Темнов Сергей Валерьевич. Конституционно - правовая концепция адвокатской тайны: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.02 / Темнов Сергей Валерьевич;[Место защиты: Белгородский государственный национальный исследовательский университет - ФГАОУ ВПО].- Белгород, 2015.- 155 с

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава I. Конституционно-правовое доктринирование адвокатской тайны**

1.1. Понятие, конституционно-правовое содержание и структура адвокатской тайны

1.2. Эволюция формализации адвокатской тайны: отечественный опыт

1.3. Адвокатская тайна в системе охраняемых конституционными нормами тайн

**Глава II. Конституционно-правовое обеспечение адвокатской тайны**

2.1. Современная стратегия конституционно-правового регулирования адвокатской тайны

2.2. Конституционно-правовые гарантии адвокатской тайны и адвокатской деятельности

2.3. Оптимизация конституционно-правовой концепции адвокатской тайны в Российской Федерации

Заключение 136

Список использованной литературы

## Эволюция формализации адвокатской тайны: отечественный опыт

Адвокатура в соответствии с п. «л» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ относится к совместному ведению Российской Федерации и субъектов РФ, что в свою очередь означает, что нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность адвокатуры, принимаются как на федеральном, так и на региональном уровнях. Статья 10 Конституции РФ предусматривает разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, однако адвокатура не принадлежит ни одной из этих трех властей, но активно взаимодействует с ними.

В Конституции РФ закреплены нормы, непосредственно регулирующие организацию адвокатуры и осуществление адвокатской деятельности. Так, в частности, ч. 1 ст. 48 гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе и бесплатно, в установленных законодательством РФ случаях. При этом адвокат, является одним из субъектов оказания квалифицированной юридической помощи, и именно на адвокатуру государство возложило обязанность по оказанию юридической помощи бесплатно в установленных законом случаях. В свою очередь ч. 2 ст. 48 определяет, что каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. А часть 1 ст. 46 Конституции гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод. Эти положения Конституции также непосредственно затрагивают деятельность адвокатуры, так как одной из ее задач является обеспечение доступа к правосудию.

В России действует Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" (далее – Закон об адвокатуре)1, пришедший на смену Положению об адвокатуре в РСФСР от 20 ноября 1980 г.

Согласно ч. 1 ст. 1 Закона об адвокатуре, адвокатской деятельностью является квалифицированная юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию.

Адвокатура – это профессиональное сообщество адвокатов, которое, как институт гражданского общества, не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления, действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности и принципа равноправия адвокатов.

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 законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ. Таким образом, диспозиция комментируемой статьи получила законодательную конкретизацию.

В соответствии со ст. 49 Конституции РФ каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

Такая формулировка в целом соответствует общепризнанным международно-правовым нормам, содержащимся в ст. 11 Всеобщей декларации СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102. прав человека (1948 г.) и ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятых генеральной Ассамблеей ООН (1966 г.). Согласно ст. 11 Всеобщей декларации прав человека, 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.

Если сравнить данную формулу презумпции невиновности с зафиксированной в комментируемой статье, то окажется, что первая полнее отвечает интересам общества и личности: если международная норма гласит, что "каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться виновным", то российское законодательство закрепляет иное: "…каждый обвиняемый… считается невиновным". Норма международного права говорит о человеке как субъекте прав вообще, а российское законодательство – о человеке, поставленном в положение обвиняемого, т.е. о субъекте уголовно-процессуальных отношений.

Свою реализацию комментируемая конституционная норма нашла в ч. 2 ст. 1 УК РФ, согласно которой Уголовный кодекс РФ основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права, а также на ст. 14 УПК РФ, которая дословно воспроизводит эту конституционную норму.

Презумпция невиновности – один из важнейших принципов уголовного процесса, способствующий охране прав личности, исключает необоснованное обвинение и осуждение. Несмотря на кажущуюся простоту, среди ученых нет единого мнения даже относительно понятия презумпции невиновности и его содержания.

## Адвокатская тайна в системе охраняемых конституционными нормами тайн

Помимо вышерассмотренных признаков адвокатская тайна, являясь правовой тайной, характеризуется наличием субъекта (человека, организации, государства), закрывающего доступ к ней, предмета (содержания информации) и объекта (совокупности интересов или благ, которым может быть нанесен ущерб в результате несанкционированного доступа к предмету тайны).1 В связи с чем, выявляются такие признаки адвокатской тайны как субъектные и объективные условия ее реализации.

В юридической литературе достаточно активно исследуется содержание адвокатской тайны, но ее пределы практически не очерчиваются посредством объекта адвокатской тайны, а именно через систему тех интересов и благ, которые могут быть нарушены при неправомерном доступе к адвокатской тайне и (или) ее разглашении.

