деятельность – одна из сложнейших, и регламентация поведения адвоката (юридическая, нравственная, профессиональная, политическая и т.д.) может быть бесконечной. Важно выделить ядро этой регламентации, совокупность общих принципов, которым подчинены детали, зная которые любой адвокат поймет, как именно ему вести себя в той или иной ситуации и как оценивать соответствующее поведение своих коллег и окружающих.

Стратегические принципы, претендующие на всеобщность, должны восходить к определенной канонической идее, способной создать духовную общность адвокатов. Автор отмечает, что идея об обеспечении конституционных прав и свобод человека путем осуществления общественного профессионально-правового надзора за обеспечением этих прав всеми органами государственной и местной власти для каждого, делает адвоката значимым и публичным для общества, одновременно обязывая расти духовно и нравственно. Каноническая адвокатура, оставаясь профессиональной, становясь нравственной, востребована обществом для защиты его публичных интересов и урегулирования коллизий между гражданским обществом и государством в порядке взаимодействия с иными субъектами КМО.

В философии подобные идеи называются экзистенциальными. Экзистенциальная идея – это идея, которая соединяет в себе единую формулу представления о высшей цели человеческой активности и пути ее достижения.

В связи с определением стречневой идеи канонической адвокатуры следует уточнить, что подразумевается под «совершенствованием адвоката». Повышение профессионального уровня, разностороннее образование, расширение связей для преодоления ограниченности адвоката как человека, воспитание и проявление нравственности (совести, порядочности). Единственным способом сделать это является координация адвокатского опыта, т.е. возможность пользоваться познанием других. Для осуществления этого возможно создание координационного центра в рамках всей российской адвокатуры.

Следовательно, одной из задач адвокатуры как института автор признает не только правовое просвещение общества, но и воспитание нравственно-

сти, умения конструктивно мыслить и защищать свои права и свободы каждым, требующее нравственного совершенствования каждого адвоката, достижимое с помощью координации опыта и усилий адвокатского сообщества.

2.4. Систематизация понятия «адвокатура»

Полагаем возможным предложить следующую систематизацию исследуемого понятия с учетом приведенного выше анализа обоснованности институализации адвокатуры по всем элементам конституционно-правового статуса:

1. Адвокат:

Деятельность: правозащитная деятельность по защите частных интересов, одновременно являющаяся составляющей частью адвокатской деятельности.

Формы реализации- все формы адвокатской деятельности, предусмотренные ч.2.ст.2 закона об адвокатуре.

Функции: оказание квалифицированной юридической помощи

Полномочия: исходя из вида помощи.

Субъект: адвокат.

Объект и сфера деятельности: защита прав и свобод конкретного доверителя (физическое или юридическое лицо), нуждающегося в защите своих прав от нарушений со стороны:

1.1) другого индивида, в том числе организации в споре с другой организацией – противоборство двух частных интересов;

1.2) государственного органа;

1.3) конкретного чиновника.

Оружие: власть права, его профессиональное знание;

Цель: в первую очередь, обеспечение соблюдения конституционных прав и свобод судебной властью в лице конкретных судей, рассматривающих дело с участием адвоката. Профессионально-правовой надзор за судьей в процессе отправления правосудия. Обращения за досудебной защитой прав в иные правоохранительные органы, наделенные властными полномочиями и к должностным лицам, нарушающим конституционные права для восстановления их в досудебном порядке.

Права и обязанности, гарантии, ответственность и другие элементы рассмотрены далее.

2. Адвокатура как корпорация (сословие):

Деятельность: 2.1) организационная; 2.2) правозащитная.

2.1. Организация условий для осуществления адвокатами адвокатской деятельности:

2.2.1. *Внутрикорпорационная деятельность* по защите прав и интересов членов корпорации при наличии конфликта между ними;

2.2.2. *Внешняя корпорационная деятельность* - представление интересов своего сословия в обществе и государстве, при наличии конфликта с доверителем, государственными органами.

Сфера деятельности: 2.1) внутренняя; 2.2) внешняя,

Функции и задачи:

1. Обеспечение оказания квалифицированной помощи адвокатами, в том числе бесплатно, ее доступности для населения на всей территории данного субъекта Федерации. Может состоять в создании юридических консультаций в труднодоступных районах, центров адвокатской помощи и т.п.

2. *Представительство и защита интересов адвокатов* в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях. Может осуществляться в форме получения в аренду по льготным ценам муниципальных помещений, находящихся в центре населенного пункта и муниципального образования; в форме совместных совещаний представителей судейского сообщества, юстиции и адвокатуры по вопросам взаимодействия, например по обеспечению явки адвоката в суд кассационной инстанции по уголовным делам.

3. *Контроль за профессиональной подготовкой лиц*, допускаемых к осуществлению адвокатской деятельности, и соблюдением адвокатами Кодекса профессиональной этики адвоката, повышение квалификации адвокатов. Реализуется в форме организации курсов повышения квалификации, сдачи квалификационного экзамена, рассмотрения жалоб и обращений, рассмотрения дисциплинарных производств квалификационной комиссией и Советом адвокатской палаты субъекта РФ.

Цели: развитие корпорации в целом, условия ее взаимодействия с государством и обществом, исключительно в интересах самой корпорации.

Для осуществления этого возможно создание координационного центра для повышения профессионального уровня, разностороннего образования, расширение связей для преодоления ограниченности адвоката как человека, воспитание и проявление нравственности (совести, порядочности). В настоящее время в рамках программы повышения квалификации адвокатов данные действия уже проводятся Советами адвокатских палат субъектов РФ. Субъектами являются все органы адвокатского самоуправления.

3. *Адвокатура как институт гражданского общества.*

Деятельность – правозащитная деятельность по защите прав и интересов общества, всех его членов в публичных отношениях с государственными органами.

Функция: профессионально-правового общественного надзора (демократии) за обеспечением конституционных прав и свобод всего гражданского общества системой публичной власти.

Сфера: данная деятельность является внешней и выходит за рамки обеспечения интересов самой корпорации и служит обеспечению интересов общества в целом.

Субъекты: 1. Представители; 2. Исполнители.

1. Надлежащим субъектом в отношениях с государственной властью является только Совет адвокатской палаты субъекта РФ.

2. Исполнителями данной функции могут быть как адвокат, защищенный корпорацией от нападков со стороны отдельных чиновников и органов государственной власти, так и органы адвокатской палаты субъекта РФ.

Цели: эффективный надзор за обеспечением системой государственной власти прав человека и юридического лица, в том числе правовой надзор за судебной системой и отправлением правосудия и активное участие в законодательстве и деятельности законодательной власти.

Задачи: 1. Обеспечение соблюдения конституционных прав и свобод всеми ветвями власти, а не только судебной. 2. Конституционно-правовой общественный (институциональный) надзор за работой судебной системы на основании информации, поступающей от адвокатов, обобщенной корпорацией и донесенной до обществ;

Формы реализации:

1. В случаях возможности предотвращения нарушения закона доведение информации о нарушении закона до самих нарушителей с привлечением СМИ;

2. В случаях, требующих восстановления прав и свобод, доведение информации о нарушении закона до компетентных правоохранных органов, наделенных властными полномочиями, обязанных восстановить права под продолжающимся профессиональным и независимым надзором адвокатуры;

3. Возможно доведение этой информации до компетентных органов субъекта РФ, органов РФ, а также ФАП.

4. Возможно доведение достоверной и проверенной, а также юридически грамотно оформленной информации о фактах необеспечения конституционных прав и свобод органами власти напрямую до специально созданного комитета при Президенте, наделенного контрольными полномочиями и правом властного реагирования на все факты нарушения закона чиновниками, причем

не по вертикали власти, а напрямую через гаранта Конституции – Президента. Данный комитет будет иметь особый правовой статус в связи с экономической и организационной независимостью от власти (выборы представителей правозащитных только юридических организаций и финансирование из специального фонда президента, распределяемого самостоятельно с последующим отчетом перед выборщиками). Требуется наделить его, при принятии решения квалифицированным большинством, правом отстранения от должности чиновника, нарушившего конституционные права и свободы, закон, или не исполнившего закон с однозначным презюмированием конституционных гарантий. Основанием для отстранения от должности чиновника явится недоверие общества, выраженное через особые правовые институты гражданского общества, в том числе общественную палату, ассоциацию юристов России и адвокатуру. В дальнейшем окончательно вопрос о привлечении к административной или уголовной ответственности решат компетентные органы. Довод о том, что деятельность такого комитета при президенте может послужить сведением политических и иных счетов, может быть опровергнут обязательностью положения о согласовании вопроса до голосования с выдвинувшей представителя организацией и прозрачностью самого голосования для всего общества. Компрометирующая деятельность или есть или ее нет. Важна бесспорность наличия самого факта нарушения или необеспечения конституционных прав и свобод. Базой для разработки Положения о предлагаемом комитете может служить Положение о Комитете народного контроля СССР.

С принятием закона адвокатура, определяемая ранее в законодательстве как сообщество, впервые стала рассматриваться законодателем дополнительно как институт гражданского общества, который призван выполнять адвокатскую деятельность, исходя из смысла ст. 1 закона об адвокатуре, что не соответствует объективной реальности. В своем третьем значении – как институт гражданского общества, адвокатура призвана обществом и государством выполнять деятельность, отличную от деятельности корпорации, соответствующую ее публичному конституционно-правовому статусу. Это специфичная деятельность важного социально-правового публичного института гражданского общества, одновременно являющегося правозащитной организацией, способной эффективно и профессионально обеспечить общественный надзор за соблюдением не только судебной, но исполнительной и законодательной властью конституционных прав и свобод человека в рамках реализации КМО путем тесного профессионального взаимодействия с органами публичной власти.

Свойством публичности обладает не только деятельность адвоката, но и адвокатуры как института гражданского общества, что закономерно предпола-

гает возникновение новых ценностно-функциональных элементов ее статуса, отличных от статуса корпорации.

Для устранения выявленных противоречий в законодательном и научном определениях краеугольных понятий о субъектах адвокатского права предложим следующие определения.

Адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе физическим и юридическим лицам (далее - доверителям) в целях защиты их прав, свобод и интересов лицами, получившими статус адвоката, отвечающими критериям нравственности, имеющими членство в адвокатской палате субъекта РФ, негосударственной некоммерческой организации, именуемой адвокатурой, являющейся корпорацией и институтом, осуществляющей правозащитную деятельность по защите интересов адвокатов и общества в порядке, установленном Конституцией РФ, настоящим Федеральным законом и иными федеральными законами, а также обеспечение каждому доступа к правосудию.

Адвокат - высококвалифицированный, самозанятый юрист, нравственный человек, независимый профессиональный советник по правовым вопросам, получивший в установленном Федеральным законом об адвокатской деятельности и адвокатуре порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность, подавать состязательные бумаги и действовать за и от имени своих клиентов, заниматься правовой практикой, выступать в суде, консультировать, представлять своих клиентов по правовым вопросам, являющийся конституционным гарантом защиты прав граждан от нарушений закона, способствующий своими действиями укреплению законности, повышению уровня доверия населения к закону, законности и государству, обладающий гарантиями профессиональной независимости.

Адвокатура является профессиональным сообществом, независимой, самоуправляемой, некоммерческой, добровольной, негосударственной корпорацией адвокатов, представляющей интересы своих членов, способствующей совершенствованию и оптимизации профессиональной идеи, сочетанию профессионализма с нравственности в деятельности своих членов, осуществляющей их защиту и представительство.

Адвокатура не входит в систему органов государственной власти и местного самоуправления и одновременно является конституционным, правозащитным, профессионально-правовым, публичным институтом гражданского общества, призванным обществом и государством способствовать правовому просвещению общества, пропаганде права, воспитанию умения защищать свои права и свободы каждым членом общества, установлению и сохранению оптимального для правового государства баланса между интересами общества

и государства (частными и публичными), выполняющим правозащитную, просветительскую, воспитательную, стажированную, медитационную, а также публично-правовую функцию по обеспечению профессионально-правового общественного надзора за обеспечением гарантированных конституционных прав и свобод человека системой публичной власти.

Из предлагаемого определения следует, что адвокатура – конституционно-правовой, частно-публичный институт гражданского общества, являющийся, в силу характера возложенных на нее обществом и государством функций, институтом, связывающим воедино общество и государство посредством представительства интересов общества не только в государственной системе судопроизводства, призванный выполнять правозащитную функцию всего общества, являясь элементом конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека, служить сохранению государства, осуществляя профессионально-правовую демокрию за исполнительной и судебной властями, при активном участии в законодательной деятельности.

Такие элементы статуса адвокатуры как гарантии надлежащего осуществления ее предназначения в обществе в целом, в гражданском обществе и правовом государстве в частности, для определения новых возможностей и долженствований, а также ответственности адвокатуры как субъекта адвокатского права будут рассмотрены далее и позволяют дополнить данную формулировку, а в последующем будут внесены для предложения новой редакции закона.

3. Предложения и выводы

1. Третьим элементом КМО являются основания обеспечения конституционных прав и свобод - нормы конституционного права.
2. Мировое сообщество видит решение проблем по защите прав и свобод во взаимодействии с адвокатурой и ее развитии: во-первых, путем развития самостоятельных независимых адвокатских корпораций, поддерживающих высокие профессиональные и моральные стандарты, а во-вторых, в кооперировании с правительствами для эффективного использования профессиональных знаний и навыков адвокатов при обеспечении всех нуждающихся в квалифицированной юридической помощи.
3. Несмотря на дефинитивность п. 4 ст. 15 Конституции РФ, целесообразно включить наиболее принципиальные положения общепризнанных международных пактов о правах человека в число конституционных гарантий прав личности, в том числе в части оказания юридической помощи и профессиональной защиты прав, как ее важнейшей составляющей.

4. Категория «публичность» рассматривается как законность, атрибут деятельности на основе закона и во исполнение закона, имеющий всеобщую общественную значимость.
5. Юридическая природа права на квалифицированную юридическую помощь носит конституционно-гарантирующий характер, воплощая в своем нормативном содержании единство материальных и процессуальных начал, и может рассматриваться как конституционно-процессуальная право-гарантия, призванная обеспечивать надлежащие юридические предпосылки для последовательной правореализации.
6. Конституционно гарантированная квалифицированная юридическая помощь для обеспечения эффективной судебной защиты прав граждан может быть реализована лишь на основе достижения баланса между частно-правовыми и публичными началами данного института.
7. Равенство государственных органов, обладающих властными функциями, и адвокатуры, лишенной таковых, в деле защите прав человека проявляется в первую очередь в судебных процессах через власть права и надзор за его применением. КМО будет работать эффективно, при обеспечении этого силой государственной власти и презюмировании всеми органами системы публичной власти – власти конституционных презумпций и принципов.
8. Кодексы профессиональной этики являются промежуточным звеном между нормами права и морали, и объективно необходимы из-за увеличивающейся дистанции между ними.
9. Общество не может уполномочить какую-либо отдельную организацию контролировать правоприменительную деятельность власти, но может делегировать эти права своему институту, способному осуществлять надзор за обеспечением конституционных прав и свобод человека в силу того, что его члены знают право не хуже правоприменителей, уполномоченных на это государством, наделенных властью.
10. Признание властями адвокатуры институтом гражданского общества налагает на нее бремя обеспечения законности во всем обществе, в том числе со стороны самого государства в лице его органов власти. Двуединство адвокатуры как организации, выполняющей правозащитную деятельность, базируется на разделении ее функций на специальные (корпоративные) и общие (общественные), востребованные государством и обществом, связанные с реализацией публичной функции по защите прав всего общества от нарушения конституционных прав и свобод со стороны органов государственной власти, а не только частной по защите прав отдельного индивида или организации от нарушения прав другого индивида или организации (адвокатская деятельность).

11. Профессиональная правозащитная деятельность - это деятельность знатоков права (правоведов) по его защите от нарушений как членами и организациями гражданского общества, так и органами государственной власти.

12. Как институт гражданского общества, адвокатура призвана обществом и государством выполнять деятельность, отличную от деятельности корпорации, соответствующую ее публичному конституционно - правовому статусу как важного социально-правового публичного института гражданского общества, одной из его правозащитных организаций, способной эффективно и профессионально обеспечить демокрию за соблюдением не только судебной, но исполнительной и законодательной властью конституционных прав и свобод человека.

14. Идея об обеспечении конституционных прав и свобод человека путем осуществления профессионально-правовой демокрии за обеспечением этих прав всеми органами государственной и местной власти для каждого делает адвоката значимым и публичным для общества, одновременно обязывая расти духовно и нравственно.

15. Адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая адвокатами, а правозащитной деятельностью – общественный профессиональный надзор адвокатуры как института гражданского общества за обеспечением конституционных прав и свобод человека при отправлении судебной и исполнительной властями своих функций.

16. Представительская деятельность членов Совета адвокатской палаты субъекта РФ в негосударственных органах, в том числе обладающих законодательной инициативой, позволит эффективно реализовать профессионально-правовую демокрию за соблюдением ими конституционных прав и свобод при нормотворчестве.

ГЛАВА 3. АДВОКАТ И ЕГО КОНСТИТУЦИОННО – ПРАВОВОЙ СТАТУС КАК СУБЪЕКТА АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД

1. Адвокат как субъект обеспечения конституционных прав и свобод граждан и организаций

Большое значение исследование статуса адвоката имеет с позиции обеспечения конституционных прав и свобод человека государством, призванным конституционно обеспечить реализацию нормы о праве каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ст.48), превратив ее из декларации в реальность. Государство обязано создать условия для получения такой помощи каждым человеком, поэтому оно заинтересовано в адвокатуре как профессиональной корпорации, способной организовать и совместно с государством обеспечить реализацию механизма оказания данной помощи, возлагая на нее публичную функцию по организации обеспечения квалифицированной юридической помощи. В данной цепочке отношений особое внимание уделено малоисследованному вопросу взаимоконтроля государства и адвокатуры как субъектов обеспечения публично значимой адвокатской деятельности по оказанию юридической помощи каждому.

Именно адвокат является субъектом адвокатской деятельности по оказанию юридической помощи во всех возможных видах и формах, предусмотренных действующим законодательством, причем единственным. Кроме того, он рассматривается нами в качестве исполнительного субъекта правозащитной деятельности институциональной адвокатуры и объект воздействия адвокатуры как корпорации, выполняющей организационные и представительские функции в отношении адвоката - члена особой общественной организации.

Анализ правового статуса адвоката, а также порядок его получения позволяет сделать выводы об обязанностях *адвоката как субъекта обеспечения конституционных прав и свобод* и обязанностях государства по отношению к адвокату, а главное – влиянии результатов эффективности их осуществления на действие всего КМО, предложив пути решения проблем, превратив конституционные фикции в реальную защиту прав и свобод человека и всего гражданского общества.

В свете новых законодательных реформ в области адвокатской деятельности статус адвоката как надлежащего субъекта *обеспечения конституционных прав и свобод граждан и организаций* претерпел изменения и представляет предмет отдельного научного исследования. Закон об адво-

катуре в ст. 2 дал определение понятию «адвокат», прописав элементы его статуса.

Исходя из выводов первого параграфа первой главы, презюмируем тезис о том, что обеспечение гарантирования конституционных прав и свобод человека должно стать неизбежным. Предлагаемая в исследовании концепция КМО как механизма неизбежности исполнения обязанностей всеми субъектами гарантирования конституционных прав и свобод, к которым относится и адвокатура, логически требует определить статус ее основного субъекта – адвоката, являющегося связующим элементом самой адвокатуры в ее триединстве: профессии, корпорации, института.

Закон регламентирует только адвокатскую деятельность, субъектом которой нами признается исключительно адвокат. Для дальнейшего обоснования отличий адвокатской деятельности адвоката от правозащитной деятельности адвокатуры требуется подробно остановиться на рассмотрении всех элементов статуса адвоката, подчеркнув взаимосвязь статуса адвоката и статуса адвокатуры как института, определив сферу ее деятельности, требующую, на наш взгляд, детального законодательного урегулирования.

Статус адвоката в определенной степени зависит от статуса адвокатуры в целом и наоборот. Эти понятия находятся в различных плоскостях, хотя тесно связаны друг с другом.

Представляется возможным согласиться с обоснованным мнением некоторых ученых, полагающих, что Конституция не раскрывает и не может раскрывать всех механизмов защиты прав человека и гражданина, помимо указания на защиту прав и интересов в судебном порядке при обеспечении квалифицированной юридической помощи и участия адвоката-защитника на всех этапах уголовного судопроизводства. Но и этого достаточно, чтобы утверждать, что адвокатура введена в ткань конституционного законодательства, на адвокатуру государство возложило миссию обеспечения населения юридической помощью, а обвиняемого – профессиональной защитой. Этого достаточно для подтверждения наличия у адвокатуры публично-правовой функцию. Как организация она ее выполнять не может, следовательно, публичность защиты прав и свобод - это функция адвокатуры как института.

Так как адвокатская деятельность адвоката по защите конституционных прав и свобод, классифицируемых нами в рамках действий КМО в качестве его объекта, основана на нормах конституционного права, являющихся третьим элементом КМО и конституционных принципах, также как и правозащитная деятельность институциональной адвокатуры, они относятся не только к публичным видам деятельности, но и могут быть признаны конституционно-правовыми.

Одной из важнейших категорий, характеризующих положение лица, осуществляющего адвокатскую деятельность, является категория «статус», которая используется законодателем для регулирования отношений, возникающих в связи с осуществлением адвокатом его деятельности. Закон уделяет значительное место определению ее содержания, регламентации вопросов, связанных с приобретением, приостановлением и прекращением статуса адвоката, а также установлению гарантий независимости адвокатской деятельности, при этом легальное определение самой категории «статус адвоката» в законе отсутствует. Однако оно может быть выявлено путем филологического и доктринального толкования.

Исходя из того, что единый подход в науке конституционного права к определению конституционно-правового статуса как физических, так и юридических лиц отсутствует, следуя логике предыдущего изложения, полагаем возможным определять правовой статус адвоката как совокупность прав, свобод, признаваемых и гарантированных государством, а также обязанностей и взаимной ответственности адвоката и государства (гарантий).

Субъективные права, объединяемые в правовом статусе гражданина, принадлежат всем гражданам, характеризуясь свойством всеобщности гражданства, являясь конституционными правами. Закрепленные в действующем законодательстве права гражданина РФ адресованы гражданам вообще, в том числе и адвокатам в силу их полноправия. Общий правовой статус представляет собой единый комплекс основных, конституционных прав и обязанностей граждан, которые свойственны всем членам общества. Важным теоретическим и практическим вопросом, связанным с правовым статусом личности, является вопрос о конституционно-правовом статусе адвоката и проблемах, возникающих в процессе его реализации, а также соответствия его критериям канонической (идеальной) адвокатуры.

1.1. Ценностно-функциональное предназначение адвоката

Рассмотрим ценностно-функциональное предназначение адвоката как субъекта адвокатской деятельности в системе правоотношений, определив его место и роль в обществе, исходя из легитимного и научных определений, даваемых адвокату как единственному в РФ субъекту адвокатской деятельности.

Понятие «адвокат» разбито на две части: первая определяет правовую сторону, вторая – функциональную, т.е. предназначение адвоката.

Две последние части ст. 2 закона посвящены регулированию деятельности адвокатов иностранных государств.

Исходя из легитимного определения, можно сделать однозначный вывод о том, что право на осуществление адвокатской деятельности дает именно статус, полученный в порядке, предусмотренном законом (гл. 3 и ст. 40). Учитывая, что нынешнее адвокатское сообщество объединяет два типа адвокатов: лиц, получивших статус адвоката в порядке, предусмотренном гл. 3 закона об адвокатуре, и лиц, сохранивших статус адвоката в силу членства в коллегиях адвокатов, образованных в соответствии с законодательством СССР и РСФСР и действующих на территории Российской Федерации на момент вступления в силу закона и отвечающих требованиям ст. 9, ст. 40, следует выделить элементы статуса адвоката, определяя их в форме, удобной для последующего обобщения в одном полном авторском определении:

1. Независимый;
2. Профессиональный;
3. Советник по правовым вопросам;
4. Ограниченный вступлением в трудовые отношения сферами научной, преподавательской и иной творческой деятельности, руководящими должностями во всех адвокатских образованиях (адвокатской палате субъекта РФ, ФПА, общероссийских и международных общественных объединениях адвокатов) и выборными должностями в некоммерческих организациях;
5. Лишенный права занимать государственные должности;
6. Представитель доверителей: граждан и организаций.

Этими характеристиками перечень ценностных элементов (положения и роли адвоката как субъекта общественных отношений) закон ограничивает.

Нелогичность ст. 2 закона об адвокатуре подтверждается закреплением двух функциональных элементов в части первой и последующим дублированием их в части второй этой же статьи.

1.2. Функциональные элементы статуса адвоката

Часть вторая ст. 2, с позиции избранной нами оценки подхода к элементам статуса адвоката, определяет его функциональные элементы путем перечисления 10 основных видов оказания юридической помощи и связанных с этим действий адвоката, указывая, что данный перечень не является исчерпывающим, т.к. адвокат вправе оказывать любую юридическую помощь, не запрещенную законом.

Десять указанных в законе видов оказания помощи представляется возможным свести к 3 основополагающим:

1. Дача консультаций и справок по правовым вопросам, как в устной, так и в письменной форме;

2. Составление заявлений, жалоб, ходатайств и других документов правового характера;

3. Представление интересов доверителя (защитника) во всех видах судопроизводства и исполнительного производства, органах власти, местного самоуправления и правоохранительных органах.

Концепция способов формирования адвокатского корпуса начинается именно с возникновения определенного круга отношений, возникающих при наделении статусом адвоката лиц, имеющих высшее юридическое образование (юристов) и прекращающихся при утрате звания адвоката, обусловленной прекращением статуса.

Провозглашая и гарантируя право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство должно обеспечить условия по подготовке квалифицированных юристов, определенным образом контролировать эту подготовку, а также устанавливать с этой целью квалификационные требования и стандарты для допуска юристов к занятию правозащитной деятельностью.

Минимальные требования и стандарты для любого юриста, намеревающегося заниматься частной юридической практикой, должны быть едины. Такие стандарты установлены законом об адвокатуре. Российская адвокатура пытается объединить всех юристов страны в единое правозащитное сообщество, призванное оказывать квалифицированную помощь и выступать конституционным органом обеспечения прав и свобод человека и юридических лиц.

Учитывая выделенные автором существенные признаки, можно дать определение одной из важнейших правовых категорий адвокатуры, *внеся изменения в ч. 1 ст. 2 закона об адвокатуре: адвокат – высококвалифицированный, самозанятый юрист, нравственный человек, независимый профессиональный советник по правовым вопросам, получивший в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность, подавать состязательные бумаги и действовать за и от имени своих доверителей, заниматься правовой практикой, выступать в суде или консультировать, представлять своих клиентов по правовым вопросам, являющийся конституционным гарантом защиты прав граждан от нарушений закона, способствующий своими действиями укреплению законности, повышению уровня доверия населения к закону, праву, государству в целом, обладающий гарантиями профессиональной независимости.*

2. Классификация элементов правового статуса адвоката

Закон содержит подробный регламент условий приобретения статуса адвоката и субъектного состава возможных претендентов, носящий императивный характер.

Нормативное определение элементов статуса адвоката включает в себя пять основных элементов, разделенных нами на три группы:

1. Непосредственно примыкающими к статусу являются:

- 1) порядок и основания приостановления;
- 2) порядок и основания прекращения статуса адвоката.

2. К конкретным правовым возможностям и долженствованиям, как элементам статуса адвоката, относятся:

- 3) права и обязанности адвоката, регулируемые ст. 6, 7 закона об адвокатуре;
- 4) ответственность.

5. Третьей группой и пятым элементом являются гарантии.

Остановимся кратко на примыкающих к статусу элементах, т.к. у лица, не получившего статус, не возникает и прав, а завершим рассмотрением правовыми возможностями адвоката, выделив гарантии независимости адвоката в силу их значимости в отдельный параграф.

2.1. Порядок и основания приобретения статуса адвоката

Приобрести статус адвоката, исходя из смысла ст. 9, могут различные категории граждан, предусмотренные Гражданским кодексом Российской Федерации (далее ГК РФ), легализованные в главе 3 ГК РФ «Граждане»: граждане РФ (лица, имеющие гражданство РФ по состоянию на 1 июля 2002 г., и лица, приобретшие его после 1 июля 2002 г.¹⁹⁷, иностранные граждане (лица, не являющиеся гражданами РФ и имеющие гражданство (подданство) иностранного государства) (ст. 3), лица без гражданства (лицо, не являющееся гражданином РФ и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства) (ст. 3). В государственном праве, в том числе и ФЗ «О гражданстве РФ», имеется понятие «двойное гражданство» (ст. 3) (наличие у гражданина РФ (подданства) иностранного государства). В законе об адвокатуре нет указаний о возможности приобретения статуса адвоката лицом,

¹⁹⁷ Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» (от 15 мая 2002 года (в ред. Федеральных законов от 11.11.2003 № 151-ФЗ, от 02.11.2004 № 127-ФЗ, от 03.01.2006 № 5-ФЗ) (ст. 5, 11).// «Собрание законодательства РФ», 03.06.2002, N 22, ст. 2031,

имеющим двойное гражданство. Представляется, что такое возможно, т.к. закон позволяет приобретать статус адвоката как гражданам РФ, так и иностранным гражданам.

Ужесточение требования к стажу при получении статуса адвоката представляется обоснованным и своевременным в первую очередь с точки зрения критерия качества оказываемой адвокатами помощи, обусловленного квалификацией. Представляется, что внесенная поправка соответствует реализации конституционных требований об оказании квалифицированной помощи, однако неудачная формулировка п. 1 ст. 9 закона об адвокатуре на практике продолжает вызывать споры.

Представляется целесообразным изменить редакцию ч. 1 ст. 9 закона об адвокатуре. Пункт 4 ст. 9 закона об адвокатуре определяет виды работ, которые включаются в стаж работы по юридической специальности. Указанные положения с некоторыми изъятиями аналогичны требованиям, установленным Письмом Министерства юстиции РФ от 10 октября 1995 г. в связи с вопросами относительно определения стажа работы по специальности юриста для получения статуса адвоката. Определенные затруднения на практике вызывает вопрос о включении в стаж работы по юридической специальности работы в качестве помощника адвоката.

Пункт 1 ст. 27 закона об адвокатуре гласит, что помощником адвоката может быть лицо, имеющее высшее, незаконченное высшее или среднее юридическое образование. В связи с этим некоторыми авторами высказано мнение, что п. 1 ст. 9 (требование об исчислении стажа работы по юридической специальности с момента окончания образовательного учреждения) и п. 4 ст. 9 закона об адвокатуре (о включении в стаж работы по юридической специальности работы в качестве помощника адвоката) вступают в противоречие, требующее своего разрешения путем внесения изменений в закон.

Соглашаясь с данной точкой зрения, отметим, что существует противоположное мнение о том, что никакого противоречия здесь нет. Помощником адвоката может быть и лицо, не имеющее законченного высшего юридического образования. Однако его работа в качестве помощника адвоката начинает засчитываться для исчисления стажа, необходимого для приобретения статуса адвоката, лишь с момента получения этим лицом высшего юридического образования. На наш взгляд, сам факт наличия полемики по поводу толкования данных формулировок закона свидетельствует о необходимости его корректировки, которая и предложена автором.

Устанавливая правила исчисления стажа по юридической специальности, необходимого для приобретения статуса адвоката, законодатель ничего не говорит о включении в этот стаж работы в качестве стажера адвоката (ст.

28). Согласно п. 1 ст. 9 закона об адвокатуре прохождение стажировки в адвокатском образовании в течение установленных сроков является альтернативой наличию стажа работы по юридической специальности. Закон предоставляет стажерам адвокатов законное преимущество перед другими претендентами на присвоение статуса адвоката, обусловленное возможностью понять адвокатскую деятельность, выполняя отдельные поручения адвоката-куратора.

Норма об оплате труда помощника адвоката и стажера адвоката за счет адвоката-куратора и учредителя адвокатского кабинета весьма сомнительна. Относительно оплаты стажера Г. А. Воскресенский отметил: «Эта нелепая норма приведет к тому, что если кто-то согласится руководить стажировкой, то стажером будет только родственник или близкий знакомый»¹⁹⁸.

Адвокат, осуществлявший адвокатскую деятельность в адвокатском кабинете, обязан прекратить его деятельность, а совет адвокатской палаты обязан исключить адвокатский кабинет из реестра адвокатских образований.

Закон об адвокатуре в ч. 1 ст. 12 четко определил момент получения претендентом статуса адвоката – «решение квалификационной комиссии о присвоении претенденту статуса адвоката вступает в силу со дня принятия претендентом присяги адвоката», то есть претендент именно с этого момента приобретает правовое положение, позволяющее ему осуществлять адвокатскую деятельность. Но без удостоверения адвокат не может осуществлять деятельность, т.к. именно оно является единственным документом, подтверждающим статус. Обязательность вручения удостоверения, являющаяся компетенцией Минюста (п.3 ст. 15), в день принятия присяги (момент получения статуса) не прописана в законе. Представляется, что следует дополнить ст.13 п.3, следующего содержания: *«3.При принятии присяги претенденту вручается удостоверение»*.

2.2. Порядок и основания приостановления статуса адвоката

Весьма полезной новеллой является введенный ст. 16 институт приостановления статуса адвоката. В соответствии с ранее действовавшим Положением об адвокатуре РСФСР 1980 г. адвокат, не способный исполнять свои профессиональные обязанности по причинам, которые не могли быть поставлены ему в вину (например, в связи с длительной болезнью), сталкивался с необходимостью прекращения своего статуса путем отчисления из коллегии адвокатов. После отпадения обстоятельств, послуживших основанием для отчисления из коллегии, такие лица вынуждены были приобретать статус ад-

¹⁹⁸ Вестник Гильдии российских адвокатов. 2001. № 6.С. 19.

воката вновь в общем порядке. При этом гарантии повторного приема в ту же коллегия адвокатов были установлены только для тех из них, которые выбыли из коллегии на выборные должности или были призваны на срочную военную службу (ст. 12 Положения об адвокатуре РСФСР). В соответствии с новым законом статус адвоката для таких лиц в аналогичной ситуации не прекращается, а лишь приостанавливается, а после отпадения обстоятельств, ставших основанием для его приостановления, подлежат возобновлению без повторной сдачи квалификационного экзамена. Закон предусматривает исчерпывающий перечень оснований для приостановления статуса адвоката.

Кроме того, п. 2 ст. 16 закона об адвокатуре устанавливает, что в случае принятия судом решения о применении к адвокату принудительных мер медицинского характера суд может рассмотреть вопрос о приостановлении статуса адвоката. Решение о приостановлении статуса адвоката принимается советом соответствующей адвокатской палаты субъекта РФ.

Важно отметить, что институт (совокупность норм, регулирующих однородные отношения) приостановления статуса адвоката соответствует конституционным правам адвокатов как граждан РФ. В соответствии с Конституцией РФ Россия является социальным государством, под защитой которого находится семья, материнство и детство, где обеспечиваются социальные гарантии граждан (ст. 7, 38 закона об адвокатуре). Более половины работников адвокатуры – женщины. Все они имеют право на предродовой и послеродовой отпуск, а также на отпуска в связи с болезнью. Социальное государство – это государство, которое заботится о своих гражданах, создает благоприятные условия для жизни. В законе говорится о праве каждого адвоката на социальное обеспечение (п. 4 ст. 3 закона об адвокатуре). Однако в п. 1 ст. 16 закона об адвокатуре предусмотрено приостановление статуса, если этому препятствует «неспособность адвоката более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности» (пп.2).

Давая в целом положительную оценку введенного ст. 16 закона об адвокатуре института приостановления статуса адвоката, нельзя не отметить ряд недостатков соответствующих норм закона.

Представляется возможным дополнить ст. 16 закона об адвокатуре следующими формулировками, содержащими ответы на возникшие вопросы: «п. 2 ч. 1 ст. 16 изложить в следующей редакции: «1. Статус адвоката приостанавливается по следующим основаниям: 2) неспособность адвоката более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности по уважительным причинам (по состоянию здоровья, по внешним обстоятельствам: при временном осуществлении деятельности, не совместимой с адвокатской, направление адвоката на альтернативную гражданскую службу вза-

мен военной и иным причинам, признанным большинством членов Совета адвокатской палаты уважительными). Вопрос о приостановлении статуса по данному основанию рассматривается на основании заявления самого адвоката, так же как и о восстановлении».

Данную формулировку полагаем допустимой, т.к. оценочность уважительности причин, производимая советом адвокатской палаты при несогласии адвоката, может быть обжалована в суд. Более того, данное дополнение закона дает и ответ на вопрос о возможности выполнения любой другой деятельности в этот период, т.к. она не будет совмещаться с адвокатской. Адвокатам производится в этот период оплата затрат.

2.3. Проблемы прекращения статуса адвоката

Статус адвоката может быть прекращен по решению совета адвокатской палаты субъекта РФ, в региональный реестр которого внесены сведения об адвокате, на основании заключения квалификационной комиссии.

В 2009 году прекращен статус 2 031 адвоката (в 2008 г.- 2744) по следующим основаниям: подача адвокатом заявления о прекращении статуса адвоката в совет адвокатской палаты - 1 281 (63%); смерть адвоката или вступление в законную силу решения суда об объявлении его умершим - 293 (14%); вступление в законную силу приговора суда о признании адвоката виновным в совершении умышленного преступления – 28 (1,3%); неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем - 81 (4%); нарушение адвокатом норм профессиональной этики адвоката – 78 (3,8%); неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции – 233 (11,5%)¹⁹⁹.

Статья 17 закона об адвокатуре содержит одиннадцать самостоятельных оснований для прекращения статуса адвоката, которые целесообразно разделить на две группы:

1. К первой отнести обстоятельства, на основании которых соответствующий совет адвокатской палаты обязан самостоятельно принять решение о прекращении статуса адвоката.

2. Ко второй - основания, применяемые советом адвокатской палаты при наличии соответствующего заключения квалификационной комиссии. При этом совет может не согласиться с мнением комиссии и не принять решения о прекращении статуса адвоката.

¹⁹⁹ http://www.fparf.ru/lawyers/number_and_fact.htm

Предлагаем следующую классификацию оснований для прекращения статуса:

1. Добровольно – объективное по подпунктам «а», «в», «г»:
 - 1.1. Адвокат вправе прекратить свой статус по собственному желанию;
 - 1.2. Он может быть прекращен в связи со смертью;
 - 1.3. В связи с отсутствием более 6 месяцев.
2. Принудительное прекращение.
 - 2.1. В силу объективных причин правового характера;
 - 2.2. В силу нарушения корпоративного законодательства:
 - 2.2.1. Адвокат может быть лишен статуса за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей перед доверителем;
 - 2.2.2. За нарушение норм Кодекса профессиональной этики адвоката;
 - 2.2.3. За неисполнение или ненадлежащее исполнение решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции (подп. 1, 2 и 3 п. 2 ст. 17).

Именно нарушение корпоративного законодательства является дискуссионным и вызывает наибольшее количество вопросов. В.А. Вайпан полагает, что три самостоятельных основания, определенные нами как нарушение корпоративного законодательства, содержат нечеткие критерии оценки противоправных действий адвоката, влекущих прекращение его статуса. Ученый утверждает, что в случаях обжалования решения о прекращении статуса адвоката по основаниям, предусмотренным пп. 1 - 3 п. 2 ст. 17 закона об адвокатуре, суду будет весьма затруднительно удовлетворить иск адвоката о признании недействительным решения о лишении его статуса адвоката даже при малозначительности совершенного им проступка, т.к. оценка его негативных последствий для доверителя, адвокатуры и других субъектов закон отдает на усмотрение квалификационной комиссии и совета адвокатской палаты. По нашему мнению, эти доводы являются необоснованными. Нравственная чистота канонической адвокатуры позволяет, на наш взгляд, предъявлять жесткие требования к адвокату в его отношениях с доверителем и не только не оставлять без внимания, но и без воздействия даже незначительные поступки адвоката, накладывающие тень на это высокое звание. В разделе об ответственности данная проблема будет освещена подробно.

Следует отметить, что положения ст. 17 закона об адвокатуре о прекращении статуса адвоката не согласованы с нормами ст. 21 - 23, которые признают адвоката учредителем адвокатского кабинета, коллегии адвокатов и адвокатского бюро. В Законе не решен вопрос о процедуре выхода адвоката из состава учредителей соответствующего адвокатского образования и пра-

вовых последствиях прекращения статуса адвоката для данного образования и гражданина. Автоматическая ликвидация или реорганизация юридического лица по такому основанию, как прекращение статуса адвоката, гражданским законодательством не предусмотрена.

Представляется обоснованным дополнить ст. 17 частью 6, гласящей: *«При прекращении статуса адвоката членские и учредительские отношения адвоката прекращаются, гонорары доверителям возвращаются по неотработанным делам в полном объеме, договорные отношения материального характера (аренда помещения, техники, закрытие счета и т.п.) решаются как частным лицом, так и самостоятельно».*

2.4. Права и обязанности адвоката

Выяснив основания приобретения и прекращения статуса адвоката, представляется возможным проанализировать элементный состав его прав и обязанностей, возникающих в результате его приобретения.

К конкретным правовым возможностям и долженствованиям как элементам правового статуса адвоката можно отнести:

1. Права и обязанности адвоката, регулируемые ст. 6, 7 закона об адвокатуре;
2. Ответственность адвоката;
3. Гарантии надлежащего осуществления предназначения и возможностей адвоката.

1. Статус адвоката, приобретенный физическим лицом, делает его самостоятельным субъектом в налоговых и пенсионных правоотношениях. Закон устанавливает примерный перечень действий, которые осуществляет адвокат, оказывая юридическую помощь, не являющийся исчерпывающим. В ряде случаев, предусмотренных законом, адвокат не вправе принять поручение доверителя, о чем он обязан поставить в известность лицо, обратившееся за оказанием юридической помощи, заблаговременно, чтобы у того была возможность обратиться к другому адвокату. Эти вопросы находятся в тесной связи с деятельностью адвоката и подробно рассматриваются в четвертой главе.

Обязанности адвоката – второй правовой элемент долженствования статуса адвоката:

1. Честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами;

2. Исполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, а также оказывать юридическую помощь гражданам России в иных случаях, предусмотренных законодательством;

3. Постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию;

4. Соблюдать КПЭА и исполнять решения органов адвокатской палаты субъекта РФ и ФПА;

5. Отчислять за счет получаемого вознаграждения средства на общие нужды адвокатской палаты в размерах и порядке, которые определяются собранием (конференцией) адвокатов адвокатской палаты соответствующего субъекта Федерации, а также на содержание соответствующих адвокатского кабинета, коллегии адвокатов, адвокатского бюро;

6. Осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности. (Данный пункт не действует, т.к. срок его действия перенесен с 1 января 2007 г. до выработки и утверждения закона о страховании адвокатской деятельности).

2.5. Проблемы ответственности адвоката и пути их решения

За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность.

Представляется возможным рассмотреть ответственность как один из элементов статуса адвоката в двух аспектах:

1) ответственность самого адвоката;

2) ответственность государства, призванного обеспечить независимость деятельности адвоката.

1. Закон об адвокатуре не содержит отдельной статьи, посвященной ответственности адвоката. Специфической по своей правовой природе является ответственность адвоката, установленная п. 2 ст. 7 закона об адвокатуре за неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей и меры ответственности: приостановление (ст. 16 ч. 1 п. 2) и прекращение статуса адвоката (ст. 17 ч. 1 п. 2, б).

Надлежащее осуществление адвокатом адвокатской деятельности и своих обязанностей гарантируется институтом ответственности адвоката.

Адвокат может быть субъектом гражданско-правовой, административно-правовой, уголовно-правовой ответственности и ответственности, на-

лагаемой органами адвокатского самоуправления, которую можно условно определить как корпоративную.

Представляется возможным выделить следующие виды ответственности адвоката:

1. Гражданско–правовая;
2. Административно–правовая;
3. Уголовно–правовая;
4. Корпоративная (дисциплинарная).

1. Адвокат несет гражданско-правовую ответственность перед доверителем, поскольку адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем, которое представляет собой гражданско-правовой договор об оказании юридической помощи самому доверителю или назначенному им лицу, заключаемый в простой письменной форме. Одним из обязательных условий соглашения является размер и характер ответственности адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения. В соответствии с п. 1 ст. 393 ГК РФ должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

2. Адвокат несет административную ответственность за правонарушения, имеющие меньшую общественную опасность по сравнению с преступлениями, предусмотренными Кодексом РФ об административных правонарушениях (КоАП). В частности, адвокат, осуществляя адвокатскую деятельность, может стать субъектом правонарушений, предусмотренных ст. 17.3 КоАП «Неисполнение распоряжения судьи или судебного пристава», ст. 17.7 «Невыполнение законных требований прокурора, следователя, дознавателя или должностного лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении», ст. 17.8 «Воспрепятствование законной деятельности судебного пристава-исполнителя». Кроме того, адвокат может совершить правонарушение против порядка управления (гл. 19 КоАП), например, по ст. 19.12 «Передача либо попытка передачи запрещенных предметов лицам, содержащимся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, следственных изоляторах или изоляторах временного содержания».

3. Субъектом уголовной ответственности при осуществлении своей профессиональной деятельности адвокат может стать в соответствии с рядом статей Уголовного кодекса РФ (далее УК РФ), закрепляющих ответственность за посягательство на общественные отношения в различных сферах, например, ст. 129 УК РФ «Клевета», ст. 130 «Оскорбление», ст. 283 УК РФ в случае разглашения государственной тайны, ст. 294 «Воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследова-

ния», ст. 297 «Неуважение к суду», ст. 302 «Принуждение к даче показаний», ст. 310 «Разглашение данных предварительного расследования» и др. Специальным субъектом, прямо указанным в законе, адвокат является для состава преступления, предусмотренного ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств».

Надо отметить, что случаи привлечения адвокатов к уголовной ответственности не так и редки. Например, областной суд вынес обвинительный приговор гражданину, совершившему жестокое убийство работницы птицефабрики, и назначил наказание в виде 15 лет лишения свободы. Обжалуя вердикт, адвокат осужденного подал в Верховный Суд РФ кассационную жалобу, содержащую наряду с обоснованием необходимости отмены приговора обвинения в адрес судьи, вынесшей приговор, в должностном подлоге – фальсификации протокола судебного заседания, исказившего показания свидетеля. Текст этой жалобы, содержавшей фразу следующего содержания: «фальсифицировать доказательства таким образом не только низко, но и глупо», стал известен судье и она обратилась в прокуратуру. В отношении адвоката было возбуждено уголовное дело о клевете. Суд расценил его действия как заведомую ложь, посчитав, что, оклеветав судью, адвокат унизил честь и достоинство специалиста, проработавшего более 20 лет в системе правосудия, и признал его виновным в распространении клеветнических сведений, приговорив к наказанию в виде лишения свободы сроком на один год условно, взыскав в пользу пострадавшей денежную компенсацию.

4. Неисследованной является правовая природа принципиально нового порядка привлечения адвокатов к корпоративной ответственности, в силу его объективной новизны, вызванной законодательным отнесением к нормативным актам, регулирующим адвокатскую деятельность КПЭА.

Согласно п. 2 ст. 4 закона об адвокатуре КПЭА направлен на регулирование отношений, складывающихся в рамках адвокатуры как института гражданского общества, не входящего в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Нормы, зафиксированные в нем, признаны Конституционным судом бланкетными, не нарушающими права и свободы при возбуждении дисциплинарного производства в отношении адвоката, не влияющими на правовое положение гражданина-доверителя.

Согласно п. 2 ст. 17, статус может быть прекращен в случае нарушения норм КПЭА (п. 2) и при неисполнении или ненадлежащем исполнении решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции (п. 3). В КПЭА указано на дисциплинарную ответственность адвоката за поступок, порочащий честь и достоинство адвоката или умаляющий авторитет адвокатуры (ст. 19).

Как нами указывалось в разделе, посвященном законодательству об адвокатуре, корпоративные акты являются формально определенными источниками права, адвокатура как корпорация использует два вида корпоративных актов:

- 1) решения адвокатской палаты РФ;
- 2) решения адвокатских палат субъектов РФ.

Например, адвокатские палаты субъектов РФ издают акты, определяющие порядок оказания юридической помощи адвокатами по назначению. Адвокат, внесенный в реестр субъекта РФ, обязан подчиняться корпоративным нормам своей адвокатской палаты. В случае их неисполнения закон об адвокатуре предусматривает санкцию – прекращение статуса адвоката в связи с «неисполнением решений органов адвокатской палаты».

Таким образом, можно выделить два вида корпоративной (дисциплинарной) ответственности в зависимости от субъекта права, определяющего основания для привлечения:

1. По основаниям, определяемым органом адвокатской палаты;
2. По основаниям, определяемым адвокатской палатой РФ.

Следует отметить, что в науке существуют некоторые разночтения относительно того, могут ли корпоративные акты содержать в себе нормы, устанавливающие юридическую ответственность, и как должен поступить суд при обращении бывшего адвоката с жалобой о лишении его статуса вследствие нарушения норм адвокатской этики, установленной самими же адвокатами. Правовую норму, лишающую адвоката его статуса за неисполнение этических норм, можно разложить на составные элементы. Гипотеза – совершение адвокатом поступка, умаляющего авторитет адвокатуры (п. 5 ч. 1 ст. 17 закона). Диспозиция – адвокат не вправе навязывать свою помощь лицам, нуждающимся в помощи (ст. 9 КПЭА). Санкция – статус адвоката прекращается (ч. 1 ст. 17 закона). Юридическая ответственность в данном случае устанавливается нормативным актом.

Сфера действия адвокатского сообщества так обширна, что все нормы, регулирующие его деятельность, не могут быть формально закреплены ни в нормативных, ни даже в корпоративных актах. Особенно это относится к нормам адвокатской этики. Сам термин «этика» происходит от греческого *ethos* – обычай, нравственный характер. Часть норм, регулирующих этическое поведение адвокатов, содержится именно в обычаях. Нравственность – это совокупность правил поведения человека в обществе, моральные качества человека²⁰⁰.

