

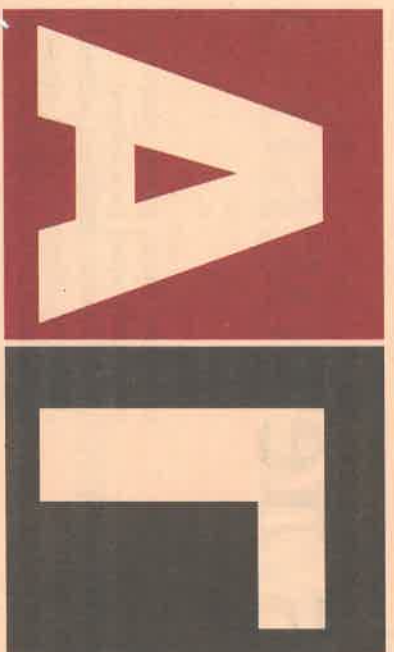
Министр юстиции поддержал идею пополнения судейского корпуса из числа адвокатов

Об этом Александр Коновалов заявил в ходе Пятого Восточного экономического форума



Главный путь длиной в 75 лет

Адвокатура Псковской области торжественно отметила свой юбилей



ОФИЦИАЛЬНЫЙ САЙТ
advgazeta.ru



**ПРЕЗИДЕНТ ФПА РФ
ЮРИЙ ПИМЕНКО:**
Работа, направленная на повышение благосостояния членов корпорации, продолжается

№ 18 (299) 16-30 СЕНТЯБРЯ 2019 г.

ISSN 2619-1520

АДВОКАТСКАЯ ГАЗЕТА

2

ФОРМАЛЬНЫЙ ПОВОД ДЛЯ ОТКАЗА В ОПЛАТЕ ТРУДА АДВОКАТОВ БУДЕТ УСТРАНЕН

Разработан перечень документов, подтверждающих осуществление адвокатом полномочий в порядке ст. 53 УПК РФ

На общественное обсуждение вынесен проект совместного приказа Минюста России и Минфина России «Об утверждении Перечня документов, подтверждающих действия адвоката по осуществлению полномочий, предусмотренных ч. 1 и 2 ст. 53 УПК РФ, а также другие действия адвоката по оказанию квалифицированной юридической помощи» (далее – Приказ). Член Совета ФПА РФ Михаил Толчеев убежден, что утверждение Приказа дисциплинирует как судей и следователей, которые не смогут сослаться на отсутствие нормативного регулирования данного вопроса, так и адвокатов, которым нужно будет подтвердить надлежащими документами проделанную ими работу.

Внесенный на обсуждение документ разработан в соответствии с п. 23 Положения о возмещении процессуальных издержек, связанных с производством по уголовному делу, издержек в связи с рассмотрением дела арбитражным судом, гражданского дела, административного дела, а также расходов в связи с выпонением требований Конституционного Суда РФ, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 1 декабря 2012 г. № 1240 (далее – Положение). Он размещен на Федеральном портале проектов нормативных актов. Приказ предусматривает, что документами, подтверждающими действия адвоката по осуществлению полномочий, предусмотренных ч. 1 и 2 ст. 53 УПК РФ, а также другие действия адвоката по ока-

занию квалифицированной юридической помощи (далее – полномочия) являются:

- заявление с указанием фактически совершенных действий по осуществлению полномочий, составленное в произвольной форме и подписанное адвокатом;
- копия ордера адвоката на исполнение поручения по оказанию квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве, выданного соответствующим адвокатским образованием;
- копии заявлений, ходатайств, запросов, актов, жалоб, протоколов опроса лиц, положительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;
- поданных адвокатом в рамках исполнения поручения по оказанию квалифицированной

юридической помощи достоверно в уголовном судопроизводстве.

Член Совета Федеральной палаты адвокатов РФ Михаил Толчеев, комментируя пресс-службе ФПА РФ содержание Приказа, отметил, что данный документ исполняет формальное требование утверждения перечня документов, предусмотренное п. 23 Положения в редакции, актуальной на 2019 г. Отсутствие такого перечня в некоторых случаях служило поводом для формального отказа в удовлетворении требований адвокатов об оплате их труда, сказал Михаил Николаевич.