Субъектные условия реализации адвокатской тайны заключаются в статусе того лица, которому доверяют тайную информацию. Адвокат имеет указанный статус в силу требований ст. 9 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»,2 но помощник адвоката и стажер адвоката, которые также обязаны хранить адвокатскую тайну, таким статусом не обладают.3 Вне всякого сомнения, законодатель обоснованно обязал этих лиц соблюдать условия хранения адвокатской тайны, однако надо полагать, что сам адвокат не вправе разглашать им такие сведения, следовательно, ответственными субъектами они могут стать лишь в случае, если закрытую информацию они получают непосредственно от доверителя.

Субъектные и объективные условия реализации адвокатской тайны можно рассматривать и через основные черты конституционного права каждого на квалифицированную юридическую помощь.

При таком подходе обязанность адвоката хранить адвокатскую тайну и наличие соответствующих этой обязанности иммунитетов и правомочий являются базовыми, объективными условиями квалифицированной юридической защиты. Среди субъективных условий можно выделить такие критерии как профессионализм адвоката, правомерность его поведения, соблюдение требований конфиденциальности, которая является одним из основных качеств квалифицированной юридической помощи.

Помимо признаков, характеризующих институт адвокатской тайны как сложного правового явления, важна и ее функциональная составляющая, которой является роль, выполняемая адвокатской тайной в обществе.

Значение адвокатской тайны, как и многие аспекты адвокатской тайны, специалистами оценивается по-разному. Например, А.М. Пшуков полагает, что оно строится на решении трех задач:

Безусловно, обозначенные задачи важны, но, как представляется, они не основополагающие для определения значения адвокатской тайны. Роль последней основывается на нормах Конституции РФ, хотя напрямую, как уже отмечалось ранее, Конституция РФ не содержит положений об исследуемом правовом явлении. Однако конституционное право каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48), а также право каждого задержанного, заключенного под стражу, обвиняемого в совершении преступления пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения (ч. 2 ст. 48), предполагает, что российское государство способствует обеспечению юридической помощью определенного (высокого) качества с тем, чтобы каждый человек в случае необходимости мог максимально полно и эффективно использовать возможности государственно-правовой системы для защиты своих прав и законных интересов.1 В этой связи значение адвокатской тайны по отношению к адвокатской деятельности в целом заключается в том, что адвокатская тайна – это составляющее звено адвокатской деятельности, без которого адвокатская помощь, как явление исчезает, поскольку тайна сведений – это необходимые гарантии доверителю.2 Осмысление значения адвокатской тайны через признаки правового режима требует детального рассмотрения последних.

Говоря о значении адвокатской тайны, следует обратить внимание на позицию И.Л. Петрухина, согласно которой право на тот или иной вид тайны является компонентом права на неприкосновенность частной жизни. Так, например, обеспечению права на конфиденциальное общение с другими людьми служит тайна связи, права на получение квалифицированной юридической помощи – тайна судебного представительства, защите ряда гражданских правоотношений – нотариальная тайна и т.д. Таким образом, право на адвокатскую тайну можно рассматривать в целом и как необходимый компонент конституционного права на неприкосновенность частной жизни. В этой связи значением института адвокатской тайны будет та составляющая (элемент) права на неприкосновенность частной жизни, которая способствует эффективной реализации последнего.3

По аналогии с приведенной точкой зрения можно заключить, что адвокатская тайна является важнейшим составляющим компонентом и другого конституционного права, а именно права каждого на квалифицированную юридическую помощь.4

## Конституционно-правовые гарантии адвокатской тайны и адвокатской деятельности

Вместе с тем, подвергнем сомнению высказанную им же позицию о необходимости ввести в КоАП РФ ст. 19.26 "Непредставление сведений (информации) и документов по запросу адвоката". Также, на наш взгляд, нельзя признать обоснованным мнение Ю.К. Цымбал и некоторых других адвокатов, считающих, что "адвокат должен быть включен в перечень лиц, за непредставление информации которым согласно ст. 19.7 КоАП РФ наступает административная ответственность". Действительно, как и предусматривает конструкция нормы ст. 19.7 КоАП РФ, предоставление сведений запрашивающему субъекту (адвокату) предусмотрено законом, а предоставление сведений необходимо для осуществления законной деятельности. И в этой связи введение адвоката в число лиц, непредставление информации которым влечет ответственность по ст. 19.7 КоАП, выглядит на первый взгляд действительно логичным. Однако напомню, что сама глава 19 КоАП РФ содержит "административные нарушения против порядка управления". Как известно, адвокатура не относится к органам государственной власти (п. 1 ст. 3 Закона об адвокатуре), а следовательно, государственного управления не осуществляет. Таким образом, включение адвоката в ст. 19.7 либо введение иной подобной нормы в главу 19 КоАП РФ является необоснованным по причине несовпадения объекта подлежащего защите. Поэтому предложим рассмотреть возможность дополнения аналогичной по конструкции нормой главы 13 КоАП, которая включает в себя административные правонарушения в области связи и информации, а именно предусмотреть ответственность за уклонение от предоставления сведений, т.е. за неисполнение адвокатского запроса.