²⁰⁰ Толковый словарь русского языка. Н.А. Булыко. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: Мартин, 2008. С. 238.

Современная российская школа права относит корпоративные акты и обычаи к дополнительным, нетрадиционным или санкционированным источникам права. Основным источником российского права бесспорно является нормативно-правовой акт, следовательно, все иные источники являются второстепенными, что приводит к их достаточно слабой научной проработке.

Основанием к отнесению корпоративного акта – КПЭА к источникам права является именно закон об адвокатуре, содержащий обязанность адвоката соблюдать этот кодекс. Следует отметить, что небольшая часть этических норм содержится и в самом законе. Это запреты, предусмотренные ч. 4 ст. 6. Однако основной массив этических правил содержится именно в дополнительном источнике, в корпоративном акте, базирующемся на сложившихся в корпорации лучших обычаях и традициях, основанных на морали и нравственности.

Подробный анализ оснований для привлечения к дисциплинарной ответственности представляет интерес и с точки зрения определения дополнительных ценностных элементов статуса адвоката, носящих морально – этический характер.

Представляется, что именно адвокатура, являясь одним из крупных отрядов российской интеллигенции, пошла по пути сочетания права с нравственностью в рамках своего сообщества.

В рамках проводимого исследования пристальному изучению подвергается идущая на смену стажированной каноническая адвокатура, зарождающаяся в гражданском обществе, где права и свободы человека как высшая ценность презюмируются конституцией и являются основным объектом правозащиты. Представляется, что именно такая адвокатура соответствует своей идеальной сущности, обуславливающий ее конституционный статус. Развитие адвокатуры диктует необходимость кодификации и канонизации принципов ее деятельности, отличной от деятельности адвоката, их законодательного закрепления с тем, чтобы поведение адвокатов не только в юрисдикционных процессах, в отношениях между собой, но и в обществе отвечало определенным стандартам.

Справедливо ввести еще один вид ответственности адвоката: нравственную, а критерий нравственности внести в само определение адвоката как юриста, имеющего право претендовать на получение звания адвоката.

С учетом вышеотмеченного нормативное определение субъекта адвокатской деятельности – адвоката, подлежащее закреплению в ст. 9 закона об адвокатуре, может выглядеть следующим образом: *«Статус (правовое положение, состояние) адвоката в Российской Федерации вправе приобрести высоконравственное лицо, имеющее высшее юридическое образование, полу-*

ченное в аккредитированном государственном вузе, либо ученую степень по юридической специальности, имеющее стаж работы по юридической специальности не менее двух лет, исчисляемый после получения высшего юридического образования, либо пройти стажировку в адвокатском образовании в сроки, установленные настоящим Федеральным законом».

Нравственность адвоката выражается в стандартах профессии адвоката, правилах профессии. Поэтому именно школа адвокатуры может быть началом юридической карьеры для любого юриста и государственного деятеля. Вопросам создания и механизму действия школы стажированной адвокатуры, построенной на основах нравственности, отводится место в четвертой главе исследования. Всего в 2009 году за действия, несовместимые с профессиональной этикой, статус прекращен 420 адвокатам (2008 г. - 498), в том числе по основаниям: неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей перед доверителями – 81 адвокат (2008 г. - 95); нарушение норм КПЭА – 78 адвокатов (2008 г. - 88); неисполнение решений органов адвокатской палаты – 233 адвоката (2008 г.- 301); вступление в законную силу приговора суда о признании адвоката виновным в совершении умышленного преступления – 28 адвокатов (2008 г.- 23)²⁰¹.

3. Гарантии обеспечения деятельности адвоката как гарантии обеспечения конституционных прав и свобод

Гарантии обеспечения конституционных прав и свобод напрямую связаны с гарантиями независимости адвокатуры и каждого адвоката.

Отстаиваемая в исследовании концепция обеспечения конституционных прав и свобод государственными органами путем их взаимодействия с институтами гражданского общества в КМО в первую очередь может быть реализована через реальное претворение в жизнь гарантий независимости адвоката как единственного субъекта адвокатской деятельности, имеющего сложный юридический статус: одновременно конституционно-правозащитный, социально-правовой, публично-частный.

Дать полную классификацию имеющих нормативное закрепление гарантий независимости адвоката и выявить дополнительные представляется возможным, рассмотрев независимость адвоката как ценностный элемент его статуса, проведя параллель с одним из принципов действия адвокатуры – ее независимости (ст. 3 закона об адвокатуре), позволяющей реализовать и конституционные принципы-гарантии по защите прав и свобод.

201 http://www.fparf.ru/lawyers/number_and_fact.htm

Принцип независимости является одним из основополагающих принципов адвокатуры и адвокатской деятельности. С точки зрения теории права, принцип независимости адвокатуры можно определить как принцип-норму, относящийся одновременно к сфере правореализации и правоприменения.

Право на независимость – одна из ключевых характеристик профессии адвоката. В ее основе лежит нравственная свобода, высокий уровень общей и правовой культуры, большой профессиональный опыт. Это характеризует данный принцип как принцип-идею, порождающий дополнительные принципы-идеи адвокатской деятельности: принцип нравственности и принцип правовой культурности адвокатской деятельности.

В законе об адвокатуре указано: «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 РФ бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством РФ, а также при необходимости выделяют адвокатским образованиям служебные помещения и средства связи» (п. 3 ст. 3). Реально данные положения остаются декларацией прав.

Статья 18 «Гарантии независимости адвоката» гласит: «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» (п. 4). Проблема кроется в наличии права и отсутствии обеспечения его реализации и является центральной, определяющей обеспечение конституционных прав и свобод через возможность адвоката полноценно осуществлять адвокатскую деятельность.

Для полноты анализа исследуемых отношений определимся с терминологическим рядом, уточнив, что понимается в российском и международном законодательстве под определением «независимости» вообще и «независимости адвоката» в частности.

В 1947 г. была образована Международная ассоциация адвокатов (ИВА), объединяющая юридические сообщества, ассоциации адвокатов, отдельных юристов, занятых в сфере международной юридической практики, давшая заключение на проект закона об адвокатуре, в котором подчеркивалась необходимость поддержки независимости юридической профессии и отмечалось, что ни одно государство не в состоянии мириться с полной независимостью профессии адвоката. По мнению ИВА независимость можно понимать сразу в трех значениях:

1. Независимость от влияния правительства, под которым имеется в виду вмешательство во взаимоотношения клиента и адвоката, препятствующее исполнению последним его профессиональных обязанностей;

2. Независимость, обеспечиваемая путем самоуправления, которая означает, что адвокатура и ее члены должны управлять своими делами самостоятельно. Вместе с тем государственные органы и должностные лица (парламент, правительство, суд, уполномоченный по правам человека) могут проявлять интерес к деятельности адвокатуры;

3. Независимость, в основе которой лежит порядочность адвоката, означает, по определению Европейского Суда по правам человека, «не более и не менее чем состояние, противоположное состоянию зависимости»²⁰².

Таким образом, независимость можно определить как состояние баланса между интересами государства, гражданина, суда и адвокатуры, призванной обеспечить возможность полноценного исполнения адвокатами своего профессионального долга перед каждым доверителем и обществом в целом.

Адвокаты могут свободно высказываться и избирать формы защиты своих доверителей, даже при столкновении их интересов с интересами государства.

История показывает, что наступление на демократию сопровождается, как правило, прямыми или косвенными действиями, урезающими prerogatives адвокатуры²⁰³.

Разрабатывая Концепцию судебной реформы в России, эксперты отстаивали необходимость гарантировать независимость адвокатуры как самоуправляемой общественной организации. Особо подчеркивалась задача по отражению в законе именно самоуправления коллегии адвокатов, включая самостоятельность в решении вопросов о ее численном составе, приеме, исключении и дисциплинарной ответственности адвокатов²⁰⁴.

Вопрос о гарантиях независимости адвоката затрагивает его личную неприкосновенность, способы и средства осуществления профессиональных функций. Возникает и более широкая проблема – гарантированности государством экономической неприкосновенности адвоката, соблюдении предписаний ст. 37 Конституции РФ, посвященной праву на труд.

Поскольку государство использует труд адвокатов, оно должно принимать меры охраны их труда, что означает предоставление бесплатных или по

²⁰² Вестник Гильдии российских адвокатов. 2000. № 5. С. 9-18.

²⁰³ Шарвен Р. Юстиция во Франции. М., 1978. С. 62-63.

²⁰⁴ Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 68-69.

сниженным ставкам помещений для работы, льготной оплаты коммунальных услуг и т.п.

В резолюции многостороннего совещания «Адвокатская этика», проведенного в 1999 г. в Праге, подчеркивалось: «Адвокат должен всячески избегать столкновения интересов, которые могут поставить под сомнение угрозу его независимости или конфиденциальность его отношений с клиентом»²⁰⁵.

Принцип независимости адвокатуры закреплен в ст. 3 закона об адвокатуре и позволяет кардинальным образом отличать современную адвокатуру от адвокатуры прежних времен, мерилом деятельности которой было членство в коммунистической партии, назначение на руководящие адвокатские должности лиц со стороны исполнительных органов государственной власти. Независимость адвокатуры включает одновременно и независимость адвокатских образований, и независимость самих адвокатов при осуществлении адвокатской деятельности. В организационном построении адвокатские образования и адвокатское сообщество ни на федеральном, ни на местном уровне не подчиняются органам законодательной, исполнительной или судебной власти.

3.1. Государственные гарантии независимости адвоката

Именно государство может и должно защитить адвоката от произвола исполнителей, наделенных государственной и судебной властью.

Становление и развитие адвокатуры как института гражданского общества, особенно на начальных этапах, невозможно без поддержки государства. Государство должно взять на себя ответственность за создание нормальных условий функционирования адвокатуры. Обязанность государства обеспечить независимость адвокатов закреплена положениями документа Московского совещания Конференции по человеческому измерению ОБСЕ (Москва, 1991 г.) и Основными принципами, касающимися роли юристов, принятыми восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями на основе резолюции № 18 седьмого Конгресса ООН об обеспечении защиты практикующих юристов от неправомерных ограничений и давления при выполнении ими своих функций. Основные принципы, касающиеся роли юристов, содержат следующие обязанности:

– строго соблюдать учет в рамках национального законодательства практики соблюдения полной конфиденциальности консультаций подзащитных с адвокатами (принцип № 22);

²⁰⁵ Вестник Гильдии российских адвокатов. 1999. № 12. С. 33.

– обеспечить условия, чтобы юристы могли выполнять свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания и неоправданного вмешательства (п. 1 принципа № 6);

– не подвергать судебному преследованию и административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозам подобного преследования;

– обеспечить юристам гражданский и уголовный иммунитет в ходе выполнения ими своих профессиональных обязанностей (принцип № 20).

К гарантиям независимости адвоката, обеспечивающим его защиту от произвола исполнителей, наделенных государственной и судебной властью, можно отнести:

– обеспечение возможности соблюдения полной конфиденциальности консультаций;

– обеспечение условий и обстановки, свободной от угроз, препятствий, запугивания и неоправданного вмешательства;

– освобождение от судебного и административного преследования за любые действия, совершенные при исполнении профессиональных обязанностей;

– обеспечение в ходе выполнения профессиональных обязанностей гражданского и уголовного иммунитета.

Такое обеспечение возможно путем введения четырех основных запретов:

– вмешательства в адвокатскую деятельность;

– препятствования адвокатской деятельности;

– истребования сведений, связанных с оказанием юридической помощи по конкретным делам;

– привлечения к ответственности за выраженное при осуществлении адвокатской деятельности мнение.

Согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый имеет, как минимум, право защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника (пп. «с» п. 3 ст. 6). Это же предусмотрено Международным пактом о гражданских и политических правах (пп. «в» п. 3 ст. 14). В соответствии с ч. 4 ст. 15 и ч. 1 ст. 17 Конституции данные положения являются частью правовой системы РФ.

Обратимся к анализу источников и видов воздействия на адвоката, влекущих соответствующие последствия. Под воздействием понимается совершение лицом или органом в рамках имеющихся полномочий любых целена-

правленных действий в отношении адвоката и его профессиональной деятельности.

Классифицируем все источники воздействия на адвокатуру и адвоката по трем основным группам:

1) государственные (административные или исполнительной власти), судебные (суды общей юрисдикции, арбитражные суды), правоохранительные (прокуратура, МВД России, ФСБ России и др.) органы, а также их должностные лица;

2) доверители (физические и юридические лица);

3) адвокатура как организация в лице ее органов.

Видами (формами, типами) воздействия на адвоката предлагаем считать определенные ст. 20 КПЭА поводы для начала дисциплинарного производства в отношении адвоката, разделив их на допустимые и недопустимые.

Недопустимые:

– жалобы или обращения лиц, не относящихся к источникам воздействия;

– жалобы и представления источников воздействия, основанные на действиях (бездействии) адвоката, совершенных вне рамок выполнения поручения по конкретному делу или исполнения им обязанностей члена соответствующей адвокатской палаты (необоснованный отказ от принятия поручения по делу);

– жалобы и обращения других адвокатов;

– жалобы и обращения органов адвокатских образований, возникшие из отношений по созданию и функционированию этих образований.

Таким образом, независимость адвокатов обеспечивается законными гарантиям не только со стороны государства, но и адвокатского сообщества, имеющего статусное признание своей независимости и призванного обеспечить адвокату независимость даже от необоснованных претензий других адвокатов и клиентов.

На независимость адвокатской профессии в законе об адвокатуре указывается в ряде статей (п. 3 ст. 3; ст. 18; п. 16 ст. 22; п. 10 ст. 23).

Независимость адвокатуры и адвоката от государства обеспечивается ответственностью государства, призванного обеспечить независимость деятельности адвоката, и именуется гарантиями (ст. 18).

Рассмотрим конституционно-правой аспект обеспечения государством различных гарантий гаранту защиты прав граждан, в том числе общих, способствующих успешной деятельности адвокатуры в целом и личных, гарантированных адвокату как гражданину, члену гражданского общества. В числе

гарантий деятельности выделяются правовые, организационные, материальные, социальные гарантии и гарантии неприкосновенности.

Третий и четвертый пункты ст. 3 закона посвящены гарантиям адвокатуры со стороны государства, подтверждающим один из основополагающих принципов деятельности адвокатуры – ее независимость от государства. Данная статья корреспондирует со ст. 18 закона, закрепившей гарантии независимости адвоката.

Следует особо отметить, что обеспечение предусмотренных Конституцией РФ и законом гарантий возможно с помощью двух субъектов правоотношений в области адвокатской деятельности: государства и самой адвокатуры как организации в лице ее органов.

3.2.Классификация гарантий, обеспечивающих реализацию конституционных прав и свобод человека адвокатом

Можно предложить следующую классификацию гарантий, обеспечивающих реализацию конституционных прав и свобод человека адвокатом, осуществляющим адвокатскую деятельность:

1. *Конституционные:*
 - 1.1. Обеспечивающие доступность для населения юридической помощи и защиты прав;
 - 1.2. Неприкосновенности:
 - 1.2.1. Адвокату;
 - 1.2.2. Членам семьи адвоката;
 - 1.2.3. Имуществу адвоката;
2. *Законные:*
 - 2.1. Независимости адвоката;
 - 2.2. Защиты от произвола исполнителей, наделенных государственной и судебной властью;
 - 2.3. Адвокатская тайна;
 - 2.4. Независимости адвокатуры;
 - 2.5. Содействие осуществлению адвокатской деятельности;
3. *Материальные:*
 - 3.1. Получение гонорара за профессиональное выполнение своих обязанностей;
 - 3.2. Обеспечение финансирования при оказании бесплатной юридической помощи;
 - 3.3. Выделение служебных помещений;
 - 3.4. Выделение средств связи;

4. Организационные:

4.1. Защита адвокатским сообществом;

5. Социальные гарантии:

5.1. Социального обеспечения.

1.1.К конституционным гарантиям, способствующим успешной деятельности адвокатуры в целом, можно отнести обязанность государства по осуществлению финансирования деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам РФ бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством РФ, при необходимости выделение адвокатским образованиям служебных помещений и средств связи.

1.2.Конституционные гарантии неприкосновенности разделим в зависимости от субъектного состава:

1.2.1.К конституционным гарантиям независимости адвоката относится неприкосновенность адвоката, предусмотренная законом как общий запрет на привлечение адвоката к любой ответственности (уголовной, административной, гражданско-правовой и т.д.) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если приговором суда не будет установлена его виновность, уголовное преследование адвоката осуществляется с соблюдением гарантий, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством.

Однако из этого правила есть два исключения. Во-первых, адвоката можно привлечь к ответственности, если приговором суда будет установлено, что выражение им какого-либо мнения является преступным деянием. Во-вторых, указанный запрет не распространяется на гражданско-правовую ответственность адвоката перед доверителем, предусмотренную в соответствии с пп. 5 п. 4 ст. 25 закона об адвокатуре в соглашении между адвокатом и доверителем об оказании помощи. Размер и характер ответственности адвоката за нарушение условий заключенного с доверителем соглашения об оказании помощи регулируются указанным соглашением.

1.2.2. Полагаем, что к конституционным гарантиям неприкосновенности можно отнести гарантии обеспечения защиты не только самого адвоката, но и членов его семьи и даже имущества.

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.

2. К законным гарантиям относятся:

2.1. Гарантии независимости адвоката, отраженные в ч. 1 ст. 18, запрещающей любое вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую

адвокатом или адвокатским образованием в соответствии с законодательством, либо какое бы то ни было препятствование указанной деятельности.

К сожалению, в статье не раскрывается конкретное содержание понятий «вмешательство» и «препятствование», носящих оценочный характер. Вмешательство в адвокатскую деятельность означает самовольное, без согласия адвоката и его доверителя, участие в отношениях, связанных с оказанием помощи. Препятствованием адвокатской деятельности следует признавать действия (бездействие) лица, направленные на создание каких-либо помех, задерживающих или ограничивающих указанную деятельность.

Представляется целесообразным дополнить данную статью уточняющими определениями, несмотря на их общепонятность, для исключения оценочности при правоприменении основных признаков. Неправомерное вмешательство в адвокатскую деятельность или препятствование указанной деятельности могут быть пресечены с помощью обжалования адвокатом действия или бездействия соответствующего лица в судебном либо административном порядке.

Часть 1 ст. 18 может быть предложена в следующей редакции: «Вмешательство в адвокатскую деятельность, самовольное участие в отношениях, связанных с оказанием юридической помощи, без согласия адвоката и его доверителя, а равно препятствование адвокатской деятельности, выраженное в действиях (бездействиях) лица (лиц), направленных на создание каких-либо помех, задерживающих или ограничивающих указанную деятельность, запрещается любым образом».

2.2. К гарантиям защиты от произвола исполнителей, наделенных государственной и судебной властью, относится запрет на истребование от адвокатов, а также от работников адвокатских образований, адвокатских палат или ФПА любых сведений, связанных с оказанием юридической помощи по конкретным делам. Не допускается истребование указанных сведений не только у адвокатов, но и у всех работников, связанных с осуществлением адвокатами их профессиональной деятельности. Запрет носит общий характер и касается всех лиц, в том числе граждан, заинтересованных в получении информации о противной стороне, должностных лиц органов государственной власти, судей и т.д.

Для надлежащего осуществления своей деятельности адвокату необходима независимость от лиц и органов, в производстве которых находится порученное ему дело, а также от других властных структур и должностных лиц.

К гарантиям защиты от произвола судей относится защита адвоката адвокатским сообществом в случае необоснованного притеснения различными способами адвоката судьей, в том числе путем вынесения необоснован-

ных частных определений в адрес адвоката и направления указаний Совету Адвокатской палаты о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности за принципиальное отстаивание позиции доверителя в суде.

Полагаем, что частное определение недопустимо не только в случае несогласия суда с позицией и защитительными доводами адвоката, но и при положительной оценке судом работы адвоката. Не соглашаясь с позицией стороны защиты, суд не вправе давать адвокату указания о необходимости того или иного поведения, влиять на правовую позицию адвоката как путем убеждения, так и путем угроз. Отказ суда в удовлетворении ходатайств возможен лишь в корректной форме.

Независимость адвокатуры от суда была подтверждена Определением Конституционного суда от 15 июля 2008 г. №456-О-О²⁰⁶, указавшим, что частные определения и постановления суда в отношении действий адвоката в уголовном процессе, вынесенные на основании ст. 29 УПК РФ, требующие принятия к нему дисциплинарных мер, не являются обязательными для исполнения Адвокатской палатой. Они могут быть рассмотрены лишь как один из поводов для возбуждения дисциплинарного производства, но не как основание, определение которых относится к исключительной компетенции органов адвокатского сообщества, для которых частные определения и постановления суда не имеют преюдициальной силы (пп. 9 п. 3, п. 7 ст. 31, п. 7 ст. 33).

Основными источниками воздействия на адвокатов, как правило, являются правоохранительные органы, являющиеся процессуальными противниками адвоката, и судебные (судьи).

Процессуальная позиция, способы и средства выполнения поручения должны определяться адвокатом независимо от суда, следователя и прокурора. Участвуя в процессе, адвокату приходится высказываться по разным вопросам дела, и его мнение помогает выработке процессуальных решений. Но оно представляет ценность, когда выражено свободно, без оглядки на частное определение или иной документ, который может служить поводом к постановке вопроса об ответственности адвоката. Например, областной суд вынес частное определение в адрес президиума областной коллегии адвокатов по поводу адвоката, который ходатайствовал о применении закона о менее тяжком преступлении. Представляется, что это является давлением на защиту. Рассматривая принцип независимости адвоката, важно отметить, что надзорные полномочия прокурора на профессиональную деятельность адвоката не распространяются. В судебном заседании прокурор может возражать против позиции адвоката, не имея права давать какие-либо указания, очернять адвоката в глазах его доверителя или других лиц. У прокурора, следователя, доз-

²⁰⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 15.07.2008 № 456-О-О // СПС «Консультант Плюс»

навателя, начальника следственного отдела нет права вмешиваться в процессуальную деятельность адвоката, обсуждать в присутствии его доверителя тактику защиты.

Общая обязанность обеспечивать предусмотренные законом гарантии независимости адвокатов лежит на органах государственной власти. Они должны принимать все предусмотренные различными отраслями законодательства меры для реализации указанных гарантий и применения правового воздействия к лицам, их нарушающим. Адвокаты не должны идентифицироваться с их клиентами и делами клиентов в связи с исполнением их профессиональных обязанностей.

Суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката представлять интересы своего доверителя, если этот адвокат не был дисквалифицирован. Адвокат должен обладать уголовным и гражданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе.

В соответствии с п. 12 – 14 Международных стандартов независимости юридической профессии должна гарантироваться независимость адвокатов при ведении дел лиц, лишенных свободы, с тем, чтобы обеспечить оказание им свободной, справедливой и конфиденциальной помощи, в том числе обеспечить право на посещение этих лиц. Гарантии и меры предосторожности не должны допускать возможности предположений о тайном стоворе с властями, установке, полученной от властей, или зависимости от них адвоката, действующего в интересах лиц, лишенных свободы. Адвокатам должно быть предоставлено оборудование и возможности, которые необходимы для эффективного выполнения ими профессиональных обязанностей, в том числе: обеспечение конфиденциальности отношений между адвокатом и доверителем, включая защиту обычной и электронной системы всего адвокатского делопроизводства и документов адвоката от изъятия и проверок, а также обеспечение защиты от вмешательства в используемые электронные средства связи и информационные системы; право свободно искать, истребовать, получать и, согласно профессиональным нормам, распространять информацию и идеи, относящиеся к профессиональной деятельности. Следует отметить, что закон об адвокатуре не в полной мере отражает международные рекомендации в области обеспечения гарантий независимости адвокатов.

Свобода высказываний, имеющая существенное значение в реализации адвокатами своих профессиональных прав, позволяет адвокатам принимать участие в публичных дискуссиях по вопросам права, отправления правосу-

дия, обеспечения защиты прав человека. При осуществлении этого права адвокаты должны руководствоваться законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами.

2.3. Адвокатская тайна.

Сведения, полученные адвокатом от доверителя, защищены законодательно понятием адвокатской тайны. Наличие законодательно закрепленных гарантий деятельности адвокаты, относящихся к элементам статуса адвоката, существенно отличает его от иных юристов - представителей юридических и консалтинговых фирм, оказывающих, по нашему мнению, в силу отсутствия у них статуса, услуги, а не помощь.

3. Материальные гарантии, выраженные в получении гонорара за профессиональное выполнение своих обязанностей, обеспечении финансирования при оказании бесплатной помощи, выделение служебных помещений и средств связи, рассмотрены подробно в иных разделах исследования.

4. К организационным гарантиям можно отнести защиту адвоката адвокатским сообществом, в т.ч. от необоснованного притеснения им же.

Корпоративные органы нужны для представительства и защиты адвокатов в государственных органах, органах местного самоуправления и в иных организациях.

Орган самоуправления призван помочь реализовать и защитить права адвоката, связанные с реализацией задач адвокатуры.

В отношениях с корпорацией можно выделить следующие формы независимости адвоката:

4.1. Независимость от корпоративных органов:

4.1.1. Независимость в праве избирать и быть избранным в корпоративные органы;

4.1.2. Независимость в праве ставить перед корпоративными органами вопросы.

Независимость обеспечивается путем проведения демократических выборов адвокатами из своей среды тех, кто, по их мнению, наиболее способен и достоин управлять делами корпорации и подотчетен адвокатам. Адвокаты должны иметь реальное право формировать и контролировать работу органов самоуправления. Адвокат имеет право ставить перед корпоративными органами вопросы об их деятельности, вносить предложения по улучшению их работы, участвовать в заседаниях и требовать ответа по существу поставленных вопросов. Широкое обсуждение всех важных для адвокатуры вопросов, свободные дискуссии по ним, полная свобода критики, коллективная выработка решений являются методом деятельности корпоративных органов.

Исходя из многолетней практической деятельности, отметим наиболее важные проблемы, с которыми сталкивается адвокат при защите своей независимости в рамках корпорации, призванной в первую очередь защищать его интересы и помогать отстаивать независимость.

До настоящего времени является слабо исследованной возможность оценки степени независимости адвоката при осуществлении им профессиональной деятельности и последствия нарушения принципа независимости различными субъектами. При всей важности и актуальности существующих в современном адвокатском праве проблем, продиктованных интересами адвокатов и их доверителей, целесообразно приглядеться к проблемам самих адвокатов с позиции их ценности и невозможности существования абсолютной независимости. Выделим четыре основания, вызывающие наибольшие опасения:

1. Возможность воздействия на адвокатов со стороны других адвокатов. Подобные действия нельзя исключить при возникновении конфликта интересов доверителей адвокатов.

2. Последствия наложения дисциплинарных взысканий на адвоката. Ни в законе, ни в КПЭА нет указаний о сроке действия взыскания. Статья 194 ТК РФ гласит, что если в течение года со дня применения дисциплинарного взыскания работник не подвергнут новому дисциплинарному взысканию, то он считается не имеющим дисциплинарного взыскания. Работодатель до истечения года со дня применения дисциплинарного взыскания имеет право снять его с работника по собственной инициативе, просьбе самого работника, ходатайству его непосредственного руководителя или представителя органа работника. Для адвоката ни одно из подобных правил законом не предусмотрено. Получается, что дисциплинарное взыскание можно наложить на любой срок – по усмотрению совета адвокатской палаты. Вполне логично было бы закрепить возможность досрочного снятия дисциплинарного взыскания – по истечении какого-либо срока, по ходатайству самого адвоката, руководителя адвокатского образования, где он работает, а также по ходатайству группы адвокатов или квалификационной комиссии на основании заявления адвоката.

3. Независимость адвоката, связанная с территорией, на которой он вправе оказывать юридическую помощь. Споры об этом шли долгие годы между сторонниками и противниками прикрепления адвокатов к одной территории.

С одной стороны, прикрепление (локализация) содействует равномерному распределению дел, и адвокатам не придется бояться конкуренции со стороны других, их помощь будет доступнее, если доверители и адвокаты живут поблизости. Благодаря локализации, судам легче будет осуществлять

дисциплинарный надзор над адвокатами, постоянно выступающими перед одними и теми же судьями, избежать совпадения времени судебных заседаний и отложения дел из-за занятости адвокатов. С другой стороны, локализация может не дать результата, так как в одном регионе дела рассматриваются в различных судах, а надзор суда над адвокатами несовместим со свободой адвокатуры. Кроме того, адвокатура, как и всякая другая либеральная профессия, не должна иметь территориальных границ. Право вести дела за пределами округа по месту жительства адвоката соответствует не только его интересам. Главными должны являться интересы людей, обратившихся за помощью к тому адвокату, которому они доверяют и для которых важно обеспечение независимой защиты, не имеющей препятствий.

4. Не определенность законом судьбы адвоката, лишенного профессионального статуса советом адвокатской палаты за дисциплинарное нарушение.

Гражданин, совершивший преступление (вплоть до разбоя или убийства), отбывший назначенное за него наказание и имеющий погашенную либо снятую судимость, вполне может стать адвокатом (при наличии других установленных законом требований), но о возможности возвратиться в адвокатуру в законе не сказано. Наблюдается парадокс: теоретически лицо, совершившее разбойное нападение, может быть адвокатом, а вот адвокат, проявивший некорректность по отношению, например, к доверителю, – нет.

Некоторые авторы полагают, что закон косвенно предусматривает возможность расправы над адвокатом под влиянием адвокатской палаты, особенно над принципиальным, мнение которого не всегда совпадает с мнением руководства адвокатской палаты²⁰⁷. Представляется возможным не согласиться с данным мнением, полагая, что на защиту достойного адвоката в подобной ситуации может вступить в первую очередь руководитель адвокатского формирования, членом которого он является, и коллеги, обладающие правом голоса на общем собрании, высшем органе адвокатского сообщества, избирающим тайным голосованием новых членов Совета Адвокатской палаты субъекта РФ.

5. К социальным гарантиям относятся гарантии социального обеспечения, являющиеся личными гарантиями адвоката, такими как налогообложение, пенсионные отчисления, социальное обеспечение и т.п.

Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов, права которого предусмотрены законом об адвокатуре, другими нормативными правовыми актами. Конституция РФ и федеральные законы содержат нормы, позволяющие обеспечить нормальное функционирование адвокатских обра-

²⁰⁷ См.: Воронов А.А. Противодействие деятельности адвоката как форма посягательства на его независимость // Современное право. 2005. № 7.

зований, предусматривают возможность защиты прав адвокатов, гарантии их независимости. Каждому адвокату гарантировано социальное обеспечение. В то же время отдельным адвокатам трудно в одиночку отстаивать свои интересы. В связи с этим закон наделяет Совет Адвокатской палаты как постоянно действующий исполнительный орган правом от имени всех членов адвокатской палаты защищать социальные и профессиональные права адвокатов.

Статья 18 является заключительной в 3 главе, посвященной регулированию статуса адвоката, одним из обязательных элементов которого, по нашему мнению, является независимость, рассмотренная с различных точек зрения, в том числе с позиции проблем при реализации гарантий обеспечения квалифицированной юридической помощи.

4. Предложения и выводы

1. Деятельность адвоката по защите конституционных прав и свобод, классифицируемых в рамках действий КМО в качестве его объекта, основана на конституционных принципах, поэтому может быть признана не только публичной, но конституционно-правовой.

2. Статус адвоката (совокупность прав, свобод, признаваемых и гарантированных государством, а также обязанностей и взаимной ответственности адвоката и государства (гарантий), следует рассматривать не столько с точки зрения ценностного элементного состава, не достаточно полно прописанного в законе, требующего уточнений, сколько с позиции оценки функционального элементного состава, основанного на конституционно-правовом аспекте деятельности адвоката.

3. Почетность адвокатского звания может быть достигнута законодательным определением адвоката в качестве основного участника всех видов судопроизводства, признанием конституционно-правового статуса адвоката государством, реально обеспечивающим гарантии его независимости.

4. Законом определены условия для получения статуса адвоката, но не уделено должного внимания возрастному цензу адвоката. Введение нижнего возрастного предела минимум с 23 лет и ограничения пятилетним сроком действительности положительных результатов сдачи квалификационного экзамена будет являться дополнительной гарантией получения всеми доверителями квалифицированной юридической помощи.

5. Нравственная чистота канонической адвокатуры позволяет предъявлять жесткие требования к адвокату в его отношениях с доверителем, не оставляя без воздействия даже незначительные проступки адвоката.

6. Последняя редакция ст. 17 фактически наделила территориальный орган Минюста России полномочиями по надзору за соблюдением адвокатами действующего законодательства и обязательств перед доверителями, что представляется противоречащим как принципам адвокатского самоуправления, так конституционным.

7. Справедливо дополнить классификацию ответственности адвоката еще одним видом ответственности - нравственной, внося критерий нравственности в определение статуса адвоката как юриста, имеющего право претендовать на получение звания адвоката.

8. Признание корпоративных актов источниками права и делегирование государством полномочий по правотворчеству адвокатской корпорации, призванной реализовать их с учетом этических норм, обогатит науку и правоприменительную практику.

9. Отстаиваемая в исследовании концепция обеспечения конституционных прав и свобод государственными органами через взаимодействие с институтами гражданского общества в рамках КМО может быть реализована претворением в жизнь гарантий независимости адвоката как единственного субъекта адвокатской деятельности, имеющего сложный юридический статус: одновременно конституционно-правозащитный, социально-правовой, публично-частный.

10. Поскольку государство использует труд адвокатов, оно должно принимать меры охраны их труда, руководствуясь ст. 37 Конституции РФ, предоставляя бесплатные или по сниженным ставкам помещения для работы, льготную оплату коммунальных услуг и т.п.

11. Научный интерес представляет возможность оценки степени независимости адвоката при осуществлении им профессиональной деятельности и возможных последствий нарушения принципа независимости различными субъектами.

12. Обеспечение предусмотренных конституцией и законом принципов - гарантий возможно с помощью двух субъектов правоотношений в области адвокатской деятельности: государства и самой адвокатуры как организации в лице ее органов.

ГЛАВА 4. АДВОКАТУРА – КОНСТИТУЦИОННЫЙ ЭЛЕМЕНТ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ

1. Адвокатская деятельность как конституционное обеспечение доступа к правосудию и условие реализации других прав и свобод

Еще издревле судебная власть требовалась обществу, чтоб утвердить уважение к закону, утраченное во многом в настоящее время. Одной из важных задач КМО является именно утверждение уважения к закону и его соблюдение всеми и каждым.

Россия признала в качестве источника отечественного права решения Европейского Суда по правам человека, что обязывает российскую судебную систему, презюмируя конституционные права и свободы, все коллизии решать в пользу человека в спорах с властными органами. Проблема кроется в преодолении многовековых традиций зависимости судебной власти от исполнительной. Представляется одним из вариантов ее решения усиление действия права и надзора общества за неукоснительной реализацией этого усиления через правозащитные институты, члены которых являются независимыми от государства экономически и организационно знатоками права, без властных полномочий способными противостоять органам государственной власти, нарушающим закон, властью права.

Реализация ст. 46 Конституции РФ 1993 г. о праве каждого на судебную защиту не только повысила роль суда в обществе, но и создала предпосылки для активной правозащитной деятельности адвоката с использованием судебной трибуны и возможностей правосудия для обеспечения надзора со стороны общества за качеством и эффективностью отправления правосудия. Не только уровень профессиональной подготовки адвоката, но и состояние правовой системы определяют эффективность оказываемой адвокатом помощи. Учитывая прямое действие Конституции и отражение ее принципов в отраслевом законодательстве, адвокат получил возможность более активного воздействия на формирование условий для обеспечения реализации прав и свобод человека при осуществлении им адвокатской деятельности, во всех формах, предусмотренных законом. Гарантом этого является признанная государством независимость адвокатуры как корпорации. Дополнительной гарантией неприкосновенности и независимости адвоката явилось признание адвокатуры институтом гражданского общества, интересы которого также защищает адвокат, выполняя важную публичную функцию по защите прав и

свобод человека, представляя своего доверителя в делах, возникающих из публичных правоотношений. Адвокат защищает права человека в спорах с органами власти, реализуя свои полномочия, обеспечиваемые адвокатурой как корпорацией и как институтом общества через власть права, а суд их восстанавливает, реализуя свои властные контрольные полномочия по применению права.

Основополагающим в определении места и роли института адвокатуры, как одного из базовых институтов гражданского общества, является то, что одновременно он же является неотъемлемой частью судебной системы, института государства. Независимая судебная система, соответствующая принципам государственного устройства, базирующимся на разделении властей, может быть создана лишь при наличии независимой адвокатуры. Справедливо мнение И.С.Яртыха о том, что адвокатура непосредственно вмонтирована в судебную систему²⁰⁸.

За время судебной реформы с момента вступления в силу Конституции РФ (1993 г.) подверглись изменению и приведены в соответствие с ней почти все законы, так или иначе влияющие на правовой режим в стране. Были приняты новый Уголовный, Гражданский и Налоговый кодексы, законы «О судебной системе РФ», «О прокуратуре РФ», «О судебных приставах», «О военных судах РФ» и закон об адвокатуре. Актуальнейшей проблемой, требующей исследования, является определение принципов взаимодействия суда и адвокатуры по обеспечению надлежащей защиты конституционных прав граждан и организаций, в связи с кардинальным изменением действующих длительное время принципов процессуального законодательства. Новые УПК РФ, ГПК РФ, АПК РФ содержат англо-американскую концепцию состязательности. Суд освобожден от обязанности полного, всестороннего и объективного исследования обстоятельств дела, т.е. от установления истины.

Представляется, что именно адвокат, являясь надлежащим конституционным субъектом оказания квалифицированной помощи, призван и может реализовать конституционно гарантированную защиту прав и свобод граждан и организаций, будучи вооружен силой права, знанием закона и защищен адвокатурой: корпорацией и институтом гражданского общества, являющимся значимым элементом КМО в системе субъектов защиты Конституции.

Полагаем, что адвокатура как сообщество обеспечивает эффективную реализацию полномочий адвоката, осуществляющего адвокатскую деятельность, а как институт гражданского общества, являясь конституционным

²⁰⁸ Яртых И.С. Функции и правовой статус адвокатуры и ее общественных объединений в условиях формирования гражданского общества: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук, М., 2009. С. 19.

правозащитным институтом, обеспечивает реализацию конституционных прав и свобод не только самого адвоката как члена корпорации, но и каждого человека, члена гражданского общества.

Довольно широко распространена точка зрения, согласно которой интересы граждан могут быть защищены судом. Представляется, что при этом происходит смешение двух понятий: «суд как орган власти» и «судебная защита». *Защита интересов граждан и организаций не является главной функцией суда по следующим основаниям:* 1. В деятельности суда всегда имеет место судебное усмотрение; 2. Суд, прежде всего, ориентирован на вынесение законного и обоснованного решения, а не на защиту одной из сторон; 3. Для суда как органа государственной власти приоритетными являются государственные интересы, а не частные (даже если защита таковых возложена на него законом).

Суть проблемы кроется в том, что официально судья независим от государственной власти, но заработную плату получает от государства, решение о пожизненном присвоении ему статуса судьи, связанное с различными льготами, также принимают государственные чиновники, вследствие чего ему зачастую приходится согласовывать свое решение по спору между двумя сторонами - коммерческой организацией и государственной, выясняя прямое участие государства или органов местного самоуправления в капитале тяжущихся сторон, пользование бюджетных средств, размещение государственного заказа, отнесение к «градообразующим» предприятиям и т.п. При вынесении решения имеет место не защита прав человека, а экономическая выгода государственного органа или отдельного чиновника. Особую сложность представляют споры с государством в лице его организаций и органов, например, по проведению конкурса на заключение договора государственной поставки. Приведу пример: Арбитражный суд Курганской области решением от 24 апреля 2008 г. по делу № А34-25/2008 отказал ООО фирма «Соло» в удовлетворении заявления о признании недействительным решения Управления федеральной антимонопольной службы по Курганской области от 14.12.2007 г. №108-гз о признании необоснованной жалобы на действия конкурсной комиссии по размещению заказа на поставку медицинского оборудования: стоматологической установки стоимостью 705300 рублей и гарантийным сроком 36 месяцев, не допустившей ООО к участию в конкурсе по причине не предоставления выписки из протокола собрания об избрании директора, несмотря на наличие данной информации в официальном документе - выписке из ЕГРЮЛ, предоставленной налоговым органом и подтверждающим полномочия лица на осуществление действий от имени юри-

дического лица - участника размещения заказа, направленной на конкурс. Кассационная инстанция оставила решение в силе.

В результате нарушения конкурсной комиссией Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», а именно положения ст. 25 Закона, устанавливающей закрытый перечень документов для подачи заявок для участия в конкурсе, что должно было явиться основанием для признания арбитражным судом недействительным размещения заказа (ч. 5 ст. 10, ч. 3 ст. 57 Закона), конкурс признан несостоявшимся, а заказчику было «рекомендовано» заключить муниципальный контракт с единственным участником размещения заказа, допущенного к конкурсу, - ООО «Ижевская медицина», на условиях и по цене контракта (цена контракта - 819700 рублей и срок предоставления гарантии качества товара - 18 месяцев со дня монтажа), которые были самыми невыгодными из трех заявок, поданных тремя участниками размещения заказа, двое из которых не были допущены к конкурсу. Если бы уполномоченный орган действовал законно и допустил их к участию в конкурсе, местный бюджет не понес бы убытки в сумме более 100.000 рублей и не потерял в гарантиях обслуживания 18 месяцев. Пострадали жители Курганской области²⁰⁹.

Еще Э. Дюркгейм отмечал, что «общество в лице судебных органов вмешивается в конфликты не для того, чтобы привести в согласие индивидуальные интересы, не ищет самое выгодное для сторон решение и не предлагает компромиссов, применяя к частному случаю общие традиционные предписания права»²¹⁰.

Применительно к отечественной правовой системе право доступа к суду можно понимать как составную часть права на судебную защиту, как процессуальную составляющую этого права, связанную с реализацией права на судебную защиту при обращении в суд и в ходе судебного производства.

В советский период истории принцип доступности судебной защиты одним из первых был обоснован В.М. Семеновым, рассматривающим его как принцип процессуальных отраслей права²¹¹.

Говоря об основных задачах арбитражных судов, В.Ф. Яковлев сформулировал их следующим образом: «Фактически мы должны улучшить два показателя нашей работы: обеспечение абсолютной доступности правосудия

²⁰⁹ Арбитражный суд Курганской области решением от 24 апреля 2008 г. по делу № А34-25/2008

²¹⁰ Дюркгейман Эмиль. О разделении общественного труда пер. с фр. М.: Канон, 1996. С. 121-122.

²¹¹ Семенов В.М. Демократические основы гражданского судопроизводства в законодательстве и судебной практике. Свердловск, 1979. С. 59-65.

для спорящих сторон и повышение его качества»²¹². Решение задачи обеспечения доступности правосудия В.Ф. Яковлев связывает, в частности, с дифференциацией судебных процедур, в том числе с упрощенными формами судопроизводства, а также с применением альтернативных методов разрешения споров и примирительных процедур²¹³. В.М. Лебедев также указывал на упрощение и ускорение судопроизводства как на способ облегчения доступа к правосудию²¹⁴. В. И. Замятин видит основную проблему судебной волокиты в отложении и приостановлении дел и предлагает исключить из закона ссылки на уважительность причин для неявки в суд и отложения дела²¹⁵. Это, на наш взгляд, недопустимо, т.к. ущемляет право на возможность участия в судебном процессе лично или через представителя. Л.В. Туманова в качестве важной гарантии обеспечения доступности правосудия и процессуального равноправия называет возможность ведения дела через представителя, отмечая снятие ограничений на представительство в суде и необходимость расширения представительства по назначению суда²¹⁶. С данным утверждением нельзя согласиться, так как неквалифицированное представительство вместо пользы принесет вред, не защитит права, нанеся урон судебной системе, порождением неверия в справедливое правосудие, укрепит правовой нигилизм вместо воспитания правовой культуры. Уместно в подтверждение данного довода привести опыт США, где идея частнопрактикующих адвокатов и агентов по защите малоимущих реализована в полной мере и имеет традиции. Еще в прошлом веке было отмечено, что частнопрактикующие адвокаты не могут обеспечить надлежащей защиты неплатежеспособных лиц²¹⁷. Появились благотворительные агентства по защите бедных, финансируемые пожертвованиями, а затем местными бюджетами. Создатели бесплатной адвокатуры считали, что адвокаты, не получающие оплаты от своих клиентов, не зависимы от них и должны руководствоваться не их интересами, а правосудием. Усвоив эту идеологию, адвокаты стали сотрудничать с прокурорами, в том числе в сборе разоблачительных доказательств. Им было выгодно убеждать клиентов в целесообразности признать обвинение, т.к. судебное

²¹² Яковлев В.Ф. Выступление на совещании председателей советов судей РФ в «Президент-отеле» (г. Москва) 16-20 июня 2003 г. // Вестник ВАС РФ. 2003. № 9. С. 5.

²¹³ Яковлев В.Ф. Интервью // Коммерсантъ. 2004. 27 апреля. С. 20.

²¹⁴ Лебедев В.М. Становление и развитие судебной власти в РФ. М., 2000. С. 125.

²¹⁵ См.: Замятин В. Как сделать суд скорым // Российская юстиция. 2002. №10. С. 29-30.

²¹⁶ Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 668.

²¹⁷ Известен опыт функционирования муниципальной адвокатуры в ряде стран, в частности, в США. Изучение работы таких адвокатов показывает её пороки. Адвокат оказывается не заинтересованным в судьбе клиента и его забот, обязанности свои выполняет формально, стремясь побыстрее «свернуть дело». Их подзащитные чаще и не всегда обоснованно признают себя виновными, реже обжалуют приговор, настроенные адвокатом на мысль о бесполезности этого занятия. См.: Уголовная защита бедных в Нью-Йорке. Нью-Йорк, 1987.

разбирательство или упрощалось, или не проводилось совсем, а наказание могло быть минимальным.

В силу ст. 123 Конституции РФ отечественным процессуальным законодательством на вооружение принята концепция состязательности, возлагающая на стороны исход борьбы за результат судебного спора. В этой борьбе сторона, лишенная помощи квалифицированного представителя, сдавшего квалификационный экзамен в адвокатуру или получившего ученую степень, едва ли может рассчитывать на победу.

Доступность правосудия обусловлена множеством аспектов, но, следуя целям исследования, выделим два. В настоящее время на законодательном уровне решены основные политико-правовые аспекты, связанные с правом на суд. Конституционно закреплены принципы разделения властей, независимости судебной власти, несменяемости судей и подчинения их только закону, право каждого на судебную защиту. Но суд, как и другие институты власти, остается продуктом того общества, в котором существует. Реализация потенциала судебной власти связана с развитием и укреплением демократических институтов, и, прежде всего, институтов гражданского общества. Следовательно, суд должен быть заинтересован в сильной адвокатуре как институте гражданского общества.

Вопросы о повышении роли судьи в обществе и уважении к судебной власти могут быть разрешены только в процессе эволюционирования и развития самого общества. Немаловажную роль в создании юридических и фактических препятствий к получению судебной защиты играет несовершенство существующего процессуального и судоустройственного законодательства, а также практики его применения.

Конституционное право каждого на судебную защиту не обеспечено, если правосудие недоступно. Проблемы обеспечения доступности правосудия стали особенно активно обсуждаться в нашей стране в связи с вступлением России в Совет Европы и ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод, что возлагает на РФ международно-правовые обязательства, в том числе связанные с реализацией положений п. 1 ст. 6 Конвенции, предусматривающих право каждого при определении его гражданских прав и обязанностей на справедливое публичное разбирательство его дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Россия признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека (далее ЕСПЧ), являющегося наднациональным судебным органом, решения которого в связи с жалобами на нарушение основных прав и свобод являются обязательными для государств-участников Конвенции. Решения ЕСПЧ, в том числе, связанные с толкованием Конвенции, имеют пре-

цедентный характер. С учетом правовых позиций ЕСПЧ по вопросу обеспечения права доступа к суду должна строиться работа и по совершенствованию российского процессуального законодательства и по формированию адекватной правоприменительной практики, прежде всего судебной.

Идея правового и справедливого суда является одной из немногих, объединяющих все слои общества. Именно поэтому судебная реформа началась значительно раньше присоединения России к Европейской конвенции.

Проблема обеспечения доступности правосудия является многоаспектной, имеющей судоустройственную, финансовую, организационную и процессуальную стороны. Доступность правосудия связана с кадровым обеспечением судейского корпуса, аппарата судов, наличием системы квалифицированной помощи, образовательным уровнем населения, в т.ч. юридического.

Современными исследователями право на суд в ряду других прав рассматривается как право высшего порядка. Как писал известный американский юрист Л. Форер, «доступ всех граждан к правосудию не может быть сопоставлен с правом на обеспечение работой, образованием, жильем, медицинским обслуживанием, какими бы важными они ни были. Справедливое правосудие – основа политической системы»²¹⁸.

В последнее время Президиум ВАС в своих постановлениях по конкретным делам ссылается не только на нормы закона, но и на принципы арбитражного процесса²¹⁹, в том числе на нарушение доступности правосудия и связанного с ним права на справедливое судебное разбирательство²²⁰. В концентрированном виде соответствующие подходы ЕСПЧ изложены в информационном письме от 20 декабря 1999 г. «Об основных положениях, применяемых ЕСПЧ при защите имущественных прав и права на правосудие»²²¹.

Издавна существует признанный юридический императив о праве каждого гражданина на помощь адвоката. Весьма интересно, хотя не бесспорно, утверждение о том, что это и является частным случаем общепризнанного права, гарантирующего каждому доступ к правосудию²²². Отсутствие адвоката по гражданским и экономическим спорам не лишает человека права на защиту своих интересов самостоятельно. Основопологающим моментом в данном утверждении является публично-правовая оценка деятельности адвоката, а не адвокатуры, как по привычке ошибочно считается. При изобилии новых законов и подзаконных актов фактически невозможно обеспечить квалифицированную помощь и эффективную судебную защиту.