Приказ также вводит правило на случай, если документы, подтверждающие заявление адвоката о факте совершения действий, которые связаны с оказанием достоверно квалифицированной юридической помощи, находятся в материалах уголовного дела. В таких случаях представление копий этих документов не требуется, но адвокат вправе указать их идентифицирующие признаки (включая номера томов и листов дела, номер, дату составления).

«Закрепление отсутствия необходимости подливать копии документов, имеющихся в материалах дела, к которым лицо, принимающее решение об оплате, может обратиться, хотя и важно, разумное, но отнюдь не радикальное нововведение, – считает

Михаил Толчеев. – Как правило, в правоприменительной практике с такими документами вопросов не возникает. Разночтения наблюдаются в оценке работы адвоката, не видной для следователя: консультирование доверителей, не находящихся под стражей, направление запросов, жалоб, заявлений, которые не приобщаются к материалам дела, протоколы опроса адвокатом лиц с их согласия и тому подобное. Проектом приказа эти документы предусматриваются в качестве доказательств проделанной адвокатом работы по защите доверителя. Они должны быть приняты следователем или судом, и должностными лицами должна быть дана оценка обоснованности истребуемого размера оплаты труда адвоката».

По мнению члена Совета ФПА РФ, утверждение Приказа дисциплинирует участников рассматриваемых отношений. «Следователь или судья не сможет отмахнуться, как это иногда бывает, от необходимости оплаты труда адвоката в полном объеме со ссылкой лишь на то, что компенсация не фиксированной материальными уголовными делами помощи адвоката не урегулирована нормативно. С другой стороны, у адвоката остается обязанность подтвердить обоснованность предстоящих бюджетных расходов на оплату его работы и разумность совершенных им действий».

Фото: Андрей Попов / Фотобанк Лори

проблема

ТЕМА:
допрос свидетелей

Порочный круг

О применении института допроса свидетелей



**Юлий
Тай**
УПРАВЛЯЮЩИЙ ПАРТНЕР
АБ «БАРТОМУС», КАНД. ЮРИД.
НАУК

В настоящей статье автор дает оценку ситуации, сложившейся в области применения института допроса свидетелей, разъясняет, почему в современных условиях, с появлением огромного количества различных правовых институтов материального и процессуального права, которые не могут быть применены эффективно без свидетелей, он не может не использоваться и должен развиваться, а также освещает вопрос «криминализации» цивилистического процесса и ряд proceduralных проблем, в частности, связанных с привлечением в арбитражном процессе, необходимости введения перекрестного допроса, использованием квазисвидетельских показаний, практикой применения видео-конференц-связи и сепарацией свидетелей.

У практикующих юристов существует представление, что любой разговор по теме допроса свидетелей в цивилистическом процессе носит несколько фантазийный характер в стиле «есть жизнь на Марсе», поскольку, нет жизни на Марсе», поскольку, дескать, институт этот, в общем-то, на практике не используется. Другое дело, что из этого суждения делаются противоположные выводы: как плохо, что не используется, или как хорошо, что не используется.

В любом случае проблематика такая существует, а я считаю себя популяризатором этого, безусловно, чрезвычайно важного процессуального института, который в России, конечно, не умер, но «спит» или «затаялся». Правда, не могу сказать, что добился больших результатов в его распространении, но, с другой стороны, говорят «вода камень точит». Кроме того, помимо моих скромных усилий, изменяются жизнь, правовой ландшафт, материальное право, следы должны изменяться и правоприменительная практика, и теперь процес-

суальное право будет вынуждено подтягиваться. То, что не происходило естественным путем или с помощью устных интервью со стороны науки, неизбежно произойдет под давлением самой мощной и непобедимой силы – жизни. Как писал немецкий классик: «Суша теория, мой друг, а дерево жизни зеленет».