Как представляется, необходимости в усилении ответственности самого адвоката за нарушение адвокатской тайны, посредством введения соответствующей уголовной ответственности, не имеется, поскольку существующие формы ответственности, включая прекращение адвокатского статуса, вполне достаточны. Защита уголовно-правовой санкцией информации, которая скрывается адвокатом от стороны обвинения и от суда в уголовном процессе, не соответствует задачам уголовного закона (ст. 2 УК РФ). Кроме того, в случае установления уголовной ответственности возбуждение и расследование соответствующих уголовных дел окажется в компетенции лиц, как правило, выступающих в качестве процессуальных оппонентов адвоката и имеющих определенную долю заинтересованности и предвзятости, что может послужить мощнейшим стимулом к проявлению коррупционных проявлений.

Следует заметить, что подобное разнообразие правовых актов, содержащих нормы об адвокатской тайне, характерны не только для РФ. Так, как отмечается в отчете группы экспертов в рамках проекта Европейского Сою-за,1 ни в одной из правовых систем стран Европы вопросы, связанные регулированием адвокатской тайны, содержатся не в одном или нескольких правовых актах, а включены в отраслевые правила и нормы и «разбросаны» по многим нормативным правовым актам. В большинстве европейских стран различные аспекты института адвокатской тайны закреплены в соответствующих гражданских процессуальных и уголовно-процессуальных кодексах, материальных уголовных и административных кодексах, правилах проведения расследования, актах о полиции, специальных законах о борьбе с терроризмом, отмыванием денег и коррупцией, законах о свободе информации и защите персональных данных. Данное обстоятельство характерно обусловлено сложностью взаимосвязей частного и публичного права.

Рассматривая сущность правового регулирования института адвокатской тайны, необходимо отдельно остановиться на роли судебной практики в формировании данного института.

Правотворческая деятельность судов в правовой системе России официально не признается, но, несмотря на это в виду резкого расширения сферы судебной практики в России со времен создания Конституционного Суда РФ2 заметно изменилось само отношение к судебному прецеденту. Как справедливо в свое время отметил Н.Л. Гранат: «прецедент пробивает себе дорогу в российской правовой системе».1 Указанная тенденция характерна и для других стран Европы.2

Правовой статус Конституционного Суда РФ обусловлен спецификой его полномочий и положением в системе органов государственной власти – он стоит в одном ряду с парламентом, главой государства, правительством и через различные формы толкования конституционных норм оказывает непосредственное воздействие на процесс правотворчества в нашей стране.3 Именно поэтому важно обратиться к решениям Конституционного Суда РФ, фактически расширяющих конституционные нормы.

На сегодняшний день, помимо вышеназванных судебных решений, принято не менее десяти постановлений и определений Конституционного Суда РФ, напрямую касающихся института адвокатской тайны. В судебных решениях в частности затрагивались разнообразные вопросы: от цензуры переписки лица, заключенного под стражу, со своим адвокатом,4 предоставления сведений налоговым органам;5 до обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования.6

## Оптимизация конституционно-правовой концепции адвокатской тайны в Российской Федерации

Таким образом, поскольку у судебных представителей наличествуют самостоятельные процессуальные права и обязанности, установленные законом, постольку правомерно, по нашему мнению, относить данных субъектов гражданского процессуального права к числу лиц, участвующих в деле. В пользу именно этой позиции высказываются исследователи, подчеркивающие, что с дискриминацией адвоката-представителя в гражданском процессе согласиться нельзя. Это не соответствует ч. 1 ст. 48 Конституции РФ, гарантирующей право каждого на получение квалифицированной юридической помощи; « … и это при том, что задачами осуществляемой в России судебной реформы являются построение гражданского судопроизводства на началах состязательности при реальном обеспечении прав и законных интересов всех участников процесса, в том числе и адвоката. Адвокат своими действиями оказывает влияние на развитие процесса и имеет в деле самостоятельный процессуальный интерес, поскольку сам выбирает пути и способы защиты интересов своего доверителя и для его процессуального положения, профессионального престижа немаловажно, с каким результатом закончится рассмотрение дела. Он не просто нанятое лицо, интерес которого должен заключаться только в отстаивании любой ценой позиции своего доверителя, но и профессиональный юрист, имеющий также и свою гражданскую позицию и который не должен оставаться безразличным к нарушениям закона, от кого бы это не исходило». Причем для подведения итога споров необходимо нормативное закрепление статуса представителя в гражданском судопроизводстве в качестве лица, участ вующего в деле. Стоит еще раз подчеркнуть значение роли адвоката-представителя в гражданском судопроизводстве. Прежде всего, участие адвоката в гражданском процессе направлено на обеспечение и защиту частных интересов граждан и организаций, содействие в реализации ими своих процессуальных прав для быстрого и эффективного рассмотрения и разрешения гражданского спора. Кроме того, участие адвоката направлено на реализацию и публичного интереса, что справедливо еще в начале прошлого века отмечал российский ученый-правовед Е.В. Васьковский.