²¹⁸ Forer L.G. Money and Justice. New York, 1984. P. 25.

²¹⁹ Постановление №6074/03 от 12 августа 2003 г. // Вестник ВАС РФ. 2004. №1. С. 78.

²²⁰ Постановление №3016/03 от 8 июля 2003 г. // Вестник ВАС РФ. 2004. № 1. С. 47–48.

²²¹ Вестник ВАС РФ. 2000. № 2. С. 93.

²²² Адвокатская деятельность: учебно-практическое пособие / Под ред. Н. Буробина. М.: Статут, 2005. С. 20.

Роль адвоката как гаранта каждому доступа к правосудию определена ЕСПЧ в деле Голдер (Golder) против Соединенного Королевства. Голдер утверждал, что отказ министра внутренних дел разрешить ему, заключенному, проконсультироваться у адвоката является нарушением Конвенции, гарантирующей право доступа к правосудию. Суд, руководствуясь ст. 6 п. 1 Конвенции, пришел к выводу, что невозможность воспользоваться услугами адвоката является нарушением права доступа к правосудию, а обеспечение доступа к правосудию является повсеместно признанным принципом права²²³.

Общие цели правопорядка остаются неизменными и заключаются в таком устройстве общественной жизни, при котором реализуются и интересы общества в целом (публичные интересы), и интересы отдельных лиц (частные интересы). В то же время правопорядок представляет собой целостное системное образование, одновременно находящееся в постоянном конфликте и нуждающееся в самосохранении, в связи с чем ему присуща деятельность, направленная «на себя» в целях обеспечения этого самосохранения. В рамках общего правопорядка функционируют две сферы: сфера публичного правопорядка и сфера гражданского (частного) правопорядка. Гражданский правопорядок своим центральным звеном имеет частное лицо с присущими ему частными интересами. Обеспечение частному лицу реализации его признаваемых правом интересов возможно только при условии сохранения самого гражданского правопорядка. Поэтому гражданский правопорядок представляет собой нормативную систему, в которой одним из важнейших условий обеспечения реализации частных интересов выступает осуществление функции самосохранения правопорядка, а следовательно, и защиты публичных интересов, стоящих за этой функцией.

Можно сделать вывод о том, что адвокат защищает интересы конкретного лица, а адвокатура - интересы всего гражданского общества, которые могут не совпадать с интересами отдельно индивида. Принципиальное функциональное отличие адвокатской деятельности адвоката от правозащитной деятельности адвокатуры заключается в субъекте защиты, что подтверждает позицию автора о необходимости и своевременности законодательного разделения функции и института, отвечающего требованиям современного периода развития общества и государства.

Признание мировой практикой права каждого на адвоката как одного из видов доступа к правосудию в гражданском праве проявляется в двух вариантах: в одних случаях гражданско-правовыми средствами защищается частный интерес, реализуемый посредством принадлежащих лицу субъектив-

²²³ Европейский Суд по правам человека: избр. Решения: В 2 т. М.: НОРМА; Институт европейского права МГИМО(У) МИД РФ; COLPI, Совет Европы, INTERRIGHTS, 2000. Т. 1. С. 39-80.

ных прав, а гражданское правонарушение является нарушением частного интереса. В других – средствами гражданского права защищается публичный интерес, охраняемый посредством закрепления правового запрета на поведение, осуществляемое с целью, противной основам правопорядка, а гражданское правонарушение является нарушением публичного интереса. Незаконное лишение свободы является нарушением конституционных гарантий государства перед гражданами. Поэтому справедливо признать адвокатскую деятельность адвоката функцией, носящей публичный характер.

Частные права индивидуально определены и именно их защита в области права и правоприменения составляет главное предназначение адвокатской деятельности. Публичные интересы, являющиеся интересами общества или доминирующей политической элиты, определяются, как правило, органами власти²²⁴, и иногда всенародным голосованием (например, принятием Конституции на референдуме).

Представляется совершенно справедливой принадлежность государству приоритетов при определении общего интереса. Но так как этот интерес должен, не нарушая прав индивида, соответствовать интересам всего общества, требуется определенная надзорная деятельность за надлежащим выполнением чиновниками данной функции. Такую демокрию конституционно призваны осуществлять правозащитные общественные организации гражданского общества, в первую очередь в сфере судопроизводства. Именно в этой сфере эффективно способна его осуществлять адвокатура как институт общества, имеющая конституционно регламентированный доступ адвоката ко всем его видам, включая уголовный процесс.

Внесение в ч. 1 ст. 1 закона об адвокатуре следующего дополнения позволило бы, на наш взгляд, более четко зафиксировать статус адвокатуры как института гражданского общества, разделив и конкретизировав функции адвоката и адвокатуры: *«Адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе физическим и юридическим лицам (далее – доверителям) в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию лицам, получившим статус адвоката, имеющим членство в адвокатской палате субъекта РФ, негосударственной некоммерческой организации, адвокатуры, являющейся корпорацией и институтом, осуществляющей правозащитную деятельность в порядке, установленном Конституцией, настоящим Федеральным законом и иными федеральными законами».*

Следовательно, сутью адвокатской деятельности является квалифицированная помощь, оказываемая адвокатами, а правозащитной – обществен-

²²⁴ Сырых В.М. Социология права. М. Юридический дом «Юстицинформ» 2001. С. 106.

ный надзор (демокурия) адвокатуры как института гражданского общества за обеспечением чиновниками всей системы публичной власти конституционных прав и свобод не только человека, но и всего гражданского общества.

Конституционное признание того, что права и свободы человека являются высшей ценностью, а адвокат призван оказывать правовую помощь в их защите, позволяет сделать вывод о том, что профессиональная правозащитная деятельность по оказанию помощи является социальной деятельностью по сути, и правовой по форме, служащей воплощению конституционных принципов в жизнь, превращая Конституцию из декларации в действующее право.

Судебно-правовая реформа конца прошлого и начала нынешнего веков, если и не решила многие назревшие вопросы, то привела к их четкому осознанию и официальной постановке. Суд должен быть авторитетным и независимым, а адвокатура – сильной, способной оказывать населению и предпринимателям квалифицированную помощь. Суть права каждого на обращение за защитой прав в суд связана с идеей о верховенстве самого права. Следовательно, все органы государственной власти должны подчиняться Конституции, а суды ее неуклонно выполнять при правоприменении и наличии множества коллизий, существующих в различных отраслях права. Как отмечает М.Д. Грубарг, «согласно иудаизму, право и закон, дабы быть справедливыми, должны иметь божественное происхождение, в силу этого право и закон первичны, а государство и власть вторичны. В этом состоит существенное отличие еврейского права от права подавляющего большинства других стран, где закреплен приоритет государства перед правом»²²⁵.

Представляется, что в России настало время, когда целью правосудия, как основы государства должно стать благо граждан, а приоритет интересов должен перейти от государственных интересов к неукоснительному соблюдению прав и свобод человека и реализовать данную конституционную презумпцию возможно в результате слаженной работы КМО. Адвокатура может и должна способствовать воспитанию в народе уважения к праву, путем осуществления защиты права и обеспечения соблюдения основного закона посредством реализации общественного профессионально-правового надзора за отправлением правосудия.

Адвокат – четкий барометр всего происходящего в обществе.

При смене приоритетов и принципов судопроизводства объективно его полноценными участниками могут быть только профессионалы – адвокаты, официально признанные субъектами оказания квалифицированной помощи,

²²⁵ Грубарг М.Д. Основные элементы учения иудаизма о государстве и праве // Государство и право. 2002. № 5. С. 98.

предусмотренной Конституцией и имеющие степень кандидата или доктора наук ученые.

Адвокат способен помочь суду установить истину по делу, конституционно призван обеспечить высокую профессиональную состязательность, включающую не только сбор исчерпывающих доказательств по всем делам, но и дачу им правовой оценки, базирующуюся на глубоком знании действующего материального и процессуального закона при исследовании всех обстоятельств дела.

Получение судом относимой к делу информации позволит ему не только сократить сроки на подготовку дела к рассмотрению, но и упростить процесс оценки судьейского рецензирования в целом, реально способствуя принятию обоснованных и аргументированно законных (с учетом несовершенства законодательства и реальной невозможности учесть все коллизии жизни) и одновременно справедливых решений (не только с точки зрения несовершенного права, но и нравственности).

2. Профессиональное представительство в Конституционном суде РФ и Европейском суде по правам человека

Объединение в этом разделе вопросов представительства в Конституционном суде РФ (далее КС РФ) и Европейском суде по правам человека (далее ЕСПЧ) обусловлено двумя важными моментами:

1. Относительной новизной данных видов правосудия и особенностями правового статуса адвоката-представителя в них, а также признанием именно адвокатуры сообществом квалифицированных юристов, являющихся надлежащими субъектами защиты конституционных права и свобод;

2. Определением приоритетов применения Конституции и международного законодательства при рассмотрении дел всеми иными судами, особенно с участием органов власти при производстве дел, вытекающих из публичных отношений, т.к. именно в них независимое участие адвоката обеспечивается не только адвокатурой как корпорацией, но и как институтом гражданского общества, призванным противостоять нарушениям закона органами власти.

2.1. Профессиональное представительство в Конституционном суде РФ

Условия конституционного судопроизводства имеют специфику, определяемую особыми задачами, по сравнению с условиями судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. КС РФ является судебным

органом конституционного контроля, разрешающим дела о соответствии Конституции федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ; конституций республик и других законов, включенных в перечень Полномочий КС РФ (ст. 3). Кроме того, КС РФ принадлежит полномочие по толкованию Конституции РФ.

К числу процессуальных принципов деятельности КС РФ, нашедших отражение в Федеральном конституционном законе «О Конституционном суде РФ» от 21 июля 1994 г. №1-ФКЗ, (далее закон «О КС РФ»²²⁶), относятся общепроцессуальные принципы: законность, независимость, коллегиальность, гласность, полнота, объективность и всесторонность исследования обстоятельств дела, непрерывность судебного разбирательства, состязательность и равноправие сторон (ст. 29 – 35).

Сутью конституционной юстиции является обеспечение верховенства и прямого действия Конституции, а задачей адвоката – помощь суду в уяснении глубины проблемы, содержания рассматриваемого акта или правовой нормы, приведении убедительной правовой и научной аргументации в подтверждение позиции своего доверителя, содействие нахождению оптимального научно обоснованного решения. Роль адвоката в конституционном деле сводится, в основном, к консультированию доверителя по вопросам права и, фактически, к научно-исследовательской работе. Для этого недостаточно быть специалистом в уголовном или гражданском, либо в иных отраслях права, в этом случае требуется глубокое знание и понимание Конституции, научных доктрин, касающихся рассматриваемой проблемы, мировых тенденций развития права.

Для подлинной защиты прав и интересов доверителя важно то, насколько глубоко адвокат вник в суть рассматриваемой проблемы, может ли он мыслить не прикладными категориями права, а оценить оспариваемый акт с точки зрения соответствия его Конституции. Кроме интеллектуальной и профессиональной подготовки к участию в качестве представителя в конституционном судопроизводстве необходимо обладать гражданской смелостью, чтобы обвинить власть в нарушении основного закона на всю страну. Полагаем, что эту функцию адвокат может эффективно реализовать в рамках действия КМО, зная, что он находится под защитой не только профессиональной корпорации, но и гражданского общества, т.к. адвокатура - один из его институтов и все общество заинтересовано в верховенстве права над властью.

²²⁶ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 02.06.2009) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. № 138 – 139. 23.07.1994.

Защита конституционных прав и свобод в конституционном процессе реализуется через защиту публичного интереса в форме защиты прав и свобод всех лиц, по отношению к которым может быть применен либо, напротив, бесосновательно не применялся оспариваемый акт.

Закон о Конституционном Суде не содержит положения о праве юридического лица на обращение в него за защитой своих прав и охраняемых законом интересов, но сложившаяся практика конституционного судопроизводства свидетельствует о рассмотрении их жалоб наравне с индивидуальными (коллективными) жалобами граждан.

Конституционные споры решаются не только путем сравнения оспариваемого акта или договора с конкретными нормами Конституции, но и в совокупности с другими конституционными положениями, а также исходя из общих начал, смысла и «духа» Конституции. В силу этого адвокат может аргументировать свою позицию, используя анализ всех норм Конституции, а самое главное, основополагающих принципов и соответствующих научных доктрин, включая зарубежные, международную практику и практику других государств в области регулирования подобных отношений.

По аналогии с мерами по обеспечению иска в гражданском и арбитражном процессах, в случаях, не терпящих отлагательства, одновременно с направлением обращения в суд адвокат вместе с доверителем вправе просить суд о приостановлении действия оспариваемого акта либо процесса вступления в силу Международного договора РФ, подлежащего проверке, до завершения рассмотрения конституционного дела (ч. 2 ст. 42). Важной правовой новеллой, отличающей процессуальные правила КС РФ от правил иных видов судопроизводства, является формула о представительстве, не допускающая иных представителей сторон, кроме адвокатов и лиц, имеющих ученую степень по юридической специальности. Это положение предопределено предметом исследования суда, связанного с сопоставительным анализом правовых актов, тенденциями развития законодательства, включая международный правовой опыт, теорией права, техникой правотворчества. Высокие требования к квалификации не позволяют допускать в Конституционный Суд любых юристов. В ряде субъектов РФ в соответствии с их конституциями (уставами), созданы конституционные (уставные) суды, вопросы представительства в которых осуществляются адвокатами по типу представительства в КС РФ.

Стороны в конституционном процессе обладают равными процессуальными правами. Значение профессионального представительства в конституционном судопроизводстве связано и с тем, что через отстаивание индивидуальных прав конкретного клиента осуществляется защита публичных ин-

тересов, т.к. принципиальная оценка конкретного правового акта с конституционных позиций может распространиться на судьбу аналогичных правоотношений неопределенного круга лиц.

Решения КС РФ окончательны, не подлежат ни обжалованию, ни опротестованию. Это означает, что адвокат не может ничего существенного приберегать, а обязан приводить все имеющиеся у него доводы сразу.

Рассматриваемые в данном параграфе виды судопроизводства дают адвокату новые возможности и правовые инструменты в борьбе за права и свободы доверителя. В юридической литературе, справедливо по нашему мнению, ставятся вопросы о расширении полномочий представителя-адвоката.

2.2. Профессиональное представительство в Европейском суде по правам человека

Представительство в ЕСПЧ так же, как и представительство в КС РФ, имеет свои существенные особенности. Учрежденный в 1959 г., этот суд коренным образом отличается от органов, действующих на внутригосударственном уровне. Его особенности заключаются в следующем:

1) круг рассматриваемых дел ограничен случаями нарушения прав, перечисленных в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года и протоколах к ней;

2) предмет спора – только неправомерные действия официальных властей соответствующего государства;

3) круг субъектов, участвующих в судебном разбирательстве ограничен: заявитель – только лицо, чье право непосредственно нарушено, другая сторона – государство, точнее его органы, виновные в допущенном нарушении права, представляемое в суде специально уполномоченным на это лицом, либо с обеих сторон выступают государства (при рассмотрении так называемых межгосударственных жалоб);

4) процедура рассмотрения дела – особая;

5) значимость воздействия решений суда по конкретному делу, не только на государство-ответчика по делу (для которого являются обязательными), но и на право и судебную практику других государств-участников Конвенции.

Вступив в 1996 г. в Совет Европы, Россия 5 мая 1998г. ратифицировала Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод. Еще два года понадобились для приведения внутреннего законодательства в соответствие с требованиями Совета Европы.

Как и закон «О КС РФ», Регламент ЕСПЧ, решая вопрос о представительстве, предпочтение отдаёт лицам, имеющим адвокатский статус. ЕСПЧ для российских граждан является последней инстанцией, где они могут противостоять нарушениям их прав государственными органами, поэтому зачастую важнейшим фактором, влияющим на решение ЕСПЧ, является работа адвоката, представляющего российских граждан.

К адвокату-представителю предъявляется требование неукоснительного соблюдения положений, содержащихся в Генеральных принципах этики адвокатов, принятых Правлением Международной ассоциации юристов в 1995 г. (добросовестность и обязательность, порядочность и профессионализм, сдержанность и корректность, скромность и самокритичность, принципиальность и настойчивость, конфиденциальность и чувство ответственности). Отступление от этих принципов, а также возникновение других исключительных обстоятельств, позволяет председателю Палаты дать распоряжение о том, что «соответствующее лицо более не может представлять заявителя или помогать ему, а заявителю следует найти другого представителя»²²⁷.

Следует отметить, что не только профессионализм, но и нравственность являются критерием для допуска в качестве представителя в ЕСПЧ, поэтому предлагаемые автором критерии нравственности как обязательные не только для становления канонической адвокатуры, но и при получении статуса адвоката и введения нового вида нравственной ответственности, соответствуют потребностям современного судопроизводства.

Адвокатура как корпорация уделяет внимание воспитанию нравственности адвокатов, полагая, что это будет востребовано как ценность не только ЕСПЧ, но и обществом при определении круга представителей сторон в суде по гражданскому и арбитражному судопроизводству, которые бы смогли эффективно реализовать гарантированное конституцией право каждого на получение квалифицированной юридической помощи.

Основная функция адвоката в ЕСПЧ – представительство сторон на всех стадиях подготовки и рассмотрения дела. Исключением из этого правила является осуществление представительства государства-участника Конвенции. Представлять интересы государства могут только специально уполномоченные им лица, у которых могут быть помощники – адвокаты и советники. Представительство России в ЕСПЧ осуществляет Уполномоченный РФ, назначаемый Президентом РФ.

Решение ЕСПЧ носит обязательный характер для исполнения страной-участницей своих обязательств, принятых по ратифицированным международным документам.

²²⁷ Регламент Европейского Суда, Правило 36, п. 4-е.

Пересмотр дела предусмотрен Правилем 73 Регламента и осуществляется Большой Палатой, при этом сторона «должна указать существенный вопрос, который затрагивает толкование или применение Конвенции или Протоколов к ней».

Представительство заявителя в ЕСПЧ относится к разряду добровольного представительства, основанного на договоре поручения, в силу которого заявитель доверяет адвокату ведение своего дела в ЕСПЧ. После заявления адвоката доверителем в ЕСПЧ отказ от представительства требуется обосновывать.

Изучение материалов судебных разбирательств и других документов, связанных с возможностью обращения в ЕСПЧ, является важным этапом для оценки позиции и принятия решения об обращении в ЕСПЧ за защитой нарушенных прав. Должны иметь место не только факты нарушений российского законодательства в определенной области, но и их предварительная оценка с точки зрения европейских стандартов по правам человека, которые адвокат обязан знать, изучив Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и о Европейском Суде по правам человека.

Итогом работы адвоката на этом этапе являются четкое изложение фактов (по материалам дела и других, имеющихся в наличии документов) и анализ всех обстоятельств дела с точки зрения российских законодательных и нормативных правовых актов. Составив перечень выявленных нарушений прав, адвокат приступает к тщательной подборке Постановлений Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, Постановлений Конституционного Суда РФ и судебной практики, касающихся дела доверителя. ЕСПЧ принимает в качестве средства национальной правовой защиты только то средство судебной защиты, которое использовал человек лично до кассационной (или апелляционной) жалобы, после рассмотрения которой решение суда вступает в законную силу. Как правило, для России это уровень суда субъекта РФ. С момента ратификации Россией Конвенции в ЕСПЧ поступает много жалоб российских граждан, которые настойчиво убеждают ЕСПЧ в том, что конечным звеном в системе российских судов является Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ или даже Конституционный Суд РФ.

Положения ст. 42 Регламента ЕСПЧ «Собирание доказательств» позволяют по просьбе адвоката или представителя государства-ответчика ЕСПЧ собирать любые доказательства, проясняющие обстоятельства дела. ЕСПЧ может и по своей инициативе запросить любую из сторон представить дополнительные доказательства. Более того, он может предложить сторонам заслушать любое лицо в качестве свидетеля, эксперта или в ином

качестве, если их показания или заключения могут, по мнению ЕСПЧ, содействовать всестороннему исследованию материалов дела и принятию обоснованного решения. Адвокат может ходатайствовать перед ЕСПЧ о направлении его представителей для расследования обстоятельств, изложенных в жалобе, на месте.

Основной функцией адвоката в открытых слушаниях дела в ЕСПЧ является выступление с устным докладом и ответы на вопросы судей и других участников слушаний.

ЕСПЧ не обладает функцией контроля за исполнением своих решений в правовом смысле этого понятия. В соответствии со ст. 42 п. 2 Конвенции «окончательное постановление суда направляется Комитету министров, который осуществляет надзор за его исполнением». Задача адвоката – представителя заявителя – обеспечение мониторинга за полной выплатой заявителю денежной компенсации в течение срока, установленного ЕСПЧ, и информирование ЕСПЧ об этом. При неисполнении или частичном исполнении решения ЕСПЧ Комитет министров принимает решение о возвращении к делу заявителя. Адвокат в этом случае продолжает представлять интересы заявителя. В данном случае возможно провести аналогию с надзорной функцией адвокатуры как института и необходимостью мониторинга за реализацией обеспечения конституционных прав и свобод человека властными органами государства, в том числе при помощи средств массовой информации.

В компетенцию ЕСПЧ входит рассмотрение дел, где имеет место нарушение прав и свобод, гарантированных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Решения суда по аналогичным делам могут основываться лишь на ее нормах и на предыдущих решениях суда. Если в заявлении (жалобе) речь идет об ином праве, то оно не принимается к рассмотрению. Это условие носит название *ratione materiae*. ЕСПЧ не рассматривает жалобу, если нарушение прав заявителя произошло до ратификации государством Европейской Конвенции. Этот фактор называется *ratione temporis*.

Новые формы судопроизводства требуют от адвокатского сообщества осуществления квалифицированной подготовки адвокатов для активного участия в них. Дополнительное обучение по программе спецкурса «Деятельность адвоката в Европейском Суде по правам человека» не даст желаемых результатов без языковой подготовки, являющейся необходимым условием для участия в Страсбургском суде.

В России уже есть несколько профессиональных адвокатских образований, основным видом деятельности которых является помощь российским гражданам в ЕСПЧ: Общественный Центр международной защиты прав человека, образованный Президиумом международного союза (Содружества)

адвокатов и Правлением Независимого института международного права; Уральский Центр конституционной и международной защиты прав человека, Общественная организация «Сутяжник», начавшие свою деятельность в сентябре 2001 г. Имеется и положительная практика рассмотрения дел о защите прав и свобод российских граждан. Европейский суд рассмотрел российское дело Калашникова против России, в котором принимала участие адвокат К.А. Москаленко, основатель Центра содействия международной защите. В ходе публичного слушания данного дела с участием сторон было вынесено решение о нарушении прав господина Калашникова, закрепленных в ст. 3, 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод²²⁸. В Уставе ФПА, принятом Всероссийским съездом адвокатов 31.01.03г., содержится следующее положение: «Палата для выполнения установленных целей и задач своей деятельности вправе от своего имени ... может быть истцом и ответчиком в суде, арбитражном и третейском судах, заявителем в КС РФ в порядке, определенном законодательством РФ» (ст. 14 Устава). Однако для реализации этих обоснованных притязаний требуется внесение изменений в ст. 125 Конституции РФ и в соответствующие нормы закона «О Конституционном суде РФ».

Государство станет правовым, когда каждый судья, начиная с мирового, при вынесении решений начнет руководствоваться презумпциями соблюдения прав и свобод, гарантированных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и Конституцией РФ, а решения Конституционного суда РФ приобретут с помощью государства большую юридическую силу, чем Верховного и Высшего Арбитражного судов, а их исполнение будет обеспечено им. Для этого автором предлагается внести изменения в ст.369 ГПК РФ, ст.289 АПК РФ, ст.388 УПК РФ, конкретизировав, что обязательные указания вышестоящих судов должны базироваться на конституционных принципах и нормах и соответствовать судебным актам Конституционного суда. Для устранения коллизий между нормативными актами ВС РФ и ВАС РФ, требуется признать обязательными для всех судов нормативные акты именно КС РФ как основанные на нормах и принципах высшего закона страны и исполнять их.

228 Европейский суд по правам человека. Дело № 47095/99. Избранные решения. В 2т. Т.1 М., 2000. С. 322.

3. Роль адвокатуры в обеспечении конституционных презумпций и принципов в уголовном судопроизводстве

Определение истинного значения адвоката в состязательном процессе стало возможным благодаря положениям нового УК РФ, определившего его круг участников уголовного судопроизводства со стороны защиты, явившегося важным этапом в приведении законодательства страны в соответствие с принятыми Россией международными обязательствами.

Рассматривая статус адвоката и анализируя конституционную обязанность не только адвокатуры, но и государства по обеспечению защиты прав и свобод человека в КМО, разрабатывая предложения по усовершенствованию действия предлагаемого механизма обеспечения, следует остановиться на принципиальном отличии функций защиты адвокатуры и функций защиты государства в уголовном процессе и судопроизводстве.

Демократические преобразования, начатые в середине 80-х гг. XX века, обусловили смену приоритетов в государственной политике, выдвинув приоритет права и свободы человек перед интересами государства. В такой ситуации был принят и введен в действие УПК РФ, впервые закрепивший правозащитное направление уголовного судопроизводства (ст. 6). Проведение формально-юридического анализа назначения уголовного процесса, согласно УПК РФ позволяет выяснить формы реализации обязанности государственных органов, осуществляющих уголовно-процессуальную деятельность, по обеспечению защиты прав и свобод человека, доказав невозможность эффективного обеспечения без общественного надзора гражданского общества, реализуемого через участие в этом процессе адвоката.

В ч. 1 ст. 6 УПК РФ записано, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением: защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Часть 2 ст. 6 УПК РФ содержит положение, согласно которому «уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитацию каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию». Законодатель определяет два основных направления в деятельности государственных органов (суда, прокурора, следователя, дознавателя и т.д.) в сфере уголовного судопроизводства: защита потерпевших; защита уголовно преследуемого лица (подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или осужденного). Это положение реализует требование ст. 52 Конституции РФ, гарантирующей охрану

прав потерпевших от преступлений и обеспечивающей им доступ к правосудию. Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Законодатель на первое место в деятельности государственных органов поставил защиту потерпевшего от преступления. Такая позиция наиболее полно соответствует как конституционно-правовым (ст. 2, 52 Конституции РФ), так и международным требованиям. Вторым направлением деятельности государственных органов, осуществляющих уголовно-процессуальную деятельность, является защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ). Данная цель является новой для отечественного уголовно-процессуального законодательства²²⁹. По мнению одного из разработчиков УПК РФ Е.Б. Мизулиной, ее введение обусловлено тем обстоятельством, что «многие поколения советских следователей, прокуроров, судей воспитывались на убеждении, что любые их действия и решения в уголовном процессе оправданы борьбой с преступностью. Тот факт, что процессуальное принуждение ... применяется к подозреваемому, обвиняемому, еще не признанному виновным, значения не имело». Роль же данного направления заключается в том, чтобы «это убеждение сменилось другим, основанным на уважении к правам человека, на понимании того, что в уголовном процессе всегда есть вероятность ошибочного применения принуждения к невиновному»²³⁰.

Для упрощения анализа цели защиты прав граждан и организаций правоохранительными органами ее условно можно разбить на несколько взаимосвязанных элементов: защита личности от незаконных и необоснованных: 1) обвинения; 2) осуждения; 3) ограничения прав и свобод.

Необходимо определить используемое понятие «обвинение», поскольку в уголовно-процессуальной науке данный термин применяется в двух значениях: материально-правовом (акт предъявления обвинения) и уголовно-процессуальном (обвинительная деятельность). В УПК РФ нормативное закрепление получило первое значение обвинения, под которым понимается «утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном УПК РФ» (п. 22 ст. 5 УПК РФ). Порядок предъявления обвинения различается в зависимости

²²⁹ В ст. 2 УПК РСФСР она отсутствовала.

²³⁰ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в вопросах и ответах / Отв. ред. Е.Б. Мизулина. М.: Юрист, 2003. С. 32.

от формы предварительного расследования (предварительного следствия и дознания) и выражается в составлении двух уголовно-процессуальных документов: постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (ст. 171 УПК РФ) и обвинительного акта (ст. 225 УПК РФ). С момента их составления в уголовном деле появляется обвиняемый (ч. 1 ст. 47 УПК РФ).

Исходя из такой трактовки обвинения речь идет о защите прав личности в процессуальном статусе обвиняемого. Однако попадая в сферу уголовного судопроизводства, лицо не сразу становится обвиняемым, а в большинстве случаев оно «входит» в процесс в качестве подозреваемого, и, как правило, это связано с применением к нему мер принуждения. Но уголовное судопроизводство ограничено лишь защитой обвиняемого от незаконного и необоснованного обвинения, а о подозрении (подозреваемом) в п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ не упоминается, в результате имеет место грубое нарушение конституционных прав и свобод. Уголовно-преследуемое лицо в статусе подозреваемого от нескольких часов и до десятка дней (ст. 94, 224 УПК РФ) не защищено от незаконного и необоснованного уголовного преследования, т.к. защита (п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ) возможна лишь с этапа обвинения. Такое положение ограничивает права и свободы подозреваемого и требует исправления, которое возможно произвести путем внесения изменений в ст. 6 УПК РФ.

Второй составляющей является защита личности от незаконного и необоснованного осуждения, что характерно уже для судебных стадий, в которых на основе вынесенного судом приговора подсудимый становится либо осужденным, либо оправданным. Данная цель достигается путем освобождения невиновных от наказания, реабилитации каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию (ч. 2 ст. 6 УПК РФ).

И, наконец, последняя составляющая – защита личности от незаконного и необоснованного ограничения ее прав и свобод. Анализ данного направления вызывает определенные сложности, поскольку не совсем ясно, какую личность следует защищать в данном случае. Если рассматривать эту составляющую в единстве с двумя предыдущими, то выходит, что законодатель имеет в виду уголовно преследуемое лицо в качестве подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного или оправданного. В таком случае, вне правовой защиты остаются десятки других субъектов, участвующих в уголовно-процессуальной деятельности, к которым также возможно применение мер принуждения. Если же рассматривать защиту личности отдельно от двух предыдущих, то получается, что государственные органы должны защищать любого человека. Однако, можно истолковать положения п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ так, что речь идет только об уголовно-преследуемом лице и соответственно о защите его от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения,

ограничения прав и свобод. Это положение вступает в противоречие с ч. 3 ст. 133 УПК РФ, предусматривающей право любого лица, незаконно подвергнутого мерам процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу, на возмещение вреда.

Еще одним недостатком редакции п. 2 ч. 1 ст. 6 УПК РФ является то, что данное положение можно расценить как защиту личности от неправомерных действий государственных органов, осуществляющих производство по уголовному делу, поскольку только они вправе обвинять, осуждать и ограничивать права и свободы человека. Однако в ряде случаев лицо (свидетель, понятые, специалист и иные участники уголовного судопроизводства) в связи с участием в уголовном процессе, подвергается противоправным действиям или угрозе их осуществления со стороны других граждан, заинтересованных в разрешении уголовного дела в свою пользу, и также нуждаются в государственной защите своих прав и свобод.

Таким образом, единственным субъектом уголовно–процессуальной деятельности, подлежащим государственной защите от всякого рода посягательств, является потерпевший, права и законные интересы которого в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 6 УПК РФ защищены. Остальные участники уголовного процесса, исходя из содержания ст. 6 УПК РФ, такой охраны своих прав лишены, что вступает в противоречие с принципом, закрепленным в ст. 11 УПК РФ – «охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве». По замыслу законодателя статьи, находящиеся во второй главе кодекса, определяют положение человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, обеспечивают его конституционные права и свободы, т.е. они должны детализировать общее «правозащитное» направление (ст. 6 УПК РФ). В данном случае имеется явная несогласованность между ключевыми статьями-принципами УПК РФ, выражающаяся в отсутствии в ст. 6 УПК РФ задачи по охране прав любого участника уголовного судопроизводства. Получается, что ст. 6 УПК РФ обеспечивает лишь права и свободы уголовно преследуемого лица и потерпевшего, что является прямым нарушением ряда конституционных положений о высшей ценности человека, его прав и свобод, равенстве перед законом и судом, гарантиях государства равенства прав и свобод человека и гражданина независимо от любых обстоятельств и т.д. Кроме того, ст. 6 УПК РФ необоснованно ограничивает право подозреваемого на защиту, предусматривая защиту только в отношении обвиняемого.

Вышесказанное позволяет сделать вывод, что ст. 6 УПК РФ не охватывает весь комплекс задач, решение которых необходимо для обеспечения прав и свобод любого гражданина, вовлеченного в орбиту уголовного судопроизводства и не соответствует требованиям международного законода-

тельства, что свидетельствует о невыполнении Россией международных обязательств.

Возможно предложить следующие варианты внесения изменений в УПК РФ: 1. *Часть 1 п.1 ст. 6 УПК* необходимо дополнить, изложив в следующей редакции: « 1. Уголовное судопроизводство имеет своим назначением:

1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, *а также тех, чьи права и законные интересы нарушены или могут быть нарушены преступлением или действиями третьих лиц, и также лиц, в отношении которых ведется уголовное преследование, и иных участников уголовного судопроизводства от неправомерных действий и бездействий органов государственной власти и их должностных, а также иных лиц».*

2. *Часть 1 статьи 11 УПК РФ «Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве»* дополнить следующей формулировкой: « 1. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав, а также принимать *все необходимые меры для реализации прав и законных интересов подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков и других участников уголовного судопроизводства, оказывать содействие в защите и охране их прав, в противном случае должны быть привлечены к дисциплинарной или уголовной ответственности».*

Проведенный анализ действующего УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что государство в настоящее время даже на нормативном уровне неспособно оказать конституционно гарантированное обеспечение прав и свобод человека. Для этого требуется эффективная деятельность всех субъектов КМО. Решение задач уголовного судопроизводства на досудебных его стадиях во многом зависит не только от качества работы лица, производящего расследование, но и от степени активности адвоката – стороны защиты по участию в доказывании. Данное положение закреплено в принятой 24 октября 1991 года Концепции судебной реформы, которая указала важнейшие моменты развития демократических начал уголовного судопроизводства, в том числе и необходимость расширения состязательности и равноправия сторон.

Государством предпринята попытка создания идеальной формы состязательного процесса – активные и равноправные стороны представляют суду свои выводы об обстоятельствах совершения преступления. Взяв состязательность за основу уголовной процедуры в России, законодатель ее гаран-

тировал, закрепив в ст. 15 УПК положения о разделении функций в уголовном процессе, о нейтральном отношении суда к функциям сторон, а также о равноправии сторон. Равноправие сторон, закрепленное в ч. 4 ст. 15 УПК, является необходимым условием приближения к достижению идеи состязательности сторон в уголовном судопроизводстве.

Равенство процессуальных возможностей органов уголовного преследования и обвиняемого по собиранию доказательств, будучи элементом процессуального равноправия сторон, представляет собой один из функциональных признаков состязательности как исторической формы уголовного процесса. В современном обществе особенно велика роль процесса права. Юридические процедуры являют собой символ непрерывности действия права²³¹. В уголовном процессе юридическая помощь необходима не только в судебных стадиях, но, на наш взгляд, уже в досудебном производстве, где следователями (дознателями) совершается большое количество правонарушений. Так, в 2009 году в ходе надзора за процессуальной деятельностью следствия и дознания прокурорами выявлено более 2,9 миллиона нарушений закона²³². Эффективно и своевременно противостоять этому может лишь адвокат, особенно в современных условиях сокращения процессуальных возможностей прокуроров. Юридическая помощь может быть оказана до применения юридических норм властными органами. Адвокат, вооруженный профессиональным знанием права, призван противостоять в обществе властным органам в деле защиты прав и свобод граждан и организаций, используя силу права.

Исходя из содержания статей 2, 15, 17, 18 Конституции РФ следует предусмотреть законодательную возможность обеспечения в отдельных случаях потерпевшего бесплатным адвокатом, подобно обвиняемому, внося в ст. 42 УПК РФ дополнения в следующего содержания: «пользоваться помощью адвоката, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом». Предложенные изменения логично могут быть завершены внесением изменения и в ст. 45 УПК РФ, указав в ней в качестве представителя потерпевшего по назначению органов следствия, дознания и суда именно адвоката, а не иное лицо, для обеспечения гарантии оказания квалифицированной юридической помощи потерпевшему наравне с обвиняемым.

В настоящее время реально противостоять обвинительному уклону защитник имеет возможность лишь в стадии судебного разбирательства.

²³¹ Коэн Дж. и Арато Э. Гражданское общество и политическая теория/ Пер. с англ. М.: Весь мир, 2003. С. 438.

²³² Российская газета. – 2010. – 19 февраля. С. 6.

3.1. Проблемы расширения прав адвоката на стадии предварительного расследования и пути их решения

Часть 4 ст. 49 УПК РФ устанавливает, что адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлению удостоверения адвоката и ордера. В силу ч. 3 данной статьи допуск адвоката к участию в деле установлен с момента: 1) вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого; 2) возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица; 3) фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях, предусмотренных ст. 91 и 92 УПК РФ и при заключении под стражу (ст. 100 УПК РФ); 4) вручения уведомления о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном статьей 223.1 УПК РФ; 5) объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы; 6) начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления.

На стадии предварительного расследования права защитника остались фактически прежними, и реально он может лишь оказывать консультативную юридическую помощь своему подзащитному, а также заявлять ходатайства и обжаловать действия и решения должностных лиц, производящих расследование по уголовному делу, т.е. выполнять пассивную роль. Только активная роль защитника на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, реальная состязательность, равные возможности сторон по участию в процессе доказывания могут обеспечить выполнение целей уголовного процесса.

Следует согласиться с мнением А.А. Давлетова о том, что «в идее состязательности авторы действующего УПК РФ не смогли реализовать задуманное. Провозгласив действие этого принципа не только в судебных, но и в досудебных стадиях уголовного процесса, разработчики УПК не сумели перестроить предварительное расследование из розыскного (инквизиционного) в состязательное. Разделив участников дела на стороны и предоставив тем и другим право на собирание доказательств, творцы УПК не пошли дальше, а именно – не создали необходимого механизма действительного равенства правомочий противостоящих субъектов и тем самым не превратили участников в истинные стороны состязательного уголовного процесса»²³³.

Из вышесказанного следует, что необходимо расширить права адвоката на стадии предварительного расследования, признав его активную, а не пассивную роль изначально при возникновении лишь угрозы нарушения прав

²³³ Давлетов А.А. Право защитника собирать доказательства. // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 43-49.

подзащитного, что соответствует требованиям Конституции (ч. 2 ст. 15) и соблюдению принципа законности, являющегося обязательным условием, предъявляемым законом к действиям и решениям должностных лиц - субъектов уголовного процесса.

Эффективный общественный надзор за деятельностью данных лиц может осуществлять только независимое от государства и суда лицо – квалифицированный адвокат, защищенный адвокатурой как корпорацией и институтом общества.

Глобальная проблема кроется в отсутствии в России не только единой системы права, но и единой судебной системы.

Проблемы искусственной криминализации гражданского права явились предметом рассмотрения ученых, участников диалогов первого круглого стола «Проблемы обеспечения единства судебной практики и судебной системы», состоявшегося 27 ноября 2008 г. в Москве²³⁴.

Недопустимость неадекватного применения уголовного права к гражданским правоотношениям, приводящая к искусственному ограничению средств защиты гражданского права, обусловлена невозможностью получения компенсации потерпевшим в полном объеме. Государство регламентирует защиту прав потерпевших за счет преступников, что практически никогда не дает полного возмещения, хотя конституционно обязано обеспечивать защиту граждан от преступлений, следовательно, нести данную обязанность.

Более того, ст. 90 УПК РФ не устанавливает преюдицию для уголовного суда не только в отношении неуголовных судов, но и даже в отношении приговора другого уголовного суда. Каждый уголовный суд сам по себе. Он может принимать любое решение, ничем не связан, даже судебными актами, которые на тот момент уже есть.

Ярким примером является дело «ЮКОСа». По первому делу Лебедев и Ходорковский осуждены за налоговые преступления. Имеется несколько решений арбитражного суда, содержащих преюдицию о вхождении компаний, совершивших налоговые правонарушения и обязанных заплатить недоимку, пенью, штраф, в структуру концерна «ЮКОС» что и было взыскано в пользу бюджета. По новому уголовному делу в основу положены те же фактические обстоятельства, но обвинение говорит: «Нет, это было хищение». Следствие занято доказыванием того, что это хищение. Но с похищенного нельзя взыскивать налоги. Если Ходорковского и Лебедева по этому новому обвинению осудят, то по вновь открывшимся обстоятельствам придется от-

²³⁴Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике Международная коллективная монография, М.: Статут 2009. С.30

менять приговор по предыдущему делу, а затем отменять решения арбитражных судов и возвращать налоги²³⁵.

Законодатель не может быть свободен в правовом государстве, где действует принцип верховенства права. Он зависим от Конституции РФ, от норм международного права и общепризнанных принципов международного права и он должен находиться под профессиональным правовым общественным надзором гражданского общества в лице его отдельных институтов и, безусловно, под контролем Конституционного суда РФ. Но и тут существуют нерешенные до настоящего времени проблемы, связанные с отсутствием порядка исполнения решений Конституционного суда и применением судами всех инстанций самостоятельно положений Конституции о неприменимости несоответствующих конституции законов и подзаконных актов.

3.2. Квазиинститут гражданского общества и общественный контроль за отправлением правосудия

В связи с анализом функций контроля и надзора за обеспечением конституционных прав и свобод, представляется целесообразным в данном параграфе остановиться на контрольно-надзорном квазиинституте гражданского общества, единственном уполномоченном законом реализовать функцию общественного контроля за отправлением правосудия в уголовном судопроизводстве - институте присяжных заседателей.

С момента принятия Судебных уставов 1864 г., введивших на территории России суды присяжных заседателей, споры о данном правовом институте не утихают, высказывались мнения, что этот институт не нужен России, предлагали реформировать его, урезать его компетенцию, но суд присяжных занял достойное место в русской общественной жизни и обеспечил рост интереса народа к суду и правосудию. Особо следует отметить, что именно с появлением в России суда присяжных актуальное значение приобрела проблема социальной справедливости, а главное - суд перестал быть отделенным от народа чиновничье-бюрократическим учреждением.

Суд присяжных вместе с другими судебными установлениями того времени был ликвидирован Октябрьской революцией 1917 г. и отсутствовал в России 76 лет. Он был возрожден Законом РФ от 16 июля 1993 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судопроизводстве РСФСР», УПК РСФСР, УК РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях»²³⁶. Федеральным законом от 27 декабря 2002 г. «О внесении из-

²³⁵ Там же. С. 35

²³⁶ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 33. Ст. 1313.

менений в Федеральный закон «О введении в действие УПК РФ» введен поэтапный порядок учреждения суда присяжных во всех субъектах РФ в период с 1 июля 2002 г. по 1 января 2007 г.²³⁷ В Конституции РФ 1993 г. суд присяжных упоминается неоднократно: ст. 20, п.5 ст.32, 47, ч. 4 ст. 123, п. 6 Заключительных и переходных положений. Конституционные положения получили развитие в ст. 5 и 8 ФКЗ от 23 октября 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» и ст. 10, 15, 28 ФКЗ «О военных судах Российской Федерации»²³⁸. Статья 1 ФКЗ «О судебной системе» гласит: «Судебная власть в РФ осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных, народных и арбитражных заседателей. Никакие другие органы и лица не вправе принимать на себя осуществление правосудия». Процедуре рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей посвящено постановление Пленума ВС РФ от 22.11.05 №23 «О применении судами норм УПК РФ, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей»²³⁹.

Следует признать, что суд присяжных - довольно устоявшаяся форма отправления правосудия, подтвердившая свою жизнеспособность, компетентность и необходимость. Введение суда присяжных в той или иной стране всегда ассоциировалось с демократическими реформами, гражданину предоставлялось право на участие в осуществлении правосудия. Научный интерес вызывает отсутствие в теории права ответа на вопрос о его правовой природе: как органа государственной власти, наделенного полномочиями в особом порядке осуществлять функцию вынесения оправдательного вердикта, как института гражданского общества - контролировать судебную власть.

Присяжные заседатели, имея полномочия по принятию вердикта, разрешая дело по существу, обладают признаками органов судебной власти, осуществляющих государственные задачи по отправлению правосудия. Для определения правового статуса суда присяжных заседателей, его сущности, требуется обратиться к пониманию данного института с позиции его назначения и роли, отведенной Конституцией и регламентированной отечественной системой права.

Исходя из принятой в исследовании квалификации контроля и надзора по обязательности указаний для всех, можно сделать вывод, что вердикт присяжных является особым видом заключения контрольно-надзорного ор-

²³⁷ Федеральный закон от 18.12.2001 N 177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 249. 22.12.2001.

²³⁸ Участие присяжных допускается в Военной коллегии Верховного Суда РФ и в окружных (флотских) военных судах // Российская газета. – 1999. – 29 июня.

²³⁹ ВС РФ. 2006. № 1.

гана, реализующего в зависимости от принятого решения либо контрольные, либо лишь надзорные функции, а сам суд присяжных является общественным контрольно-надзорным органом в судебной системе.

Условием транспарентности правосудия (прозрачности, доступности для наблюдения и оценки) является участие народа в его отправлении. Это понимали уже в глубокой древности. Древнегреческий суд гелиэя рассматривал все дела открыто в составе 501 гелиаста (народного судьи). Но в Средние века суд инквизиции был абсолютно закрытым и рассматривал дела в отсутствие народного представительства.

После победы буржуазно-демократических революций (XVIII - XIX вв.) идея народного представительства в суде стала центральной, но она воплощалась в разных процессуальных формах (суд шеффенов, суд присяжных и смешанные формы). УПК РФ 2001 г. отменил институт народных заседателей (два заседателя и судья), но сохранил суд присяжных с довольно широкой компетенцией (подсудность областных и краевых судов). Это произошло как раз в то время, когда народные заседатели стали более активны и народ проявлял интерес к проблемам судопроизводства. Народные заседатели в какой-то мере контролировали действия и решения председательствующего, минимизировали коррупцию в судах, предотвращали превращение судов в замкнутую касту, куда не могут проникать представители народа.

Вытеснение представителей гражданского общества из судопроизводства приведет к его бюрократизации, превращению судов в замкнутую касту, вынесению судебных решений, противоречащих общественному правосознанию, и значительному сокращению возможностей социального общественного надзора в сфере отправления правосудия, что неизбежно повлечет ущемление конституционных прав и свобод.

Правосознание присяжных заседателей отражает идеологические и нравственные черты общества, к которому они принадлежат, позволяет эффективно бороться с мнением о том, что главное – не права человека, а борьба с преступностью, а для этого можно и нарушить права человека.

Признавая суд присяжных специфическим институтом гражданского общества, следует подчеркнуть его прямую связь с демократией и расширение правового статуса гражданина, наделенного полномочиями на отправление правосудия, осуществляющего власть, в данном случае судебную, напрямую, а не через избираемые им органы, что является высшим проявлением демократии.

Суд присяжных заседателей выносит 15% оправдательных приговоров (другие суды выносят не более 1% таких приговоров), таким образом, он минимизирует число судебных ошибок. В связи с тем, что институт присяж-

ных заседателей не имеет внутренней организационной самостоятельности и финансовой независимости, как, например, адвокатура, признанный институт гражданского общества, его нельзя причислить к категории институтов гражданского общества в классическом виде. Но следует отметить, что присяжные заседатели обладают процессуальной независимостью и не являются государственными служащими, а сам институт присяжных заседателей – органом государственной власти.

Данный специфический институт возможно классифицировать как важнейший демократический институт народовластия, осуществляющий контрольно-надзорные функции за отправлением правосудия в Российской Федерации (пока только по уголовным делам). Это гарантия, которую государство предоставило гражданскому обществу при вынесении приговора по преступлениям, за которые предусмотрено наиболее строгое наказание, т.е. которые в наибольшей степени ограничивают права и свободы человека.

Суд присяжных по гражданским делам допускается в странах с англо-американской системой права. *Представляется целесообразным и логичным ввести суд присяжных по делам о трудовых спорах, разделе имущества, сделкам с недвижимостью и т.п. и в России.*

К сожалению, в России наметилась недемократическая тенденция к вытеснению народного представительства из уголовного судопроизводства. Народное правосознание оказалось гуманнее, мягче профессиональных установок судей. Предпринимаются попытки отменить суд присяжных, существенно сократить его подсудность. Прокуратура настаивает на изъятии из компетенции суда присяжных определенных категорий дел. В основе таких предложений лежат доводы о том, что присяжным трудно разобраться в делах, где речь идет о несоблюдении специальных профессиональных правил, должностных правомочий или совершении особо опасных преступлений. Принятие таких предложений повлечет устранение общественного контроля за законностью в деятельности судей и поставит оценку компетенции суда присяжных в зависимость от тяжести преступлений, рассматриваемых судом, а не от веления души и совести, руководства чувством справедливости. По нашему мнению, не является препятствием для рассмотрения присяжными громоздких и сложных дел о хозяйственных преступлениях. Экспериментальное рассмотрение такого рода дела (хищение в особо крупных размерах) показало, что присяжные без особого труда разбираются и в таких делах²⁴⁰. История повторяется. В конце 1880-х годов в России функционировала комиссия Муравьева, которая разработала ряд законодательных актов, получивших название «контрреформа». Они коснулись и деятельности суда при-

²⁴⁰ См.: Сокирко В.В. Сумма голосов присяжных. М., 2000. С. 204 - 215.

сяжных, из подсудности которого были исключены дела о государственных, должностных и некоторых других преступлениях. Доклад Победоносцева императору Александру III содержал формулировки: «Ликвидировать несменяемость судей», «устранить публичность по ряду дел», «принять решительные меры к обузданию адвокатского произвола», «отделаться от суда присяжных»²⁴¹. Аналогичные признаки контрреформы наблюдаются в настоящее время. Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. N 321-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам противодействия терроризму» значительно ограничил круг вопросов, разрешаемых присяжными заседателями. Представляется, что нет оснований для сокращения компетенции присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве.