Институт допроса свидетелей просто не может не развиваться, поскольку не используется, поскольку появилось огромное количество различных правовых институтов материального и процессуального права, которые не могут быть применены корректно и эффективно без свидетелей. Это, прежде всего, лавинообразное применение института добросовестности, должная заботливость, осмотрительность, разумность, митигация убытков. В антимонопольном праве без допроса свидетелей невозможно было бы все виды расследований в этой области: начиная от картелей и заканчивая всеми видами недобросовестной конкуренции. В сфере налогового права без личных видов доказательств невозможно эффективное и адекватное применение концепции обоснованной налоговой выгоды. Ну и, естественно, уже набивший оскомину и широко обсуждаемый и применяемый (по делу и не к месту) институт привлечения к ответственности контролирующих должника лица или же признание сделок недействительными в порядке гл. III.1 (Закона о несостоятельности (банкротстве)) абсолютно немислимы без выявления истинных намерений сторон, их воли, сокрытых умыслов, которые могут быть обнаружены судом только с применением допроса свидетелей. Названные и целый ряд других проблем, которые сейчас явно в мейнстриме у правоприменителей, являются совершенно непреодолимыми и нерешаемыми, если не научиться на практике эффективно применять институт допроса свидетелей.

CIRCULUS VITIOSUS

Один американский исследователь, который интересуется этой темой, вполне справедливо отметил, что механизм допроса свидетелей подобен ланцету: вскрывает любые нарывы, но только при умелом его использовании. В противном случае можно не пациенту помочь, а открыть себе себе палец. Вот я, собственно, с этой точкой зрения согласен и в первой, и во второй части.

Допрос предельно эффективный и, может быть, самый совершен-

ный, самый лучший метод обнаружения правды или изобличения лжи в процессе, с одной стороны. Но, с другой стороны, его результативность возможна только при условии умелого обращения с ним, причем с двух сторон: как со стороны адвокатов, т.е. профпродсудителей, так и, разумеется, в не меньшей степени, судей. При чем я абсолютно убежден, что этот процесс саморазвивающийся, чем больше он используется на практике, тем больше есть желания и возможности его применять.

А сейчас в России происходит, то, что называлось у древних *circulus vitiosus*, т.е. порочный, замкнутый круг. Судьи не используют этот хлопотный институт, отказывая в удовлетворении таких ходатайств. Исключения бываю, когда представители очень убедительно объясняют, что без допроса свидетелей просто не обойтись, или складываются какие-то атипичные ситуации. Эти отказы приводят к тому, что навыки допроса не нарабатывается, а это, в свою очередь, неизбежно приводит к тому, что у сторон не возникает желания заявлять такие ходатайства, а у судей – удовлетворять их. Этот бесконечный круг, который как-то, кто-то должен разомкнуть.

По моей версии, его разомкнуть могут и должны профпредставители. Я сам в своей ежедневной работе, насколько возможно, этим занимаюсь, и не могу сказать, что особенно преуспел, но случаи такие есть, и их становится все больше. Другое дело, в каком виде, в какой форме и насколько качественно. Но тут, как в крылатом выражении – «дорогу осилит идущий».

«КРИМИНАЛИЗАЦИЯ» ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА

Вторая проблема, которая очень важна и связана с политико-правовыми резонами и избыточно встречающимися на практике аберрациями и искажениями деятельности, о которой я тоже уже не первый раз говорю и пишу, а точнее сказать, «было в набат» последние 3-4 года: это так называемая криминализация цивилистического процесса.