Функцию контроля судебной власти расширяет полномочие в виде судебного контроля за законностью и обоснованностью арестов, произведенных органами дознания и предварительного следствия. Судебная власть вправе проконтролировать, правильно ли избрана мера пресечения в виде ареста. Делается это в то время, когда уголовное дело, оформленное в предусмотренном законом порядке, еще не поступило в суд. При этом проверяется личность арестованного, обстоятельства, которые продиктовали необходимость избрания ареста, и суд дает свое заключение, нередко заменяя арест другой мерой. Хотя суд лишён права оперативного контроля за деятельностью судебного пристава-исполнителя, за судебной властью остались элементы контроля в процессуальных формах за исполнением судебных постановлений и постановлений иных органов. К функции судебного контроля следует отнести рассмотрение ходатайств о наложении ареста на имущество, о даче разрешения на производство личного обыска.

Указанный судебный контроль осуществляется в ходе досудебного производства по уголовным делам. Эти полномочия вменены судебной власти в связи с обновлением процессуального законодательства и приведением его в соответствие с Конституцией РФ.

Каждый раз, начиная обсуждение проблемы профессиональной этики юриста, признаемся, что у автора диссертации нет однозначного ответа на вопрос: зачем нужно изучать эти правила. Но три возможных ответа я бы предложил. Первый ответ объясняет необходимость изучения и индивидуального осознанного и прочувствованного принятия профессиональных этических норм идеей высокого общественного призвания. Профессия юриста, правоведа, правозаступника не просто имеет целью защиту справедливости, но представители этой профессии сами должны быть носителями идеи гуманного справедливого нравственного правопорядка. Честь и достоинство профессиональной корпорации воплощаются ежеминутно в этичном поведении каждого ее представителя (члена сословия, касты избранных служителей справедливости) и умаляются при совершении хотя бы одним юристом хотя бы одного неэтичного поступка.

К сожалению, надо признать, что такой идеалистический ответ часто вызывает не столько циничную иронию, сколько искреннее недопонимание. Честь, достоинство, корпорация, сословие, справедливость, нравственность – слова, которыми люди, сегодня вступающие в профессию, оперируют редко.

И это подталкивает дать простой, прагматичный и резкий ответ на вопрос, зачем знать правила профессиональной этики: а затем, что их незнание не освободит молодого юриста от ответственности за их нарушение! Вас могут наказать вплоть до изгнания из профессии. Остерегитесь, почитайте, за что наказывали ваших предшественников. Возможно, такой ответ будет воспринят, но сама мотивация такого рода, на мой взгляд, не вполне уместна. Это как раз тот случай, когда средство неадекватно цели. Мотивация страхом ответственности в той же мере может подтолкнуть к поиску разнообразных путей ухода от ответственности, а вовсе не к искреннему принятию правил профессиональной этики.

Автор диссертации склоняется к третьему варианту ответа. Хотелось бы считать его самым естественным и очевидным. Соблюдение норм профессиональной этики – это обычное дело, привычка подавляющего большинства профессионалов, живущих в условиях корпоративного саморегулирования.

Законные средства и способы защиты - это те, которые применяются в соответствии с законом в целях выяснения всего, что свидетельствует в пользу подзащитного, что опровергает его обвинение и оправдывает подсудимого, что смягчает его ответственность. Полагаем, что это полностью относится к случаям реальной коллизии. При таких условиях средства и методы коллизионной защиты содействуют правосудию, укреплению законности и в то же время находятся в полной гармонии с нормами нравственности. Поведение адвоката при коллизионной защите дает основание судить не только об уровне его профессиональной подготовки, но и о том, в какой мере осознал свое значение как общественного деятеля, каков уровень тех этических норм, которые адвокат считает для себя обязательными.

На обвинителе и защитнике лежит одинаковая обязанность - ничего не делать для поддержания лжи. Не вызывает никаких сомнений, что любая уловка, обман, извращение фактов следователем или прокурором, чем бы они ни мотивировали это, недопустимы. Почему же должно быть сделано исключение для адвоката? И для него любая попытка применить аморальные действия независимо от цели, которая при этом преследуется, недопустима. Правильное понимание законных средств коллизионной защиты исключает для адвоката «право на ложь». «У защиты не только нет права на ложь, но нет права и на такие действия, которые могли бы вызвать даже, малейшее сомнение в добропорядочности и моральной правоте действий защитника»