Несовершенство законодательства, регулирующего судопроизводство с участием присяжных заседателей, не является поводом для ликвидации демократического института, наделенного контрольно-надзорными функциями за отправлением правосудия по уголовным делам. Данный уникальный институт можно и нужно совершенствовать.

Суд присяжных призван минимизировать число судебных ошибок и защитить граждан от необоснованного осуждения. Присяжные приносят в судебный процесс народную мудрость, жизненный опыт, чувство права и справедливости. Эта форма судопроизводства расширяет демократические основы российского судопроизводства в целом и способствует становлению правового государства, соответственно, развитого общества.

Суд присяжных заседателей как конституционный институт народо-властия, осуществляющий общественную контрольно – надзорную функцию за отправлением правосудия по уголовным делам, требует расширения сферы его функционирования, а не ее минимизации. Он гуманизирует судопроизводство, в частности, выносит большое число оправдательных приговоров, является формой контроля гражданского общества за положением дел в судах, минимизирует число судебных ошибок и практически исключает коррупцию в судах. Поэтому задача адвокатуры как института гражданского общества – защитить этот важный демократический институт от нападков и предотвратить возможность ограничения его компетенции.

Законы, созданные государством и им же применяемые, без активного взаимодействия с гражданскими объединениями привели к формированию репрессивного характера правоприменения, заложенного в возможности неоднозначного толкования многих законодательных положений. Одной из причин этого является односторонний характер разработки многих осново-

²⁴¹ Немытина М.В. Суд в России. Вторая половина XIX - начало XX в. Саратов, 1995. С. 70 - 102.

полагающих законов, принятых без участия широкой общественности.

Но наличие совершенных законов не является гарантией соблюдения прав граждан и юридических лиц, т.к. большую роль играет складывающаяся правоприменительная практика, определяющая эффективность деятельности контролирующих органов с позиции соблюдения конституционных прав и свобод граждан.

Институт присяжных заседателей является специфическим конституционным институтом народовластия, не обладающим организационной самостоятельностью, поэтому не причисляется к классическим институтам гражданского общества, квалифицируется нами как *общественный контрольно-надзорный орган судебной системы*, в развитии которого заинтересовано как гражданское общество, так и государство²⁴².

4. Обеспечение адвокатурой и адвокатом конституционных принципов-гарантий равенства сторон и состязательности в цивилистических процессах

Оценку обеспечения государством соблюдения конституционных прав и свобод в гражданском судопроизводстве целесообразно дать через оценку эффективности действия принципа состязательности и равенства сторон в цивилистических процессах и реальности обеспечения судом восстановления прав и свобод человека в спорах с государственными органами в отсутствие квалифицированных представителей.

Проблемы реализации конституционного права на судебную защиту прав и свобод человека классифицируем исходя из классификации гарантий и конституционных гарантий-принципов следующим образом: *1. Общие; 2. Специальные; 3. Организационные; 4. Юридические.*

1. Общие гарантии анализируются в иных главах в связи с гарантиями законности, обусловленными объективными экономическими, политическими, идеологическими, социальными и правовыми условиями.

2. Специальные обусловлены субъективными факторами:

1) состоянием правовой науки;

2) эффективностью деятельности политического руководства;

3) организационные, предназначенные для обеспечения законности;

4) юридические, обеспечивающие режим законности.

²⁴² См.: Либанова С.Э. Конституционный институт народовластия, осуществляющий контрольно-надзорные функции за отправлением правосудия по уголовным делам / Адвокатура, государство, общество: Сб. материалов V Всероссийской научно-практической конференции. М.: ООО «Информ -Право», 2009. С. 250-259.

Анализ юридических проблем обеспечения режима законности проведем по двум направлениям:

1. Проблемы несовершенства норм материального и процессуального права.

2. Проблемы судебного правоприменения.

4.1. Проблемы несовершенства норм материального и процессуального права и пути их решения

Рассмотрение проблем несовершенства норм материального и процессуального права начнем с определения самих норм.

Конституционный принцип равенства всех перед законом и осуществления судопроизводства на основе равенства и состязательности (ст. 123) корреспондирует с нормами процессуального законодательства: равенство всех перед законом: ст. 6 ГПК РФ и ст. 7 АПК РФ; состязательность: ст. 12 ГПК РФ и 9 АПК РФ.

Представительство в гражданском и арбитражном процессе представляет межотраслевой цивилистический институт и самостоятельный, определенный законом, вид процессуально-правовой деятельности, направленной на защиту жизненных прав и интересов граждан и организаций путем оказания им квалифицированной юридической помощи, не только в спорах между собой, частного характера, но и в судебных процессах с органами власти - публичного характера.

Предметом исследования данного параграфа является правовой анализ отношений, возникающих именно в публичных цивилистических судебных процессах, где одной из сторон является государство в лице его органов, а также органов местного самоуправления.

Межотраслевой цивилистический характер представительства в гражданском процессе обеспечивают гражданско-правовые институты материального права: возникновение, приобретение и прекращение гражданских прав и обязанностей; судебная защита гражданских прав; сделки; представительство; доверенность (гл. 1, 2, 9, 10 ГК РФ), а также гражданско-правовой договор поручения (ст. 971 ГК РФ), и процессуального: права на обращения в суд (ст. 3 ГПК РФ, ст. 4 АПК РФ), представительство в суде (ст. 48, 49, 50, 53 ГПК РФ; ст. 59, 61, 62 АПК РФ).

Правовой анализ реализации данных правовых институтов и их эффективности с позиции оценки статуса представителей позволяет с учетом действия КМО предложить ряд изменений по усовершенствованию действующего законодательства.

Адвокатская деятельность в силу особенностей, обусловленных особым статусом осуществляющего ее субъекта, связанным с организационно-правовым и процессуально-правовым положением адвоката в обществе, регулируется как нормами материального, так и процессуального права. Организационно-правовые особенности обусловлены положением адвоката как члена адвокатского сообщества, осуществляющего адвокатскую деятельность в одной из предусмотренных законом форм адвокатских образований, а процессуально-правовое положение – его статусом как субъекта, участника судебных процессов.

Еще великий классик теории и истории адвокатуры Е.В.Васьковский писал в XIX веке, что «адвокатура и судебное представительство - два различных учреждения, вызванные разными потребностями, развившиеся отдельно друг от друга и даже в настоящее время существующие самостоятельно во многих государствах Европы»²⁴³.

Участие адвоката в судебном процессе является одним из самых интересных и сложных видов юридической деятельности, поэтому требует именно квалифицированной помощи, оказанной надлежащим субъектом, имеющим квалификацию (статус), что отличает его от иных лиц представителей, оказывающих юридические услуги.

Рассмотрим законодательную базу, обеспечивающую реализацию представительства в цивилистических процессах, введя обобщающий термин, под которым будем понимать гражданский и арбитражный судебные процессы:

1. Гражданский процесс (ст.48,49, 50,53 ГПК РФ);
2. Арбитражный процесс (ст. 59,61,62 АПК РФ).

В силу п.1 ст.48 ГПК РФ, 59 АПК РФ гражданин вправе вести свои дела в суде лично или через представителей. Личное участие не лишает права на представителя. Дела организаций ведут в суде их органы, действующие в пределах полномочий, предоставленных им федеральным законом, иными правовыми актами или учредительными документами, либо представители.

В соответствии со ст. 49 ГПК РФ, ст.59 АПК РФ лицами, осуществляющими судебное представительство, могут быть дееспособные лица, имеющие надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела, за исключением лиц, указанных в ст. 51 ГПК РФ и ст.60 АПК РФ.

Исходя из этого, можно определить признаки лица, имеющего право осуществлять судебное представительство: а) дееспособное; б) имеющее надлежащим образом оформленные полномочия; в) не являющееся судьей,

²⁴³ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. Ч.1: Очерк всеобщей истории адвокатуры. Н.К.Мартнов., СПб.: Издание книжного магазина 1893.С.9.

следователем, прокурором (за исключением случаев их участия в качестве представителей соответствующих органов и законных представителей), оформившего полномочия в соответствии со ст. 53 ГПК РФ и ст. 61 АПК РФ в письменной (простая и удостоверенная) и устной формах (только в гражданском процессе).

В цивилистических процессах можно выделить два вида представительства: 1) законное (по закону ст. 52 ГПК РФ); 2) договорное (по соглашению сторон): 2.1) квалифицированное юридическое представительство; 2.2) неквалифицированное (отсутствие документа о квалификации юриста).

Проблема кроется не в отсутствии монополии адвокатов на оказание квалифицированной помощи при обширном, нерегулируемом рынке юридических слуг при правовой неграмотности населения, а в отсутствии государственного обеспечения ее качества при оказании юристами, не имеющими квалификации, в присвоении которой принимают участие госорганы. Квалификация юриста, способного обеспечить реализацию провозглашенного конституционно права каждого на квалифицированную юридическую помощь, должна быть подтверждена специальным документом, признанным государством, порядок выдачи которого закреплен федеральным законодательством, свидетельствующим об обеспечении государством или указанным в специальном законе органом, о ее наличии, а главное ответственности за качество ее реализации.

Как уже отмечалось, на сегодняшний день *надлежащими субъектами оказания конституционно провозглашенной квалифицированной юридической помощи* можно признать адвокатов, имеющих статус и получивших удостоверение по результатам сдачи квалификационного экзамена, и лиц, имеющих ученую степень в области права, защитивших диссертации и получивших дипломы Высшей аттестационной комиссии РФ. Неквалифицированное представительство не может полноценно обеспечить эффективную защиту конституционных прав и свобод человека в суде, за его качество государство не отвечает. Все риски от результатов деятельности такого представителя несет лицо, избравшее его. Защита прав из публичной сферы превращается в предмет договорного регулирования, в узкую частную сферу, не переставая при этом оставаться для каждого социально значимой, особенно для граждан в спорах с органами власти.

Необходимо отметить, что Конституционный Суд РФ неоднократно рассматривал различные процессуальные нормы, в соответствии с которыми адвокаты имели преимущественное право перед другими категориями юри-

стов в области защиты интересов граждан в судах различного уровня²⁴⁴. Именно он отметил, что ч. 5 ст. 59 АПК РФ в системной связи с п. 4 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» лишает возможности организации и частнопрактикующих юристов выполнять взятые на себя по договору обязательства по представительству интересов клиента в арбитражном суде в случаях, когда клиентом является не гражданин, а организация. Конституционный Суд РФ указал в качестве критериев законодательного разграничения ограничений допуска к участию в качестве представителей в арбитражном процессе *не квалификационные требования, связанные с качеством юридической помощи и необходимостью защиты соответствующих публичных интересов, а лишь организационно-правовую форму*, в которой выступает участник судопроизводства, нуждающийся в юридической помощи, в связи с чем он постановил: признать ч. 5 ст. 59 АПК РФ не соответствующей Конституции РФ, ее ст. 19 (ч. 1 и ч. 2), ст. 46 (ч. 1), ст. 55 (ч. 3) и ст. 123 (ч. 3), в той мере, в какой она в системной связи с п. 4 ст. 2 закона об адвокатуре в действующей системе правового регулирования исключает для выбранных организациями лиц, оказывающих юридическую помощь, возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей, если они не относятся к числу адвокатов или лиц, состоящих в штате этих организаций²⁴⁵.

Из процитированного определения Конституционного Суда РФ можно сделать вывод о том, что *представительство связано лишь организационно-правовой формой, а не с квалификационными требованиями, обеспечивающими качество юридической помощи и необходимостью защиты соответствующих публичных интересов*.

В настоящее время адвокатским сообществом предпринята попытка вернуться к первоначальной трактовке закона в этой части с помощью отданного на обсуждение в Государственную Думу проекта закона «Об оказании квалифицированной правовой помощи». Первый заместитель председателя Совета Федерации А.П. Торшин объявил на заседании объединенной комиссии по вопросам оказания квалифицированной юридической помощи, что в ближайшее время предложит законопроект на рассмотрение парламента²⁴⁶.

²⁴⁴ Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания - Курултая Республики Башкортостан, губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан" // СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3282.

²⁴⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2004 г. N 160-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Попова Михаила Евгеньевича на нарушение его конституционных прав положением части второй статьи 49 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" (текст официально опубликован не был; Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. N 15-П "По делу о проверке конституционности ч.5 ст. 59 АПК РФ).

²⁴⁶ Новая адвокатская газета ФПА. 2008. № 19(036). С. 2.

Если сфера предпринимательства – это сфера финансовых рисков, то можно признать обоснованным предоставление права юридическим лицам самим выбирать себе представителя не только в судебных спорах с другими предпринимателями, но и с органами власти. Но в отношении граждан, не обладающих правовой грамотностью, это можно расценивать не только как необеспечение конституционных права и свобод, но и грубое их нарушение.

Защита прав и свобод частных лиц и организаций в делах, возникающих из публичных правоотношений в арбитражном, а тем более, в гражданском судопроизводстве, регулируемых соответственно главой 3 АПК РФ (производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений) и подразделом 3 ГПК РФ (производство по делам, возникающим из публичных правоотношений), имеющих публичный характер, должна осуществляться, по нашему мнению, только надлежащими субъектами оказания конституционно провозглашенной квалифицированной юридической помощи.

Систематизировав анализируемые категории, рассмотрим, исходя из законодательной процессуальной и материальной базы, на примере дел о взыскании убытков, проблемы обеспечения гарантированности государством соблюдения конституционных прав на получение всеми квалифицированной юридической помощи (ст.48), а также состязательности и равноправия сторон при осуществлении судопроизводства (ст.123), предложив свое видение их решения.

1. Рассмотрим первую проблему - несовершенство норм материального и процессуального права с позиции обеспечения конституционных прав и свобод человека (организации).

Согласно нормам действующего гражданско-процессуального кодекса РФ представительство в суде часто осуществляется лицами, не имеющими высшего и даже среднего юридического образования, чем ущемляются права граждан.

Широко распространенное мнение о том, что ч. 1 ст. 19 Конституции провозгласила равенство всех перед законом и судом, а судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123) и можно выбирать представителя независимо от наличия у него статуса адвоката (ст. 49 ГПК РФ)²⁴⁷ или ученой степени по юриспруденции, представляется ошибочным в силу указанных выше причин, а главное из-за отсутствия ответственности за квалификацию оказанных услуг у такого представителя, а тем более у государства за него перед доверителем, в отличие от

²⁴⁷ См.: Баранов В., Приженникова А. Актуальные проблемы участия представителя в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №2.

ответственности адвоката, обеспечиваемой профессиональным сообществом адвокатов.

Но приобретения статуса адвоката и получения удостоверения, подтверждающего наличие этого статуса и квалификации для оказания действительно квалифицированной помощи, недостаточно для того, чтобы адвокат был допущен к защите прав, свобод и интересов доверителей в арбитражном и гражданском судопроизводствах.

В силу ч. 5 ст. 53 ГПК РФ право адвоката на выступление в суде в качестве представителя удостоверяется ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием. Указанные статьи корреспондируют с ч. 2 ст. 6 закона об адвокатуре, гласящей, что в случаях, предусмотренных федеральным законом, адвокат должен иметь ордер на исполнение поручения, выдаваемый соответствующим адвокатским образованием. В иных случаях адвокат представляет доверителя на основании доверенности. Иные случаи предусмотрены, например, положением п. 3 ст. 61 и 62 АПК РФ, указывающей, что полномочия адвоката на ведение дела в арбитражном суде удостоверяются соответствующей доверенностью, выданной ему доверителем.

Если адвокат-представитель наделяется специальными полномочиями (ст. 54 ГПК РФ), то они должны быть оговорены в доверенности. Кроме того, в гражданском процессе полномочия представителя могут быть определены также в устном заявлении, занесенном в протокол судебного заседания, или в письменном заявлении доверителя в суде (ч. 6 ст. 53 ГПК РФ).

Исходя из требований вышеприведенных законов, можно сделать вывод о том, что адвокат осуществляет адвокатскую деятельность по защите прав, свобод, интересов своих доверителей в случаях, прямо предусмотренных в федеральном законе, только при наличии ордера, выданного соответствующим адвокатским образованием, или доверенности, выданной доверителем на ведение дела в арбитражном суде, что свидетельствует о наличии ответственности не только за ведение дела как представителя, но и за качество такого представительства, обеспечиваемого адвокатским сообществом. Выдача ордера адвокату адвокатским сообществом порождает у него обязанность рассмотреть все его жалобы на действия адвоката, связанные с адвокатской деятельностью.

Квалифицированность помощи адвоката обеспечивается различными правовыми запретами. Адвокат не вправе принять от лица, обратившегося за оказанием помощи, поручение в случае, если оно имеет заведомо незаконный характер; принять поручение на оказание помощи, если он имеет интерес по делу, отличный от интереса доверителя; принять поручение на оказание помощи, если он участвовал в деле в качестве судьи, арбитра, посредника, про-

курора, следователя, дознавателя, эксперта, специалиста или является по делу свидетелем, потерпевшим; участвовать в деле лиц, с которыми состоит в родственных или семейных отношениях и наделенных в силу своего должностного положения полномочиями расследовать или рассматривать конкретное дело; занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, кроме одного случая, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя; без согласия доверителя разглашать сведения, сообщенные ему последним, в связи с оказанием помощи (п. 4 ст. 6). Для деятельности других представителей, оказывающих юридические услуги, таких запретов нет, что значительно снижает ее качество уже изначально. На адвоката возлагаются соответствующие его процессуальному статусу обязанности (пп. 3, 6 п. 1 ст. 7). Для деятельности адвоката характерны и более важные процессуальные особенности, которые нам видятся в профессионализме и компетентности адвоката–представителя и адвоката-защитника; умении спорить и нравственной безупречности; образованности, честности и опытности; наличии у него организационно-правового и процессуального статусов; широте и полноте предоставленных ему полномочий; нравственной и психологической подготовленности к выполнению своих обязанностей; ответственности за качество, своевременность и полноту выполнения профессионального долга. Адвокат осуществляет свою деятельность на профессиональной основе, обладая достаточными знаниями и опытом, позволяющими ему квалифицированно решать возложенные на него задачи, используя широкий арсенал процессуальных и внепроцессуальных средств, способов и мер выполнения профессиональных обязанностей.

Основное назначение судебного представительства – защита прав, свобод и законных интересов граждан, что обусловлено невозможностью каждого самостоятельно вести дело в суде, требующей определенного уровня знаний законов и практических навыков работы в суде. Следовательно, судебное представительство в соответствии с принципами Конституции РФ должно быть только квалифицированным.

Ст.50 ГПК РФ, предусматривающая обязанность суда назначать адвоката в качестве представителя в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, свидетельствует о признании государством надлежащим представителем по гражданским делам адвоката. Но возникает ряд вопросов, связанных с правовым положением такого представителя. Суд назначает адвоката, выделяемого адвокатским образованием, по определению суда, но в ГПК РФ не определена процессуальная форма такого назначения. По нашему мнению, исходя из анализа ст. 13 и гл. 20 ГПК РФ, суд должен выносить определение о необходимости участия адвоката в про-

цессе. С участием адвоката на основании ст. 50 ГПК РФ связан вопрос о его полномочиях, т.к. он не имеет доверенности от представляемого лица и не наделен полномочиями в соответствии со ст. 53 ГПК РФ. Если рассматривать специальные полномочия, то он вправе подавать апелляционную или кассационную жалобы на решения суда, но не вправе признавать иск и заключать мировое соглашение. Следует признать, что данный пробел в законодательстве требует правового урегулирования.

Для расширения процессуально-правовых основ деятельности адвоката-представителя требуется дополнить ГПК РФ положением об его обязательном участии по гражданским делам: 1) с обязательным участием прокурора; 2) затрагивающим интересы несовершеннолетних детей; 3) если сторонами или третьими лицами являются малоимущие лица, инвалиды детства, войны и военных действий; 4) если стороной являются государственные органы или органы местного самоуправления.

Представляется возможным дополнить ст. 50 ГПК РФ частью 2 следующего содержания: *«Суд обязан назначить адвоката в качестве представителя при рассмотрении дел с обязательным участием прокурора, затрагивающих интересы несовершеннолетних детей, с участием государственных органов или органов местного самоуправления, а также дел, в которых сторонами или третьими лицами являются малоимущие лица, инвалиды детства, войны и военных действий».*

Согласно ст. 57 ГПК РФ суд по ходатайству лиц, участвующих в деле, оказывает содействие в собирании и истребовании доказательств. При этом либо стороне выдается запрос, либо суд запрашивает доказательства непосредственно. Из содержания ст. 57 ГПК РФ нельзя сделать однозначный вывод о том, в каком порядке суд рассматривает указанное ходатайство. В то же время в силу ст. 166 ГПК РФ ходатайства лиц, участвующих в деле, по вопросам, связанным с разбирательством дела, разрешаются на основании определений суда после заслушивания мнения других лиц, участвующих в деле. Ходатайство об истребовании доказательств относится к вопросам, связанным с разбирательством дела, но судебная практика идет по пути рассмотрения и удовлетворения ходатайств об истребовании доказательств вне судебных заседаний и без заслушивания мнений других лиц. В результате ознакомление противоположной стороны с таким доказательством зачастую происходит только во время судебного заседания. Получить заранее копию истребованного судом доказательства для предварительного ознакомления практически невозможно, чем грубо нарушается конституционный принцип-гарантия – равноправие сторон любого судебного процесса.

Нельзя не отметить, что в практике некоторых судов используется «метод», когда текст запроса от имени суда готовит сторона по делу, судья подписывает этот запрос и ставит печать. Нередко в материалах дела имеется только ответ на запрос, но ни ходатайства, ни копии запроса нет. Судьи такую ситуацию с запросами объясняют процессуальной экономией.

При рассмотрении ходатайств о запросе доказательств должен неукоснительно соблюдаться принцип равенства сторон: любые ходатайства должны рассматриваться в судебном заседании с обязательным заслушиванием мнений других лиц, участвующих в деле.

Фикция принципа состязательности прослеживается и в фактическом отсутствии у сторон в гражданском процессе реального права на отвод пристрастного суда, что представляется несовместимым с требованиями ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Законодательное закрепление механизма рассмотрения и разрешения заявления об отводе судьи иными лицами является правовой необходимостью.

Право на рассмотрение и разрешение гражданского дела независимым и беспристрастным судом, в частности, осуществляется путем применения отвода судьи, предусмотренного ст. 16 ГПК РФ. Если основания для отвода в соответствии с пп. 1 и 2 п. 1 ст. 16 ГПК РФ достаточно редки, то основания по пп. 3 встречаются намного чаще. В суде зачастую происходит следующее: при заявлении мотивированного отвода с перечислением конкретных обстоятельств, вызывающих сомнение в объективности и беспристрастности судьи, он удаляется в совещательную комнату и, возвращаясь через несколько минут, оглашает определение об отказе в заявленном отводе в связи с тем, что «не усматривается личная прямая или косвенная заинтересованность судьи в исходе дела». При наличии перечисленных в ст. 16 ГПК РФ обстоятельств судья обязан заявить самоотвод, но нет механизма проверки, а следовательно, и понуждения его к этому. Норма оказалась неработающей. Подача частной жалобы на определение судьи об отказе в отводе ГПК РФ не предусмотрена.

В качестве вполне разумного примера для аналогии можно использовать порядок разрешения заявленного отвода в арбитражном процессе: в соответствии со ст. 25 АПК РФ вопрос об отводе судьи, рассматривающего дело единолично, разрешается председателем арбитражного суда, его заместителем или председателем судебного состава.

Примером разбирательства дела пристрастным судом с нарушением Конвенции и конституционных принципов является не только ненадлежащее соблюдение п. 2 ст. 156 ГПК РФ, но и отсутствие реальной возможности его обжаловать.

В соответствии с п. 2 ст. 156 ГПК РФ председательствующий руководит судебным заседанием, создает условия для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела, устраняет из судебного разбирательства все, что не имеет отношения к рассматриваемому делу. В случае возражений кого-либо из участников процесса относительно действий председательствующего эти возражения заносятся в протокол судебного заседания. Председательствующий дает разъяснения относительно своих действий, а при коллегиальном рассмотрении дела разъяснения даются всем составом суда.

Практически происходит игнорирование судьями требований этой нормы. Ответственность же за такое нарушение не предусмотрена. Частную жалобу подать нельзя, кассационная инстанция такие нарушения не рассматривает, а Квалификационная коллегия судей, в свою очередь, не рассматривает жалобы на нарушающие ст. 156 ГПК РФ предвзятые, пристрастные действия судьи, квалифицируя их как процессуальные.

Отдельной темой, подтверждающей фиктивность конституционного принципа состязательности, является деятельность помощника судьи. Зачастую помощники фактически подменяют судей, например, действуя на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, разъясняя истцу по делу, какие поправки и дополнения должны быть сделаны в тексте поданного искового заявления, объявляя дату судебного заседания, опрашивая истца и ответчика, и т.д., и т.п. Председатель районного суда ответил на жалобу по одному такому случаю отпиской, в которой говорилось, что работа помощника была технической, т.к. законом «О судостроительстве в РСФСР» допускается осуществление приема граждан помощником судьи²⁴⁸.

ГПК РФ никаких полномочий помощника судьи не предусматривает, ведение приема граждан и подготовка дела к судебному разбирательству с последующим подписанием судьей подготовленных помощником процессуальных документов являются недопустимыми. Правосудие не является универсальной гарантией, если оно не ориентируется на ценности права и конституционные принципы. Полагаем, что стать такой универсальной гарантией законности для всех, каждого человека и всего гражданского общества оно сможет в рамках взаимодействия с особыми институтами гражданского общества в предлагаемом КМО.

²⁴⁸ Бардин Л. Защита прав не терпит дилетантства // Новая адвокатская газета. 2008. №1. С.12.

4.2. Проблемы судебного правоприменения и пути их решения

Второй проблемой при реализации конституционных принципов-гарантий в судебной деятельности, обосновывающей необходимость получения всеми именно квалифицированной помощи, является реализация права на судебную защиту, связанная с правоприменением.

Абсолютно совершенного, идеального законодательства нет нигде в мире. Коллизии законов и пробелы в регламентации судопроизводства создают предпосылки для произвола и коррупции, позволяя судьям действовать по собственному усмотрению, выбирать в аналогичных случаях разные правовые позиции.

Предупреждение, выявление и устранение юридических коллизий в законодательстве является важнейшей задачей юридической науки. Единообразное правоприменение возможно только при наличии максимальной четкости изложения нормы права и неукоснительном следовании всеми правоприменителями конституционным принципам. Действующей норму права делает наличие объективных условий для ее реального применения. Проблема из руслу принятия законного и обоснованного решения переходит в проблему не только его единообразного толкования, но и реального исполнения: чем четче изложен закон, тем меньше необходимости его толкования. Законы должны быть четкими, иметь экономическую основу, финансовое обеспечение, а правоприменение бесспорным. Выделяют два легитимных, применяемых судом вида толкования: по духу закона и по букве закона.

В силу ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований. В соответствии со ст. 71 АПК РФ и ст. 67 ГПК РФ суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем и полном исследовании имеющихся в деле доказательств. Если ранее истину обязан был искать суд, то теперь и у него нет этой задачи. Главной его задачей является оценка представленных сторонами в дело доказательств. Проблема кроется в том, что перевод судебной системы на применение принципа состязательности осуществлен в отсутствие в процессуальной науке однозначных, равнопонимаемых и единообразно применяемых критериев определения элементов такого правового феномена, как доказывание.

Отсутствие возможности реального осуществления конституционных прав каждым без помощи квалифицированного юриста обусловлено фикцией принципа состязательности в гражданском и арбитражном процессах, что доказывается на примере применения межотраслевого института «взыскания убытков», универсальность которого обусловлена теоретической воз-

возможностью взыскания практически при любом нарушении прав и законных интересов в различных отраслях права. Взыскать убытки в полном объеме невозможно, т.к. сложно определить сам их размер, несмотря на доказанность факта причинения и наличие причинной связи. Анализ судебно-арбитражной практики свидетельствует о значительных колебаниях при рассмотрении дел о взыскании убытков²⁴⁹. Необходимость выработки рекомендаций, направленных на совершенствование практики применения гражданско-правовых норм, регулирующих данный институт права, нами отмечалась ранее²⁵⁰.

Возмещение убытков является одной из форм гражданско-правовой ответственности, под которой понимается «форма выражения дополнительных обременений, возлагаемых на правонарушителя»²⁵¹. В соответствии с п. 1 ст. 393 ГК РФ возмещению подлежат лишь убытки, причиненные противоправным поведением должника. Добросовестный кредитор (истец по делам о взыскании убытков) обязан представить доказательства в обоснование своих требований (как по поводу нарушенного права, так и в отношении самого нарушения), в том числе «разумности» установленного в договоре метода и размера исчисления убытков, при отсутствии четкого определения «разумности» в законе и науке, поэтому недобросовестному должнику (ответчику) не требуется состязаться. Одним из последствий является существенное отличие суммы реальных и номинальных убытков, возникших у истца, порождение неверия в справедливое правосудие и судебную реформу, прогрессирование правого нигилизма, повсеместное неисполнение обязательств.

Недобросовестным должником должно быть экономически невыгодно. Возможны два пути решения данной проблемы, обеспечивающие восстановление нарушенных прав: законодательный и правоприменительный²⁵².

Для решения проблем возмещения убытков полагаем возможным использовать категорию, известную в англо-американском праве - «заранее оцененных убытков». Согласно ЕТК США «убытки, подлежащие возмещению при нарушении договора, называются заранее оцененными убытками, если в договоре указаны либо подлежащая уплате при нарушении договора сумма, либо способ исчисления такой суммы»²⁵³. Заранее оцененные убытки характеризуются рядом преимуществ, поэтому автор предлагает за-

²⁴⁹ Либанова С.Э. Особенности возмещения убытков в различных отраслях права: Учеб. пособие. Курган: Изд-во КГУ, 2007. С. 62-195.

²⁵⁰ Либанова С.Э. Проблемы возмещения убытков и пути их решения: Монография. Курган: Изд-во КГУ, 2006. С. 197.

²⁵¹ Гражданское право: Учебник. Ч.1/ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 526-527.

²⁵² Либанова С.Э. Особенности возмещения убытков в различных отраслях права: Учеб. пособие. Курган: Изд-во КГУ, 2007. С. 42.

²⁵³ Ансон В. Договорное право / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1984. С. 346.

конодательно закрепить данную концепцию в ст. 15 ГК РФ, указав: *«Сторонами могут быть предусмотрены заранее оцененные убытки, размер которых не подлежит пересмотру судом, за исключением случаев прямо указанных в законе».*

Представляется, что в России в условиях развития рыночных отношений следует упразднить негативное отношение к штрафным убыткам и предоставить сторонам сделки возможность указывать в договоре сумму, которая будет взыскиваться в качестве «компенсации» за нарушение обязательств, не подлежащую снижению судом, назвав ее «заранее оцененными убытками». Так можно сократить количество неисполненных обязательств. Право выбора остается за стороной, имеющей возможность избежать их уплаты. Для сторон договора это облегчит расчет рисков и снизит стоимость доказательств. Для истца это может оказаться единственной возможностью компенсировать убытки.

Законодательное нововведение концепции определения размера подлежащих взысканию убытков в объеме «заранее оцененных убытков», согласованных сторонами в договоре, и признание этого размера убытков судом как подлежащего взысканию позволит устранить наличие субъективности в оценочной деятельности суда по определению размера взыскиваемых убытков, увеличить число удовлетворенных исков добросовестных кредиторов, и, в конечном счете, искоренить недобросовестных должников, сделав надлежащее исполнение обязательств в срок правилом, а не исключением.

Соглашение об ограничении размера убытков является легитимным и соответствует природе гражданско-правовых отношений (ст. 421 ГК РФ), норма п. 2 ст. 9 ГК РФ также не препятствует таким договоренностям. Следовательно, право сторон на формирование условий соглашения включает в себя и возможность определять режим ответственности. Ограничения размера компенсации, установленные национальной правовой системой, могут быть преодолены в результате действия международных правил и деятельности международных организаций (например, ст. 41 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Представляется, что кредитор-истец должен быть освобожден от обязанности принятия каких-либо мер по предотвращению убытков при наличии в договоре условия о согласовании размера «заранее оцененных убытков», которое будет презюмировать суд при отсутствии доказательств должником наличия неосновательного обогащения кредитора и его размера.

Решение описанной проблемы предлагаемым образом требует законодательского подхода, но уже сегодня возможно в порядке разъяснений, например, постановлением пленума ВАС РФ и ВС РФ, определить порядок

правоприменения договорного закрепления «заранее оцененных сторонами убытков», отметив не только их легитимность, но и презумпцию, соответствующую конституционным принципам при определении размера, подлежащего взысканию в суде. Предлагаемая нами полная редакция ст. 15 ГК РФ, может выглядеть следующим образом:

«1. Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в ином размере.

2. Убытки – это уже имеющиеся либо предстоящие имущественные потери, возникшие в результате правонарушения, подлежащие возмещению по выбору кредитора либо в натуральном виде, либо в денежном выражении, в размере, предусмотренном законом или договором.

Сторонами могут быть предусмотрены «заранее оцененные убытки», размер которых не подлежит пересмотру судом, за исключением случаев, прямо указанных в законе. Должник обязан доказать неосновательное обогащение кредитора»²⁵⁴.

Предлагаемый автором подход к реализации принципов договорного регулирования отношений можно применить со ссылкой на указанные выше нормы материального права и к регулированию споров по оплате услуг адвоката.

С помощью разъяснений о единообразном правоприменении тех или иных особо значимых положений закона можно ускорить внедрение норм, требующих незамедлительно закрепления в законе в силу изменившихся экономических условий жизни и предоставить сторонам цивилистических процессов реальную возможность осуществлять защиту своих прав самостоятельно, не прибегая к помощи адвоката, а исходя из четких указаний закона и неукоснительного его применения судами всех уровней.

5. Проблемы реализации гарантированного государством каждому права на получение квалифицированной юридической помощи

Наличие у лица статуса адвоката подразумевает, что оказываемая им помощь является именно квалифицированной, а гарантом этого в силу конституционных положений выступает не только само адвокатское сообщество, но и государство, призванное обеспечить в сфере защиты конституционных

²⁵⁴ Либанова С.Э. Проблемы возмещения убытков и пути их решения: Монография. Курган: Изд-во КГУ, 2006. С. 96.

прав и свобод равенство властных правоохранительных институтов и общественного института гражданского общества – адвокатуры.

В данном разделе подробно остановимся на проблемах реализации гарантированного государством принципа-гарантии об обеспечении каждого возможностью получения квалифицированной юридической помощи, в том числе бесплатно, сконцентрировавшись на трех направлениях:

1. Квалифицированная юридическая помощь и представительство;
2. Квалифицированная юридическая помощь и юридические консультации;
3. Квалифицированная юридическая помощь и государственные юридические бюро.

5.1. Квалифицированная юридическая помощь и представительство

Проблема обеспечения государством участия в делах, возникающих из административных и иных публичных отношений, квалифицированного представителя (адвоката и ученого-юриста) связана с другой проблемой – доступности его услуг.

Решение данной проблемы должно обеспечиваться государством двумя путями: 1. Обеспечения со стороны государства оплаты услуг адвоката:

1.1) по назначению в гражданских и арбитражных делах и 1.2) при оказании бесплатной юридической помощи, организованной адвокатурой как сообществом;

2. Запретом судебного регулирования возмещения судом издержек на оплату представительских услуг.

1.1. Международные организации принимают решения, направленные на то, чтобы государства создавали гарантии доступности услуг адвокатов в судебных процессах. Это касается адекватного обеспечения прав человека и основных свобод наличием возможности пользоваться юридической помощью, осуществляемой независимой адвокатурой. Для этого государство должно гарантировать эффективную процедуру работы механизма реального и равного доступа к адвокатам всех лиц²⁵⁵. Оно должно обеспечить необходимое финансирование и другие ресурсы для юридической помощи бедным и другим несостоятельным людям²⁵⁶. В России действует Декларация прав и свобод человека и гражданина (ст. 37) и Конституция РФ, гарантирующие

²⁵⁵ См.: п. 2 Основных положений о роли адвокатов (приняты Восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Гаване).

²⁵⁶ См.: Там же (п. 3), и Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS №005 (Рим. 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.), пункт С.

каждому право на пользование квалифицированной юридической помощью (ст. 48)²⁵⁷.

Следует признать, что от решения этого вопроса зависит не только эффективность, но и реальность государственного гарантирования обеспечения в судопроизводстве конституционных принципов равенства (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ и ст. 6 ГПК РФ), состязательности и равноправия сторон²⁵⁸ (ст. 123 Конституции РФ и ст. 12 ГПК РФ), находящихся в прямой зависимости от реализации конституционного права на судебную защиту прав и свобод (ст.45 Конституции РФ).

1.2.Согласно ст. 26 закона об адвокатуре определенным категориям граждан адвокаты оказывают помощь бесплатно. Учитывая, что действующее законодательство не охватывает всех лиц, которым должна оказываться помощь бесплатно, во многих адвокатских палатах субъектов РФ принимаются самостоятельные меры по созданию реальных условий, гарантирующих гражданам их право на судебную защиту. Указанный в законе перечень может быть расширен по решению советов адвокатских палат, как, например, сделано в Адвокатской палате Курганской области. Никаких компенсаций от государства в настоящее время палата не получает, ни в виде налоговых льгот, ни в виде предоставления муниципальных помещений для ее оказания.

Несоответствие кроется в том, что оказываемая адвокатами бесплатно помощь малоимущим является социальной сферой и должна компенсироваться государством, потому что, во-первых, это труд, а за труд надо платить в соответствии с трудовым законодательством; во-вторых, социальная сфера деятельности общества должна обеспечиваться именно государством. Отсутствие данной оплаты со стороны государства воспринимается большинством адвокатов как их интеллектуальный вклад в решение социальных проблем государства.

2.Одной из проблем, требующих своего скорейшего решения, является проблема, связанная с возмещением расходов на оплату услуг представителя для лиц, которые не являются малоимущими, находящаяся в договорной сфере регулирования общественных отношений по оказанию квалифицированной помощи.

Отношения между представителем и доверителем носят договорной характер, так как адвокатская деятельность осуществляется на основании гражданско-правового договора на оказание помощи самому доверителю или указанному им лицу, заключенного между адвокатом и доверителем в про-

²⁵⁷ См.: Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. №1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // <http://www.garant.ru>.

²⁵⁸ См.:Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997.

стой письменной форме (ст. 25). В договоре стороны вправе сами определять размер вознаграждения представителю. Отсутствие законодательного определения разумных пределов приводит к тому, что сторона, доказавшая нарушение ее прав, лишается права на возмещение соответствующих судебных издержек в полном объеме. В связи с этим можно обратиться к опыту других стран, например Германии, где в определенных ситуациях расходы ложатся на клиента, однако несение их нормативно урегулировано. Они охватывают затраты на телекоммуникацию во всех ее разновидностях: почтовые расходы, изготовление фотокопии и расходы, связанные с поездками (командировочные). Для положительного решения рассматриваемой проблемы в качестве основания для проведения расчета можно взять критерии определения трудовых затрат адвоката, предусмотренные в ст. 16 КПЭА²⁵⁹, учитывая вычеты из дохода.

В ч. 1 ст. 100 ГПК РФ говорится о том, что суд присуждает к выплате расходы на оплату услуг представителя в разумных пределах. Такая редакция правовой нормы предполагает функциональный способ ее толкования, что приводит к субъективизму в усмотрении судей, на который указывалось выше как недопустимый, препятствующий обеспечению судебной реализации конституционных прав и свобод. Высший Арбитражный Суд РФ предложил свой вариант решения этой проблемы в рамках арбитражного судопроизводства. В частности, при определении разумных пределов расходов на оплату услуг представителя он предлагает принимать во внимание: 1) нормы расходов на служебные командировки, установленные правовыми актами; 2) стоимость экономных транспортных услуг; 3) время, которое мог бы затратить на подготовку материалов квалифицированный специалист; 4) сложившуюся в регионе стоимость оплаты услуг адвокатов; 5) имеющиеся сведения статистических органов о ценах на рынке юридических услуг; 6) продолжительность рассмотрения и сложность дела²⁶⁰.

Представляется, что такой порядок доказывания факта разумности оплаты услуг представителя незаконен, т.к. возлагает обязанность предоставления доказательств, подтверждающих разумность расходов, на сторону, требующую их возмещения. В Определении Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. №454-О указано, что в ч. 2 ст. 110 АПК РФ речь идет об обязанности суда установить баланс между правами лиц, участвующих в деле. Вместе с тем, вынося мотивированное определение об изменении размера сумм, взыскиваемых в возмещение соответствующих расходов, суд не вправе

²⁵⁹ Кодекс профессиональной этики адвоката (принят Первым всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.)

²⁶⁰ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. №82 «О некоторых вопросах применения АПК РФ» // <http://www.garant.ru..>

уменьшать их произвольно, тем более, если другая сторона не заявит возражения и не представит доказательства соразмерности взыскиваемых с нее расходов²⁶¹.

Проблема, связанная с возмещением расходов на оплату помощи представителя по договору, может быть решена признанием Пленумом ВС и ВАС или Конституционным судом незаконности требования нижестоящих судов от лица, заявляющего просьбу о возмещении затрат на услуги представителя, доказательств разумности размера произведенной оплаты. Признание судом права сторон на свободу договора (ст. 421 ГК РФ) и презюмирование взыскания заявленной стороной, получившей удовлетворение своих требований, суммы в полном объеме как судебных убытков (ст. 15 ГК РФ), если противоположная сторона в процессе состязательности и борьбы интеллектов не докажет наличие неосновательного обогащения, должно стать правилом правоприменительной деятельности суда. *По делам, возникающим из административных и иных публичных отношений, требующих в соответствии с Конституцией обязательного квалифицированного представительства, оплата услуг адвоката или ученого - юриста, может быть произведена за счет виновного в нарушении прав должностного лица, компенсирующего первоначальную оплату этих услуг соответствующему бюджету субъекта РФ.*

5.2. Квалифицированная юридическая помощь и юридические консультации

В соответствии со ст. 8 Положения об адвокатуре РСФСР 1980 г. Президиум коллегии адвокатов организовывал в установленном порядке юридические консультации (далее консультации), являющиеся основными адвокатскими образованиями для организации работы адвокатов по оказанию юридической помощи, и руководил их деятельностью. В большинстве ранее действующих коллегий адвокатов сложилась практика административного распределения начинающих адвокатов и стажеров по консультациям. Оценивалась статистика распределения адвокатов по районам. На основании имеющихся данных Президиум коллегии направлял адвокатов в «малопривлекательные» районы. Отработав определенное времени, адвокат мог перевестись в другую консультацию. Такой подход позволял адвокатам, практикуя преимущественно по назначению, наработать опыт ведения дел, приобрести необходимые навыки. Проблем с занятостью в районах, как правило, не было.

²⁶¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. № 454-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Траст» на нарушение конституционных прав и свобод частью 2 ст. 110 АПК РФ» // <http://www.garant.ru>.

Действующее законодательство об адвокатуре коренным образом изменило порядок распределения адвокатов. Эта форма является учреждением и не подлежит самостоятельному выбору адвокатом. В силу п. 1 ст. 24 создание юридической консультации возможно адвокатской палатой «в случае, если на территории одного судебного района общее число адвокатов во всех адвокатских образованиях, расположенных на территории данного судебного района, составляет менее двух на одного федерального судью» по представлению органа исполнительной власти соответствующего субъекта.

Основанием для дискуссии по вопросу распределения бремени ее финансового содержания явилась нечеткость новой редакция ст. 24, изменившей норму с управомачивающей на императивную: «палата учреждает юридические консультации», а не «имеет право учредить».

Трудно не согласиться с Г.М. Резник, справедливо утверждающим, что «гарант оказания юридической помощи – государство, а не адвокатура»²⁶². Однако учреждение консультации законодательно поставлено в прямую зависимость от усмотрения исполнительной власти соответствующего субъекта РФ.

Россия отличается крайней социально-территориальной неоднородностью. Во многих сельских районах из-за бедности населения адвокаты не в состоянии заработать на свое содержание. Поэтому на их территории либо вообще нет структурных подразделений коллегий адвокатов, а для проведения уголовной защиты по назначению в местных судах и на следствие командированы адвокаты из других районов, либо существующие там консультации финансируются из общеколлегиального фонда.

Представляется, что проблема кроется не только в отсутствии финансирования со стороны государственных органов, но и в несовершенстве закона, не урегулировавшего обязательность указаний совета палаты при направлении вновь принятых адвокатов в консультации и права адвоката самостоятельно избирать форму адвокатского образования и место осуществления адвокатской деятельности (ст. 20). Принципы и порядок выбора адвокатом формы адвокатского образования, а также порядок его направления в консультации, оплаты работы в ней при отсутствии самокупаемости, в законе не прописаны. Данная коллизия закона не позволяет в полной мере решить проблему «распределения адвокатов по малопривлекательным районам» и вызывает необходимость внесения соответствующих дополнений в действующее законодательство об адвокатуре.

²⁶² См.: Резник Г. «Настройка» Закона об адвокатуре: от правовой концепции к непротиворечивой практике // Российская юстиция. 2002. №10. С

Некоторые адвокаты считают, что независимость адвоката в выборе своего места работы даже на начальном этапе является определяющим принципом деятельности адвокатуры – правом на независимость в самоопределении. Адвокатура обязана обеспечить получение профессиональной юридической помощи всем, кто в ней нуждается. Данная презумпция позволяет допускать определенное ограничение права свободного выбора адвокатом формы осуществления адвокатской деятельности, исходя из приоритетов сути и целей правозащитной деятельности адвокатуры.

Существует проблема, связанная с нежеланием не только опытных адвокатов работать в консультации, но и молодых, начинающих. Требуется найти концептуальный подход к праву выбора адвокатом места работы и конституционной обязанности по оказанию помощи каждому. В юридической сфере всегда имеются условия, в которых присутствует ограничение прав одних в угоду другим, не менее важным правам. В данном случае таким следует считать конституционное право каждого на получение юридической помощи. Действующее законодательство об адвокатуре позволяют урегулировать данный вопрос, исходя из интересов граждан, несмотря на отсутствие критериев отбора кандидатов для работы в консультации, основываясь на положениях ст. 29, 30 (об обязательности решений общего собрания палаты, для всех членов (п. 9 ст. 29). Следовательно, решения общего собрания палаты субъекта РФ достаточно для урегулирования пробела в законодательстве.

Исходя из приведенных выше аргументов, представляется возможным не согласиться с мнением Воронова А.А. о том, что «стремление увеличить число адвокатов консультации, работающих на территории судебного района, нарушает Конституцию РФ из-за необходимости приказного регулирования обеспечения соблюдения права каждого на помощь, а не следует принципу самоуправления адвокатуры»²⁶³.

Возможен и другой выход из сложившейся ситуации без внесения изменений в закон и решений палаты, позволяющий избежать спорных ситуаций при создании консультаций. В силу ст. 3 закона об адвокатуре в целях обеспечения доступности для населения юридической помощи именно органы государственной власти обязаны осуществлять финансирование деятельности адвокатов, выделяя адвокатским образованиям служебные помещения и средства связи. Исполнение этих обязанностей при создании в порядке ст. 24 консультации, обеспечение адвокатов помещениями и средствами связи позволит без принуждения, при конкурсном отборе, направлять адвокатов в «малопривлекательные» районы. Подтверждением служит практика Хаба-

²⁶³Воронов А.А. Некоторые проблемы реализации российской адвокатурой функции по оказанию квалифицированной юридической помощи Там же. С. 39.

ровского края, адвокатская палата которого отказалась от создания в отдаленных и труднодоступных районах консультаций, но организовала постоянные командировки адвокатов для оказания гражданам юридической помощи бесплатно при выделении администрацией края необходимых средств на компенсацию расходов.

5.3. Квалифицированная юридическая помощь и государственные юридические бюро

Не исполнив свои законные обязательства по выполнению конституционного гарантирования оказания юридической помощи гражданам путем создания консультаций, работать в которых должны в силу закона адвокаты – надлежащие субъекты оказания конституционно гарантированной квалифицированной помощи, в «малопривлекательных» районах, государство предприняло попытку решить проблему оказания «бесплатной» юридической помощи путем создания государственных юридических бюро (далее госюрбюро)²⁶⁴.

Представляется, что создание госюрбюро является стремлением к огосударствлению адвокатуры, несовместимым с конституционным правом на квалифицированную помощь. Искажение юридической природы адвокатской профессии превращает адвоката в чиновника, не заинтересованного в защите интересов доверителей, особенно от государства. Государственный адвокат юридически, этически и психологически интегрирован с государственными интересами.

Оказание правовой помощи бесплатно тем, кто в ней нуждается наиболее остро, но не имеет при этом средств, – одна из глубинных традиций адвокатской корпорации, причем не только российской. В советское время адвокаты так же бескорыстно помогали людям, оказавшимся без средств и нуждавшимся в юридической поддержке. Совет Федеральной палаты адвокатов обсудил вопрос участия адвокатов в эксперименте на своем заседании 6 сентября 2005 года, создал рабочую группу и выработал соответствующие рекомендации. Особое внимание было уделено порядку взаимодействия адвокатских палат с госюрбюро. Чиновники предложение о сотрудничестве приняли, но взаимодействовать не стали.

Ответственные за проведение эксперимента на местах закупили компьютеры, оргтехнику и т.д., осваивая выделенные Правительством 50,4 млн

²⁶⁴ Постановление №534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» от 22 августа 2005 г., СЗ РФ. 2005. № 35. Ст. 3615. См.: Виноградов М., Лебедев А. Адвокаты пойдут на госслужбу. Правительство запускает эксперимент с бесплатной юридической помощью // Известия 2005. 25 августа.

руб., не уделяя, как показала статистика, внимания организации юридической помощи малоимущим, требуя вместо 3-х документов (п. 4 «Положения об оказании бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам») значительно большее число всевозможных справок, умышленно уменьшая количество имеющих право на бесплатную помощь. Для того, чтобы получить справку о среднедушевом доходе семьи за последние 3 месяца, малоимущий гражданин должен доехать до районного центра и обратиться в орган социальной защиты населения. Согласно Постановлению Правительства Московской области №791/31 от 15 августа 2006 года «Об утверждении порядка предоставления гражданам справки о среднедушевом доходе семьи (одиноко проживающего гражданина) для получения бесплатной юридической помощи» такую справку гражданин может получить только через 10 дней после обращения; в Свердловской области – 5 дней.