Под этим термином скрывается активно применяемая и развивающаяся практика использования механизмов уголовной репрессии и уголовно-процессуальных инструментов для «поддержания» гражданского (арбитражного) процесса. В связи с тем, что цивилистический процесс «беззуб» и неэффективен в выявлении фактов и обстоятельств,

то спрос всегда находит предложение, даже такое извращенное. Вот, как известно, всегда себе путь найдет и предприниматели тоже. Раз невозможно допрашивать свидетелей, если нельзя установить, что на бумаге написано одно, а по факту было совсем другое, если, заключая сделки, стороны исходили из одних посылов, причин, поводов и фактурных (фактологических) доказательств, а получилось, что на бумаге было написано другое или ничего, то будут работать следователи. В результате необходимо вновь возбуждаются уголовные дела против предпринимателей для того, чтобы даже не осудить бизнесмена или даже не создать себе конкурентные преимущества, хотя и первое и второе, безусловно, присутствую, а с целью вспоможения, поддержки гражданского процесса, когда уголовное дело или следственная проверка существуют исключительно для этого.

Наличие системно существующих уголовных дел или попыток возбуждения уголовных дел только ради собирания доказательств в гражданском процессе – это нонсенс, абсурд, чепуха, «саногти всмятку», как писал классик Николай Васильевич Гоголь. Что бы разрешить эту проблему, суд, общество в целом должны понять, что такая ситуация – это дорога в правовой ад, тупиковый путь развития в эволюции цивилистического процесса. И с этой порочной практикой, совершенно недопустимой и немислимой, необходимо бороться, изжить ее. Но поскольку, как уже сказал выше, она складывается такой не из-за жестокости, не из-за подлости предпринимателей по отношению к своим коллегам, хотя это тоже может быть и существовать, но по большей части из-за функциональных или, как некоторые адвокаты их именуют, инструментальных процессуальных целей, то и решать этот вопрос нужно соответствующим образом. Наконец, начать использовать надлежащие правовые механизмы для установления истины и справедливости по делу с применением всего имеющегося в кодексе инструментария.

ПРОЦЕДУРНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Здесь уже следует перейти к некоторым более приземленным proceduralным проблемам. И первый из них – это вопрос прихода свидетелей в арбитражном процессе. Они, безусловно, связаны между собой, потому, как я уже сказал, если вам нужно опросить свидетеля и вы даже знаете, где его можно найти, то вы не можете быть абсолютно уверен, что он в процесс придет. Причем здесь наблюдается, опять же, такая смешная, обратная зависимость – чем вам меньше нужен свидетель, чем он *prima facie* менее заинтересован (антажирован), чем менее достоверны будут его слова, тем он с большим удовольствием будет являться в суд. А если он не хочет и всяческими

способами не желает участвовать в процессе, то наверняка он самый нужный, самый информированный, самый важный свидетель.

Проведенное мной небольшое историческое исследование показало, что никакого специального смысла, никаких глубоких, телологических, политико-правовых, экономических, любых иных глубокомысленных резонансов для того, чтобы в АПК РФ отсутствовал институт привода свидетелей, просто не существует. Когда в 2001–2002 гг. шла активная работа над текстом кодекса, как утверждают участники рабочей группы, необходимо было заслушивания свидетелей в арбитражном процессе вообще вызвала сомнения, а уж тем более необходимость их привода. И возможно – это было справедливо по состоянию дел в 1995 г. Но на сегодняшний день это абсолютно неправильно, такой взгляд устарел и перестал быть адекватным. Если не добиться фактического участия свидетелей в процессе, даже помимо их воли, то мы не достигнем необходимой эффективности.

И казалось бы, что для реализации этого изменения не требуется никаких сверхусилий или затрат, количество изменений в АПК РФ уже давно зашкаливает, но в части допроса свидетелей вообще и привода в частности – «А воз и ныне там».

Следующий практический вопрос: это необходимость введения (возможно в несколько этапов) перекрестного допроса, т.е. снижения активности судьи при допросе свидетеля. Являясь практиком, абсолютно убежден, что никаких чудес и одномоментных изменений ждать не следует. Любой институт сам по себе не является панацеей. Завтра мы вводим какой-то механизм, применяем какой-то институт, а что-то включаем в процессуальный кодекс, и вот от самого факта появления этой нормы в кодексе наступило благодеяние. Такого никогда, нигде не было и не будет. А вот в кумулятивный эффект десятилетнего результата нашего общепринятого с судьями труда я верю. Адвокаты будут обучать судей, а судьи – адвокатов. Совместно будем тренировать свидетелей.

Допрос свидетелей – процедура сложная, многоаспектная (там и эмпатия, и мудрость, и навыки, и психология), как в фильме Рязанова, – «один убеждает, другой догоняет». Это будет вечный процесс самосовершенствования, взаимного обучения: они будут все более затейливо лгать, мы все более искусно в этом их уличать, ловить на противоречиях, обнаруживать несоответствия, вскрывать «линейные нарывы лжи». Но общепризнанная практика показывает, что только такой естественный генезис развития может привести к положительным результатам. Такое постепенное, пошатовое движение вверх: к истине, правде, справедливости.

Еще один проблемный момент, который давно уже претерпевает конституционно-правового истолкования, но до сих пор так и не нашел, – это использование квазисвидетельских показаний, которые у нас, естественно, применяет прежде всего государство. Я имею в виду пресловутые допросы в налоговых, антимонопольных, таможенных органах. Когда кто-то, кого-то, где-то, втуне, под покровом ночи и на заре, то ли опрашивал, то ли допрашивал с пристрастием, то ли «свидетели» подписали уже написанные за них одинаковые (бланковые) ответы. Причем это иногда очень легко доказать, потому что не могут у ста пятидесяти человек совпадать один в один все слова и оценки, включая даже ошибки в номерах договоров и датах, когда они их заключали. Но общий недостаток подобных «допросов свидетелей» приводит к неизбежному выводу о необходимости их верификации.

В уголовном процессе вопрос допустимости оглашения показаний свидетелей без их фактической явки в судебное разбирательство тоже давно уже обсуждается и совершенствуется. Нельзя сказать, чтобы полностью безрезультатно, но сказать, что далеко продвинулись, тоже нельзя. В гражданском процессе к этому вообще не подступались. В конкретных делах любые попытки, вплоть до доведения до Конституционного Суда, данной проблемы, ни к какому оптимистическому результату не привели.

Также следует сказать еще об одной практической проблеме, которую обнаружила практика применения видео-конференц-связи (далее – ВКС). Не хочу прослыть каким-то ретроградом, я в общем-то хорошо отношусь к ВКС. Когда она вошла в оборот и в кодекс, я ратовал и сейчас использую ее в определенных случаях. Но абсолютно убежден, что при допросе свидетеля ВКС должна применяться с какими-то оговорками, ограничениями.

Изначально я не имел вообще никаких возражений, но позднее, когда лично несколько раз участвовал в допросе, причем с более вырыпшой стороны, т.е. в судебном зале, где находился состав суда, заметил ограничения и иные неудобства для лица, находящегося удаленно, – как он поражается в правах. Я пока сам не до конца понимаю, как это можно описать, и даже на каком уровне: процессуальных кодексов или инструктивных писем для судей, а может, потребуются принять постановления Пленума Верховного Суда.

В любом случае очевидно, что право быть выступавшим у лица, которое выступает не перед судьей, выносимым решение, а просто глядя в экран и объектив видеокамеры, оказывается поверженным (купным). Такой выступавший точно не является полноценным участником разбирательства, равным в своих возможностях тому, кто находится в одном помещении

с судьей. Ведь при допросе свидетеля, как и в целом в судебном разбирательстве, нет ничего мелкого и неважного, поскольку из любых мелочей и формируются чья-то победа и поражение оппонента.

Я напомню, что в странах, где свидетельские показания используются наиболее продуктивно и умело (США и Великобритания), регулируются все технические мелочи, вплоть до высоты и места расположения специального кресла свидетеля. Не вижу никаких причин для того, чтобы в России не применить лучшие практики. И дело не в удобстве кресла (если верить исследованиям психологов), а в его расположении относительно того, кто допрашивает, и глаз судьи. Во время допроса лицо, задающее вопросы свидетелю, должно видеть его глаза и быть с ним даже на одном уровне по высоте.