Во все госюрбюро за 5 месяцев обратилось всего 9968 человек, из них помощь оказана только 4449 (44%) гражданам, а 5519 (56%) отказано, в том числе 4949 (90%) человек получили отказ, т.к. не смогли предоставить все справки. По причине непризнания малоимущими и по обращениям, не предусмотренным Положением, отказ получили 570 человек.

В тех же субъектах РФ за время действия эксперимента, но вне его рамок в работе по оказанию юридической помощи гражданам РФ бесплатно принимали участие 2846 адвокатов, которыми выполнено 94096 поручений в порядке ст. 26 ФЗ «Об адвокатуре».

Объективная действительность показала, что создание единых госюрбюро во всех субъектах РФ не устранил проблему оказания малоимущим гражданам бесплатной юридической помощи. Для ее решения необходимо использовать разные формы, применяемые в деятельности адвокатских палат субъектов РФ. В противном случае гражданам, проживающим в труднодоступных и малонаселенных районах, весьма сложно реализовать свое конституционное право на получение не только бесплатной, но и любой другой юридической помощи.

Эксперимент подтвердил конституционно обоснованную позицию в отношениях адвокатуры и государства о том, что правовая помощь малообеспеченным гражданам является социальным обязательством государства. Предложенный им способ ее предоставления оказался неудачен, поэтому в решении данного вопроса государству стоит довериться адвокатам и действовать совместно, выработав определенный механизм взаимодействия, правовые условия для реализации которого существуют объективно и предлагаются в определенных вариантах и сферах взаимодействия автором.

Нечеткость концептуальной позиции Конституции и отсутствие конкретизации положений о квалифицированной юридической помощи и профессиональных и нравственных качествах оказывающего ее субъекта позволяет предпринимать попытки для формирования корпуса квазиадвокатов из государственных чиновников, получающих за это зарплату и подчиняющихся государству, следовательно, зависимых от него. Несмотря на отсутствие положительных результатов эксперимента, в 2009 году в действие введено новое Положение о госюрбюро²⁶⁵ и для этого выделено почти 70 млн рублей.

Представляется, что одним из вариантов решения данной проблемы может явиться заключение органами власти субъекта Российской Федерации договоров с региональными адвокатскими палатами на оказание бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам, что позволит соблюсти выполнение конституционной гарантии квалификации оказываемой юридической помощи, достигнув при этом значительной экономии средств на административный аппарат и его оснащение помещениями и техникой. Государственные средства (платежи налогоплательщиков) будут расходоваться именно на оказание квалифицированной юридической помощи независимым защитником.

Если подойти к решению проблемы с позиции неукоснительной реализации конституционных принципов защиты прав и обеспечения доступа каждого к получению квалифицированной юридической помощи, то для организации малоимущим гражданам доступной бесплатной помощи, в том числе в малонаселенных и труднодоступных районах, необходимо создать широкую сеть юридических консультаций, и направив на это выделенные правительством на создание госюрбюро миллионы рублей, не эффективно затраченные на проведение экспериментов, не давших результата.

Требуется найти компромисс между органами адвокатуры и органами власти, основанный на положениях ст. 3 закона об адвокатуре, получив от них действенное признание объективной необходимости обеспечения именно адвокатуре экономических условий для осуществления адвокатами адвокатской деятельности по оказанию квалифицированной юридической помощи на территории РФ как субъекту призванному ее обеспечивать конституционно (ст. 48). Адвокатура – это сообщество адвокатов, которые эту работу призваны выполнять, и данный труд не должен носить принудительный и бесплатный характер, а в соответствии с Конституцией подлежит оплате, как любой другой труд.

²⁶⁵ Российская газета от 15.01.09 г.

Существуют и иные способы реализации конституционного права граждан на получение бесплатной юридической помощи. Это различные общественные организации по защите прав человека, как правило, помогающие малообеспеченным гражданам бесплатно: юридические клиники, специальные центры «скорой юридической помощи» и дни консультирования граждан в различных управлениях, общественных приемных.

Опыт работы юридической клиники был у Курганского государственного университета. Просуществовал он не более полугода, так как не были решены бытовые проблемы, а уровень знаний студентов был недостаточен для консультирования граждан. На наш взгляд, есть целесообразность создания таких клиник, но с установлением четких критериев отбора студентов, введения ответственности за качество и достоверность даваемых ими консультаций. Студенты могут осуществлять первичный правовой анализ ситуации и направлять за получением квалифицированной юридической помощи к адвокатам.

В Курганской области частыми стали случаи оказания правовой помощи гражданам, организуемые Управлением Министерства юстиции. Так, например, в связи с Международным днем пожилых людей было проведено мероприятие по оказанию бесплатной юридической помощи жителям Курганской области, как на личном приеме, так и по телефону (проконсультировано 69 граждан). Подобные мероприятия проходят в общественной приемной Губернатора области²⁶⁶.

В 2009 году был образован Центр адвокатской помощи при Адвокатской палате Курганской области, объединивший более 300 адвокатов, организовавших систему бесплатного правового консультирования и просвещения граждан. Юридическая помощь в виде устной консультации независимо от уровня дохода гражданина оказывается бесплатно следующим категориям населения: ветеранам Великой Отечественной войны, инвалидам, неработающим пенсионерам по старости, военнослужащим срочной службы, воспитанникам детских домов, гражданам, предоставившим направление организаций, с которыми Адвокатской палатой Курганской области заключено соглашение о сотрудничестве²⁶⁷.

По нашему мнению, государству следовало бы обеспечить благоприятный режим, в том числе налоговый, для работы таких общественных (благотворительных) организаций.

²⁶⁶ Сайт Управления Министерства юстиции по Курганской области. <http://minjust45.orbitel.ru/index.html>

²⁶⁷ Сайт Адвокатской палаты Курганской области. <http://www.apko45.ru>

6. Предложения и выводы

1. В Российской Федерации право на суд и право на судебную защиту законодательно не разделяются, но право на суд не тождественно праву на судебную защиту. Право на суд - это право обратиться в суд, а право на судебную защиту - это обязанность суда защитить обратившегося, восстановить его нарушенные права.

2. Реализация положений ст. 46 Конституции должна быть обеспечена не судом, а государством в целом, т.к. реализация права на защиту, результатом которой должно стать восстановление прав, предполагает состязательность.

3. Государство в лице органов исполнительной власти должно реально признать верховенство судебной власти, проверяющей законность применения права, в том числе и органами исполнительной власти. Именно эти отношения являются предметом общественного надзора за отправлением правосудия, осуществляемым адвокатурой.

4. Адвокатура как сообщество обеспечивает эффективную реализацию полномочий адвоката, осуществляющего адвокатскую деятельность, а как институт гражданского общества, являясь конституционным правозащитным институтом, обеспечивает реализацию конституционных прав и свобод не только самого адвоката как члена корпорации, но и каждого человека, члена гражданского общества.

5. Значение профессионального представительства в конституционном судопроизводстве связано с отстаиванием индивидуальных прав конкретного человека при единовременной защите публичных интересов.

6. В Конституционный и Европейский суды не допускаются иные представители сторон, кроме адвокатов и лиц, имеющих ученую степень по юридической специальности, что должно быть распространено на цивилистические процессы.

7. Новые формы судопроизводства требуют от адвокатского сообщества подготовки для активного участия в них, новых форм и нового содержания самой адвокатуры.

8. Правозащитное направление уголовного судопроизводства нельзя признать соответствующим конституционным требованиям. Отсутствие на досудебных стадиях уголовного судопроизводства элементов, позволяющих эффективно действовать механизму принципа состязательности, делает его правовой идеей, закреплённой нормативно, но не обеспеченной функционально.

9. Проблема доступности помощи адвоката должна решаться государством путем обеспечения необходимого финансирования бесплатной юридической помощи малообеспеченным людям в соответствии с требованиями Конституции и Декларации прав и свобод человека и гражданина (ст. 37), т.к. это социальная сфера.

10. Требуется новая редакция ст. 6 УПК РФ, предусматривающая защиту любого человека в уголовном судопроизводстве, как от незаконного и необос-

нованного ограничения его прав и свобод со стороны государственных органов, так и от неправомерных действий третьих лиц.

11. Единственным контрольно-надзорным квазиинститутом гражданского общества, уполномоченным законом реализовать функцию общественного контроля за отправлением правосудия в уголовном судопроизводстве, является институт присяжных заседателей.

12. Следует выделить две основные причины, влияющие на эффективность реализации конституционного принципа состязательности в цивилистических процессах: отсутствие правовой грамотности населения, правовой нигилизм; отсутствие обеспечения государством качества оказания юридической помощи гражданам и организациям иными субъектами, кроме лиц, имеющих статус адвоката и ученую степень по юридической специальности.

13. Квалифицированное, профессиональное представительство опирается на такие качества представителя, как профессионализм, компетентность, квалифицированность, нравственность.

14. Реализация предложений автора о необходимости совершенствования ГК РФ в отношении межотраслевого института возмещения убытков и ГПК может способствовать не только совершенствованию законодательства, направленного на повышение эффективности адвокатской деятельности в гражданском судопроизводстве, но и эффективной реализации конституционных принципов по обеспечению защиты прав самостоятельно.

15. Наличие у лица статуса адвоката подразумевает, что оказываемая им помощь является именно квалифицированной, а гарантом этого в силу конституционных положений выступает не только адвокатское сообщество, но и государство, призванное обеспечить в сфере защиты конституционных прав и свобод равенство властных правоохранительных органов и института гражданского общества – адвокатуры.

16. Оказываемая адвокатами бесплатно помощь малоимущим является социальной сферой и должна компенсироваться государством.

17. По делам, возникающим из административных и иных публичных отношений, требующих в соответствии с Конституцией обязательного квалифицированного представительства, оплата услуг адвоката или ученого-юриста, может быть произведена за счет виновного в нарушении прав должностного лица, компенсирующего первоначальную оплату этих услуг соответствующему бюджету субъекта РФ.

18. Создание государственных юридических бюро является стремлением к огосударствлению адвокатуры, несовместимым с конституционным правом на квалифицированную помощь. Заключение договоров администрацией субъекта РФ с региональными адвокатскими палатами на оказание юридической помощи малоимущим гражданам решит проблему.

ГЛАВА 5. АДВОКАТУРА В СИСТЕМЕ СУБЪЕКТОВ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИХ РЕАЛИЗАЦИЮ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД

1. Государственные субъекты КМО, призванные обеспечить соблюдение Конституции, обладающие властными полномочиями и контрольно-надзорными функциями

КМО рассматривается в монографии как система, имеющая структуру, состоящую из 5 элементов, объединенную едиными целями, задачами, функциями, процедурно реализуемыми входящими в нее институтами общества в соответствии с полномочиями (властными, безвластными) и принципами деятельности, соответствующими конституционным принципам и презумпциям.

Формальное провозглашение прав и свобод личности не имеет практической значимости без наличия эффективного механизма, обеспечивающего гарантированную Конституцией возможность их реализации. Отсутствие данного механизма позволяет процветать коррупции и взяточничеству в России. Защита прав и свобод граждан возможна лишь при наличии развитой системы конституционно-правовых гарантий, включающей не только деятельность государственных правоохранительных институтов, но и независимых экономически от государства профессиональных правовых правозащитных институтов гражданского общества. Это концептуальное положение отличается от мнения некоторых ученых, полагающих, что «государство (его органы) выступает единственным гарантом защиты прав и свобод личности»²⁶⁸.

Для определения полного содержания КМО, необходимо определить круг субъектов, способных обеспечить его эффективное функционирование и их взаимосвязь.

Четкая работа конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека и гражданина может быть эффективно реализована следующими субъектами, исходя из их отношения к государственной власти²⁶⁹ классифицированными по пяти основным группам:

²⁶⁸ Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России. М.: Изд-во Московского. ун-та, 2005. С. 266.

²⁶⁹ Функции государства предлагают отделять от деятельности государственных органов и чиновников, ссылаясь на мнение М.Н. Марченко, подчеркивающего, что функции государства не следует отождествлять с функциями его отдельных органов или же государственных организаций (Марченко М.Н. Взаимодействие государства и гражданского общества: вопросы теории// Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия: Сб. статей Международной НПК. Туапсе: Изд-во ТГУ, 2007. С. 11.

1. *Исполнительные и законодательные органы;*
2. *Судебные органы;*
3. *Государственно-общественные субъекты;*
4. *Общественные институты;*
5. *Человек (гражданин).*

1.1. Государственные субъекты КМО, представляющие органы исполнительной и законодательной власти всех уровней

К государственным субъектам КПМОПСЧ, представляющим органы исполнительной и законодательной власти всех уровней, можно отнести:

1. Президента РФ;
2. Парламент РФ;
3. Правительство РФ;
4. Органы государственной службы;
5. Счетную палату Федерального Собрания;
6. Государственную контрольную службу Президента;
7. Правоохранительные органы: органы прокуратуры; органы внутренних дел, органы Федеральной службы безопасности, органы наркоконтроля, органы таможенной службы; органы Федеральной службы по валютному и экспортному контролю, органы налоговой службы, таможенные органы – как федеральные, так и органы субъектов Федерации и др.

В силу ст. 80 Конституции РФ Президент РФ является гарантом Конституции РФ, прав и свобод человека и гражданина. Как глава государства Президент обладает широкими полномочиями и имеет большие возможности для выполнения этой обязанности. В его непосредственном подчинении имеется аппарат, в частности специальные структурные подразделения, которые способствуют ему в исполнении этой важнейшей государственной задачи (подразделения, которые занимаются рассмотрением поступающих к Президенту жалоб, предложений и других обращений по вопросам гражданства, реабилитации жертв политических репрессий и др.).

Парламент РФ обладает полномочиями по контролю за соблюдением Конституции в законотворческой деятельности, в деятельности органов власти, прежде всего, исполнительной. Правительство РФ осуществляет меры по обеспечению законности, в том числе конституционной. Многие вопросы защиты прав и свобод человека и гражданина разрабатываются и решаются на уровне Правительства Российской Федерации и его аппарата. В этом участвуют практически все министерства и ведомства. Например, Министерство социального обеспечения обязано принимать меры к обеспечению пенсион-

ных прав граждан, МВД – решать вопросы борьбы с преступностью, обеспечивать безопасность населения, защищать его имущественные и иные права от посягательств. Органы законодательной и исполнительной власти в субъектах Российской Федерации также должны разрабатывать и реализовывать меры, гарантирующие политические, социальные, экономические и культурные права граждан. В деле защиты прав и свобод человека и гражданина особое место отводится Прокуратуре Российской Федерации, которая действует на основании Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-1 (ред. от 28.11.2009) «О прокуратуре Российской Федерации»²⁷⁰. Защита прав и свобод человека и гражданина – одна из главных задач прокуратуры. В целях ее реализации она осуществляет надзор и даже контроль, в принятом в исследовании значении, за соблюдением прав и свобод человека федеральными министерствами и ведомствами, представительными (законодательными) органами субъектов Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, а также органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций. Органы прокуратуры в соответствии с полномочиями разрешают заявления, жалобы и иные обращения. Прокурор обязан проверить факты, отраженные в жалобе и иных обращениях о нарушении прав и свобод человека, разъяснить порядок защиты, принять меры по предупреждению и пресечению нарушений, возмещению причиненного ущерба, решить вопрос о привлечении к ответственности лиц, нарушивших закон. *Полагаем, что наиболее тесное сотрудничество общественных надзорных институтов гражданского общества возможно именно с прокуратурой, в том числе путем проверок обеспечения конституционных прав и свобод человека в поднадзорных ей органах.*

1.2. Судебные органы как субъекты КМО

К судебным субъектам КМО относятся суды РФ всех уровней: Конституционный суд, уставные суды субъектов Федерации, Верховный суд и все суды общей юрисдикции, Высший арбитражный суд и арбитражные суды округов и областей, мировые суды.

Предметом обжалования в суде может быть любой акт, которым нарушаются права и свободы заявителя, независимо от статуса и полномочий принявшего его органа, за исключением законов и иных общеобязательных актов, каковыми являются нормативные акты, указанные в ст. 125 Конститу-

²⁷⁰ Федеральный закон от 17.01.1992 N 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Российская газета. № 39. 18.02.1992.

ции, которые могут быть оспорены лишь в Конституционном суде РФ. Деятельность судов в обеспечении КМО исследована в четвертой главе.

Охрану Конституции обеспечивают суды, прокуратура, иные государственные органы, именуемые обычно *правоохранительными*.

Для отнесения субъектов первой и второй группы к правоохранным органам необходимо определиться с понятийным аппаратом.

1.3. Систематизация и выделение правоохранных органов

Правоохранительная деятельность, осуществляемая как государственными органами, так и институтами гражданского общества, представляет диалектически развивающийся процесс, источником которого является единство и борьба противоположностей между социальной политикой защиты прав личности, с одной стороны и охраняемыми интересами государства, ограниченными п. 3 ст. 55 Конституции РФ. До настоящего времени отечественная правовая наука не выработала единого подхода к ключевому, часто употребляемому в научной литературе и на практике понятию «*правоохранительная деятельность*», несмотря на то, что теоретический анализ понятия и содержания правоохранительной деятельности, механизмов ее осуществления, перспектив и направлений ее совершенствования является актуальной научной и важнейшей практической задачей. Государство, закрепив за собой конституционно обязанность по обеспечению гарантий соблюдения прав и свобод граждан, а также их непосредственной защите, создало специальные органы, именуемые *правоохранительными*.

Правоохранительные органы действуют в любом государственно-организованном обществе как вынужденная необходимость, без которой современный человек превратит любой политический режим в анархию, и соответственно поставит под сомнение существование государства как такового. Научные разработки, имеющиеся на настоящее время, выполненные в рамках теории государства и права, административного права, и других правовых отраслей науки, в той или иной мере касающиеся понятия и содержания правоохранительной деятельности, классификации правоохранительных органов, порождают скорее больше вопросов, чем могут дать на них корректные ответы. В настоящее время специальные исследования, посвященные этим вопросам, немногочисленны²⁷¹.

²⁷¹ См.: Каск Л.И. Функции и структура государства. Л., 1969; Черноголовкин Н.В. Теория функции социалистического государства. М., 1970; его же. Функциональная характеристика общенародного государства. М., 1975, и др. Обзор работ по данной проблематике см.: Герасимов А.П. Организационно-правовые основы правоохранительной деятельности милиции (полиции) социалистического государства. М., 1989.

Следует отметить, что понятие правоохранительная деятельность активно корреспондирует с понятиями: «правоохранительная система», «правоохранительная служба», «полицейская деятельность», «правоохранительные органы». Провести комплексный, научный анализ содержания правоохранительной и правозащитной деятельности представляется возможным, используя «теорию правоохраны», базирующуюся на научных изысканиях отказа от использования термина «теория правоохранительных органов»²⁷².

Определим круг органов, признанных правоохранительными как законодателем, так и учеными, и попытаемся их классифицировать.

Полагаем, что понятие самих правоохранительных органов должно содержать необходимые признаки, позволяющие отнести тот или иной орган к правоохранительной системе. Однако и в данном вопросе не наблюдается единства мнений. Приведем несколько определений понятия «правоохранительные органы». О.Бекетов и В.О. Опарин считают, что правоохранительные (или полицейские) органы – это федеральные органы исполнительной власти, должностные лица которых наделены законом полицейскими полномочиями²⁷³. По мнению Н.П. Печникова, *правоохранительные органы* – это определенным образом обособленная по признаку профессиональной деятельности самостоятельная группа органов государства, ставящих перед собой задачи либо восстановления нарушенного права, либо наказания, либо восстановления нарушенного права и наказания одновременно, которые тем самым защищают жизнь, здоровье, имущество граждан, их собственность, собственность государства, государственных, общественных и частных организаций, защищают государство, его институты, природу²⁷⁴. А.П. Рыжаков определяет *правоохранительный орган* как учреждение, а в некоторых случаях должностное или иное лицо, которое согласно закону обязано и вправе защищать права, свободы, законные интересы физических (юридических) лиц, субъектов РФ, муниципальных образований, государства в целом и (или) обеспечивать законность и правопорядок²⁷⁵. Ф. Глазырин, В. Клейн относят к правоохранительным органам МВД, ФСБ, прокуратуру, отделяя от них суды²⁷⁶. Н. Братчикова относит органы судебной власти, органы государственной службы, Счетную палату Федерального Собрания, Государственную контрольную службу Президента, Федеральную службу по валютному и

²⁷² Галузо В.Н. Теория правоохраны - новое направление в российской юридической науке // Закон и право. 2009. № 12. С. 16.

²⁷³ См.: Бекетов О., Опарин В. О понятии и системе правоохранительных (полицейских) органов Российской Федерации // Полицейское право. 2005. № 1. С. 49.

²⁷⁴ См.: Печников Н.П. Правоохранительные органы Российской Федерации: учебное пособие. Тамбов: Изд-во Тамбовского гос. техн. ун-та. 2005.

²⁷⁵ См.: Рыжаков А.П. Правоохранительные органы: Учебник для вузов. М: ИНФРА-М, 2004.

²⁷⁶ См.: Глазырин Ф., Клейн В. Реальность и мифы правовой реформы // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 2, 3.

экспертному контролю, налоговую службу, таможенные органы, МВД²⁷⁷. К. Гуценко, М. Ковалев к правоохранительным органам относят: суды, органы, осуществляющие организационное обеспечение деятельности судов (Судебный департамент при Верховном Суде РФ и его местные учреждения, Службу судебных приставов Министерства юстиции РФ и иные службы этого Министерства, а также другие органы и должностные лица), прокуратуру, некоторые из органов, призванных выявлять и расследовать преступления, адвокатуру и другие организации, оказывающие юридическую помощь (нотариат и др.)²⁷⁸. Б.Т. Безлепкин, Г.И. Иванец, И.В. Калинин, В.И. Червонюк не включают государственные судебные органы в перечень правоохранительных²⁷⁹. О.В.Харченко подразделяет правоохранительные органы на судебные, прокурорские и полицейские²⁸⁰.

В свою очередь, анализ законодательства, регламентирующего организацию и деятельность правоохранительной системы России, показывает, что и законодатель не последователен в указании на систему правоохранительных органов. В Конституции РФ (п. «л» ч. 1 ст. 72) указано: «Кадры судебных и правоохранительных органов, адвокатура, нотариат». С позиции конституционной регламентации, а именно она является основой настоящего исследования, к правоохранительным органам не относятся судебная система, адвокатура, нотариат. Но согласно концепции судебной реформы суд включен в *правоохранительную систему* России. Следовательно, законодатель расширительно трактует систему правоохранительных органов, отличая ее по кругу субъектов от самих правоохранительных органов.

Суды осуществляют правосудие как одно из направлений правоохранительной деятельности. Конституционно-правовые параметры обеспечения правозащитной функции судебной власти обусловлены характеристиками данной функции, которая является подфункцией относительно общего понятия – правоохранительной функции судебной власти. Под *правозащитной функцией* суда понимается воздействие суда на общественные отношения, имеющее своей целью принудительное осуществление нарушенных или оспариваемых прав и свобод человека, а главное их восстановление. Исходя из положений Федерального закона от 20 апреля 1995 г. «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов», можно выделить следующий перечень органов, отнесенных законо-

²⁷⁷ См.: Братчикова Н. Внебюджетные фонды правоохранительных органов // Юрист. 1999. № 1. С. 2.

²⁷⁸ См.: Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. Правоохранительные органы: Учебник М.: Зерцало, 2000. С. 13 - 14.

²⁷⁹ См. об этом, напр., Безлепкин Б.Т. Судебная система, правоохранительные органы и адвокатура России: Учебник. М.: Юрист, 2001. С. 17; Иванец Г.И., Калинин И.В., Червонюк В.И. Конституционное право России: Энциклопедический словарь. М: Юрид. лит., 2002. С. 265-266.

²⁸⁰ Харченко О.В. Понятие и виды правоохранительной государственной службы// Российский следователь, 2008 № 14. С. 1.

дателем к правоохранительным: прокуратура, органы внутренних дел, органы ФСБ РФ, Федеральная служба судебных приставов, Федеральная служба охраны РФ, таможенные органы, налоговая служба, органы оперативно-розыскной деятельности²⁸¹. В ст. 8 Федерального закона «О прокуратуре РФ» указана следующая система правоохранительных органов: ОВД, органы ФСБ, органы наркоконтроля, органы таможенной службы и др. В ст. 317 УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа без указания самого перечня органов. В ч. 3 ст. 80 Уголовно-исполнительного кодекса РФ записано: «В отдельных исправительных учреждениях содержатся осужденные – бывшие работники судов и правоохранительных органов». Вновь без перечня. Согласно Федеральному закону «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» к правоохранительным органам с позиции наличия в их структуре мест содержания под стражей относятся: уголовно-исполнительная система Минюста РФ, органы внутренних дел, пограничные войска ФСБ РФ, Вооруженные Силы РФ, капитаны морских судов и начальники зимовок²⁸². Словосочетание «правоохранительные органы» встречается и в бюджете Российской Федерации 1992 - 1993 гг., в последующем в бюджете законодатель стал использовать термин «правоохранительная деятельность», что представляется более правильным.

В последнее время получили развитие формулировки «*полицейское право*», «*полицейская деятельность*», и некоторые авторы полагают, что указанные понятия заменят термин «правоохранительная деятельность», отражая современные изменения в обществе и правоохранительной системе. Субъектами *полицейской деятельности*, по мнению В. Черникова, выступают органы внутренних дел, органы наркоконтроля, таможенные органы, органы ФСБ РФ, Внутренние войска МВД РФ, федеральные органы государственной охраны, органы государственной пожарной охраны, органы и учреждения исполнения уголовных наказаний, органы Федеральной службы судебных приставов²⁸³. Кроме этого, ученый выделяет и негосударственные правоохранительные органы, к которым относит частные охранные и детективные предприятия²⁸⁴.

²⁸¹ См.: Федеральный закон от 22 марта 1995 г. № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» // Собр. законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1455.

²⁸² См.: Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» // Собр. законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2759.

²⁸³ См.: Черников В. Полицейское законодательство: состояние и направления развития // Полицейское право. 2005. № 1. С. 35.

²⁸⁴ См.: Черников В. Органы охраны правопорядка. М., 2005. С. 394 - 397.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона «О системе государственной службы Российской Федерации» от 27 мая 2003 г.²⁸⁵ правоохранительная служба является одним из видов государственной службы РФ наряду с государственной гражданской и военной службами. *Правоохранительная служба* рассматривается как вид федеральной государственной службы, профессиональную служебную деятельность граждан на должностях правоохранительной службы в государственных органах, службах и учреждениях, осуществляющих функции по обеспечению безопасности, законности и правопорядка, по борьбе с преступностью, по защите прав и свобод человека и гражданина.

В соответствии с проектом закона «О правоохранительной службе» к правоохранительной службе относятся служба в: 1) органах внутренних дел; 2) таможенных органах; 3) государственной противопожарной службе МЧС России; 4) уголовно-исполнительной системе Минюста России; 5) органах Госнаркоконтроля России.

Базирующиеся на проекте федерального закона черты правоохранительной службы не дают возможность не только для четкого определения органов, служб и учреждений, в которых предусмотрена правоохранительная служба, но и тем более для квалификации самих правоохранительных органов, поэтому непринятие данного закона представляется обоснованным.

Изучение Положения о координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью²⁸⁶ позволяет сформулировать следующие выводы:

1. К правоохранительным органам относятся органы внутренних дел, органы ФСБ РФ, таможенные органы и другие органы, осуществляющие борьбу с преступностью;

2. К правоохранительным органам в узком понимании не относятся суды и органы юстиции, тем более адвокатура и нотариат, вообще не являющиеся органами;

3. Не только правоохранительные органы осуществляют правоохранительную деятельность, но и институты гражданского общества.

Позиция автора о возможности двух подходов: узкого и широкого толкования к определению субъектов правоохранительных органов, базируется на анализе понятия «правоохранительная деятельность» и разграничении понятий «орган» и «организация», исходя из понимания определений «охраны прав и свобод» как состояния правомерной реализации прав и свобод под контролем социальных институтов, но без их вмешательства, относимых

²⁸⁵ Федеральный закон от 27.05.2003 № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 22. Ст. 2063.

²⁸⁶ См.: Черников В. Органы охраны правопорядка. М., 2005. С. 394 - 397.

автором к правоохранным; «защиты» как состояния затруднительной реализации прав и свобод, но не нарушения. При нарушении прав предложено применять термин «восстановление», предполагающий наличие правосстановительных органов, обладающих властными полномочиями. Данное понимание исследуемых понятий положено в обоснование выбора автором критерия разграничения правоохранительной и правозащитной деятельности, не имеющего единства как в теории, так и в законодательстве, а также классификации органов, осуществляющих эти виды деятельности, исследуемых в качестве элементов КМО.

Начнем с анализа существующих определений. К.Ф. Гуценко полагает, что само понятие *правоохранительной деятельности* является сравнительно молодым, т.к. введено в юридический обиход всего лишь в конце 50-х – начале 60-х годов²⁸⁷. И.С. Самощенко *правоохранительную деятельность* ставит в один ряд с правотворчеством и оперативно-исполнительной деятельностью²⁸⁸. С.С. Алексеев к основным правовым формам относит правотворческую, правоисполнительную и правообеспечительную деятельность, подразделяя последнюю на организационную, контрольно-надзорную и *правоохранительную*²⁸⁹. Под правотворчеством он понимает объективно обусловленную, завершающую процесс формирования права деятельность, в результате которой рождаются законодательные и подзаконные акты, содержащие юридические нормы, а также как специфическую разновидность социального управления²⁹⁰. Ю.М. Козлов рассматривает *правоохранительную* и юрисдикционную деятельность как синонимы²⁹¹. Особо выделим мнение В.М. Горшенева и И.Б. Шахова, разделяющих правотворческую и правоприменительную деятельность, дифференцируя последнюю на правонаделительную и *правоохранительную*, подразделяя ее на правообеспечительную, юрисдикционную и правоисполнительную и выделяя в качестве особой *охранительной контрольно-надзорную деятельность*²⁹².

Полагаем, что субъектами этой деятельности являются *государственные органы, институты государства и негосударственные органы и организации*, правозащитные институты (охраны права), выполняющие охранную,

²⁸⁷ См.: Правоохранительные органы: Учебник для вузов / Под ред. проф. К.Ф. Гуценко. М., 1995. С. 2.

²⁸⁸ См.: Правоохранительные органы Российской Федерации: Учебник / Под ред. В.П. Божьева. М., 2000. С. 15-26.

²⁸⁹ См.: Самощенко И.С. О правовых формах осуществления функций советского государства // Сов. государство и право. 1956. № 3. С. 85-87; Общая теория государства и права. М., 1966. С. 50-52.

²⁹⁰ Алексеев С.С. Проблемы теории государства и права: курс лекций. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 58-59; его же. Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 73.

²⁹¹ См.: Горшенев В.М., Шахов И.Б. Контроль как правовая форма деятельности. М., 1987. С. 20-21 ; Правовые формы деятельности в общенародном государстве /Под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков, 1985. Гл. II, V.

²⁹² См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1998. Т. 1. С. 308-310.

защитную и восстановительную деятельность по обеспечению конституционных прав и свобод человека.

Характер правоохранительной деятельности в силу широты, особенностей целей, задач и функций обуславливает активные действия не только специализированных органов и служб, но и многих других государственных органов (не только правоохранительного характера), осуществляющих различные государственные функции – экономические, социально-культурные, экологические, финансовые, в области здравоохранения, а также таможенные, налоговые и ряд других. Следуя развитию концепции эффективной деятельности КМО, полагаем, что в соответствии с Конституцией РФ каждый государственный орган должен быть заинтересован в эффективной *правоохранительной деятельности*, способствуя её успешной реализации.

Анализ научных и законодательных понятий *правоохранительная деятельность, правоохранительная служба и правоохранительная система* позволяет дать авторскую классификацию системы правоохранительных органов, выделив отличительные признаки государственных правоохранительных органов, четко отграничивающих их от иных (негосударственных) правоохранительных органов.

О.В. Мосин определяет систему правоохранительных органов (*правоохранительную систему*) как определенный способ правовой организации общества в виде совокупности взаимосвязанных государственных органов, создаваемых для охраны права путем применения соответствующих санкций, распространяющихся на всех членов общества и опирающихся в необходимых случаях на меры принуждения и насилия²⁹³.

Современные тенденции правовой науки свидетельствуют о существенном расширении смыслового содержания понятия «система правоохранительных органов» (правоохранительная система) за счет включения в него ряда негосударственных структур и даже индивидов. Представляется логически верным утверждение о том, что система правоохранительных органов состоит из субъектов правоохранительной деятельности, подразделяемых на собственно правоохранительные органы и иных субъектов, выполняющих правоохранительные функции в широком смысле. Таким образом, далее будем исходить из позиции о том, что субъектами правоохранительной *системы* могут быть не только специально уполномоченные государством федеральные органы исполнительной власти.

²⁹³ Мосин О.В. Возникновение правоохранительных органов на Руси. С. 2.

1.4. Правоохранительная деятельность

Правоохранительная деятельность затрагивает интересы всех граждан и общностей, имеет высокую общественную значимость, оказывает существенное влияние на формирование социально-политического и социально-психологического климата, но в рамках проводимого исследования она представляет научный интерес с позиции взаимодействия осуществляющих ее государственных органов, наделенных властными полномочиями и использующих власть права особых институтов гражданского общества.

К числу государственных правоохранительных органов, выполняющих правоохранительные функции, обладающих властными полномочиями по охране прав можно отнести: Министерство внутренних дел Российской Федерации; Федеральную миграционную службу; Федеральную службу безопасности Российской Федерации; Федеральную службу Российской Федерации по контролю над оборотом наркотиков; Федеральную службу судебных приставов и Федеральную службу исполнения наказаний, находящиеся в ведении Министерства юстиции Российской Федерации; Федеральную противопожарную службу, находящуюся в составе Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий; Федеральную таможенную службу, а также Прокуратуру Российской Федерации.

Сложнее обстоит вопрос с так называемыми *нетрадиционными субъектами правоохранительной деятельности*. О.В.Харченко полагает, что правоохранительную функцию в той или иной мере осуществляют все органы государства, но для некоторых она является основной²⁹⁴. А.В.Борисенко указывает, что правоохранительную функцию нельзя сводить к деятельности только государственных органов, тем более специальных, т.к. она осуществляется и некоторыми общественными объединениями индивидами и большинством государственных органов²⁹⁵. К негосударственным институтам, выполняющим функцию правоохраны, А.М. Артемьев относит адвокатуру, нотариат²⁹⁶. Этой же позиции придерживается О.В. Мосин²⁹⁷. Особый интерес в этой связи представляет мнение А.Г. Кучерена, отмечающего, что *адвокатура* не является правоохранительным органом, *не обладает правом государственного принуждения* к лицам, допустившим нарушение закона, ее

²⁹⁴ Харченко О.В. Понятие и виды правоохранительной государственной службы// Российский следователь 2008. № 14. С. 1.

²⁹⁵ Борисенко А.В. Субъекты правоохранительной системы Российской Федерации: основные аспекты сотрудничества// Гражданин и право. 2008. № 4. С. 1.

²⁹⁶ Артемьев А.М. К вопросу об определении сущности правоохранительной службы и ее структуры// Российский следователь, 2008. № 2. С. 1.

²⁹⁷ Мосин О.В. Возникновение правоохранительных органов на Руси. С. 1-2.

действия и решения не носят общеобязательного характера, это своеобразная правоохранительная система, ибо в основе ее организации и деятельности лежит помощь, оказываемая гражданам и юридическим лицам в охране их прав от посягательств²⁹⁸. Мы полагаем, что адвокатура – это особая правозащитная организация, исходя из данных ранее определений охраны и защиты прав, не входящая в систему правоохранительных органов, но выполняющая правоохранительную, правозащитную функцию. Б.М. Гонгало пишет о правоохранительной функции нотариата, которая отражает его место как публично-правового института, обеспечивающего законность и правомерность юридических действий участников гражданского оборота в самом широком смысле, снижая уровень как гражданских, так и уголовных правонарушений. Ученый обоснованно полагает, что в рамках правоохранительной функции нотариат с помощью присущих ему правовых средств снижает уровень криминальности в гражданском обороте в сфере собственности, облегчает раскрытие преступлений, способствует снижению уровня преступности, обеспечивает юридическую безопасность граждан и организаций²⁹⁹.

По нашему мнению адвокатура и нотариат - это институты, выполняющие правоохранительную функцию, но не являющиеся правоохранительными органами, что позволяет причислить их к субъектам правоохранительной системы России и к правозащитным институтам гражданского общества.

А.В. Борисенко утверждает, что в качестве субъектов правоохранительной деятельности могут выступать различные общественные организации, комитеты, группы, союзы, фонды, центры, ассоциации и другие общественные объединения, называемые неправительственными общественными организациями (НПО), в числе которых представлены правозащитные центры и объединения. Индивид в качестве субъекта правоохранительных действий рассматривается ученым в двух аспектах: во-первых, как индивид, самостоятельно или в составе группы; во-вторых, как должностное лицо, осуществляющее свои полномочия в сфере правоохранительной деятельности (сотрудник милиции, работник таможенных органов, прокуратуры), или как лицо, добровольно содействующее правоохранительным структурам в силу сложившихся обстоятельств (оказание помощи милиции при задержании преступника, предотвращение общественно опасного деяния) объедине-

²⁹⁸ Кучерена А.Г. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный) // Деловой двор, 2009. С. 10.

²⁹⁹ Гонгало Б.М. Настольная книга нотариуса: Учебно-методическое пособие, 2-е изд., испр. и доп. Т.1. - М.: Издательство БЕК, 2003. С.12.

ния³⁰⁰. Исходя из норм Конституции РФ, полагаем правильным относить их к субъектам правоохранительной системы.

Следует отметить, что правоохранительная система государства (общества) - сложнейший механизм (система) правовой действительности. Главное в данном случае не смешивать правоохранительные органы как таковые и иных субъектов данной системы (в том числе негосударственных), выполняющих правоохранительные функции, в том числе путем осуществления правозащитной деятельности и общественного надзора за системой органов публичной власти, а найти пути их взаимодействия, исходя из целей самой деятельности – охране прав и свобод человека, на базе конституционных принципов – гарантий.

Итак, правозащитная деятельность негосударственных организаций предполагает наличие правоохранительной функции, что позволяет причислить их не только к правоохранительной системе, но и правоохранительным органам в широком смысле, исходя из цели деятельности.

1.5. Соотношение правоохранительных функций и правоохранительной деятельности

Предложим классификацию соотношения правоохранительных функций и правоохранительной деятельности, положив в основу деятельностный подход:

1. Правоохранительную функцию выполняют правозащитные организации, не наделенные государственной властью, осуществляющие правозащитную деятельность;

2. Правозащитная деятельность является правоохранительной по цели (охрана прав и свобод), т.к. последняя является специфическим видом человеческой деятельности, реализуемой в интересах жизнеобеспечения социума посредством специальных механизмов: правовых, моральных, психологических, организационных;

3. Правоохранительная деятельность как институализированный вид человеческой деятельности осуществляется всеми институтами общества.

4. Государственные институты, являющиеся субъектами правоохранительной деятельности, в соответствии с законодательным регулированием подразделяются на два вида органов государственной власти: 4.1) судебные; 4.2) правоохранительные, включающие в качестве самостоятельной подгруп-

³⁰⁰ Борисенко А.В. Субъекты правоохранительной системы Российской Федерации: основные аспекты сотрудничества// Гражданин и право. 2008. № 4.С.1

пы – полицейские, наделенные властными полномочиями по принудительной охране прав.

5. Все институты общества, выполняющие правоохранительную функцию, входят в правоохранительную систему и являются субъектами КМО. В узком смысле правоохранительными органами являются только государственные органы, *наделенные властными полномочиями*. Суд функционирует уже при необходимости защиты прав. Прокуратура наделена властными государственными полномочиями как по охране, так и по защите прав, а в отдельных случаях и по восстановлению. Адвокатура и нотариат не могут являться субъектами этой деятельности, так как лишены властных полномочий.

Выработать единство подходов к правоохранительной системе России - это задача специальных научных исследований, нами же предложен свой вариант систематизации приведенных категорий, исходя из деятельностного и целевого критериев в рамках обоснования используемого в исследовании авторского подхода к соотношению правоохранительной и правозащитной деятельности и осуществляющих её субъектов при реализации КМО.

Законодатель понятие «орган», как правило, применяет к государственным организациям как органам власти. Полагаем исходить в дальнейшем исследовании из того, что правоохранительные органы – это органы государства, обладающие властными контрольно-надзорными полномочиями, а правозащитные организации, не обладающие властными полномочиями, не являются органами и относятся к общественным структурам общества. Правоохранительные государственные органы при осуществлении контрольно-надзорной деятельности, обладая властными полномочиями, реализуют не только функции охраны и защиты конституционных прав и свобод, но и функцию восстановления, что особенно важно в период рыночных преобразований в стране.

Классифицируем органы и организации, осуществляющие деятельность по обеспечению конституционных права и свобод следующим образом:

- 1) *правоохранные органы и организации;*
- 2) *правовосстановительные органы* (обладающие властными полномочиями и контрольными функциями, способные восстановить нарушенное право, приняв властный акт, обязательный для исполнения всеми). В буквальном смысле к таковым относятся суды, имеющие право принятия окончательного решения в отношении действий правоохранительных органов по привлечению человека к уголовной ответственности, органы прокуратуры и МВД в отдельных случаях.

Правоохранные органы – это органы государства, обеспечивающие охрану еще не нарушенных прав. Следовательно, все правоохранительные ор-

ганы являются правоохранными, при угрозе нарушения права их деятельность по предотвращению такого нарушения можно признать правозащитной, а их классифицировать как государственные правозащитные органы.

Правоохранные организации принято называть правозащитными, т.к. они, не обладая властными полномочиями обеспечивают охрану права и свобод фактом своего существования и публичностью деятельности (например, адвокатура, нотариат), а при угрозе нарушения прав защищают всеми возможными досудебными способами, чтобы не потребовалось восстановления прав через суд, в противном случае продолжают защищать права и свободы в суде, в порядке установленном процессуальным законодательством.

1. Правоохранные органы и организации.

1. Государственные правоохранительные органы:

1.1. Входящие в правоохранительную службу – правоприменительные;

1.2. Не входящие в правоохранительную службу, содействующие правоохране: налоговые и иные финансовые органы; судебно-экспертные учреждения; нотариальные органы; органы записи актов гражданского состояния;

2. Негосударственные, содействующие правоохране: негосударственные органы судейского сообщества; третейские суды; товарищеские суды; адвокатура; частный нотариат; частные детективные и охранные службы; негосударственные судебно-экспертные учреждения.

Введение деления субъектов правоохранительной деятельности на органы правоохранительной деятельности и институты охраны права, разделение правоохранительной деятельности, не всегда характеризующейся наличием властных полномочий у субъектов, и правоохранительной функции, презюмирующей наличие властных государственных полномочий, позволяет определиться с классификацией системы правоохранительных органов.

Представляется возможным дать следующее определение правоохранительных органов – это учреждения, органы, охраняющие совокупность установленных государством норм и правил, регулирующих отношения людей в обществе, наделенные властными полномочиями при реализации правоохранной функции.

К правоохранительным органам относятся *государственные органы исполнительной власти*, осуществляющие борьбу с преступностью, наделенные властными полномочиями по охране, защите и восстановлению конституционных прав и свобод человека, выполняющие особый вид *правоохранительной деятельности*, реализуя ее по одному или нескольким направлениям, имеющие внешние знаки отличия: форменное обмундирование, служебное удостоверение, специальные средства выполнения своих функций. Целью их деятельности является обеспечение соблюдения законности, дос-

тигаемое путем реализации *контроля* за исполнением законодательства, устранение выявленных нарушений закона или принятие необходимых для этого мер, наказание лиц, виновных в нарушении закона, профилактика в сфере нарушений права (надзор и охрана).

К правоохранительным *государственным органам исполнительной власти* не относятся суды и органы юстиции, тем более адвокатура и нотариат, не являющиеся органами, а законодательно признанные институтами общества, обладающими двойственными функциями - публичными и частными; суды относятся к правоохранительным *государственным органам судебной власти*.

3. Основным отличительным признаком государственного правоохранительного органа является наличие властных полномочий по применению ограничений свободы и прав человека в целях обеспечения охраны и защиты конституционных прав и свобод каждого.

Следующие параграфы данной главы посвящаются научному анализу классификации особенностей адвокатуры и ее взаимодействия с правозащитными государственно-общественными и общественными объединениями и организациями.

2. Общественно-государственные образования как субъекты КМО

К общественно-государственным субъектам КМО, составляющим второй элемент КМО, относятся:

1. Общественная палата РФ;
2. Институт Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации³⁰¹;
3. Институт уполномоченного по правам ребенка;
4. Органы, оказывающие факультативное воздействие на государственный орган, при котором они созданы, путем принятия рекомендаций по узкому (профильному) кругу вопросов, отнесенных к ведению данных органов, созданные конкретным государственным органом на основании подзаконного нормативного правового акта (постановления, указа) и их структурные отделения в регионах.

Одни институты гражданского общества только создаются, а функционирование других в той или иной мере противоречит принципам конституционного строя, при этом государство оказывается не вполне готовым к

³⁰¹ Федеральный конституционный закон от 26.02.1997 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 03.03.1997. № 9. ст. 1011.

обеспечению конституционных прав, свобод и законных интересов личности. Специфика формирования в России институтов гражданского общества носит, в основном, управляемый государством характер. Справедливо некоторые ученые называют институт уполномоченного по правам человека и общественную палату квазиинститутами гражданского общества³⁰².

Эффективный общественный надзор за деятельностью органов государственной власти возможен в рамках демократического конституционного государства, где власть: 1) рассредоточена на исполнительную, законодательную и судебную; 2) деятельность ее органов четко урегулирована законом, исключающим коллизии, а при их возникновении без обращения в суд презюмируются права человека; 3) ограничена правом; 4) доступна; 5) предсказуема; 6) эффективна; 7) осуществляется строго на конституционных и международных принципах приоритета прав человека.

Лишь при наличии развитого и сильного (знанием права) гражданского общества государственная власть вынуждена будет упорядочить свои отношения с населением, признать наличие у обладающих особыми качествами институтов гражданского общества функции не только общественного надзора, но и общественного контроля для реализации взаимоконтроля и взаимоограничения государственных и негосударственных органов и движений. «Способность общества к контролю над властью, признак гражданского общества. Только контроль, приобретая правовые формы, способен подчинить власть праву и только при условии существования гражданского общества государство оказывается «под правом», становится «правовым»³⁰³.

Для осуществления эффективного общественного надзора необходимо как минимум два условия: наличие развитого гражданского общества, а также такой уровень взаимодействия государства и гражданского общества, в котором властные правоохранительные органы и лишённые власти правозащитные организации являются равноправными правоохранными субъектами КМО, взаимодействующими на основе знания и соблюдения права, конституционных принципов, диалога, партнерства, взаимоуважения.

Остановившись на законодательных полномочиях каждого общественно-государственного образования, исходя из общности целей и задач всех субъектов по обеспечению конституционных прав и свобод, определив их место в КМО и пути взаимодействия с адвокатурой в триединстве ее статусов.

³⁰² Грудцына Л.Д. Государственно-правовой механизм формирования и поддержки институтов гражданского общества в России. Автореф. дис... д-ра юрид. наук, Москва, 2009. С. 5.

³⁰³ Лучин В.О., Боброва Н.А. Конституционный строй России: основные политико-правовые характеристики // Право и политика. 2003. № 10. С. 27.

2.1. Общественная палата РФ

О необходимости создания Общественной палаты было официально заявлено Президентом РФ на расширенном заседании Правительства РФ 13 сентября 2004 г. после трагических событий в г. Беслане. Общественная палата, по мнению В.В.Путина, призвана стать площадкой для широкого диалога, где могли бы быть представлены и подробно обсуждены гражданские инициативы, и, что не менее важно, такая палата должна стать местом проведения общественной экспертизы ключевых государственных решений и законопроектов, касающихся перспектив развития всей страны, имеющих общенациональное значение. Парламентом РФ данная инициатива главы государства была поддержана и реализована путем принятия Федерального закона от 4 апреля 2005 г. «Об Общественной палате Российской Федерации». Закон не определяет статуса этого органа, но устанавливает, что Общественная палата РФ обеспечивает взаимодействие граждан РФ и их объединений с органами публичной власти, в том числе сформированными самими гражданами, с целью усиления общественного контроля за институтами политической власти и «обратной связи» между гражданами и государством. Основными целями палаты провозглашены взаимодействие граждан с органами власти и *общественный контроль за их деятельностью*.

В соответствии со ст. 6 закона Общественная палата формируется из сорока двух граждан РФ, утверждаемых Президентом РФ, сорока двух представителей общероссийских общественных объединений и сорока двух представителей межрегиональных и региональных общественных объединений. При этом критериев отбора граждан и общественных объединений закон не устанавливает. Несмотря на то, что порядок формирования Палаты достаточно демократичен, в законе отсутствуют критерии привлечения граждан и общественных объединений к участию в работе Палаты, что ставит ее формирование в зависимость от усмотрения отдельных лиц. Возможно, для более полного воплощения идеи народного представительства следовало бы установить цензы для граждан РФ (профессиональный, образовательный, безупречную репутацию и т.п.) и для общественных объединений (количество членов или участников, наличие определенных целей). Количественный критерий для общественных объединений будет свидетельствовать о том, что они представляют достаточно широкие слои населения, а Общественной палаты РФ будут представлены интересы значительной части граждан РФ. В отношении большинства общественных объединений Федеральный закон «Об общественных объединениях» не предусматривает фиксированного членства, поэтому они сами вправе указать количество участников, но если в

последующем выяснится, что эти сведения неверны, это могло бы служить основанием прекращения членства в Палате представителя данного общественного формирования. В связи с этим предлагается внести дополнения в п.4 и п.6 ст. 8 «Порядок формирования Общественной палаты», касающиеся правозащитного характера общественных организаций, численности не менее 1 млн. человек и наличия у представителя юридического или экономического образования. Формулировка измененной статьи отражена в приложении.

Решения Общественной палаты, принимаемые в форме заключений, предложений и обращений, носят рекомендательный характер. Законом не предусмотрено обязательное опубликование заключений Общественной палаты³⁰⁴. Статус члена Общественной палаты РФ имеет в своей основе много общего с правовым положением члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы. Закон в равной мере не допускает совмещения статуса парламентария или члена Общественной палаты с государственными и муниципальными должностями, государственной и муниципальной службой. Членство в Общественной палате и мандат депутата также взаимоисключают друг друга. Однако возрастные требования по приобретению полномочий в указанных структурах разные: депутат Государственной Думы должен быть не моложе 21 года (п. 2 ст. 5 ФЗ о выборах депутатов)³⁰⁵, в то время как для членства в Общественной палате достаточно 18-летнего возраста (п. 1 ст. 7 ФЗ).³⁰⁶ Закон также допускает досрочное прекращение полномочий члена Общественной палаты по основанию грубого нарушения им Кодекса этики (п.1. ст.15 ФЗ), в то время как прекращение депутатского мандата в подобном случае невозможно. Вызывает сомнения логика выше приведенных положений. Замещение должности парламентария ввиду функционирования избирательной системы является политически более сложным, чем приобретение статуса члена Общественной палаты РФ. В силу конституционных принципов соразмерности и пропорциональности правового регулирования общественных отношений законодатель должен был бы компенсировать этот дисбаланс дополнительными юридическими требованиями к членству в Общественной палате РФ, а не их либерализацией.

Народное представительство, привлекая огромную массу граждан-избирателей к решению государственных дел, к законотворчеству, способст-

³⁰⁴ Федеральный закон от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 11.04.2005. № 15. ст. 1277; Злобина Е.А., Батяев А. А. Комментарий к Федеральному закону от 4 апреля 2005 г. N 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» (постатейный). М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. С.14-18.

³⁰⁵ Федеральный закон от 18.05.2005 N 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 23.05.2005. № 21. ст. 1919.

³⁰⁶ Федеральный закон от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 11.04.2005. № 15. ст. 1277.

ует формированию институтов гражданского общества. В свою очередь гражданское общество через свои институты, прежде всего общественные объединения, местное самоуправление, оказывает влияние на принятие государственных решений и способствует развитию народного представительства. Гражданское общество должно «сдерживать» государство от вмешательства в его сферу, а государство должно быть в необходимой степени подконтрольным обществу. Появившийся в нашей стране новый институт общественных палат призван усилить связь гражданского общества с органами государственной власти через представительные учреждения. *Полагаем целесообразным, в целях повышения статуса и роли палаты в обществе и государстве, ввести в Закон норму об обязательности опубликования заключений Палаты и возможности выступлений членов Общественной палаты при обсуждении законопроектов, законов и при решении иных вопросов, относящихся к ведению палат парламента.*

К положительным сторонам действия Общественной палаты относятся:

1. Стремление действовать в качестве эксперта и согласовывать действия общества и государства в решении новых задач, в том числе реализация потребностей реального человека, свободы слова и т.п.

2. Пропагандирует толерантность, культуру общественной жизни, а также пытается взять под общественный экспертный контроль правоприменительную практику.

3. Консолидация гражданского общества через активизацию экспертного сообщества, создание региональных экспертных гражданских институтов.

4. Осуществление общественного контроля за расходованием средств, выделенных на национальные проекты.

5. Определение общественных инициатив, требующих государственной финансовой поддержки.

Общественная палата РФ может быть лидером гражданского общества в России и взаимодействовать с адвокатурой как институтом. Это позволяют ее цели, задачи, в том числе и право выработки рекомендаций органам государственной власти при определении приоритетов в области государственной поддержки общественных объединений. Для этого они должны иметь обязательный характер.

Слабой стороной является то, что Общественная палата наделена полномочиями по осуществлению *общественного контроля* за деятельностью Правительства РФ и органов исполнительной власти (ст. 2. п. 4)³⁰⁷, но снижения чиновничьего произвола не наблюдается, так как все результаты ее дея-

³⁰⁷ Федеральный закон от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 11.04.2005. № 15. ст. 1277.

тельности носят лишь *рекомендательный характер*. Отсутствует обязательность рассмотрения, а главное устранения нарушений конституционных прав и свобод по ее указанию. Следовательно, в данном случае имеет место лишь надзор, а не контроль. *Реально превратить функцию общественного надзора в общественный контроль можно наделив Общественную палату правом давать обязательные для органов власти указания в отношении нарушения как самих конституционных прав и свобод, так и конституционных принципов и приостанавливать такие действия до обращения в суд и принятия им спора к рассмотрению с применением обеспечительных мер.*

2.2. Институт Уполномоченного по правам человека в РФ

Институт Уполномоченного по правам человека в РФ занимает особое место в системе институтов гражданского общества, определяемое его двойственной правовой природой: с одной стороны, Уполномоченный является государственным чиновником, назначаемым и отстраняемым от выполнения своих полномочий Государственной Думой Федерального Собрания РФ. Аппарат Уполномоченного – государственный орган, а его специалисты – государственные служащие, финансируемые из средств государственного бюджета. С другой стороны, этот институт обязан обеспечивать содействие и поддержку институтов гражданского общества и быть *независим* от государственных органов и должностных лиц. Создание данного института в России было санкционировано не самим гражданским обществом, которого к моменту принятия Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» не существовало в полноценном и оформленном виде, а государством, так же как и Общественной палаты.

Учреждение института Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации как государственного органа – одно из важнейших достижений демократических преобразований в России. В Российской Федерации идея учреждения института Уполномоченного по правам человека впервые получила юридическое выражение в Декларации прав и свобод человека и гражданина, принятой 22 ноября 1991 года Верховным Советом РСФСР. Статья 40 Декларации предусматривала создание должности Парламентского уполномоченного по правам человека, который «назначается Верховным Советом на срок 5 лет, ему подотчетен и обладает той же неприкосновенностью, что и народный депутат РСФСР». Должность Уполномоченного по правам человека учреждена Конституцией Российской Федерации 1993 года. Пункт «е» части 1 статьи 103 Конституции относит к ведению Государствен-

ной Думы назначение и освобождение от должности Уполномоченного, действующего в соответствии с Федеральным конституционным законом. Деятельность уполномоченного дополняет существующие средства защиты прав и свобод граждан, не отменяет и не влечет пересмотра компетенции государственных органов, обеспечивающих защиту и восстановление нарушенных прав и свобод.

Учреждение института омбудсмана во многих европейских странах, государствах Британского Содружества явилось ответом гражданского общества на усиление исполнительной власти, нарушение норм управленческой морали, позволило преодолеть противоречия между государством и гражданским обществом, гарантируя информированность граждан о злоупотреблениях чиновников.

Институт омбудсмана имеет скандинавское происхождение, так как впервые появился в Швеции в 1809 г. и на протяжении всего XIX в. оставался исключительно шведским явлением.

На сегодняшний день национальные институты в форме омбудсмана учреждены примерно в 90 государствах.

Омбудсман Дании соответствует классической, т.е. парламентской модели омбудсмана. *Его независимость обеспечивается законом, процедурой выборов, самостоятельным бюджетом, наличием собственного бюро.* Сфера компетенции определена однозначно – защита индивидуальных прав человека в отношениях с публичной администрацией.

Несмотря на то, что формы представления датского омбудсмана носят *рекомендательный характер*, его деятельность *компенсирует недостатки внутреннего административного контроля, дополняя парламентский и судебный контроль, позволяет доступными средствами защитить граждан от противоправных действий или иных ошибок исполнительной власти*³⁰⁸.

Гренландский омбудсман, как и его датский коллега, является *независимым должностным лицом*, осуществляющим контроль за законностью деятельности органов власти. Такие гренландские автономные органы, как омбудсман, наделяются широким кругом полномочий.

Согласно статье 1 Закона Польши об омбудсмане от 15 июля 1987 г., задачей омбудсмана, выступающего в качестве защитника прав человека, является изучение того, нарушают ли действия или бездействие со стороны органов власти, организаций и институтов, чьи функции вторгаются в сферу этих прав, закон и принцип равенства. Он может попросить о принятии соот-

³⁰⁸ Чуксина В.В. Внесудебные специализированные правозащитные институты: опыт России и зарубежных стран // «Арбитражный и гражданский процесс», № 2. 2009.

ветствующих мер, предусмотренных законом, в отношении лица, чьи действия привели к нарушению прав человека.³⁰⁹

С исторической точки зрения Уполномоченный действовал и до принятия Конституции Российской Федерации, но тогда он назначался указом Президента Российской Федерации и одновременно совмещал должность председателя Комиссии по правам человека при Президенте Российской Федерации. Фактической точкой отсчета функционирования данного института в России является принятие 26 февраля 1997 г. Федерального конституционного закона «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»³¹⁰.

В ряде субъектов Федерации созданы и действуют Уполномоченные по правам человека субъектов Федерации. Их правовой статус аналогичен статусу Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. На сегодняшний день Уполномоченные по правам человека работают в 44 субъектах Российской Федерации.

В отличие от датского, выборного и независимого, имеющего самостоятельный бюджет и собственное бюро омбудсмана, российский назначается, самостоятельного бюджета не имеет, защищает не только общественные, но государственные интересы.

Российский омбудсман может так же, как адвокат, обратиться за защитой прав граждан в силу ст.29 закона «Об уполномоченном по правам человека» по результатам рассмотрения жалобы в суд с заявлением в защиту прав и свобод, нарушенных решениями или действиями (бездействием) государственного органа, органа местного самоуправления или должностного лица, а также лично либо через своего представителя участвовать в процессе в установленных законом формах. Кроме того, он может обратиться в суд или прокуратуру с ходатайством о проверке вступившего в законную силу решения, приговора суда, определения или постановления суда либо постановления судьи; изложить свои доводы должностному лицу, которое вправе вносить протесты, а также присутствовать при судебном рассмотрении дела в порядке надзора. Имеет право обращаться в Конституционный Суд РФ с жалобой на нарушение конституционных прав и свобод граждан законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле».

Полагаем, что отсутствие функции общественного контроля при осуществлении защиты конституционных прав и свобод человека в отно-

³⁰⁹ Ниедбала (Niedbala) против Польши (Жалоба № 27915/95). Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2000 г. Перевод: П. Лаптева, Ю. Берестнев. Текст постановления опубликован в сборнике «Европейский Суд по правам человека: Избранные постановления 1999-2001 гг. и комментарии». Под ред. Ю.Ю. Берестнева и А.О. Ковтуна. - М.: Юрид. лит., 2002

³¹⁰ Федеральный конституционный закон от 26.02.1997 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 03.03.1997. № 9. ст. 1011.

шениях с публичной властью требует наделения Уполномоченного по правам человека хотя бы «полувластной» функцией приостановления незаконных действий государственного органа. Данное полномочие одновременно налагает дополнительную ответственность на российского омбудсмана, но и увеличит эффективность и значимость его деятельности, позволяя реально компенсировать недостатки внутреннего административного контроля, дополняя парламентский и судебный контроль, становясь доступным средством защиты прав и свобод человека от противоправных действий или иных ошибок исполнительной власти.

Взаимодействие Уполномоченного по правам человека в РФ с законодательной, исполнительной и судебной властью на федеральном и региональном уровнях направлено на обеспечение благоприятных условий для реализации всех направлений деятельности Уполномоченного по правам человека в РФ, в первую очередь защиты и восстановления нарушенных конституционных прав и свобод человека, а также доведения до сведения всех ветвей власти информации о ситуации с правами человека в России и мерах по ее улучшению. Таким образом, российский омбудсмен не наделен ни властными полномочиями, ни функцией общественного контроля за обеспечением конституционных прав и свобод человека, более того, его деятельность зависит от государственного финансирования, в отличие от профессионально-правовой общественной надзорной деятельности адвокатуры как института гражданского общества, востребованной и порожденной им исторически, как социального института гражданского общества.

2.3. Институт Уполномоченного по правам ребёнка

В России появление института Уполномоченного по правам ребенка связано с подписанием и ратификацией Конвенции ООН о правах ребенка, где Россия обязалась гарантировать права ребенка на жизнь, образование, медицинскую помощь, свободу самовыражения и защиту от насилия, обеспечивая его наилучшие интересы. «Обязательство государств по созданию таких национальных органов, как уполномоченные по правам ребенка, содержится в Декларации и Плана действий «Мир, пригодный для жизни детей» (пункт 31), принятых на Специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН по положению детей (Нью-Йорк, 8–10 мая 2002 г.)»³¹¹. «Для отработки эффективной модели института уполномоченного по правам ребенка был начат пилотный проект по введению должности Уполномоченного по правам ре-

³¹¹ Памфилова Э.А. О необходимости детского омбудсмана в России // Институт уполномоченного по правам ребенка в России / Сост. и общ. ред. Г.В. Сабитова. М.: ГосНИИ семьи и воспитания, 2005. С. 3.

бенка в субъектах Российской Федерации»³¹². «На первом этапе было учреждено 5 постов уполномоченных – в Волгоградской, Калужской и Новгородской областях, городах Санкт-Петербурге и Екатеринбурге. Нарбатываемый опыт и эффективность работы первых уполномоченных по правам ребенка обусловили дальнейшее развитие этого института»³¹³.

Впервые в России детские омбудсмены появились на региональном уровне.

В целях наиболее полного обеспечения и реализации прав и законных интересов детей Уполномоченным по правам ребенка в Российской Федерации создан Консультативный совет по правам ребенка, объединяющий максимально широкий спектр властных, общественных и научных сил, в состав которого вошли все региональные уполномоченные по правам ребенка. Однако до 1 сентября 2009 года на Федеральном уровне отсутствовал институт защиты прав детей. В целях достижения эффективной защиты прав и интересов ребенка в Российской Федерации, указом Президента Российской Федерации была учреждена должность Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка. Обеспечение деятельности детского омбудсмена возложено на аппарат Общественной палаты Российской Федерации.

Права Уполномоченного в субъектах и Уполномоченного на федеральном уровне схожи, однако создание должности детского омбудсмена на федеральном уровне имеет свои особенности: во-первых, тем самым проблемы защиты прав детей выносятся на государственный уровень, во-вторых, появление данной фигуры снимает вопрос о представлении Российской Федерации на международном уровне по защите интересов детей, в-третьих, поможет четко отслеживать положение в различных регионах нашей страны и координировать деятельность Уполномоченных по правам ребенка в субъектах Российской Федерации.

Полагаем, что данный институт вполне может тесно взаимодействовать с институтом адвокатуры в процессе деятельности КМО так как охватывает все регионы страны, т.е. всю территорию России. Но адвокатура через адвокатов оказывает юридическую помощь всем слоям населения, в том числе детям при обращении родителей за помощью.

³¹² Куприянова Е.И. Начало становления института Уполномоченных по правам ребенка в субъектах Российской Федерации // Защита детства: институт Уполномоченного по правам ребенка в Российской Федерации. Информационно-методическое издание. Ижевск: Ижевская городская общественная организация «Центр социальных и образовательных инициатив», 2003. С. 15.

³¹³ Памфилова Э.А. О необходимости детского омбудсмена в России // Институт уполномоченного по правам ребенка в России / Сост. и общ. ред. Г.В. Сабитова. М.: ГосНИИ семьи и воспитания, 2005. С. 3.

2.4. Органы, оказывающие факультативное воздействие на государственный орган

К органам, оказывающим факультативное воздействие на государственный орган, можно отнести органы, образуемые органами государственной власти путем принятия специальных нормативных правовых актов об их создании (как правило, федеральных законов и указов Президента РФ), органы (советы, комиссии, комитеты и т.д.), призванные способствовать реализации, охране и защите прав и свобод человека и гражданина путем диалога с создавшим их государственным органом. Например, к существующим в настоящее время комиссиям при Президенте РФ относятся: Комиссия по вопросам военно-технического сотрудничества с иностранными государствами; Комиссия по вопросам гражданства; Комиссия по предварительному рассмотрению кандидатур на должности судей федеральных судов; Комиссия по государственным наградам; Комиссия по реабилитации жертв политических репрессий и др. При Президенте РФ ныне действуют следующие советы: Совет по реализации приоритетных национальных проектов и демографической политике; Совет по культуре и искусству; Совет по вопросам совершенствования правосудия; Совет по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и др.

Общими для них качествами являются следующие:

1. Порядок формирования, определенный положениями, базируется на общественном статусе и морально-нравственном авторитете в обществе претендента в члены, а не его профессиональном знании права или другой области знаний;

2. При принятии решения члены данных органов руководствуются профессиональными знаниями, рекомендациями государственного органа, при котором они созданы, жизненным опытом, а также мнением независимых правозащитных организаций и других институтов гражданского общества;

3. Решения носят лишь рекомендательный характер для государственного органа, при котором они созданы;

4. Их деятельность строго ограничена (структура, численный состав, перечень полномочий, конкретные права и обязанности, ответственность).

Таким образом, эффективность их деятельности существенно понижается отсутствием профессионального знания права всеми членами данных органов и функции общественного контроля за деятельностью органа, при котором они созданы.

Факт создания комиссий и советов при Президенте РФ с очевидностью показывает (в условиях образовавшегося вакуума полноценных институтов

гражданского общества в России) стремление власти к созданию при собственных органах неких общественно-ориентированных государственных образований (членами комиссий и советов являются, как правило, заслуженные и известные в обществе люди), которые могут давать власти общественно-полезные советы и рекомендации, а также принимать конкретные решения по определенным вопросам.

Проблема в том, что власть не обязана их принимать к прямому исполнению, а контроля какого-либо другого властного органа за реализацией предложений данных комиссий нет.

Начатый в период «перестройки» процесс создания институтов гражданского общества шел «сверху», вследствие чего нуждался в государственной поддержке и даже (на первых этапах) контроле. Именно этот факт, а также слабость институтов гражданского общества в посттоталитарной России определили необходимость создания государством государственных образований, направленных на формирование и поддержку институтов гражданского общества. Такие государственные образования не могут быть идентифицированы (в силу статуса работающих в них лиц, государственного финансирования и подчинения) в качестве полноценных институтов гражданского общества. Их можно условно назвать квазиинститутами гражданского общества.

2.5.Классификация общественно-государственных образований как субъектов КМО

Общественно-государственные образования как субъекты КМО можно классифицировать следующим образом:

1. По субъекту создания:

1.1. Государство:

1. Общественная палата РФ;

2. Институт Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации³¹⁴;

3. Институт Уполномоченного по правам ребенка;

1.2. Государственный орган;

При Президенте РФ действуют: Совет по реализации приоритетных национальных проектов и демографической политике; Совет по культуре и искусству; Совет по вопросам совершенствования правосудия; Совет по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и др.

³¹⁴ Федеральный конституционный закон от 26.02.1997 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 03.03.1997. № 9. ст. 1011.

При Президенте РФ действуют: Комиссия по вопросам военно-технического сотрудничества с иностранными государствами; Комиссия по вопросам гражданства; Комиссия по предварительному рассмотрению кандидатур на должности судей федеральных судов; Комиссия по государственным наградам; Комиссия по реабилитации жертв политических репрессий и др.

2. По основанию создания и деятельности:

2.1. Федеральный закон:

федеральный конституционный;

федеральный закон.

2.2. Подзаконный нормативный правовой акт:

постановление;

указ.

3. По объему прав:

3.1. Самостоятельные органы, не подчиненные конкретному государственному органу;

3.2. Подчиненные конкретному государственному органу.

4. По функциям:

4.1. Надзорные;

4.2. Рекомендательные.

5. По методам и средствам:

5.1. Обнародование информации о нарушениях прав и свобод;
обращение в суд за защитой прав.

5.2. Дача рекомендаций по узкому (профильному) кругу вопросов, отнесенных к ведению данных органов;
консультирование органа власти.

К сожалению, следует признать, что на данном этапе в России отсутствуют устойчивые традиции взаимоотношений индивида и власти, общества и государства и решить эту проблему можно с помощью эффективного действия КМО. В условиях, когда гражданское общество не развито, недостаточно структурировано, практически отсутствуют реальные дееспособные субъекты, которым под силу осуществить контролирующую функцию. Кроме того, необходимо принимать во внимание и особенности российского менталитета (своеобразное понимание свободы, роли права в жизни общества и традиционно сложившихся отношений к государству и др.).

Решить проблемы отсутствия властных полномочий, позволяющих восстанавливать нарушенные конституционные права у правозащитных институтов гражданского общества и даже у государственно-общественных, сочетающиеся с отсутствием обязанности у органов власти принимать к прямому исполнению рекомендации по обеспечению конституционных прав

и свобод, возможно путем создания особого специального Комитета Конституционного общественного обеспечения прав и свобод человека при Президенте, имеющего особый общественный статус и порядок финансирования, наделенного контрольно-надзорными полномочиями, подобно суду присяжных заседателей. Вся информация о самих фактах нарушения конституционных прав и свобод должна поступать непосредственно гаранту Конституции – Президенту через подчиняющийся ему напрямую данный Комитет Конституционного общественного обеспечения прав и свобод человека. Его деятельность должна финансироваться из специального фонда Президента «По обеспечению конституционных прав и свобод и верховенства действия Конституции», распределяемых коллегиально президиумом Комитета, с последующим отчетом перед всеми членами, представителями исключительно профессионально-правовых правозащитных институтов гражданского общества, обладающих организационной и экономической независимостью от государственных структур, способных эффективно использовать власть права над системой публичной власти. Целью является наделение данного Комитета правом выразить общественное недоверие и принять мотивированный и обоснованный вердикт об освобождении от должности лиц, занимающих важные государственные посты в Федерации и регионах. Освобождение от должности будет проводиться Президентом или по его указанию соответствующим органом лишь на основании гражданского недоверия, факт которого будет оформлен вердиктом Комитета Конституционного общественного обеспечения прав и свобод человека.

3. Адвокатура как элемент системы внесударственных правозащитных организаций и объединений, обеспечивающих реализацию КМО

Данный раздел монографии посвящается систематизации понятия «общественное объединение», их классификации и соотношению с адвокатурой как особым «общественным объединением» и адвокатурой как «институтом гражданского общества».

Процесс становления гражданского общества находится в прямой зависимости от участия в нем общественности, от уровня правосознания людей и реализации одного из основополагающих прав человека – права на объединение, права создавать общественные объединения и вступать в них для защиты своих интересов. Степень защищенности человека и возможность реализации личностного суверенитета свидетельствует о гражданственности общества и цивилизованности государства. Суверенитет всех граждан в со-

вокупности формирует суверенитет общества. Часть своего суверенитета граждане добровольно, посредством известных демократических процедур, делегируют органам государственной власти. Развитие институтов гражданского общества является формой реализации суверенитета личности посредством свободного объединения граждан с целью воздействия на государство для продвижения идей, ставших доминирующими в обществе.

Представляется обоснованным согласиться с учёными, полагающими, что с учетом конкретных политических и социально-экономических реалий существование и развитие в нашей стране институтов гражданского общества невозможно без целенаправленной государственной поддержки³¹⁵.

Институты гражданского общества, через которые «многонациональный народ» России может отстаивать общественные интересы и контролировать власть, Конституцией РФ не предусмотрены. Статья 30 Конституции о праве каждого на объединение имеет в виду нечто другое, уточняя, что это право, в частности, означает создание профессионального союза «для защиты своих интересов». Косвенно затрагивается проблема общественных объединений в ст. 13 Конституции, предусматривающей политическое многообразие и многопартийность.

Конституционно закреплено, что общественные объединения равны перед законом и не могут создаваться в целях, противоречащих Конституции, т.е. направленных на насильственное изменение основ конституционного строя. Они являются составной частью гражданского общества, выступающей связующим звеном между государством и гражданским обществом. Общее между всеми объединениями состоит в том, что все они, являясь формой реализации основных прав и свобод человека и гражданина, выступают одной из организационных форм демократии. Все это, безусловно, относится и к адвокатуре как организации (корпорации адвокатов).

В Российской Федерации возникли и официально действуют многочисленные неправительственные организации, в уставах которых в качестве цели ставится защита прав человека, следовательно, их можно причислить к правозащитным. К числу таких организаций относятся Московская Хельсинкская группа, Хакасский республиканский общественный правозащитный благотворительный фонд «Наше право», Карельская общественная организация «Молодежный правозащитный Союз Республики Карелия», общественный фонд Республики Башкортостан «Международный стандарт», общественный благотворительный фонд «Право Матери», международная общественная организация «Мемориал», Карельский Союз защиты детей, межре-

³¹⁵ Грудцына Л.Д. Государственно-правовой механизм формирования и поддержки институтов гражданского общества в России: Автореф.... дис. д-ра. юр. наук. М., 2009. С. 5.

гиональная общественная организация «Мое право», общественная организация «Московский центр поддержки заключенных и их семей», Пермский региональный правозащитный центр, правозащитная организация г. Екатеринбурга «Сутяжник», правозащитная организация «Фонд защиты гласности», благотворительный фонд «Милосердие».

Но существование многочисленных неправительственных правозащитных организаций не внесло существенных корректив во взаимоотношения общества и государства, как и многочисленных политических партий, усилия которых нередко ограничиваются обеспечением политических амбиций лидеров.

Ранее нами отмечалось, что одной из важнейших научных проблем, порождающей сложности в определении КМО, является отсутствие единой концепции гражданского общества, поэтому вновь вернемся к определению гражданского общества, данному О.Е. Кутафиным, как системы *самостоятельных и независимых от государства общественных институтов и отношений, обеспечивающих условия для реализации частных интересов и коллективов*³¹⁶. Для логического обоснования последующих выводов относительно нового статуса и предлагаемых функций и полномочий адвокатуры в качестве института гражданского общества следует выделить два существенных критерия: самостоятельность и независимость, как экономическая, так и организационная. *Кроме того, отметить, что не все общественные объединения, обеспечивающие условия для реализации частных интересов и коллективов могут быть, по нашему мнению, признаны институтами гражданского общества, а только выполняющие значимые функции для всех членов общества.*

Гражданское общество имеет свою достаточно сложную внутреннюю структуру. Для него характерно наличие в основном не вертикальных, как в государстве, иерархических связей, а горизонтальных, главным образом, невластных соединений. Последние весьма разнообразны и образуют, на наш взгляд, три слоя: 1) экономические отношения; 2) социальные, культурные и духовные отношения; 3) общественно-политические.

1. Фундамент составляют отношения, связанные с обеспечением жизнедеятельности общества: прежде всего, это экономические отношения, основанные в ряде случаев на экономическом плюрализме, многообразии форм собственности при соблюдении интересов личности и общества в целом.

2. Второй слой – это социальные, культурные и духовные отношения, включающие семейно-родственные, этнические, религиозные и прочие устойчивые связи.

³¹⁶ См.: Кутафин О.Е. Конституционное право Российской Федерации. М.: Юристъ, 2002.

3. Третий, верхний слой гражданского общества – общественно-политический. Это отношения, возникающие в связи с удовлетворением общественно-политических интересов и свобод путем участия в партиях, движениях, гражданских инициативах, объединениях.

Особенностью адвокатуры, на наш взгляд, является то, что она одновременно принадлежит ко всем слоям: к первому - поскольку обслуживает интересы собственников по экономическим спорам в суде и в порядке досудебной подготовки, ко второму – как социально-правовое явление, обоснованное историей возникновения, и к третьему – в качестве активной участницы общественных объединений, регулируемых ст. 30 Конституции, а также *института гражданского общества*.

В научной литературе подчеркнута связь гражданского общества с общественными объединениями. При этом в содержание понятия гражданского общества входят общественные объединения, которые выступают как определяющие компоненты характеристики этого общества³¹⁷. Что подтверждает нашу позицию о необходимости разграничения общественных объединений: на относящиеся к институтами гражданского общества и не имеющие признаков, позволяющих выполнять общественно-полезную деятельность для всех членов общества.

3.1. Общественные организации и институты гражданского общества

Предлагаем все *общественные организации и институты гражданского общества* классифицировать, исходя из сферы и специфики осуществляемой ими деятельности, на три основных вида и четвертую межсферную, сквозную группу:

- 1) в экономической сфере (институты собственности);
- 2) в социально-культурной, духовной сферах: средства массовой информации (далее СМИ), органы местного самоуправления, образования, включающие семейно-родственные, этнические, религиозные и прочие устойчивые связи в социально-культурной сферах, органы местного самоуправления (сообщества), институты образования и др;
- 3) в общественно-политической сфере (политические партии);
- 4) межсферная группа отношений и институтов по оказанию квалифицированной юридической помощи (адвокатура, общественные объединения адвокатов, нотариат).

³¹⁷ Авакьян С.А. Политический плюрализм и общественные объединения в РФ конституционно-правовые основы. М., 1996. С. 16.

Основополагающим условием для реализации адвокатурой функции безвластного общественного надзора за обеспечением конституционных прав и свобод государственными органами всех ветвей власти является коренное отличие института адвокатуры от многих других институтов гражданского общества, обоснованное наличием *особого правозащитного статуса адвокатуры* как сообщества адвокатов, обладающих профессиональным знанием права, подтвержденным квалификацией, присвоенной по результатам сдачи квалификационного экзамена квалификационной комиссии, членами которой являются и представители государственных органов власти, а также сферой ее деятельности, охватывающей не только все слои населения, но и всю территорию страны.

Деятельность адвокатов как членов адвокатуры в ее двуединстве имеет общественно-полезную значимость в обеспечении конституционных прав и свобод неограниченного круга лиц (физических и юридических) на всей территории страны, что выделяет ее среди негосударственных некоммерческих организаций, деятельность которых регулируется ФЗ №7 от 12 января 1996 года «О некоммерческих организациях» в редакции ФЗ №317 от 01.12.2007³¹⁸ (далее закон о некоммерческих организациях).

Выделение особых качеств адвокатуры как института, отличающих ее от адвокатуры как корпорации, позволяет признать ее особой общественной организацией, способной эффективно осуществлять публичные общественно значимые для всего общества функции.

Правовое регулирование порядка создания общественных объединений, их форм, прав и обязанностей, взаимоотношений с органами государственной власти осуществляется в рамках закона «Об общественных объединениях»³¹⁹ (далее ФЗ №82). Действие этого закона распространяется в силу указаний ст. 2 «на все общественные объединения, созданные по инициативе граждан, за исключением религиозных организаций, а также коммерческих организаций и создаваемых ими некоммерческих союзов (ассоциаций)». Граждане имеют право создавать по своему выбору на добровольной основе объединения *для защиты общих интересов и достижения общих целей без предварительного разрешения органов государственной власти и органов местного самоуправления, а также право вступать и беспрепятственно выходить из них на условиях соблюдения норм их уставов»* (ст. 3).

³¹⁸ Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ (ред. от 17.07.2009) «О некоммерческих организациях» // Российская газета. № 14. 24.01.1996.

³¹⁹ Федеральный закон от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // Собрание законодательства РФ. 22.05.1995. № 21. ст. 1930.

Деятельность объединения в строгом соответствии со ст. 3 ФЗ №82 ограничена кругом интересов ее членов, а не всего общества, чем отличается от института гражданского общества.

Ограничение защищаемых интересов лишь интересами лиц, входящих в объединение, не только снижает его социально-политическую роль, но и не позволяет ему выйти на уровень масштабного общественного надзора за деятельностью государственных институтов.

Общественные объединения, замыкающиеся на интересах собственной группы, можно рассматривать как корпоративные, не являющиеся институтами гражданского общества. К институтам гражданского общества можно причислить только те из них, которые имеют публичные функции, позволяющие выполнять общественно-полезную деятельность для всех членов общества.

3.2. Адвокатура и общественные организации

Выделим три принципиальных отличия адвокатуры как корпорации и как института от общественной организации:

1. *Особый публичный правозащитный статус;*
2. *Сочетание статуса корпорации (особой общественной организации) и института гражданского общества;*
3. *Особые члены:*
 - 3.1. Обладают профессиональным знанием права,
 - 3.2. Имеют квалификацию,
 - 3.3. Получают статус адвоката по результатам сдачи квалификационного экзамена квалификационной комиссии, членами которой являются и представители государственных органов власти;
 - 3.4. Сфера их деятельности охватывает не только членов корпорации на всей территории страны, но все слои населения.

По нашему мнению, адвокатуру как корпорацию можно признать особым общественным объединением, являющимся еще и институтом гражданского общества.

Полагаем возможным классифицировать общественные объединения на две группы по защищаемым интересам:

1. Корпоративные, представляющие интересы собственной группы;
2. Институты гражданского общества, представляющие публичные интересы всего гражданского общества.

В западной литературе объединения, не преследующие политических целей деятельности, носят название «неправительственные организации» или сокращенно НПО («nongovernmental organization»)³²⁰.

Этот термин был введен в оборот в 1945 г. Уставом ООН, впоследствии закреплен в целом ряде международных документов и воспринят внутренним законодательством многих государств. Определение «неправительственной организации» отображает главную особенность их призвания: отражать интересы и чаяния общественности, а не позиции правительства.

Существуют разные термины, в частности «ассоциации», «добровольные организации», «общественные организации». В связи с усилением демократических процессов в мире в последнее время появился еще один термин – «организация гражданского общества». В отечественной науке по-прежнему отдается предпочтение терминам «общественные объединения» и «общественные организации». Большинство авторов не видят существенных различий в их значении. Однако нередко в нормативных актах термин «общественное объединение» автоматически заменяется термином «некоммерческая организация», что ведет к смешению разных категорий общественных организаций.

По нашему мнению, адвокатуру как некоммерческую, самоуправляемую, независимую организацию, объединяющую на добровольных началах адвокатов, призванных конституционно оказывать квалифицированную помощь всем без исключения гражданам и организациям на всей территории страны, нельзя причислять к числу общественных объединений, предусмотренных ст. 30 Конституции. Но она как организация, обладающая всеми перечисленными свойствами, не утрачивая их значения, может являться участницей различных объединений, во всех существующих формах, через создание союзов и т.п., членами которых могут являться адвокаты как физические лица, объединенные по профессиональному принципу. Кроме того, можно отнести адвокатуру как корпорацию и к «неправительственным организациям».

Полагаем целесообразным определить терминологическое единство в определении различных общественных объединений следующим образом:

- 1) назвать корпоративные общественные объединения, представляющие интересы собственной группы, *«некоммерческими организациями»*;
- 2) общественные объединения, имеющие публичные функции, обусловленные их деятельностью, имеющей важное значение для всего общества - *«организациями гражданского общества»*;

³²⁰ См Gies D L, Steven Ott J, Shafntz Jay M The nonprofit organizations CA, 2002 P 67, Neilsen Waldemar The endangered Sector NY, 1979. P. 34, O'Connell Brian Nongovernment organizations Washington, 1988. P. 56.

3) признанные законодательно его институтами - *институтами гражданского общества*, причисление к которым возможно, исходя из наличия межсферного влияния на реализацию целей и задач не только внесударственных правозащитных организаций, но и государственных, призванных конституционно обеспечивать реализацию конституционных прав и свобод человека.

3.3. Адвокатура и общественные объединения адвокатов

В силу ст. 39 закона об адвокатуре адвокаты вправе создавать общественные объединения адвокатов и (или) быть членами (участниками) общественных объединений адвокатов, не осуществляющих функции адвокатских образований, адвокатских палат субъектов РФ или ФПА либо их органов. При этом адвокаты, как и все граждане РФ, имеют конституционное право на объединение, предусмотренное ст. 30 Конституции РФ. Специальных норм, регулирующих членство адвокатов, в законодательстве об общественных объединениях не предусмотрено.

ФПА является негосударственной некоммерческой организацией. Она отличается от организаций, создаваемых в соответствии с законодательством об общественных объединениях: по целям, функциям, субъектам правового регулирования, статусу своих членов и их обязанностям. Несмотря на наличие общих черт с такой формой объединения юридических лиц, как ассоциация, ФПА, исходя из смысла ст. 121 ГК РФ, не является также и ассоциацией.

Право граждан на создание общественных объединений реализуется как непосредственно, путем объединения физических лиц, так и через юридические лица – сообщества, членами которых они являются. Именно с этой точки зрения представляется интересным в свете принципиально нового канонического статуса адвокатуры *рассмотреть ее право быть участницей общественных объединений*, определив ее дополнительные функции как института гражданского общества, и предложить пути наиболее эффективной реализации ее правозащитного предназначения для общества и государства.

Общественные объединения могут создаваться в одной из следующих организационно-правовых форм: общественная организация, общественное движение, общественный фонд, общественное учреждение, орган общественной самодеятельности, политическая партия.

В России создаются и действуют общероссийские, межрегиональные, региональные и местные общественные объединения. Общественные объединения независимо от их организационно-правовой формы вправе создавать союзы (ассоциации) общественных объединений на основе учредительных

договоров и (или) уставов, принятых союзами (ассоциациями), образуя новые общественные объединения.

Классифицируем их на две большие группы:

1. *Профессиональные юридические сообщества;*
2. *Правозащитные общественные объединения.*

Для приобретения прав юридического лица общественное объединение подлежит государственной регистрации в соответствии с ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³²¹ с учетом установленного ФЗ от 19 мая 1995 г. №82-ФЗ специального порядка государственной регистрации общественных объединений³²².

1. Под профессиональными юридическими сообществами в России следует понимать учрежденные и действующие в соответствии с российским законодательством добровольные, самоуправляемые, некоммерческие образования, созданные по инициативе юристов, объединившихся на основе общности юридических интересов для реализации профессиональных целей, указанных в уставе общественного объединения, а также правовой поддержки институтов гражданского общества в отношениях в государственной власти.

Существующие в России профессиональные юридические сообщества в зависимости от правового статуса входящих в них членов (правил приема в них) можно классифицировать на два типа:

1. Для всех юристов, независимо от сферы профессиональной деятельности (например, Ассоциация юристов России (АЮР), Российская академия юридических наук и т.д.).
2. Для определенных юридических профессий (адвокат) или сфер деятельности (корпоративный юрист).

Необходимость объединения адвокатов для эффективной защиты интересов адвокатуры и отдельных адвокатов существовала всегда.

В настоящее время наиболее крупными общественными объединениями адвокатов являются: 1. Международный союз (содружество) адвокатов (г. Москва), созданный в 1989 г. и до 1992 г. называвшийся «Союз адвокатов СССР». В настоящее время это объединение имеет свои отделения в 22 регионах России и ряде стран ближнего зарубежья (Украине, Беларуси, Латвии); 2. Федеральный союз адвокатов России, учрежденный в 1990 г., объединивший 52 коллегии адвокатов, целью создания которого явилась необходимость объединения усилий адвокатов по содействию процессу формиро-

³²¹ Федеральный закон от 08.08.2001 N 129-ФЗ (ред. от 30.12.2008) «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Российская газета. № 153-154. 10.08.2001.

³²² Федеральный закон от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // Собрание законодательства РФ. 22.05.1995. № 21. ст. 1930.

вания правового государства, оказания правовой помощи российским и иностранным гражданам. Союз принимал в 1997 г. активное участие в кампании против установления чрезмерно завышенных ставок отчислений в Пенсионный фонд РФ для лиц, занимающихся адвокатской деятельностью. На X съезде Федерального Союза адвокатов России (ФСАР), прошедшем 5 мая 2008 года в Москве, были приняты изменения в Устав и проведены выборы рабочих органов. Президентом ФСАР вновь стал А.П. Галоганов, являющийся также президентом адвокатской палаты Московской области и вице-президентом Федеральной палаты адвокатов РФ; 3. Гильдия российских адвокатов, образованная в 1994 г. путем объединения более 40 альтернативных адвокатских коллегий, являющаяся одной из наиболее структурированных адвокатских организаций; 4. Ассоциация адвокатов России (г. Саратов); 5. Ассоциация адвокатов юга России (г. Ростов-на-Дону); 6. Ассоциация адвокатов Межреспубликанской коллегии адвокатов и др.

До принятия закона об адвокатуре коллегии адвокатов иногда рассматривались в качестве общественных объединений, а отдельные адвокатские образования даже регистрировались в качестве общественных организаций. Подобные случаи становились предметом судебных разбирательств. *В настоящее время профессиональные организации адвокатов имеют четкий правовой статус, что исключает смешение понятий «адвокатские образования» и «общественные объединения адвокатов».*

3.4. Юридический статус общественных объединений

Сравнительно-правовой анализ международных документов дает достаточные основания для выделения следующих существенных элементов понятия и юридического статуса общественных объединений. Выделить общественное объединение среди иных можно, исходя из следующих признаков, присущих данному институту гражданского общества: 1) добровольность; 2) общность интересов; 3) самоуправление и самоорганизация; 4) автономность от государства; 5) законность организации и деятельности; 6) некоммерческая цель; 7) возможность ограничения права на ассоциацию в отдельных случаях в порядке, установленном национальным законодательством; 8) определенный порядок образования и функционирования; 9) наличие устава или положения; 10) деятельность в определенной сфере общественной жизни и в соответствии с установленными принципами; 11) наличие органов, ведающих внутренними и внешними делами; 12) наличие организационного статуса; 13) общественная полезность; 14) горизонтальность, подвижность связей, равноправные отношения.

Общественные объединения – полноценные субъекты права, однако имеются особенности их правового регулирования в зависимости от организационно-правовых форм и видов. Вместе с тем они обладают специальной правоспособностью, т.е. вправе осуществлять только те виды деятельности, которые указаны в их уставе. Большинство государств СНГ продвинулось далеко вперед в развитии некоммерческого законодательства со времен, когда единственным законом, напрямую регулирующим некоммерческие организации, был Закон «Об общественных объединениях».

В 1991-1992 гг. все новые независимые государства – бывшие республики СССР приняли схожие законы «Об общественных объединениях». В дальнейшем ряд государств СНГ принял новые редакции законов «Об общественных объединениях»: Россия (1995), Казахстан (1996), Таджикистан (1998), Молдова (1996), Армения (2001), Туркменистан (2003), в которых были разрешены отдельные вопросы их правового статуса. Например, многие обновленные законы перестали регулировать статус политических партий и позволили иностранным гражданам выступать учредителями и членами отдельных ассоциаций.

3.5. Адвокатура, партии, профсоюзы

Адвокатура как корпорация адвокатов является некоммерческой организацией, одной из многочисленных организаций в российском обществе, но единственной признанной *на законодательном уровне еще и институтом гражданского общества*. Как корпорация она имеет общие черты с иными общественными организациями, такими как политические партии, различного рода некоммерческие организации и другие общественные объединения, роль которых регулируется федеральными законами «О некоммерческих организациях» и ФЗ №82, а также ФЗ «О политических партиях» от 11 июля 2001 г.³²³, ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» от 12 января 1996 г.³²⁴ (далее ФЗ «О профсоюзах»), и рядом других федеральных и региональных законов.

Все перечисленные объединения интересуют нас с позиции осуществления ими правозащитной деятельности, представляющей особую ценность для всего общества, и признаков, позволяющей осуществлять ее эффективно. Каноническая адвокатура способна реализовать в обществе публичную функцию не только в сфере общественного профессионального правового

³²³ Федеральный закон от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» // Собрание законодательства РФ. 16.07.2001. № 29. ст. 2950.

³²⁴ Федеральный закон от 12.01.1996 № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» // Собрание законодательства РФ. 15.01.1996. № 3. ст. 148.

надзора за отправлением правосудия, но аналогично за исполнительной и законодательной властью. Именно с позиции взаимодействия в КМО и реальной возможности обеспечивать реализацию конституционных прав и свобод нами будут рассмотрена деятельность правозащитных общественных организаций, условно разбитых для сравнения на три основные группы, объединенные общими целями, но имеющими различную специфику и организационно-правовую форму:

- 1) правозащитные общественные объединения;
- 2) партии;
- 3) профсоюзы.

1. В силу ст. 5 ФЗ №82 под общественной организацией понимается добровольное самоуправляемое некоммерческое формирование, созданное по инициативе граждан, объединившихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в Уставе общественного объединения.

Общественные объединения роднит с адвокатурой как организацией порядок формирования, основанный на общих интересах, имеющих общие цели, достигаемые посредством реализации правомочий. Одним из закрепленных в законе прав общественных объединений (ст. 27) является право представлять и защищать свои права и законные интересы своих членов и их участников, а также других граждан в органах государственной власти, местного самоуправления и общественных объединениях. Аналогично полномочиями наделены партии. Общественные объединения адвокатов, пользуясь расширенными правами некоторых правозащитных общественных организаций, отличаются от них объединением именно правоведа, способных реализовать правозащитную функцию адвокатуры, осуществлять эффективный надзор за деятельностью государства по защите прав и свобод граждан и организаций.

Несмотря на наличие общих целей и полномочий адвокатуры и общественных объединений по защите прав, следует отметить, что последние, осуществляя правозащитную деятельность как в отношении своих членов, так и других граждан, имеют особенности, касающиеся уровня оказания правовой помощи – отсутствия квалификации юриста у их членов, не оценивая профессионализм в области знания права у остальных членов, не имеющих юридического образования, накладывающих специфичность общественных отношений, возникающих в результате их деятельности, а главное ее эффективности в спорах с институтами государства, члены которых зачастую не только обладают властными полномочиями, но и являются знатоками права (следователи, налоговые инспекторы, работники ГАИ и т.п.). *Отсут-*

стует реальная возможность использовать власть права в отсутствие властных полномочий.

1.1. Важным отличительным моментом правозащитных общественных организаций от адвокатуры является отсутствие законных требований к профессионализму граждан, вступающих в общественные объединения, тогда как адвокатура призвана конституционно оказывать через адвокатов, являющихся членами адвокатского сообщества, квалифицированную юридическую помощь. Вступить в адвокатское сообщество можно только путем сдачи квалификационного экзамена при наличии опыта юридической работы и других требований, в том числе о наличии особых нравственных качеств человека.

Общественные объединения создаются для защиты интересов входящих в них лиц, и не осуществляют жесткий отбор членов по профессиональному признаку. Они не наделены специальными полномочиями, реализация которых требовала бы тесного сотрудничества с органами государственной власти. Коллегии адвокатов являются общественными организациями, создание и функционирование которых основано не на ФЗ № 82, а на законе об адвокатуре, регулирующем деятельность профессионально-правовой правозащитной организации, составляющей часть правоохранной системы государства и вместе с тем представляющей особый институт гражданского общества, способный выполнять особые функции, не свойственные в силу объективных причин иным общественным объединениям, за исключением тех, членами которых являются адвокаты.

Так же как и общественным организациям, адвокатуре как корпорации в лице ее палат и коллегий присуще наличие учредительных документов, других документов, регулирующих внутреннюю деятельность сообщества.

1.2. Вторым существенным отличительным признаком общественных объединений как одного из видов правозащитных организаций является право общественных организаций осуществлять предпринимательскую деятельность для достижения уставных целей, тогда как в силу п. 10 ст. 29 закона об адвокатуре адвокатская палата субъекта РФ не может ее осуществлять. Как уже указывалось ранее, предложения о наделении адвокатуры в лице адвокатских образований полномочием осуществлять предпринимательскую деятельность для возмещения расходов, связанных с техническим обслуживанием, выдвигаются постоянно³²⁵. Адвокатская деятельность, осуществляемая на профессиональной основе, предполагает оплату труда адвоката,

³²⁵ Просвиркин А.Н. Организационные основы адвокатской деятельности и адвокатуры: сравнительно-правовой анализ исторического развития и формирования нормативно-правовой базы в России и зарубежных странах: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2007. С. 23; Нинциева Т.М. Правовое регулирование организации адвокатуры в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2007. С. 15.

не является предпринимательской, исходя из ее публичной цели – защиты граждан, а не получения прибыли. Общественные объединения в соответствии с уставными целями деятельности выполняют «удовлетворение разнообразных интересов непублично-правового характера (например, общество книголюбов, собаководов)».

1.3. *Третьим признаком, выделяющим адвокатуру среди других правозащитных общественных объединений, является особая сфера ее деятельности. Адвокатура оказывает помощь широкому кругу населения России, независимо от принадлежности их к какому-либо сообществу. Ученые отмечают, что «адвокат не только не вправе отказаться от принятой на себя защиты, но и должен обеспечивать ее»³²⁶.*

Только адвокатура в связи с наличием особых качеств, обусловленных не только законодательным признанием ее организационной и экономической независимости государством, но и особыми условиями оказания юридической помощи ее членами, имеющими статус адвоката, подтверждающий обладание властью права, заключающейся в знании законов, на всей территории страны для всех без исключения ее жителей, независимо от их гражданства и служебного положения, способна выполнять специфические функции как профессионально-правовая правозащитная организация, в отличие от иных правозащитных организаций. Общественным объединениям адвокатов эти функции присущи в силу особого статуса их членов-адвокатов.

К правозащитным организациям можно отнести и некоммерческие организации, перечисленные в главе 2 закона «О некоммерческих организациях», а именно общественные, религиозные организации, фонды, государственные корпорации, некоммерческие партнерства, частные учреждения, автономные некоммерческие организации, ассоциации (союзы), которые также осуществляют защиту прав и свобод граждан в узкой сфере своей деятельности.

Некоммерческим организациям, так же как и адвокатуре, присуще организационное единство, обусловленное объединением граждан на основе общности интересов. Некоммерческие организации оказывают помощь гражданам безвозмездно, адвокаты также в определенных случаях оказывают бесплатную помощь. Согласно ст. 5 закона «О некоммерческих организациях» и ст. 55 ГК РФ, адвокатская палата может создавать филиалы и открывать представительства в соответствии со ст. 22 закона об адвокатуре, как и любая коммерческая организация.

Исходя из приведенного выше сравнительного анализа, можно сделать вывод о том, что адвокатура, являясь некоммерческой организацией, явля-

³²⁶ Смагоринская Е.Б. Участие адвоката в доказывании в досудебном уголовном производстве: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Волгоград, 2004. С. 7.

ется специфическим общественным объединением, имеющим общие черты со всеми общественными объединениями, но отличающаяся от них по трем существенным признакам.

2. Согласно ст. 3 закона «О политических партиях»³²⁷ политическая партия создается в целях участия граждан в политической жизни общества, представляя интересы граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления. Политические партии на основании ст. 26 закона «О политических партиях» уполномочены защищать как свои права, так и представлять законные интересы своих членов. Именно в реализации данного полномочия деятельность партий схожа с деятельностью адвокатуры, представляющей интересы членов своего сообщества.

2.1. Но адвокат, являющийся членом такого сообщества, имеет право представлять еще и интересы широкого круга граждан и организаций, а партия - только своих членов. Политические партии через свои органы и представителей могут обращаться к адвокатам за правовой помощью.

2.2. Деятельность политических партий по защите прав своих членов не является профессиональной.

2.3. Они выражают политическую волю граждан, но их основной целью является борьба за власть. Основной целью адвокатской деятельности является оказание квалифицированной помощи на профессиональной основе лицами, получившим статус адвоката для защиты прав граждан, их интересов и свобод. Данное обстоятельство, на наш взгляд, является существенным отличительным признаком, выделяющим адвокатуру среди других правозащитных организаций российского общества, в частности политических партий. Политические партии выступают с политическими лозунгами и демонстрациями, особенно в период предвыборной кампании, а адвокаты ведут ежедневную ежечасную работу по повышению правосознания граждан России, их правовому воспитанию, оказывая им помощь, делаясь знаниями о правах, помогая постичь и применить власть права над всеми иными ветвями власти.

3. Определяя место адвокатуры в системе правозащитных организаций, проведём её сравнение с профессиональными союзами (далее профсоюзы), относящимися к правозащитным организациям общества. Деятельность адвокатуры и профсоюзов имеет существенные отличия.

3.1. Профсоюзы, главным образом, нацелены на защиту социальных прав и интересов входящих в них граждан, необходимость которой возникает в процессе их трудовой деятельности в той или иной организации, в пре-

³²⁷ Федеральный закон от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» // Собрание законодательства РФ. 16.07.2001. № 29. ст. 2950.

делах которой и создается первичная профсоюзная организация. Они осуществляют защиту сугубо трудовых прав граждан, работающих в организации.

Адвокаты оказывают юридическую помощь в различных областях общественной жизни, охватывая весь спектр правовых вопросов, в том числе и трудовых.

3.2. В силу ст. 12 закона «О профсоюзах» они наделены правом принимать участие в разработке государственных программ занятости, предлагать меры по социальной защите членов профсоюзов, высвобождаемых в результате реорганизации или ликвидации организации, осуществлять контроль за соблюдением законодательства в области занятости.

Адвокатура не наделена такими специфическими функциями, и ее деятельность не охватывается в общественной сфере решением такого широкого круга вопросов, как у профсоюзов, обладающих полномочиями в реализации и разработке государственных программ занятости.

Систематизировав различия адвокатуры с профсоюзами как негосударственными профессиональными организациями гражданского общества, отметим общие черты:

1. Во-первых, адвокатом является профессиональный юрист, а профсоюзы объединяют граждан одной или группы профессий с целью защиты их профессиональных интересов³²⁸. Именно свойство профессиональности является общим как для адвокатуры, так и для профсоюзов, но уровень этой профессиональности различен;

2. Во-вторых, общим признаком как адвокатуры (ст. 3), так и профсоюзов (ст. 5) является независимость. Они независимы в своей деятельности от органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, от политических партий и других общественных объединений. Органам государственной власти и органам местного самоуправления запрещается вмешиваться в деятельность адвокатуры и профсоюзов;

3. В-третьих, профсоюзы осуществляют защиту социально-трудовых отношений граждан на бесплатной основе, внося членские взносы, предусмотренные уставом профсоюзной организации. Адвокаты оказывают помощь гражданам на бесплатной основе за счет средств соответствующего бюджета и фондов палаты.

Адвокатура наиболее близка по количеству объединяющих признаков с профсоюзами, чем с иным общественными объединениями. Ее роль в российском обществе не столь широка, как профсоюзов, но значительнее роли иных негосударственных некоммерческих правозащитных организаций.

³²⁸ Нинциева Т.М. Правовое регулирование организации адвокатуры в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2007. С. 9.

В соответствии со ст. 20 закона «О профсоюзах», они наделены правом участвовать в разработке нормативных правовых актов, регламентирующих вопросы охраны труда, профессиональных заболеваний и экологической безопасности, а адвокатура этим правом не наделена, что представляется упущением в регламентации статуса адвокатуры и не соответствует ее новому положению в обществе как публичного правозащитного института, каковым не признаны профсоюзы.

Учеными-юристами выдвигались предложения о необходимости законодательного закрепления за палатами субъектов РФ права на законодательную инициативу в субъектах РФ, путем внесения проектов нормативных правовых актов, а также права осуществлять адвокатский контроль за законностью на территории соответствующего субъекта РФ, где функционирует адвокатская палата³²⁹. Безусловно, привлечение адвокатуры к разработке нормативных правовых актов повлекло бы принятие эффективных законов, так как именно адвокат ежедневно сталкивается не только с проблемами и нуждами граждан, но и с пробелами в самих законах, что отмечалось в исследовании ранее.

Научное сопоставление общественных объединений, профсоюзов, некоммерческих организаций, политических партий позволяет прийти к выводу о том, что эти организации представляют интересы и осуществляют защиту только по отдельным вопросам определенного контингента граждан, оставляя все остальные вне пределов своей деятельности, производя это не на профессионально-правовой основе. *Данные организации представляют собой общества по интересам, тогда как адвокатура охватывает своей деятельностью весь спектр правовых вопросов общества в целом, практически стопроцентно охватывая всю территорию России.*

Гражданское общество в России получает все большее развитие, в том числе и благодаря деятельности правозащитных организаций, общей целью деятельности которых является, прежде всего, общественный надзор за обеспечением прав и свобод человека системой публичной власти, а отсутствие у адвокатуры права участия в разработке нормативных правовых актов является своего рода препятствием в реализации профессионально-правовой демократии за деятельностью законодательной власти по обеспечению конституционных прав и свобод граждан.

Адвокатура как некоммерческая организация не является общественной организацией, деятельность которой регулируется ФЗ № 82, а ФПА не относится к общественным объединениям, которые могут создаваться в со-

³²⁹ Лазарева-Пацкая Н.В. Правовой статус адвокатских палат субъектов Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2005. С. 11.

ответствии со ст. 39 Закона. Защита общих интересов и достижение общих целей, по нашему мнению, означают, что объединение не замыкается на интересах собственной группы, входящей в состав объединения. Оно вправе ставить перед собой более масштабные задачи, решение которых отвечает интересам всего социума, иными словами, интересам «многонационального народа», гражданского общества. Спорность данного толкования можно преодолеть с помощью внесения соответствующих уточнений в редакцию ст. 3 ФЗ № 82.

Действующие нормы ФЗ № 82, например ст. 27, гласящая: «Законами об общественных объединениях могут быть предусмотрены дополнительные права для конкретных видов общественных объединений», *не препятствуют включению в уставы задач, выходящих за круг непосредственных интересов объединившихся граждан по защите прав и интересов только лиц, входящих в объединение, возможна защита интересов иных граждан.*

Однако способы и методы правозащитной деятельности общественных объединений законом не определены, а участие в выработке решений органами государственной власти и местного самоуправления ограничены данным и другими законами. Отсутствие по этому поводу четких указаний ФЗ №82 и других законов делает реализацию данных полномочий общественно-го объединения проблематичной. Наиболее ответственная прерогатива общественных объединений, связанная с общественным контролем деятельности государственных властей, остается не реализованной в отсутствии механизма данной реализации. Пока не решены вопросы правового регламента контрольных полномочий общественных объединений, государственная власть остается без соответствующего общественного контроля.

Изменение ситуации и повышение роли институтов гражданского общества возможно посредством применения ст. 27 о возможности получения дополнительных прав некоторыми общественными объединениями и их законодательного закрепления, например надзорной функции адвокатуры.

Данное суждение позволяет утверждать о необходимости признания за адвокатурой как институтом гражданского общества по аналогии дополнительных функций.

Как особая правозащитная независимая общественная организация, состоящая из профессионалов- знатоков права, она способна реально осуществлять общественный профессионально-правовой надзор за деятельностью органов государственной власти, что соответствует ее новому конституционно-правовому и социальному статусу.

Следующим законодательным шагом государства должны быть определенные выводы, касающиеся взаимоотношений адвокатуры с государством

и обществом, а главное, законодательная регламентация функций адвокатуры как института гражданского общества, отсутствующая в законе. *Назрела необходимость расширения круга задач адвокатуры, исходя из того, что признание ее институтом гражданского общества несет не только привилегии в смысле повышения ее независимости от органов государственной власти, но и налагает определенные обязанности по отношению к обществу, а не только членам корпорации, которые должны соответствовать возможностям и правам конкретного института общества.*

Учитывая, что институт адвокатуры объединяет профессиональных юристов, ст. 29 закона об адвокатуре можно дополнить п. 11 «Задачи», следующего содержания: Общественно значимыми задачами адвокатской палаты субъекта РФ являются:

1. Участие в пропаганде правовых знаний; содействие формированию общественного правосознания и нравственности, соответствующих правовому государству;

2. Содействие защите общественных интересов правовыми средствами и мерами идеологического воздействия;

3. Участие в организации и активном функционировании общественного надзора за деятельностью органов государственной власти и органов местного самоуправления».

При этом адвокатская палата должна быть наделена правом законодательной инициативы в субъектах РФ на всех уровнях обсуждения проектов нормативных правовых актов, в том числе в муниципальных образованиях для осуществления общественного профессионально-правового надзора за обеспечением гарантирования конституционных прав и свобод граждан и организаций на всей территории соответствующего субъекта РФ.

Кроме того, законодательством должно быть предусмотрено для отдельных институтов гражданского общества, в частности для общественных объединений, в которые входят адвокаты, наличие прав, связанных с возможностью обращения в судебные органы в защиту общественных интересов. Утрата прокуратурой данной функции не означает, что отпала необходимость судебной защиты общества от произвола государственных чиновников.

Целесообразно отразить некоторые результаты деятельности в 2009 году Федеральной палаты адвокатов. Она продолжила работу по исследованию правовых проблем в сфере уголовно-правовой политики и правоприменительной практике в Российской Федерации и выступила с докладами: по проблемам избрания меры пресечения в качестве содержания под стражей, где ставился вопрос о необоснованности расширения этой практики (был использован законодателем при работе по подготовке известных изменений в

уголовно-процессуальное законодательство, принятых в 2009 г.); «Обеспечение прав и интересов граждан при осуществлении уголовно-правовой политики в Российской Федерации» (доведен до сведения всех ветвей государственной власти); «Обеспечение эффективного осуществления права на квалифицированную юридическую помощь» (предложен обзор национального регулирования рынка юридических услуг в 25 европейских государствах); о значении квалификационных требований к лицам, оказывающим юридические услуги на территории России, с точки зрения внутренней политики, международных задач и геополитического положения России (общий обзор), подготовленный экспертами ФПА РФ в рамках проекта ТАСИС «Совершенствование доступа к правосудию в Российской Федерации» (представлен в Государственно-правовое управление Президента РФ (бенефициар проекта).

Федеральной палатой адвокатов подготовлены рекомендации в проект Концепции развития гражданского законодательства, разработанный Исследовательским центром частного права при Президенте РФ, которые приняты по результатам обсуждения на заседании Научно-консультативного совета при ФПА РФ в мае 2009 года.

На ежегодной научно-практической конференции «Адвокатура. Государство. Общество» проведено обсуждение проблем суда присяжных и выработаны предложения о мерах по развитию этого института.

В 2009 году по жалобе Федеральной палаты адвокатов на нарушение конституционных прав и свобод адвокатов статьей 131 УПК РФ Конституционный Суд РФ признал право адвоката-защитника, участвующего в уголовном судопроизводстве по назначению, на компенсацию расходов, понесенных им при выезде к месту проведения процессуальных действий. Правовая позиция Конституционного Суда РФ учтена Правительством РФ, по инициативе которого принят Федеральный закон от 9 марта 2009 г. № 20-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу возмещения процессуальных издержек». В пункт 1 части второй статьи 131 УПК РФ внесено соответствующее дополнение, предусматривающее компенсацию адвокату командировочных расходов.

По обращению Федеральной палаты адвокатов Комитет по конституционному законодательству и государственному строительству Государственной Думы РФ подготовил и представил в Государственную Думу для рассмотрения законопроект о внесении поправки в статью 17.1 Федерального закона «О защите конкуренции», дающей (в случае принятия) адвокатским образованиям и их филиалам право арендовать государственные и муниципальные помещения на внеконкурсной основе.

Совет Федеральной палаты адвокатов неоднократно выступал в защиту корпоративных интересов в связи с проведением проверок адвокатских образований и адвокатских палат как некоммерческих организаций, принимал меры по обеспечению гарантий сохранения адвокатской тайны, в том числе во взаимоотношениях с органами Федеральной службы по финансовому мониторингу и следственными органами. Совет ФПА утвердил новые Рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении профессиональной деятельности.

Экспертная комиссия Совета подготовила 15 экспертных заключений и отзывов на законопроекты и проекты нормативных правовых актов по вопросам, касающимся адвокатуры и адвокатской деятельности, поступившим в Федеральную палату адвокатов из органов государственной власти.

В прошедшем году повысился уровень взаимодействия Федеральной палаты адвокатов с Министерством юстиции РФ: представители ФПА включены в число разработчиков законопроекта «О системе бесплатной юридической помощи в Российской Федерации», что позволило Федеральной палате адвокатов принять активное участие в законотворческой деятельности. В последнем варианте этого законопроекта (январь 2010 г.) учтены многие принципиальные предложения ФПА РФ: о расширении субъектного состава получателей этой помощи и случаев её оказания, о разграничении бюджетных обязательств Российской Федерации и субъектов РФ в этой сфере, об оплате труда адвокатов и взаимодействии органов адвокатского самоуправления и органов юстиции; созданы рабочие группы из представителей ФПА РФ, общественных адвокатских объединений и Департамента по вопросам правовой помощи и взаимодействия с судебной системой для решения проблемных вопросов адвокатской деятельности (обеспечение служебными помещениями, оплата труда адвокатов, возмещение командировочных расходов и др.); достигнуто взаимопонимание о необходимости совершенствования государственного управления и правового регулирования в сфере судебного представительства и в сфере оказания квалифицированной юридической помощи³³⁰.

4. Совершенствование форм обеспечения конституционных прав и свобод в КМО

Особую значимость для эффективности действия КМО имеют способы и методы обеспечения его деятельности, основанные на конституционных принципах-гарантиях.

³³⁰ http://www.fparf.ru/lawyers/number_and_fact.htm

Исходя из статуса субъектов защиты, нами были исследованы полномочия по обеспечению конституционных прав и свобод исполнительных и законодательных органов власти, судебных органов, государственно-общественных организаций и органов, общественных правозащитных институтов и организаций.

Проведенное монографическое исследование позволяет прийти к выводу о том, что целью государственных правоохранных органов и правозащитных общественных организаций, в том числе профессионального правозащитного института гражданского общества - адвокатуры, а также общественно-государственных организаций и органов и самого человека как субъектов КМО является обеспечение гарантированных конституционных прав и свобод в соответствии с конституционными принципами.

Органы государственной власти наделены контрольными функциями и властными полномочиями и конституционно призваны обеспечить в стране порядок и законность, которую связывают со справедливостью. Для этого необходимо определить и предложить способы и методы, с помощью которых возможно привлечь их к ответственности за нарушение и даже не обеспечение реализации конституционных принципов. *Общественный профессионально-правовой надзор может быть эффективен там, где нарушается или не соблюдается закон, где чиновник злоупотребляет властью, забыв про власть права над ним.*

Законодательство России содержит множество регламентов, прописывающих обязанности граждан при постановке на налоговый учет, в пенсионный фонд, получении гражданства, оформлении и регистрации собственности и т.д., но не содержит единых для всех чиновников обязанностей по соблюдению Конституции РФ, позволяющих привлекать их к дисциплинарной и материальной ответственности, и даже экологической, в упрощенном порядке.

Проблема кроется в том, каким способом возможно без властных полномочий и контрольных функций привлечь к ответственности перед обществом должностных лиц государственных органов, нарушающих закон и ущемляющих конституционные права и свободы, а также создать условия, исключающие возможность нарушения закона в принципе. Полагаем, что пора пропагандировать новую концепцию национальной безопасности, подкрепляя ее экономическими стимулами и взысканиями: «недобросовестным чиновником должно быть экономически не выгодно и не престижно».

Предложить варианты решения данной проблемы можно систематизировав способы и методы реализации общественного профессионально-правового надзора в соответствии с данной нами классификацией внутри-

государственных гарантий прав личности, в т.ч. *гарантий реализации и охраны, включающих:*

1. Конституционный контроль и надзор и процессуальные формы его осуществления;
2. Меры защиты конституционных прав и свобод человека и ответственность виновных за нарушение этих прав и свобод;
3. Средства предупреждения и профилактики нарушений прав личности;
4. Другие правовые средства и процедуры, в том числе *тесное взаимодействие органов, обладающих функциями властного государственного контроля, с не имеющими властных полномочий общественными организациями, способными осуществлять профессионально-правовую демократию за обеспечением конституционных прав и свобод человека всеми ветвями власти всех уровней.*

Конституционные гарантии и конституционные принципы как элементы КМО, служат базой действия всего КМО, обеспечивая эффективное взаимодействие всех его субъектов и могут быть эффективно реализованы предлагаемыми далее способами.

4.1. Конституционный контроль и надзор

Определение конституционного контроля и его отличие от конституционного надзора было нами в сравнительном контексте авторского определения общественного контроля и общественного надзора. Основным субъектом конституционного контроля является Конституционный суд РФ, но до настоящего времени эффективности его деятельности препятствуют две нерешенные проблемы:

- 1.1) невозможность оперативного рассмотрения всех поступающих жалоб;
- 1.2) отсутствие механизма реализации и контроля за исполнением принятых им решений.

1.1. Во всех субъектах РФ должно быть обеспечено создание в кратчайшие сроки Уставных судов, в которых интересы граждан, в том числе малоимущих, представят по назначению адвокатской палаты субъекта федерации только адвокаты, как независимые советники и представители, на основании договора о сотрудничестве и взаимодействии, заключенного между правительством субъекта РФ и адвокатской палатой субъекта РФ.

1.2. Указания судов вышестоящих инстанций, обязательные для нижестоящих судов во всех видах судопроизводства должны базироваться на конституционных принципах-гарантиях.

4.2. Меры защиты конституционных прав и свобод человека и ответственность виновных за нарушение этих прав и свобод

В целях определения путей совершенствования форм обеспечения конституционных прав и свобод как элемента КМО попытаемся резюмировать причины нарушения конституционных прав и свобод государственными властными органами в лице чиновников.

2.1. Институты гражданского общества не развиты.

В качестве одной из причин отсутствия реального надзора со стороны институтов гражданского общества следует отметить сам процесс их формирования, находящийся на начальных стадиях. Подтверждением этому являются высказывания ученых-практиков, полагающих, что в современной российской действительности институты гражданского общества лишь формируются, в силу чего не могут в полной мере осуществлять *действительный общественный контроль над государственной властью*, что является неотъемлемой частью современных демократических правовых государств³³¹. Полагаем, что на данном этапе речь может идти лишь об эффективном общественном надзоре со стороны институтов гражданского общества.

2.2. Государственная служба не преобразована в публичную администрацию³³².

2.3. Многовековые традиции российского чиновничества, «государевой службы», семидесятилетний опыт партийно-государственной номенклатуры, а также современная практика коррупции как использования властных полномочий для удовлетворения личных и групповых корыстных интересов.

2.4. Отсутствие ответственности конкретного должностного лица за незнание, неприменение, нарушение закона, повлекшее ущемление, нарушение, несоблюдение конституционных прав и свобод в каждом конкретном случае.

Основными способами обеспечения гарантирования конституционных прав и свобод в первую очередь являются гарантии законности, базирующиеся на объективных условиях:

- 1) экономико-правовых;
- 2) социально-политических;

³³¹ Грудцына Л.Д. Государственно-правовой механизм формирования и поддержки институтов гражданского общества в России: Автореф. ... дис. д-ра юр. наук, М., 2009. С. 5.

³³² Создание публичной администрации являлось целью концепции административной реформы в РФ в 2006–2008 гг., утв. 25 октября 2005 г. Распоряжением Правительства Российской Федерации.

3) идеологических.

Совместные усилия всех субъектов КМО должны быть направлены на реализацию следующих мер в каждой конкретной сфере:

- Обеспечение конституционной презумпции охраны законом права частной собственности (ст. 35 Конституции), позволяющее сохранить многоукладную экономику, разнообразные формы собственности, экономически обоснованное регулирование рыночных отношений.

- Чёткую децентрализацию властных полномочий; реальную независимость судебной власти от исполнительной, способной при принятии решений в публичных и административных спорах руководствоваться законом, а не экономическими интересами бюджета; разделение властей, особенно для защиты законодательной от лоббирования со стороны исполнительной; политический плюрализм; доступ граждан к участию в государственных и общественных делах; верховенство закона.

- Обеспечение свободы духовного развития; отсутствие монополии одной идеологии и мировоззрения; свобода совести и вероисповедания. Результатом должна стать цивилизованность всего общества, высокая духовность и нравственность, в первую очередь самих чиновников, а также всех юристов-профессионалов, так или иначе обеспечивающих реализацию конституционных прав и свобод.

Нами предлагаются следующие меры защиты от нарушения конституционных прав и свобод, которые должно предпринять государство для обеспечения конституционных гарантий:

- Обеспечить условия для реализации общественного надзора в тесном взаимодействии с государственными органами, наделенным властными полномочиями, реализующими функцию контроля за соблюдением государством конституционных прав и свобод человека, национальных интересов и национальной безопасности всего российского народа, а также основ Конституционного строя России.

- Обеспечить возрождение духовных и нравственных устоев российского народа в качестве стержневой основы его менталитета, базирующееся на позитивистской теории права, верховенстве власти права и соблюдении закона всеми без исключения.

- Обеспечить воспитание правовой культуры.

- Создать меры для возрождения интеллектуального потенциала гражданского общества путем совместных с институтами гражданского общества усилий по обеспечению защиты способностей и дарований каждой личности.

- Создать условия для свободного формирования разнообразных взглядов людей, а также достоверного и справедливого выражения их политической воли.

- Обеспечить предотвращение укоренения в стране авторитарного режима.

- Обеспечить реализацию права человека на определение собственной политической, экономической, социальной и культурной системы, на учреждение справедливого демократического, правового и социального государства.

- Сформировать эффективный правовой механизм ограничений и противовесов между гражданским обществом и государственным аппаратом с целью предупреждения узурпации последним власти народа и злоупотребления административным ресурсом.

4.3. Меры профилактики и дальнейшего искоренения недобросовестности чиновников

Меры профилактики по искоренению недобросовестности чиновников, подрывающих авторитет власти, нарушающих конституционные права и свободы, возможно осуществить путем реализации воспитательной и просветительской функций как государством, так и институтами гражданского общества, в том числе межотраслевым его институтом - адвокатурой:

- повышение правовой культуры граждан РФ, их правовое просвещение;

- формирование в обществе нетерпимого отношения к нарушениям конституционных прав и свобод;

- формирование в обществе и государстве уважительного и бережного отношения к частной собственности, исключая криминализацию гражданского законодательства;

- расширение количества и повышение качества телевизионных программ по правовому просвещению;

- повышение профессионального уровня юридических кадров;

- повышение качества образовательных программ в области юриспруденции, в том числе увеличение практической подготовки обучающихся;

- воспитание у правоприменителей уважительного отношения не только к закону, но и праву, обязательность применения конституционных презумпций.

В настоящее время ФАП тесно сотрудничает с адвокатскими и юридическими СМИ. Основным информационным инструментом ФПА является «Новая адвокатская газета», тираж которой в настоящий момент составляет

3000 экземпляров. В издании публикуются решения, разъяснения, письма ФПА по проблемам защиты профессиональных прав адвокатов и организации адвокатского сообщества. Газета рекомендована Советом ФПА в качестве профессионального обучающего СМИ, подписка на которое засчитывается за 5 часов учебы на курсах повышения квалификации адвокатов. «Новая адвокатская газета» выступает инициатором многих общеадвокатских мероприятий, публичный резонанс от которых благоприятным образом отражается не только на адвокатском сообществе, но и во вне его. В частности она выступила инициатором акции «Адвокатура – ветеранам», приуроченной к 20-летию окончания афганской войны и 65-летию Великой Победы. В результате широкого обсуждения на страницах газеты проблем, связанных с адвокатской тайной, были разработаны и утверждены поправки в Рекомендации по соблюдению адвокатской тайны. Провозглашённый ею курс на утверждение высокой корпоративной культуры и утверждение общих профессиональных стандартов находит горячий отклик в адвокатской среде, что ясно видно из материалов, приходящих в газету. В ряде палат газета стала стабильным источником информирования их членов о событиях в сообществе и надежным помощником в практической деятельности адвокатов.

4.4. Правовые средства и процедуры реализации профессионально-правовой демократии

Иные правовые средства и процедуры по реализации общественного профессионально-правового надзора заключаются в первую очередь в тесном взаимодействии органов, обладающих функциями властного государственного контроля, с общественными организациями, способными осуществлять профессионально-правовой общественный надзор за обеспечением конституционных прав и свобод человека всеми ветвями власти.

Гражданское общество в лице адвокатуры как его института может и должно принять активное участие в реализации указанных выше государственных мер по обеспечению конституционных гарантий и реализовать предлагаемую автором функцию профессионально-правовой демократии как адвокатуры, так и иных институтов гражданского общества. Действие КМО должно быть направлено на поддержку всех правозащитных общественных объединений, а в первую очередь профессиональных общественных объединений адвокатов как самых заметных и авторитетных в России юридических сообществ.

Закрепление новых полномочий и функций адвокатуры по надзору за обеспечением конституционных прав и свобод позволит всем без исключения адвокатам участвовать в их реализации, а не только вступившим в общественные объединения адвокатов и юристов.

Создание государством благоприятного правового (законодательного) режима для адвокатуры в ее триединстве позволит реализовать гарантированную государством конституционно квалифицированную юридическую помощь всем и каждому, в том числе малоимущим, при наличии договорных отношений о сотрудничестве у органов власти субъекта РФ и адвокатской палаты субъекта РФ, а также не только оказывать юридическую помощь и просвещать институты гражданского общества, но и взаимодействовать с ними, реализуя демократическую при проведении экспертиз проектов законов.

Обеспечение реализации законных гарантий, предоставленных законом адвокату и адвокатуре как корпорации, является обеспечением конституционных принципов-гарантий для каждого члена общества, в том числе обеспечением ему доступа к правосудию.

Полагаем, что все исследованные гарантии прав и свобод человека, адвоката, адвокатуры как корпорации во внутригосударственном законодательстве должны основываться на следующих конституционных принципах, являющихся одновременно принципами действия КМО:

1. Приоритет прав человека во взаимоотношениях «личность – государство» и обязанность всех государственных органов и их служащих под угрозой лишения должностей и привлечения к ответственности (административной, уголовной, нравственной) признавать, соблюдать и защищать их;
2. Господство права в обеспечении законности и правопорядка;
3. Принцип взаимной ответственности личности и государства.

Важнейшее место в системе гарантий прав и свобод занимает институт правовой ответственности государства, его органов. Должна существовать эффективная система юридических средств, позволяющих заставить государственные органы и должностных лиц соблюдать права человека, обеспечивая восстановление нарушенных этими органами интересов граждан.

4. При наличии коллизий изначально должно презюмироваться верховенство основного закона-Конституции РФ. Тогда в Конституционный суд вынуждены будут обращаться исключительно чиновники, полагающие, что они правильно применили закон, и доказывать наличие оснований для удовлетворения их требований, руководствуясь п. 3 ст. 55 Конституции, а не признанной нижестоящими судами законности требований человека. Главное, чиновники обязаны будут доказать отсутствие личной корыстной или иной заинтересованности в ограничении конституционных прав и свобод человека.

Предлагаемое презюмирование конституционных принципов при наличии различных коллизий закона, права, отрасли, базирующееся на выделенных принципах КМО, позволит достичь единства правоприменительной практики без детальной экспертизы и проработки всех принятых и принимаемых в стране законодательных актов на соответствие нормам Конституции в части гарантий прав и свобод человека.

Дополнительным аргументом к столь фантастичному, на первый взгляд, предложению являются требования обеспечения национальной безопасности страны. Законодательные меры, принимаемые самим государством по борьбе с коррупцией, приобретшей масштабы национального бедствия, имеющей лишь небольшое отличие от повседневного нарушения прав государственными органами, в том числе отдельными судьями, в отношении граждан и ущемления их конституционных прав и свобод, подтверждают реальную необходимость эффективной и реальной смены приоритетов с интересов государства на интересы личности, от чего государство только укрепится.

Понятие коррупции определено Федеральным законом «О противодействии коррупции» от 25 декабря 2008 года N 273-ФЗ³³³ следующим образом: «*Коррупция* – злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами». Основными нормативно-правовыми актами в РФ, направленными на противодействие коррупции, являются, кроме указанного закона, Национальный план противодействия коррупции, утвержденный Указом Президента РФ от 13 июля 2008 г. Пр-1568, принимаемые в соответствии с указанными нормативными актами законы субъектов РФ о противодействии коррупции, например, Закон Курганской области «О противодействии коррупции в Курганской области») и планы мероприятий по противодействию коррупции³³⁴, глава 30 Уголовного кодекса РФ, определяющая деяния, попадающие под понятие «коррупция». Кроме того, Россия является

³³³ Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. 29.12.2008. № 52 (ч. 1). ст. 6228.

³³⁴ Закон Курганской области от 03.03.2009 № 439 «О противодействии коррупции в Курганской области» // Новый мир. 11.03.2009. № 16.; Указ Губернатора Курганской области от 25.09.2008 № 420 «Об утверждении Плана мероприятий по противодействию коррупции в Курганской области на 2008 - 2009 годы» // Новый мир. 14.10.2008. № 75.

участницей Конвенции ООН против коррупции³³⁵ и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (ETS N 173)³³⁶.

Из определений, содержащихся в указанных нормативных актах, следует, что коррупция – это злоупотребление властью для получения личной выгоды³³⁷.

От массовых нарушений конституционных прав и свобод чиновниками коррупция принципиально отличается корыстной направленностью. Бескорыстное нарушение закона, не связанное с вымогательством, не повлекшее причинение существенного вреда (потеря времени, здоровья, веры в справедливость не учитывается), практически не наказуемо.

Путем сравнительного анализа мер по борьбе с коррупцией попытаемся предложить эффективные методы борьбы с массовым нарушением конституционных прав и свобод органами власти, как правило, покрывающими своих работников или прикрывающимися коллективной ответственностью за коллегиально принимаемые решения.

4.5. Способы противодействия недобросовестности чиновников

Определим способы противодействия недобросовестности чиновников по двум направлениям, исходя из презумпции «недобросовестным чиновником (ущемляющим и нарушающим конституционные права и свободы человека, а так же препятствующим их реализации, должно быть не выгодно экономически и не престижно».

Гарантии обеспечения действия КМО могут быть реализованы двумя способами:

1.1) Административным;

1.2.) Экономическим.

1.1) лишение специального, воинского или почётного звания, классного чина и государственных наград;

1.2) регламентация деятельности всех государственных органов;

1.3) прозрачность функционирования;

1.4) предъявление в установленном законом порядке квалификационных требований к гражданам, претендующим на замещение государственных или муниципальных должностей и должностей государственной или муницип-

³³⁵ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (принята Генеральной Ассамблеей ООН 31 октября 2003 г.) // Российская юстиция. 2004. № 4.

³³⁶ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию ETS № 173 (Страсбург, 27 января 1999 г.) // Совет Европы и Россия. 2002. № 2.

³³⁷ Под должностными лицами государства понимаются государственные и муниципальные служащие, как выборные, так и назначаемые.

ципальной службы, а также проверка в установленном порядке сведений, представляемых указанными гражданами;

1.5) унификация прав и ограничений, запретов и обязанностей, установленных для государственных служащих, а также для лиц, замещающих государственные должности Российской Федерации;

1.6) разработка и внедрение стандартов государственных услуг и регламентов исполнения государственных функций, а также оптимизация и конкретизация полномочий государственных органов и их работников, которые должны быть закреплены в административных регламентах;

1.7) формирование единой информационно-технологической и телекоммуникационной инфраструктуры, обеспечивающей межведомственное электронное взаимодействие органов государственной власти, а также взаимодействие указанных органов с гражданами и организациями в рамках оказания государственных услуг.

2. Все методы должны обеспечивать интерес, заключающийся в боязни потерять место на государственной службе, престижное и экономически выгодное, обеспечивающее возможность достойной физической и духовной жизни:

2.1) повышение денежного содержания и пенсионного обеспечения, системы государственного кредитования с погашением долгов государством при отсутствии дисциплинарных нарушений, в том числе по результатам проверок институтов гражданского общества;

2.2) сокращение излишней численности государственных и муниципальных служащих с одновременным привлечением на государственную и муниципальную службу квалифицированных специалистов и созданием адекватных материальных стимулов в зависимости от объема и результатов работы;

2.3) обеспечение деятельности комиссий по разрешению конфликта интересов;

2.4) создание системы общественного надзора и властного контроля над деятельностью государственных и муниципальных служащих со стороны институтов гражданского общества и государства, образующих специальные совместные комиссии.

В реализации КМО нельзя недооценивать роль средств массовой информации и сети Интернет. Независимые и объективные средства массовой информации должны выступать одним из столпов современного гражданского общества. Интернет, практически не подконтрольный юрисдикции ни одного из государств, может и должен стать источником достоверной информации.

Принципиально важно, что эффективная реализация КМО в масштабах страны, обеспечивающая применение перечисленных средств и методов, может быть достигнута только при их комплексном внедрении, требующем внесения изменений и дополнений в действующее законодательство. Именно этому и посвящается заключительный параграф настоящего исследования.

5. Предложения и выводы

1. Отправление правосудия является одним из направлений правоохранительной деятельности. Под *правозащитной функцией* суда понимается воздействие суда на общественные отношения, имеющее своей целью принудительное осуществление нарушенных или оспариваемых прав и свобод человека, а главное - их восстановление.

2. Правоохранительные органы – это органы государства, обладающие властными контрольно-надзорными полномочиями. Правоохранительные органы – это органы государства, обеспечивающие охрану еще не нарушенных прав. Следовательно, все правоохранительные органы являются правоохранительными, при угрозе нарушения права их деятельность по предотвращению такого нарушения является правозащитной, а органы становятся государственными правозащитными.

3. Правоохранительные организации принято называть правозащитными, не обладая властными полномочиями, они обеспечивают охрану прав и свобод фактом своего существования и публичностью деятельности, а главное возможностью реализовать профессионально-правовую демократию за обеспечением конституционных принципов-гарантий органами системы публичной власти.

4. Органы государственной власти и государственные служащие несут ответственность не за результат своей деятельности, который в силу верховенства Конституции РФ должен быть направлен на обеспечение гражданских прав и свобод, а за соблюдение регламента этой деятельности, предусмотренного, как правило, ведомственными нормативными актами, базирующимися на федеральном законе, не всегда соответствующими не только самой Конституции РФ, и ее принципам-гарантиям.

5. Превратить функцию общественного надзора в общественный контроль можно наделив Общественную палату правом давать обязательные для органов власти указания в отношении нарушения конституционных прав и свобод и приостановления таких действий до обращения в суд.

6. В отличие от датского омбудсмана, выборного и независимого, имеющего самостоятельный бюджет и собственное бюро, российский назначается, са-

мостоятельного бюджета не имеет, защищает не только общественные, но государственные интересы.

7.Отсутствие функции общественного контроля при осуществлении защиты конституционных прав и свобод человека в отношениях с публичной властью требует наделения Уполномоченного по правам человека «полувластной» функцией приостановления незаконных действий государственного органа.

8.Институт Уполномоченного по правам ребенка может тесно взаимодействовать с институтом адвокатуры в КМО, так как оба охватывают деятельность всех регионов страны, т.е. всю территорию России.

9. Деятельность органов, оказывающих факультативное воздействие на государственный орган, не эффективна из-за отсутствия профессионального знания права всеми членами данных органов и функции общественного контроля за деятельностью органа, при котором они созданы.

10. Адвокатура как корпорация и как институт является организационной формой демократии, объединяющей ее с общественными организациями и объединениями.

11. Общественные объединения, замыкающиеся на интересах собственной группы, можно рассматривать как корпоративные, не являющиеся институтами, к институтам относятся только имеющие публичные функции, позволяющие выполнять общественно-полезную деятельность для всех членов общества.

12.Адвокатура способна выполнять специфическую функцию профессионально-правовой демократии за обеспечением конституционных прав и свобод человека системой публичной.

13.Требуется новая концепция национальной безопасности, базирующаяся на экономических стимулах и взысканиях: «недобросовестным чиновником должно быть экономически не выгодно и не престижно».

ПРИЛОЖЕНИЯ

Приложение 1

Предложения по усовершенствованию действующего законодательства

I. В Конституцию РФ:

На наш взгляд, общие положения о *месте адвокатуры в системе государственных и общественных институтов, механизме судебной защиты*, (ст. 46 ч. I) и об обеспечении квалифицированной юридической помощи (ст. 48 ч. I) следовало бы увязать с *деятельностью и предназначением адвокатуры*.

1. *Статью 46 часть 1 дополнить*: «Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, в том числе при помощи адвоката».

2. *Статью 48 часть 1 дополнить*: «Каждому гарантируется право на оказание квалифицированной юридической помощи лицами, имеющими квалификацию в праве, подтвержденную государством или адвокатской корпорацией».

3. Особое практическое значение для разделения конкретных прав и обязанностей между государством и адвокатурой, не указанной в конституции прямо, в качестве гаранта обеспечения конституционного права на квалифицированную юридическую помощь, имеет конституционное закрепление международных норм о защите прав и свобод.

Статью 15 дополнить пунктом 5: «Любая деятельность по защите прав и свобод, в том числе адвокатская, регулируется дополнительно нормами международного права, а именно: Уставом Организации Объединенных Наций, Международным пактом о гражданских и политических правах, Всеобщей декларацией прав человека, Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах, Декларацией об основных принципах юстиции для жертв преступления и превышения власти, Основными положениями о роли адвокатов, принятыми в августе 1990 г. в Нью-Йорке 8-м Конгрессом ООН по предупреждению преступлений».

4. *Статью 32 дополнить пунктом 6*: «Общественный надзор (демокурию) за обеспечением конституционных прав и свобод человека и гражданского общества органами системы публичной власти осуществляют профессионально-правовые, правозащитные независимые институты гражданского общества, в том числе адвокатура».

II. В Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»:

1. Внесение в *ч.1 ст.1* следующего дополнения позволило бы, на наш взгляд, более чётко зафиксировать статус адвокатуры как института гражданского общества и законодательно разделить функции адвоката и адвокатуры:

«Адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе физическим и юридическим лицам (далее - доверителям) в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения им доступа к правосудию лицам, получившим статус адвоката, отвечающим критерия нравственности, имеющим членство в адвокатской палате субъекта РФ, негосударственной некоммерческой организации, являющейся корпорацией и институтом, осуществляющей правозащитную деятельность по защите прав и интересов адвокатов и всего гражданского общества в порядке установленном Конституцией, настоящим Федеральным законом и иными федеральными законами».

2. Представляется возможным предложить *ч.1ст.2* в следующей редакции: «Адвокат – высококвалифицированный, нравственный, самозанятый юрист, независимый про-

фессиональный советник по правовым вопросам, получивший в установленном законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность, подавать состязательные бумаги и действовать за и от имени своих доверителей, заниматься правовой практикой, выступать в суде или консультировать, представлять своих доверителей по правовым вопросам, являющийся конституционным гарантом защиты каждого от нарушений закона, способствующий своими действиями укреплению законности, повышению уровня доверия населения к закону, праву, государству в целом, обладающий гарантиями профессиональной независимости».

3. *Часть 1 статьи 3 изложить в следующей редакции:* «Адвокатура – конституционно-правовой, публичный институт гражданского общества, являющийся, в силу характера возложенных на нее обществом и государством функций, институтом, связывающим воедино общество и государство через представительство интересов общества в государственной системе судопроизводства, призванный выполнять правозащитную функцию всего гражданского общества и служить сохранению государства, осуществляя профессионально-правовую демокрию за исполнительную и судебную власть, принимая активное участие в деятельности законодательной власти».

4. *Дополнить ч.1.ст.3* следующей формулировкой: «Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов, независимой, самоуправляемой, некоммерческой, добровольной, негосударственной корпорацией адвокатов, представляющей интересы своих членов, способствующей их профессиональному росту и нравственности, осуществляющей защиту прав и интересов членов корпорации.

Адвокатура не входит в систему органов государственной власти и местного самоуправления и одновременно является конституционным, правозащитным, профессионально-правовым, публичным институтом гражданского общества, призванным обществом и государством способствовать правовому просвещению общества, пропаганде права, воспитанию умения логично мыслить и защищать свои права и свободы каждым членом общества, установлению и сохранению оптимального для правового государства баланса между интересами общества и государства (частными и публичными), выполняющим правозащитную, просветительскую, воспитательную, стажированную, медитационную, а также публично-правовую функцию по обеспечению профессионально-правовой демокрии за обеспечением гарантирования конституционных прав и свобод человека и всего общества органами системы публичной власти.

5. *Дополнить статью 3 пунктом 5* следующего содержания: «Профессиональной правозащитной деятельностью адвокатуры в ее двуединстве является деятельность знатоков права (правоведов) по защите адвокатов и гражданского общества от нарушений как членами и организациями гражданского общества, так и органами государственной власти».

6. Эффективная реализация адвокатурой как профессионально-правовым правозащитным институтом гражданского общества функции профессионально-правовой демокрии возможна при наличии законодательного закрепления обязанностей органов государственной власти Российской Федерации и субъектов РФ следующим образом:

Статью 3 дополнить пунктом 6 : «В связи с признанием адвокатуры институтом гражданского общества *органы государственной власти Российской Федерации и субъектов РФ* обязаны:

«1. Обеспечить систематическое информирование ФАП и адвокатских палат субъектов РФ обо всех мероприятиях, связанных с обеспечением конституционных прав и свобод человека, в т.ч. проводимых в рамках реализации различных программ;

2. Организовывать общественные экспертизы планируемых мероприятий, связанных с обеспечением конституционных прав и свобод человека, членами которых должны являться наиболее квалифицированные представители ФАП и адвокатских палат субъектов РФ;

3. Оказывать содействие систематическому участию представителей ФАП и адвокатских палат субъектов РФ в организаций деятельности, направленной на реализацию выявленных в результате осуществления общественного профессионально-правового надзора нарушений закона, прав и свобод человека всеми органами власти региона;

4. Организовать систематическое публичное обсуждение результатов и проблем, возникающих в процессе реализации функции общественного профессионального надзора, постоянное информирование о его результатах, реализации и восстановлении нарушенных конституционных прав;

5. Организовать регулярное информирование о ходе реализации мероприятий, связанных с обеспечением конституционных прав и свобод человека, в т.ч. проводимых в рамках реализации различных программ с экспертным сообществом.

6. Обеспечить систематического участия ФАП и Адвокатских палат субъектов РФ в организации и проведении мониторинга административной реформы и повседневной деятельности аппарата губернатора и мера;

7. Создать систему «обратной связи», позволяющую учитывать интересы граждан и организаций, контролировать действия правоохранительных структур по охране, защите и восстановлению нарушенных конституционных прав и свобод при реализации функции общественного профессионального надзора».

8. *Дополнить статью 4 частью 2, содержащей указание на то, что «адвокатская деятельность, кроме перечисленных законодательных и иных актов, регулируется также нормами международного права, а именно «Уставом Организации Объединенных Наций, Международным пактом о гражданских и политических правах, Всеобщей декларацией прав человека, Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах, Декларацией об основных принципах юстиции для жертв преступления и превышения власти, Основными положениями о роли адвокатов, принятыми в августе 1990 г. в Нью-Йорке 8-м Конгрессом ООН по предупреждению преступлений».*

9. Исходя из предложенного принципа определения статуса адвоката, полагаем, что главу 2 и 3 можно отнести к элементам статуса адвоката и объединить их в одну вторую главу, *озаглавив ее «Статус адвоката», т.к. они характеризует единый субъект адвокатского права - адвоката с позиции элементов его статуса. При этом из главы 3 требуется исключить ст. 14 и 15, регулирующие порядок ведения реестров, включив их в главу 1 «Общие положения».*

10. Редакция ч.1.ст.9: «Статус (правовое положение, состояние) адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, достигшее 23 лет, в том числе имеющее двойное гражданство, получившее высшее юридическое образование в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, либо ученую степень по юридической специальности, имеющее стаж работы по юридической специальности не менее двух лет, исчисляемый после получения высшего юридического образования, либо пройти стажировку в адвокатском образовании в сроки, установленные настоящим Федеральным законом».

11. Включить в закон положение, которое бы однозначно устанавливало срок действия положительных результатов сдачи квалификационного экзамена, *дополнив ст.11 частью 4* следующего содержания:

«4. Лицо, ранее имевшее статус адвоката, но по уважительным причинам утратившее его на срок более 5 лет, обязано обратиться в квалификационную комиссию с заявлением о присвоении ему вновь статуса адвоката и допуске его к квалификационному экзамену».

12. *Дополнить статью 16* следующими формулировками, содержащими ответы на возникшие в практике вопросы: «п.2 ч.1 ст.16 изложить в следующей редакции: «1. Статус адвоката приостанавливается по следующим основаниям: 2) неспособности адвоката более шести месяцев исполнять свои профессиональные обязанности по уважительным причинам (по состоянию здоровья, по внешним обстоятельствам: при временном осуществлении деятельности, не совместимой с адвокатской, направлении адвоката на альтернативную гражданскую службу взамен военной и иным причинам, признанным большинством членов Совета адвокатской палаты уважительными). Вопрос о приостановлении статуса по данному основанию рассматривается на основании заявления самого адвоката, так же как и о восстановлении».

13. *Дополнить ст. 17 частью 6*, гласящей: «При утрате статуса адвоката членские и учредительские отношения адвоката прекращаются, гонорары доверителям возвращаются по неотработанным делам в полном объеме, договорные отношения материального характера (аренда помещения, техники, закрытие счета и т.п.) решаются как частным лицом самостоятельно».

14. *Часть 1 ст.18* может быть предложена в следующей редакции: «Вмешательство в адвокатскую деятельность, самовольное участие в отношениях, связанных с оказанием юридической помощи, без согласия адвоката и его доверителя, а равно препятствование адвокатской деятельности, выраженное в действиях (бездействиях) лица (лиц), направленных на создание каких-либо помех, задерживающих или ограничивающих указанную деятельность, запрещается любым образом».

15.Представляется справедливым выделить еще один вид ответственности адвоката: *нравственная ответственность, а критерий нравственности внести в само определение статуса адвоката как юриста, имеющего право претендовать на получение звания адвоката.* С учетом вышеотмеченного нормативное определение субъекта адвокатской деятельности - адвокат, подлежащее закреплению в *ст.9* закона, может выглядеть следующим образом:

«Статус (правовое положение, состояние) адвоката в Российской Федерации вправе приобрести высоконравственное лицо, имеющее высшее юридическое образование, полученное в аккредитированном государственном вузе, либо ученую степень по юридической специальности, имеющее стаж работы по юридической специальности не менее двух лет, исчисляемый после получения высшего юридического образования, либо пройти стажировку в адвокатском образовании в сроки, установленные настоящим Федеральным законом».

16.Изменить существующую редакцию *части 1 ст.21* следующим образом: «Адвокат со стажем адвокатской деятельности не менее 5 лет, имеющий специально оборудованное помещение для осуществления индивидуальной адвокатской деятельности в собственности или долгосрочной аренде, вправе принять решение об учреждении адвокатского кабинета».

17. Дополнить ч.2 ст.21: «Об учреждении адвокатского кабинета адвокат направляет в совет адвокатской палаты заказным письмом уведомление, в котором указываются сведения об адвокате, в том числе все адреса фактического проживания адвоката, если они не совпадают с пропиской и местом нахождения кабинета, место нахождения адвокатского кабинета, порядок осуществления телефонной, телеграфной, почтовой и иной связи между советом адвокатской палаты и адвокатом».

Первоначально данное решение может быть принято на общем собрании адвокатской палаты, решение которого в силу п.1ст.30 закона является обязательным для всех членов адвокатской палаты (п.9 ст.29).

18. Учитывая, что институт адвокатуры объединяет профессиональных юристов, ст. 29 закона можно дополнить п.11 «Задачи», следующего содержания:

«Общественно значимыми задачами адвокатской палаты являются:

- участие в пропаганде правовых знаний;
- содействие формированию общественного правосознания и нравственности, соответствующих правовому государству;
- содействие защите общественных интересов правовыми средствами и мерами идеологического воздействия;
- участие в организации и осуществление активного правового контроля за деятельностью органов государственной власти и органов местного самоуправления.

При этом адвокатская палата наделяется правом законодательной инициативы в субъектах РФ, на всех уровнях обсуждения проектов нормативных правовых актов, в том числе в муниципальных образованиях и уполномочивается государством осуществлять адвокатский контроль за законностью соблюдения конституционных прав и свобод граждан и организаций на всей территории соответствующего субъекта Российской Федерации».

19. Предложить изменения подпункта 5 п. 2 ст. 30 закона, изложив указанную норму в следующей редакции: «К компетенции собрания (конференции) адвокатов относятся: ...5) определение порядка направления адвокатов с адвокатским стажем менее 2-х лет (за исключением адвокатов, непосредственно перед вступлением в адвокатуру работавших судьями) и других адвокатов с их согласия для работы в юридических консультациях на срок, не превышающий 6-ти месяцев».

20. Праву адвокатуры на проведение экспертиз должна корреспондировать обязанность законодателя. Отсутствие такого указания и указания на механизм реализации данного права является существенным пробелом ст. 37. Предлагается дополнить п.10 ст.37: «Совет ФПА наделяется правом на проведение экспертиз всех федеральных законопроектов, относящихся к регулированию адвокатской деятельности и защите конституционных прав и свобод граждан, а Совет региональной адвокатской палаты - аналогичных законопроектов субъекта РФ».

21. Целесообразно дополнить ч.1 ст.35 указав: «Федеральная палата адвокатов является общероссийской негосударственной некоммерческой организацией, являющейся институтом гражданского общества, объединяющей адвокатские палаты субъектов Российской Федерации на основе обязательного членства.

22. Дополнить статью 35 п.8 следующего содержания:

«Адвокатура как институт гражданского общества в лице Совета ФПА наделяется специальными полномочиями для решения дополнительных задач в целях ускорения процесса формирования гражданского общества:

1. Подготовка предложений Президенту Российской Федерации и Общественной палате по совершенствованию механизмов обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации, а также граждан Российской Федерации, находящихся за ее пределами;

2. Информирование Президента Российской Федерации и Общественной палаты о положении дел в области соблюдения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации в сфере отправления правосудия и исполнения законов чиновниками;

3. Организация проведения экспертизы проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов, предусматривающих регулирование вопросов обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, подготовкой соответствующих предложений Президенту Российской Федерации или Общественной палате;

4. Подготовка предложений Президенту Российской Федерации и Общественной палате по вопросам взаимодействия с правозащитными общественными объединениями и их представителями;

5. Подготовка предложений Президенту Российской Федерации по вопросам становления институтов гражданского общества, расширения взаимодействия между общественными и государственными институтами.

6. Оказание содействия в разработке механизмов общественного контроля в области обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, подготовкой соответствующих предложений Президенту Российской Федерации;

7. Участие в укреплении международного сотрудничества в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина;

8. Организация и содействие правовому просвещению населения;

9. Проведение ежегодного анализа обращений физических и юридических лиц по проблемам в области обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина».

23. Представляется возможным во избежание чрезвычайных ситуаций дополнить *ст. 37 п. 3 пп. 3* следующего содержания: « В случае возникновения чрезвычайной ситуации, в том числе невозможности осуществления своей деятельности советом адвокатской палаты субъекта РФ более одного месяца, Совет ФПА имеет право назначить временно исполняющего обязанности Президента адвокатской палаты, указания которого по организации и проведению новых выборов совета, а также организации деятельности прежнего состава Совета до выборов, являются обязательными для исполнения».

Предложения по усовершенствованию действующего законодательства для обеспечения реальности действия принципа состязательности в цивилистических процессах.

III. В Гражданско-процессуальный кодекс РФ:

1. Суд назначает адвоката, выделяемого адвокатским образованием, по определению суда, но в ГПК РФ не определена процессуальная форма такого назначения. По нашему мнению, исходя из анализа ст. 13 и гл. 20 ГПК РФ, суд должен выносить определение о необходимости участия адвоката в процессе. С участием адвоката на основании ст. 50 ГПК РФ связан вопрос о его полномочиях, т.к. он не имеет доверенности от представляемого лица и не наделен полномочиями в соответствии со ст. 53 ГПК РФ. Если рассматривать специальные полномочия, то он вправе подавать апелляционную или кассационную жалобы на решения суда, но не вправе признавать иск и заключать мировое соглашение. Следует признать, что данный пробел в законодательстве требует правового урегулирования.

Для расширения процессуально-правовых основ деятельности адвоката-представителя требуется дополнить ГПК РФ положением об его обязательном участии по гражданским делам: 1) С обязательным участием прокурора; 2) Затрагивающим интересы несовершеннолетних детей; 3) Если сторонами или третьими лицами являются малоимущие лица, инвалиды детства, войны и военных действий; 4) Если стороной являются государственные органы или органы местного самоуправления.

2.Представляется возможным дополнить ст. 50 ГПК РФ частью 2 следующего содержания: *«Суд обязан назначить адвоката в качестве представителя при рассмотрении дел с обязательным участием прокурора, затрагивающих интересы несовершеннолетних детей, с участием государственных органов или органов местного самоуправления, а также дел, в которых сторонами или третьими лицами являются малоимущие лица, инвалиды детства, войны и военных действий».*

3. Перестройка судебной системы должна начинаться с руководства каждым судьей требованиями соблюдения прав и свобод человека, гарантированных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, а так же Конституцией РФ и приобретения решениями Конституционного суда РФ большей юридической силы, чем Верховного и Высшего Арбитражного судов, при обеспечении их исполнения государством. Для устранения коллизий между нормативными актами ВС РФ и ВАС РФ требуется признать обязательными для всех судов нормативные акты именно КС РФ как основанные на нормах и принципах высшего закона страны.

Представляется возможным дополнить ч.1 ст.369 ГПК РФ: *« Указания ...на новое рассмотрение, соответствующее конституционным принципам и нормам, судебным актам Конституционного суда РФ, обязательны для суда ...».*

Проблема, связанная с возмещением расходов на оплату помощи представителя по договору, может быть решена признанием Пленумом ВС и ВАС или Конституционным судом незаконности требования нижестоящих судов от лица, заявляющего просьбу о возмещении затрат на услуги представителя, доказательств разумности размера произведенной оплаты. Признание судом права сторон на свободу договора (ст. 421 ГК РФ) и презюмирование взыскания заявленной стороной, получившей удовлетворение своих требований, суммы в полном объеме как убытков (ст. 15 ГК РФ), если противоположная сторона в процессе состязательности и борьбы интеллектов не докажет наличие неосновательного обогащения, должно стать правилом правоприменительной деятельности суда.

По делам, возникающим из административных и иных публичных отношений, требующих в соответствии с Конституцией обязательного квалифицированного представительства, оплата услуг адвоката или учёного- юриста, может быть произведена за счет виновного в нарушении прав должностного лица, компенсирующего первоначальную оплату этих услуг соответствующему бюджету субъекта РФ.

IV. В Арбитражно-процессуальный кодекс РФ:

1.Представляется возможным дополнить ст.289 АПК РФ: *«Указания арбитражного суда кассационной инстанции, в том числе на толкование закона, изложенные в его постановлении об отмене решения, постановления суда первой инстанции, апелляционной инстанции, соответствующие конституционным принципам и нормам, судебным актам Конституционного суда РФ, обязательны для арбитражного суда, вновь рассматривающего данное дело».*

V. В Гражданский кодекс РФ:

1. Бесспорно, заранее оцененные убытки характеризуются рядом преимуществ, поэтому и предлагается законодательно закрепить в ГК РФ концепцию «заранее оценённых убытков» в период развития рыночных отношений в сфере предпринимательской деятельности, указав в той же *ст. 15 ГК РФ* следующее: «Сторонами могут быть предусмотрены заранее оцененные убытки, размер которых не подлежит пересмотру судом, за исключением случаев, прямо указанных в законе».

2. Предлагаемая нами полная редакция ст. 15 ГК РФ, может быть следующей:

«1. Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в ином размере.

2. Убытки - это уже имеющиеся либо предстоящие имущественные потери, возникшие в результате правонарушения, подлежащие возмещению по выбору кредитора либо в натуральном виде, либо в денежном выражении, в размере, предусмотренном законом или договором.

Сторонами могут быть предусмотрены заранее оцененные убытки, размер которых не подлежит пересмотру судом, за исключением случаев, прямо указанных в законе. Должник обязан доказать неосновательное обогащение кредитора».

3. Решение описанной проблемы требует законотворческого подхода. Возможно в порядке разъяснений, например, в форме постановления Пленума ВАС РФ и ВС РФ, определить порядок правоприменения договорного закрепления «заранее оцененных сторонами убытков», отметив не только их легитимность, но и презумпцию при определении размера, подлежащего взысканию в суде, и распределения между сторонами бремени доказывания.

VI. Внесение изменений в УПК РФ

1. Уголовно-процессуальный кодекс ни в статье 6, определяющей назначение уголовного судопроизводства, ни в статье 11, раскрывающей положения об охране прав и свобод человека и гражданина, не содержит положений, гарантирующих защиту граждан, организаций, лиц, привлекаемых к уголовной ответственности от злоупотреблений, неправомерных действий, бездействий со стороны органов государственной власти, их должностных лиц. *Ч. 1 п. 1 ст. 6 УПК* необходимо дополнить, изложив в следующей редакции: « 1. Уголовное судопроизводство имеет своим назначением:

1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также тех, чьи права и законные интересы нарушены или могут быть нарушены преступлением или действиями третьих лиц, а также лиц, в отношении которых ведется уголовное преследование, и иных участников уголовного судопроизводства от неправомерных действий и бездействий органов государственной власти и их должностных, а также иных лиц».

2. *Часть 1 статьи 11 УПК РФ* « Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве» дополнить следующей формулировкой: « 1. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав, а также принимать все необходимые меры для реализации прав и законных интересов подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, а также других участников уголовного судопроизводства».

ва, оказывать содействие в защите и охране их прав, в противном случае должны быть привлечены к дисциплинарной или уголовной ответственности».

3. Более того, исходя из содержания статей 2, 15, 17, 18 Конституции РФ, следует предусмотреть законодательную возможность обеспечения в отдельных случаях потерпевшего бесплатным адвокатом, подобно обвиняемому, внося дополнения в *ст. 42 УПК РФ* следующего содержания: *«пользоваться помощью адвоката, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом».*

4. Предложенные изменения логично могут быть завершены внесением изменений и в *ст. 45 УПК РФ* с указанием в ней в качестве представителя потерпевшего по назначению органов следствия, дознания и суда именно адвоката, а не иного лица, для обеспечения гарантии оказания квалифицированной юридической помощи потерпевшему наравне с обвиняемым.

5. Дополнить *ст. 388 УПК РФ*: *«Указания кассационной инстанции, соответствующие конституционным принципам и нормам, судебным актам Конституционного суда РФ обязательны для исполнения при рассмотрении уголовного дела».*

VII. В Федеральный закон «Об Общественной палате Российской Федерации»:

1. Внести дополнения в п.4 и п.6 *ст. 8 «Порядок формирования Общественной палаты»*, касающиеся правозащитного характера общественных организаций, численностью не менее 1 млн человек и обязательного наличия у представителя юридического образования.

Пункт 4. Не позднее тридцати дней со дня утверждения Президентом Российской Федерации определенных им членов Общественной палаты, преимущественно имеющих юридическое и экономическое образование, общероссийские, межрегиональные и региональные общественные объединения направляют в Общественную палату заявления о желании включить своих представителей в состав Общественной палаты, оформленные решениями руководящих коллегиальных органов соответствующих объединений. Указанные заявления должны содержать информацию о деятельности общественного объединения, а также сведения о представителе, который может быть направлен в состав Общественной палаты.

Пункт 6. Члены Общественной палаты, утвержденные Президентом Российской Федерации, совместно с представителями общероссийских общественных объединений, принятыми в члены Общественной палаты, в течение тридцати дней по истечении срока, указанного в части 5 настоящей статьи, в порядке, установленном Регламентом Общественной палаты Российской Федерации, принимают решение о приеме в члены Общественной палаты сорока двух представителей межрегиональных и региональных общественных объединений - по одному представителю от общественного объединения, отдавая предпочтение представителям, имеющим юридическое и экономическое образование, исходя из правозащитного характера организаций, их численности не менее 1 млн человек.

2. Полагаем целесообразным, в целях повышения статуса и роли палаты в обществе и государстве, ввести в Закон норму об обязательности опубликования заключений Палаты о возможности выступлений членов Общественной палаты при обсуждении законопроектов, законов и при решении иных вопросов, относящихся к ведению палат парламента.

VIII. Представляется целесообразным и логичным ввести суд присяжных по делам о трудовых спорах, разделе имущества, сделкам с недвижимостью и т.п. и в России.

Принципы взаимодействия суда и адвокатуры

1. Осуществление судом конституционного обеспечения защиты прав и свобод граждан и организаций на основе закона с толкованием всех коллизий в пользу гражданина и организации, а не государства. Целью правосудия как основы государства должно стать благо граждан.
2. Суд призван воплотить идею верховенства права над государством, властью и обществом через направление приоритета судебскому усмотрению на частный интерес. Сам создатель закона должен подчиняться закону, который он создал, т.е. Конституции, при наличии множества коллизий в различных отраслях права.
3. Возврат принципа поиска истины, применяемого наравне с принципом состязательности сторон, возвратит веру в справедливое правосудие и повысит ответственность судей за принимаемые решения и их соответствие конституционным принципам.
4. Взаимодействие суда и адвокатуры как субъектов КМО по соблюдению конституционных принципов послужит обеспечению стабильности в обществе.
5. Суд должен быть авторитетным и независимым, а адвокатура – независимой и сильной, способной оказывать квалифицированную юридическую помощь каждому и всему гражданскому обществу. Так как реализация потенциала судебной власти связана с развитием и укреплением демократических институтов, и, прежде всего, институтов гражданского общества, суд не может быть не заинтересован в сильной адвокатуре как институте гражданского общества.
6. Судебная власть должна быть независима от исполнительной и руководствоваться при отправлении правосудия в первую очередь конституционными принципами и презумпциями.
7. Суд и адвокатура могут и должны способствовать эволюционированию и развитию гражданского общества, т.к. вопросы повышения роли судьи в обществе и уважения к судебной власти могут быть разрешены только через неукоснительное соблюдение закона и власти права.
8. Совершенствование существующего процессуального и судоустройственного законодательства, а также практики его применения, играющей немаловажную роль в получении реальной судебной защиты и восстановлении прав, можно преодолеть посредством научного анализа правоприменительной практики, проводимого совместно судьями и адвокатами.
9. Работа по совершенствованию российского процессуального законодательства и по формированию адекватной правоприменительной практики, прежде всего судебной, должна строиться с учетом правовых позиций ЕСПЧ, в том числе по вопросу обеспечения права доступа к суду.
10. Идея правого и справедливого суда является объединяющей все слои общества, в том числе суд и адвокатуру.
11. Получение судом при помощи адвоката относимой к делу информации позволяет сократить сроки на подготовку дела к рассмотрению, упростить процесс оценки, *судейского рецензирования* в целом, способствует принятию обоснованных и аргументировано законных (*с учетом несовершенства законодательства и реальной невозможности учесть все коллизии жизни*), и одновременно справедливых решений (*не только с точки зрения несовершенного права, но и нравственности*).

12. Судьи должны понять, что *защитник защищает не от закона, а от нарушений закона, способствуя своими действиями укреплению законности, повышению уровня доверия населения к закону, законности и государству в целом.*

13. Необходимо расширить права адвоката на стадии предварительного расследования, признав его активную, а не пассивную роль практически изначально, при возникновении угрозы нарушения права у его подзащитного.

14. Категория «разумности», используемая при принятии судебного решения, позволяющая процветать субъективизму в оценке суда, может быть устранена из правопримени- тельной практики судов путем заменены толкованием всех противоречий в соответствии с конституционными презумпциями и принципами.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

I. Правовые источники

Международные правовые акты

1. Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года / Организация Объединенных Наций. Официальные отчеты первой части третьей сессии Генеральной Ассамблеи. СПб.: Регион-Про, 2004.
2. Декларация основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью. Принята на 96-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 29 ноября 1985 года // Советская юстиция. 1992. №9-10.
3. Конвенция о защите прав человека и основных свобод / Права человека: сборник документов / сост. доктор юридических наук, профессор О.О. Миронов. 2-е изд., стереотип. М.: Экзамен, 2006.
4. Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию ETS № 173 (Страсбург, 27 января 1999 г.) // Совет Европы и Россия. 2002. № 2.
5. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (принята Генеральной Ассамблеей ООН 31 октября 2003 г.) // Российская юстиция. 2004. № 4.
6. Международный пакт о гражданских и политических правах / Права человека: сборник документов / сост. О.О. Миронов. 2-е изд., стереотип. М.: Экзамен, 2006.
7. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Принят Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 года. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. №17. Ст. 1831.
8. Основные положения о роли адвокатов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Гаване) // Советская юстиция. 1991. № 20.
9. Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты Восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана. 27 августа - 7 сентября 1990 г.) и Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS №005 (Рим. 4 ноября 1950 г.) (с изм. и доп. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.), // Права человека и судопроизводство. Собрание международных документов: М., 2002.
10. Регламент Европейского Суда, Правило 36, п. 4-е.
11. Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 года // Международное право в документах. М., 1982.

Конституции

12. Конституция Федеративной Республики Бразилии // Конституции зарубежных стран. М., 2000.
13. Конституция Испании // Конституции зарубежных стран. М., 2000.
14. Конституция Итальянской республики // Конституции государств Европы. М., 2001.
15. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Российская газета. № 7. 21.01.2009.
16. Конституция РСФСР от 10 июля 1918г. // СУ РСФСР. 1918. №51. Ст. 582.
17. Конституция СССР, утвержденная Постановлением II Съезда от 31 января 1924 года // Вестник ЦИК, СНК и СТО СССР. 1924. №2. Ст. 24.
18. Конституция США // Конституции зарубежных стран. М., 2000.
19. Конституция Японии // Конституции зарубежных стран. М., 2000.

20. Союзная конституция Швейцарской конфедерации // Конституции государств Европы. М., 2001.

Законы

21. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. 23.07.1994. № 138 – 139.

22. Федеральный конституционный закон от 26.02.1997 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 03.03.1997. № 9. Ст. 1011.

23. Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета. 06.01.1997. № 3.

24. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

25. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Российская газета. 20.11.2002. № 220.

26. Закон об адвокатуре в СССР // Ведомости ВС СССР. 1979. № 49. Ст. 846.

27. Закон Российской Федерации от 11.03.1992 № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности» // Российская газета. 30.04.1992.

28. Закон РФ от 2.07.1992. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан на ее оказание» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 33. Ст. 1913.

29. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001. № 195-ФЗ (в ред. Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 225-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

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

31. Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» от 15 мая 2002 года // Собрание законодательства РФ. 03.06.2002. № 22. ст. 2031.

32. Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 года (в ред. 10.06.2008) // СЗ РФ. 06.10.2003. № 40. Ст. 3822.

33. Федеральный закон от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» (принят ГД ФС РФ 16.11.2007) // Российская газета. 06.12.2007. № 273.

34. Федеральный закон от 04.04.2005 № 32-ФЗ (ред. от 25.12.2008) «Об Общественной палате Российской Федерации» // Российская газета. 07.04.2005. № 70.

35. Федеральный закон от 04.05.1999 № 96-ФЗ (ред. от 27.12.2009) «Об охране атмосферного воздуха» (принят ГД ФС РФ 02.04.1999) // Российская газета. 13.05.1999. № 91.

36. Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // Российская газета. 10.08.2001. № 153-154.

37. Федеральный закон от 09.01.1996 № 3-ФЗ «О радиационной безопасности населения» (принят ГД ФС РФ 05.12.1995) // Российская газета. 17.01.1996. № 9.

38. Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (принят ГД ФС РФ 20.12.2001) // Российская газета. 12.01.2002. № 6.

39. Федеральный закон от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» // Собрание законодательства РФ. 16.07.2001. № 29. Ст. 2950.

40. Федеральный закон от 12.01.1996 № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» // Собрание законодательства РФ. 15.01.1996. № 3. Ст. 148.

41. Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // Российская газета. 24.01.1996. № 14.
42. Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» // Собр. законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2759.
43. Федеральный закон от 15.04.1998 № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (принят ГД ФС РФ 11.03.1998) // Российская газета. 23.04.1998. № 79.
44. Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Российская газета. 18.02.1992. № 39.
45. Федеральный закон от 17.12.1998 № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» (принят ГД ФС РФ 11.11.1998) // Российская газета. 22.12.1998. № 242.
46. Федеральный закон от 18.05.2005 № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 23.05.2005. № 21. Ст. 1919.
47. Федеральный закон от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // Собрание законодательства РФ. 22.05.1995. № 21. Ст. 1930.
48. Федеральный закон от 22 августа 1996 № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» // Российская газета. 29.08.1996.
49. Федеральный закон от 22 марта 1995 г. № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» // Собр. законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1455.
50. Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. 29.12.2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.
51. Федеральный закон от 26.11.1996 № 138-ФЗ «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления» (принят ГД ФС РФ 23.10.1996) // Российская газета. 04.12.1996. № 232.
52. Федеральный закон от 27.05.1998. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» // СЗ РФ. № 22. 1998. Ст. 2331.
53. Федеральный закон от 27.05.2003 № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // Российская газета. 31.05.2003. № 104.
54. Федеральный закон от 30.03.1998 № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней» // Российская газета. 7.04.1998.
55. Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Российская газета. 05.06.2002. № 100.
56. Федеральный закон от 31.05.2002. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.
57. Закон Курганской области от 03.03.2009 № 439 «О противодействии коррупции в Курганской области» // Новый мир. 11.03.2009. № 16.

Положения

58. Положение об адвокатуре РСФСР // Ведомости ВС РСФСР. 1962. № 29. Ст. 450.
59. Кодекс профессиональной этики адвоката (принят Первым всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) // Российская газета. 05.10.2005.
60. Кодекс судейской этики (утв. VI Всероссийским съездом судей 02.12.2004) // Российская юстиция. 2005. № 1-2.

Постановления

61. Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» // Российская газета. 27.07.2004. № 158.
62. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.12.1999 № 18-П // Российская газета. 19.01.2000. № 13.
63. Постановление Правительства РФ от 4.07.2003 № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» // СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2925.
64. Постановление Правительства Российской Федерации от 22.08.2005 №534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // СЗ РФ. 2005. №35. Ст. 3615.
65. Информационное письмо ВАС РФ от 20.12.1999 С1-7/смп-1341 «Об основных положениях, применяемых Европейским Судом по правам человека по защите имущественных прав и прав на правосудие» // Вестник ВАС РФ. 2000. №2.
66. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.08.2004 № 82 «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса РФ» // Вестник ВАС РФ. 2004. №10.
67. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2003 г. (по гражданским делам) (утв. Постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 3 и 24 декабря 2003 г.) // Бюллетень ВС РФ. 2004. №3.
68. Определение Конституционного Суда РФ от 15.07.2008 № 456-О-О // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. 2008. №21.
69. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 №454-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Траст» на нарушение конституционных прав и свобод частью 2 ст. 110 АПК РФ»
70. Постановление Президиума ВАС РФ от 8.07.2003. № 3016/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 1.
71. Постановление Президиума ВАС РФ от 12.08.2003 № 6074/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. №1.
72. Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. № 1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 26.12.1991. № 52. Ст. 1865.
73. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23.12.1999 №18-П // СЗ РФ. 17.01.2000. № 3. Ст. 353.

Приказы

74. Приказ Минюста России № 257, Минфина России № 89н от 6.10.2003. «Об утверждении Порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела» // Российская газета. 2003. № 211.
75. Приказ Минюста России от 12.01.2004. № 2 «Об утверждении формы и порядка предоставления выписки из реестра адвокатов иностранных государств, осуществляющих

деятельность на территории Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2004. № 6.

76. Приказ Минюста России от 29.07.2002. № 211 «Об утверждении Порядка ведения реестров адвокатов субъектов Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. № 37.

Послания Президента

77. Послание Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 11.05.2006.

78. Дигесты Юстиниана. Книга третья // Памятники римского права. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. с. 204-218.

79. Доклад Группы видных деятелей по вопросу отношений между ООН и Гражданским обществом. Официальный сайт Организации Объединенных Наций: www.un.org/russian/partners/eminent/a58-817/htm Документ A/58/817. Distr. General 11 June 2004, Russian.

80. Закон Китайской Народной Республики «Об адвокатах» от 15 мая 1996 г. // Вестник Гильдии российских адвокатов. 2001. № 9.

81. Обзор практики Министерства юстиции Российской Федерации по реализации положений Федерального закона от 31.05.2002 №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в 2002-2003 гг. // Адвокатские вести. 2003. №12.

II. СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

82. Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: РЮИД, 2000.

83. Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие / Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Буробина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2005.

84. Адвокатура в России / Под ред. Власова А.А., Исаенковой О.В. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2008.

85. Адвокатура в Российской Федерации: Учебник / А.В. Гриненко, Ю.А. Костанов, С.А. Невский, А.С. Подшибякин; Под ред. А.В. Гриненко. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005.

86. Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов III Всероссийской научно-практической конф. / Отв. редакторы: Володина С.И., Пилипенко Ю.С. М.: Новый учебник, 2006.

87. Акопов Л. В. Контроль в управлении государством (конституционно-правовые проблемы). Ростов н/Д, 2002.

88. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М.: Наука, 1982.

89. Алексеев С.С. Проблемы теории государства и права: курс лекций. Свердловск, 1972

90. Андрианов Н.В. Гражданское общество как среда институционализации адвокатуры: Дис. ... канд. юр. наук. М., 2005.

91. Ардашкин В.Д. Правоохранительный механизм: понятие, научный инструментарий // Охранительный механизм в правовой системе социализма: Межвуз. сб. / Под ред. Н.В. Витрука. Красноярск: Универс, 1989.

92. Артемьев А.М. К вопросу об определении сущности правоохранительной службы и ее структуры// Российский следователь. 2008. № 2.

93. Афанасьев В. Г. Научное управление обществом. М., 1968.

94. Баглай М. В. Конституционное право РФ. М., 2001.

95. Бардин Л. Защита прав не терпит дилетантства // Новая адвокатская газета. 2008. № 1.
96. Баранов В., Приженникова А. Актуальные проблемы участия представителя в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 2.
97. Баренбойм П.Б., Резник Г. М. Адвокатура как защитник гражданского общества // Адвокат. № 8. 2004.
98. Барциц И.Н. Правовое пространство России: вопросы конституционной теории и практики. М., 2000.
99. Бекетов О., Опарин В. О понятии и системе правоохранительных (полицейских) органов Российской Федерации // Полицейское право. 2005. № 1.
100. Бессарабов В.Г. Европейский суд по правам человека. М.: Юрлитинформ, 2003.
101. Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). М., 1994.
102. Богданова Н. А. Система науки конституционного права. М., 2001.
103. Большая Советская Энциклопедия. М., 1985.
104. Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2005.
105. Бондарь Н.Ю. Институт общественного контроля за органами государственной власти // Российский юридический журнал. 2009. № 4.
106. Братчикова Н. Внебюджетные фонды правоохранительных органов // Юрист. 1999. № 1.
107. Булыко А.Н. Толковый словарь русского языка. М.: МАРТИН.
108. Васьковский Е.В. История адвокатуры // Адвокат в уголовном процессе. М.: Новый юрист, 1997.
109. Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, комиссионера государственной типографии. СПб., 1893.
110. Ведяхин В.М. Меры защиты как правовая категория // Право и политика. 2005. № 5.
111. Виноградов М., Лебедев А. Адвокаты пойдут на госслужбу. Правительство запускает эксперимент с бесплатной юридической помощью // Известия. 2005. 25 авг.; РГ. 2005. 30 авг.
112. Витрук Н.В. Законность: понятие, защита и обеспечение // Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород: Асгард, 1993.
113. Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс. М: Юристь, 2005.
114. Воеводин Л.Д. (глава 1) Понятие и основные элементы конституционного статуса личности // Конституционный статус личности в СССР / ред. кол. Н.В. Витрук, В.А. Масленников, Б.Н. Топорнин. М., 1980.
115. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997.
116. Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. М.: Изд. «Грантъ». 2002.
117. Воробьев В.С., Философская идея права как логико-юридическое выражение справедливости в правовых взглядах Ф. Лассалья. Справедливость и право. Свердловск: Изд-во «Уральский рабочий», 1989.
118. Воронов А.А. Противодействие деятельности адвоката как форма посягательства на его независимость // Современное право. №7. 2005.
119. Гаврилов Э.П. Комментарий Закона «Об авторском праве и смежных правах». М.: Былина, 1996
120. Галузо В.Н. Теория правоохраны - новое направление в российской юридической науке. Закон и право. 2009. № 12.

121. Гегель Г.В.Ф. Философия права. История политических и правовых учений: Хрестоматия /Сост. В.В. Ячевский. Воронеж, 2000.
122. Глазырин Ф., Клейн В. Реальность и мифы правовой реформы // Российская юстиция. 2003. № 9.
123. Глущенко П.П. Конституционные права и свободы граждан России: современные проблемы социальной защиты. СПб., 1997.
124. Гонгало Б.М. Настольная книга нотариуса: Учебно-методическое пособие. 2-е изд., испр. и доп. М.: Издательство БЕК, 2003. Т I
125. Государственное управление: основы теории и организации: Учебник. В 2 т. / Под ред. В. А. Козбаненко. 2-е изд., изм. и доп. М., 2002. Т. 2.
126. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2002. Т.
127. Грубарг М.Д. Основные элементы учения иудаизма о государстве и праве // Государство и право. 2002. № 5.
128. Грудцына Л.Д. Государственно-правовой механизм формирования и поддержки институтов гражданского общества в России: Автореф. ... дис. д-ра юр. наук, М., 2009.
129. Гриненко А.В. Конституционные основы досудебного уголовного процесса в Российской Федерации. М., 2000.
130. Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. Правоохранительные органы: Учебник. М.: Зерцало, 2000.
131. Давлетов А.А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. М., 2003. № 7.
132. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М.: «Терра»-terra, 1995.
133. Дарендорф Р. Дорога к свободе демократия и проблемы в Восточной Европе //Вопросы философии. 1990. № 9.
134. Демидов А., Долгов В., Малько А. Политология. М., Гардарики, 2005.
135. Деханов С.А. Западноевропейская модель организации адвокатуры: опыт и современное состояние: Монография. М.: РУДН, 2007.
136. Дубасов К.Е. Формирование гражданского общества в многонациональном Российском государстве (правовые и политические аспекты). Дисс. ... канд. юр. наук. М.: РАГС, 2002.
137. Дюркгейм Эмиль. О разделении общественного труда/Пер. с фр. М.: Канон, 1996.
138. Дюрягин И.Я. О справедливости советского уголовного процесса. Справедливость и право. Свердловск: Уральский рабочий, 1989.
139. Европейский Суд по правам человека: Избр. решения: В 2 т. М.: НОРМА, 2000.
140. Замятин В. Как сделать суд скорым // Российская юстиция. 2002. №10..
141. Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. М.: Норма, 2008.
142. Институт европейского права МГИМО(У) МИД РФ; COLPI, Совет Европы, INTERRIGHTS, 2000. Т. 1.
143. Калашников С.В. Система конституционных гарантий обеспечения прав и свобод граждан в условиях формирования в России гражданского общества // Государство и право. 2002. № 10.
144. Капустин А. Я. Роль стандартов по правам человека Совета Европы в регулировании отношений гражданского общества и государства // Государство и гражданское общество: правовые проблемы взаимодействия: Сборник статей Международной НПК. Туапсе: Изд-во ТГУ, 2007.
145. Каск Л.И. Функции и структура государства. Л., 1969.

146. Керимов Л.А. Обеспечение законности в СССР. М., 1956; Самощенко И.С. Охрана режима законности советским государством. М., 1960; Правовые гарантии законности в СССР / Под ред. М.С. Строговича. М., 1962.
147. Кожевников О.А. Право некоммерческих организаций и его реализация в Российской Федерации. Екатеринбург, 2007.
148. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. М.: Юристъ. 2002.
149. Комиссарова Е.Г. Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук : 12.00.03 Екатеринбург, 2002.
150. Конвенция о защите прав человека и основных свобод / Права человека: сборник документов / сост. О.О. Миронов. – 2-е изд., стереотип. М.: Экзамен, 2006.
151. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть // Ответственный ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1996.
152. Конституционное право государств Европы: Учеб. пособие для студентов юрид. вузов и фак. (отв. ред. Д.А. Ковачев). М.: Волтерс Клувер, 2005.
153. Конституционное право: Энциклопедический словарь / Отв.ред. Авакян С.А. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000.
154. Конституционный суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992 - 1996. / Сост. и отв.ред. Т.Г. Морщакова. М., 1997.
155. Коэн Дж., Арато Э. Гражданское общество и политическая теория. Пер. с англ. М.: Весь мир, 2003.
156. Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. М.: Право, 1983.
157. Кратенко М.В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве / Под науч. ред. д-ра юрид. наук, проф. Б.Л. Хаскельберга. М.: Статут, 2006.
158. Крашенинников Е.А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. СПб, Изд-во С.-Петербургского ун-та. 2000. № 3.
159. Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации». М.: БЕК, 1998.
160. Кузнецов И.Н. Контроль за конституционностью актов высших органов власти и управления в социалистических странах Европы // Учен. записки ВНИИСЗ. Вып. 29. М., 1969.
161. Куприянова Е.И. Начало становления института Уполномоченных по правам ребенка в субъектах Российской Федерации // Защита детства: институт Уполномоченного по правам ребенка в Российской Федерации. Информационно-методическое издание. Ижевск: Ижевская городская общественная организация «Центр социальных и образовательных инициатив», 2003.
162. Курицын В. Переход к нэпу и революционная законность. М., 1972.
163. Кутафин О.Е. Конституционное право Российской Федерации. М.: Юристъ, 2002.
164. Кучерена А.Г. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный) // Деловой двор, 2009.
165. Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России. М.: «Penates-Пенаты», 2002.
166. Кучинский В.А. Личность, свобода, право. М., 1978.
167. Лазарева-Пацкая Н.В. Правовой статус адвокатских палат субъектов Российской Федерации: Автореф. дис.... канд. юр. наук. М., 2005.

168. Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 2005.
169. Лебедев В.М. Становление и развитие судебной власти в Российской Федерации. М., 2000.
170. Либанова С.Э. Проблемы возмещения убытков в сфере предпринимательства: Дис. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2002.
171. Либанова С.Э. Особенности возмещения убытков в различных отраслях права: Учеб. пособие. Курган: Изд-во Курганского гос. ун-та, 2007.
172. Либанова С.Э. Проблемы реализации принципа состязательности в гражданском процессе в условиях правового нигилизма // Вестник Южно-Уральского государственного университета, 2008.
173. Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Русский толковый словарь. М., 1997.
174. Лукашева Е.А. Права человека и процессы глобализации современного мира. М.: Норма, 2007.
175. Лукашева Е.А. Социально-психологические аспекты реализации прав личности // Реализация прав граждан в условиях развитого социализма / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1983.
176. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М.: Спарт, 2000.
177. Лучин В. О., Боброва Н. А. Конституционный строй России: основные политико-правовые характеристики // Право и политика. 2003. № 10.
178. Лучин В.О. Конституционные нормы и правоотношения. М., 1997.
179. Лучин В.О. Конституция Российской Федерации: Проблемы реализации. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002. М. Юрлитинформ, 2005.
180. Лучин В.О., Доронина О.Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М.: ЮНИТИ, 1998.
181. Макарова З.В. Защита в российском уголовном процессе: понятие, виды, предмет и пределы // Правоведение. 2000. № 3.
182. Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и обязанностей: Дис. ... канд. юр. наук. Саратов, 1970.
183. Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством. М.: Проспект, 1985.
184. Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах. М., 2002.
185. Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
186. Мальцев Г.В. Конституционное право Российской Федерации. М.: РАГС, 2004.
187. Маркс К., Энгельс Ф. Соч.2-е изд. Т.25. Ч. 1.
188. Марченко М.Н. Государство и гражданское общество в СССР // Вестник Московского университета. 1992. № 4.
189. Матузов И.М. Правовая система и личность. Саратов: Сфера, 1987.
190. Матузов Н.И. Правовой статус личности: понятие, структура, виды // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2000.
191. Международные акты о правах человека: Сб. док. 2-е изд., доп. М., 2002.
192. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации / Под общ. Ред. Заместителя Председателя Верховного Суда РФ В.М. Жуйкова. М.: «Права человека», 1996.

193. Мельниченко Р.Г. Право на юридическую помощь: конституционные аспекты: Монография. Волгоград: Изд-во ВАГС, 2003.
194. Мельниченко Р. Г. Поправки к Закону об адвокатуре: работа над ошибками // Адвокат. 2005. №5.
195. Методические рекомендации по обращению в Европейский суд по правам человека. М.: Новая юстиция, 2007.
196. Мирзоев Г.Б., Бойков А.Д., Крестинский М.В. Некоторые вопросы развития юридического образования. М.: Изд-во РАА, 2007.
197. Мирзоев Г.Б. Правоохранительная деятельность государства и вопросы общественного контроля. М.: Юрлитинформ, 2007.
198. Мордовец А.С. Проблема эффективности социально-юридического механизма обеспечения прав человека и гражданина //Правоведение. 1996. № 4.
199. Мордовец А.С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов: Юридическая книга, 1996.
200. Морозова Л. А. Современная российская государственность: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук. М., 1998.
201. Насырова Т.Я. Конституционный контроль. Казань: Изд-во Казанского университета. 1992.
202. Немытина М.В. Суд в России. Вторая половина XIX - начало XX в. Саратов, 1995.
203. Несмеянова С.Э., Конституционный судебный контроль в Российской Федерации: Проблемы теории и практики. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 2004.
204. Ниедбала (Niedbala) против Польши (Жалоба № 27915/95). Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2000 г.// Перевод: П. Лаптева, Ю. Берестнев. Европейский Суд по правам человека: Избранные постановления 1999-2001 гг. и комментарии; Под ред. Ю.Ю. Берестнева и А.О. Ковтуна. М.: Юрид. лит., 2002.
205. Нинциева Т.М. Правовое регулирование организации адвокатуры в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 2007.
206. Новиков А.В. Норма. Закон. Законодательство. Право: Материалы, всерос. студен. научн. конф. (Пермь, май 2006 г.). Пермь: Перм. гос. ун-т, 2007.
207. Овсянко Д. М. Административное право. М., 1997.
208. Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1981.
209. Перевалов В.Д. Теории государства и права: Учебник. М.: Высшее образование, 2008.
210. Печников Н.П. Правоохранительные органы Российской Федерации: учебное пособие. Тамбов: Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та. 2005.
211. Правоохранительные органы РФ: Учебник / под ред. В.П. Божьева. М.: Спарк, 1999.
212. Правоохранительные органы: Учебник для вузов// под ред. проф. К.Ф. Гуценко. М., 1995. Просвиркин А.Н. Организационные основы адвокатской деятельности и адвокатуры: сравнительно-правовой анализ исторического развития и формирования нормативно-правовой базы в России и зарубежных странах: Автореф дис. ... канд. юр. наук. М., 2007.
213. Резник Г. «Настройка» Закона об адвокатуре: от правовой концепции к непротиворечивой практике // Российская юстиция. 2002. №10.
214. Резник Г. Закон об адвокатуре как жертва конфликта интересов // Российская юстиция. 1998. № 3.
215. Резник Г.М. Неопределенностью закона кто-то обязательно воспользуется, чтобы извратить его действительный смысл // Адвокат. 2004. № 11.

216. Российский конституционализм: проблемы и решения: Материалы международных конференций. М.: Инт-т государства и права РАН, 1999.
217. Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. М., 2004.
218. Рыжов В.А. Понятие конституционного (государственного) права зарубежных стран. Конституционное право как отрасль права в зарубежных странах П. 6. Конституционно-правовое регулирование // Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Часть общая. В 4 т. Т. 1- 2 / Отв. ред. Б.А. Страшун. М., 2000.
219. Самощенко И.С. О правовых формах осуществления функций советского государства // Сов. государство и право. 1956. № 3.
220. Семенов В.М. Демократические основы гражданского судопроизводства в законодательстве и судебной практике. Свердловск, 1979.
221. Сергевнин С.Л. Субъект Федерации: статус и законодательная деятельность. СПб., 1999.
222. Сергеев В.И. Адвокатура. Гражданское общество. Государство. М.: Издательская группа «Юрист», 2002.
223. Сергеев В. Независимость адвокатуры: концепция и реальность // Адвокатские вести. 2002. № 11.
224. Сергеев В.И. Комментарий к Положению об адвокатуре. М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2001.
225. Смирнов В.Н. Адвокатура и власть: История взаимоотношений. Екатеринбург: Изд-во Уральского университета, 2001.
226. Сокирко В.В. Сумма голосов присяжных. М., 2000.
227. Стремоухов А. В. Правовая защита человека: Монография, СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007.
228. Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2007.
229. Сырых.М. Теория государства и права: Учебник. М.: Былина, 1998.
230. Тархов В.А. Охрана имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству: Автореф. дис. ... д-ра юр. наук. М., 1966.
231. Тарасова В.А. Охрана прав граждан в пенсионном обеспечении. М.: Практика, 1978
232. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. М., 2001.
233. Тихонова Б.Ю. Субъективные права советских граждан: их охрана и защита: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М.: 1972.
234. Троицкий Н.А. Адвокатура в России и политические процессы 1866—1904 гг. Тула, 2000.
235. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в вопросах и ответах / Отв. ред. Е.Б. Мизулина. М.: Юристъ, 2003.
236. Харченко О.В. Понятие и виды правоохранительной государственной службы// Российский следователь 2008. № 14.
237. Черников В. Органы охраны правопорядка. М., 2005.
238. Чернобровкина Н.И. Процессы институционализации российского общества в постсоветский период // Перспективы философской мысли на Юге России. Ростов н /Д: Изд-во Северо-Кавказского научного центра высшей школы, 2002.
239. Черноголовкин Н.В. Теория функции социалистического государства. М., 1970.
240. Черноголовкин Н.В. Функциональная характеристика общенародного государства. М., 1975.
241. Чиркин В.Е. Конституционное право России. М.: Юристъ, 2004.

242. Чернобровкина Н.И. Процессы институционализации российского общества в постсоветский период // Перспективы философской мысли на Юге России. Ростов н/Д: Изд-во Северо-Кавказский научный центр высшей школы, 2002. С.271.
243. Чуксина В.В. Внесудебные специализированные правозащитные институты: опыт России и зарубежных стран // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2.
244. Шарвен Р. Юстиция во Франции. М., 1978.
245. Шафир М.А. Компетенция СССР и союзных республик. М.: Наука, 1968.
246. Шевченко Л.И. Об экономической и социальной ценности гражданско-правового договора и условиях рыночной экономики / Цивилистические исследования. Вып.1. Сб.науч. тр. / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М., 2004.
247. Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997.
248. Шульженко Ю.Л. Институт конституционного надзора в Российской Федерации. М.: Инст. гос. и права РАН, 1998.
249. Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд: Учебное пособие для вузов. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997.
250. Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976.
251. Яковлев В.Ф. Выступление на III сессии Европейско-Азиатского правового конгресса // РЮЖ. 2009. № 4.
252. Яковлев В.Ф. Выступление на совещании председателей советов судей Российской Федерации в «Президент-отеле» (г. Москва) 16 - 20 июня 2003 г. // Вестник ВАС РФ. 2003. №9.
253. Яртых И.С. Функции и правовой статус адвокатуры и ее общественных объединений в условиях формирования гражданского общества: Автореф. дис. ... д-ра юр. Наук. М., 2009.
254. Яртых И.С. Адвокатура и гражданское общество. Ульяновск, 2007.

III. Литература на иностранных языках.

255. Erwin Chemerinsky. Constitutional Law: Principles and Policies. 2006.
256. Farran C.O. Atlantic democracy. Edinburgh, 1957. P. 183 – 185.
257. Forer L.G. Money and Justice. New York, 1984. P. 25.
258. Garrett E. Term Limitations and the Myth of the Citizen - legislator. - Cornell Law Review. 1996. №3. P. 623-694.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНО-ДЕМОКУРИЙНАЯ ФУНКЦИЯ АДВОКАТУРЫ.....	10
1. Понятие и цель функционирования конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод (КМО). Методология его исследования	10
1.1. Понятийный аппарат конституционного механизма обеспечения.....	18
1.2. Система гарантий конституционного механизма обеспечения	25
1.3. Элементный состав КМО	32
2. Конституционный и общественный контроль за обеспечением конституционных прав и свобод человека	34
2.1. Теоретико-методологическое исследование понятий «контроль» и «надзор».....	37
2.2. Субъекты профессионально-правовой демокурии за обеспечением конституционных прав и свобод системой публичной власти	42
3. Конституционно-социальная ценность адвокатуры и адвокатской деятельности для правового государства и гражданского общества	44
3.1. Причины государственного признания публичности правозащитных функций института адвокатуры.....	46
3.2. Критерии определения правового государства.....	48
3.3. Проблемы формирования и развития гражданского общества.....	50
3.4. Конституционно-социальная ценность адвокатуры и адвокатской деятельности	51
3.5. Концепция построения адвокатуры как социально-правового, конституционно-правозащитного публичного института.....	56
4. Место российской адвокатуры в механизме обеспечения конституционных прав и свобод. Зарубежное конституционное законодательство	58
4.1. Объекты защиты КМО.....	58
4.2. Модели конституционного обеспечения прав человека и адвокатской деятельности в зарубежных странах.....	66

5. Предложения и выводы.....	73
ГЛАВА 2. КОНСТИТУЦИОННО - ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТРИЕДИНОСТАТУСНОЙ РОССИЙСКОЙ АДВОКАТУРЫ	77
1. Законодательство об адвокатуре и адвокатской деятельности: проблемы выделения и классификации	77
1.1. Международные правовые акты	79
1.2. Конституционное законодательство	83
1.3. Отраслевое законодательство	89
1.4. Корпоративное законодательство	94
2. Понятие конституционно-правового триединого статуса российской адвокатуры	97
2.1. Профессия адвокат	102
2.2. Сообщество адвокатов	105
2.3. Институт гражданского общества	109
2.4. Систематизация понятия «адвокатура»	113
3. Предложения и выводы	118
ГЛАВА 3. АДВОКАТ И ЕГО КОНСТИТУЦИОННО – ПРАВОВОЙ СТАТУС КАК СУБЪЕКТА АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД	121
1. Адвокат как субъект обеспечения конституционных прав и свобод граждан и организаций	121
1.1. Ценностно-функциональное предназначение адвоката	123
1.2. Функциональные элементы статуса адвоката	124
2. Классификация элементов правового статуса адвоката	126
2.1. Порядок и основания приобретения статуса адвоката	126
2.2. Порядок и основания приостановления статуса адвоката	128
2.3. Проблемы прекращения статуса адвоката	130
2.4. Права и обязанности адвоката	132
2.5. Проблемы ответственности адвоката и пути их решения	133
3. Гарантии обеспечения деятельности адвоката как гарантии обеспечения конституционных прав и свобод	138
3.1. Государственные гарантии независимости адвоката	141
3.2. Классификация гарантий, обеспечивающих реализацию конституционных прав и свобод человека адвокатом	144
4. Предложения и выводы	152
ГЛАВА 4. АДВОКАТУРА – КОНСТИТУЦИОННЫЙ ЭЛЕМЕНТ МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ	154

1. Адвокатская деятельность как конституционное обеспечение доступа к правосудию и условие реализации других прав и свобод.....	154
2. Профессиональное представительство в Конституционном суде РФ и Европейском суде по правам человека.....	164
2.1. Профессиональное представительство в Конституционном суде РФ	164
2.2. Профессиональное представительство в Европейском суде по правам человека.....	167
3. Роль адвокатуры в обеспечении конституционных презумпций и принципов в уголовном судопроизводстве	172
3.1. Проблемы расширения прав адвоката на стадии предварительного расследования и пути их решения.....	178
3.2. Квазиинститут гражданского общества и общественный контроль за отправлением правосудия	180
4. Обеспечение адвокатуры и адвокатом конституционных принципов-гарантий равенства сторон и состязательности в гражданских процессах.....	185
4.1. Проблемы несовершенства норм материального и процессуального права и пути их решения	186
4.2. Проблемы судебного правоприменения и пути их решения.....	196
5. Проблемы реализации гарантированного государством каждому права на получение квалифицированной юридической помощи	199
5.1. Квалифицированная юридическая помощь и представительство	200
5.2. Квалифицированная юридическая помощь и юридические консультации	203
5.3. Квалифицированная юридическая помощь и государственные юридические бюро	206
6. Предложения и выводы	210
ГЛАВА 5. АДВОКАТУРА В СИСТЕМЕ СУБЪЕКТОВ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИХ РЕАЛИЗАЦИЮ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД	212
1. Государственные субъекты КМО, призванные обеспечить соблюдение Конституции, обладающие властными полномочиями и контрольно-надзорными функциями	212
1.1. Государственные субъекты КМО, представляющие органы исполнительной и законодательной власти всех уровней.....	213
1.2. Судебные органы как субъекты КМО.....	214
1.3. Систематизация и выделение правоохранных органов	215
1.4. Правоохранительная деятельность.....	222

1.5. Соотношение правоохранительных функций и правоохранительной деятельности	224
2. Общественно-государственные образования как субъекты КМО	227
2.1. Общественная палата РФ	229
2.2. Институт Уполномоченного по правам человека в РФ	232
2.3. Институт Уполномоченного по правам ребенка	235
2.4. Органы, оказывающие факультативное воздействие на государственный орган	237
2.5. Классификация общественно-государственных образований как субъектов КМО	238
3. Адвокатура как элемент системы внесударственных правозащитных организаций и объединений, обеспечивающих реализацию КМО	240
3.1. Общественные организации и институты гражданского общества	243
3.2. Адвокатура и общественные организации	245
3.3. Адвокатура и общественные объединения адвокатов	247
3.4. Юридический статус общественных объединений	249
3.5. Адвокатура, партии, профсоюзы	250
4. Совершенствование форм обеспечения конституционных прав и свобод в КМО	260
4.1. Конституционный контроль и надзор	262
4.2. Меры защиты конституционных прав и свобод человека и ответственность виновных за нарушение этих прав и свобод	263
4.3. Меры профилактики и дальнейшего искоренения недобросовестности чиновников	265
4.4. Правовые средства и процедуры реализации профессионально-правовой демократии	266
4.5. Способы противодействия недобросовестности чиновников	269
5. Предложения и выводы	271
Приложение 1	273
Приложение 2	282
Список используемых источников и литературы	284
Оглавление	296

Научное издание

Светлана Эдуардовна Либанова

**КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РОССИЙСКОЙ АДВОКАТУРЫ
В МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ
ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА**

МОНОГРАФИЯ

Редактор Н.А. Леготина

Подписано к печати	Формат 60x84x 1/16	Бумага тип № 1
Печать трафаретная	Усл.печ.л.18,75	Уч.изд.л. 18,75
Заказ	Тираж	Цена свободная

Редакционно-издательский центр КГУ.
640669, г.Курган, ул. Гоголя, 25.
Курганский государственный университет.