В завершение хочу отметить еще один, казалось бы, технический вопрос, который тоже имеет огромное практическое значение, – это сепарация свидетелей. Данный механизм в ГПК РФ выражен следующей формулировкой: «Председательствующий принимает меры для того, чтобы допрошенные свидетели не общались с недопрошенными свидетелями. Допрошенный свидетель остается в зале судебного заседания до окончания разбирательства дела, если суд не разрешит ему удалиться раньше».

Необходимость сепарации связана с тем, чтобы избежать, во-первых, специального и непреднамеренного давления или подсказок одному свидетелю другим, иных форм искажения (смещения своих собственных и воспоминаний других свидетелей). Во-вторых, во избежание осведомленности недопрошенных свидетелей о том, что иные свидетели их изобличили, чтобы лжец не имел возможности придумать оправдание или иную версию излагаемых ему фактов.

Однако, на самом деле, по техническим причинам и во многом из-за равнодушия судей к соблюдению описанного кодекса привела происходит смещение, что приводит к появлению «средней температуры по больнице». Разумеется, свидетели, выходя из зала опрошенными, находясь в «речевой торячке», обусловленной нервным напряжением и стрессом, передают все вопросы, ответы, свои версии, информацию и многое другое, озвучивают все ключевые аргументы и правовые позиции сторон. В силу этой причины не достигается ни одной из целей, которыми обусловлена сепарация, а самое главное – не достигается максимальной эффективности применения допроса свидетелей, что вылетает девальвацио данного процессуального механизма в глазах суда и сторон.

При правильном подходе и соблюдении духа и буквы закона сепарация осуществляется путем первоначального сопровождения свидетеля через отдельные двери в специальное помещение, что исключает возможность общения уже допрошен-

ных свидетелей с теми, кто пока ожидает вызова. Повторюсь, что тут вопрос не недостатка законодательства, а техники исполнения этого законодательно установленного правила.

Наполеон как-то сказал, что «у победы – сто отцов, а поражение – всегда сирота», в нашей стране также принято объявлять виновниками всех имеющихся проблем кого угодно, кроме самого себя, однако я убежден, что это крайне непродуктивно. Напротив, полагаю, что надо начинать изменение мира с самого себя, а применительно к обсуждаемому вопросу представляю в судах необходимость понять, что все в наших руках.

Если мы будем вынуждать (в хорошем смысле этого слова) суд применять этот институт, удовлетворяя наши обоснованные и безупречные ходатайства, правильно допрашивать свидетелей, не замутняя и без того непрозрачную воду спора, а наоборот, делая ее если не кристально чистой, то чище, чем до появления свидетелей, то уверен, что судьи как заравномыслившие люди, безусловно, будут их удивлять. А частое и все более качественное применение этого института кратко повысит его плодотворность, а следовательно, и привлекательность для всех заинтересованных лиц. И через какое-то время уже никто не будет удивляться, узнав, что в арбитражном суде допрашиваются свидетели.

Я уже на одном из мероприятий говорил, что нормальный родитель, когда отправляет своего ребенка в бассейн, дает ему плавки, очки и шапочку, когда отправляет его на хоккейную площадку, он дает ему защитную амундацию, шайбу, клюшку. Так вот нормальный, мудрый, упреждающий законодатель и правоприменитель не могут вводить в основные законы массу разнообразных правовых механизмов и институтов, которые требуют детального, нюансированного, дифференцированного исследования обстоятельств дела, поведения лиц, их истинной воли, оказывающих значимое и судьбоносное влияние на жизнь людей и компаний, не наделив одновременно судей и спорящие стороны соответствующим инструментарием и методами отграничения «черного» от «белого» и «атланцев» от «поганых козлиц».

Из сочинения «Политика» Аристотеля: «Человек по своей природе есть общественное животное».

В ЭЛЕКТРОННОМ ВЫПУСКЕ

В № 18 (299) на www.advgazeta.ru опубликованы комментарии по теме статьи Юлия Тар:

- 1) Зайцев Р. В порядке дискуссии. О роли института свидетельских показаний в цивилистическом процессе;
- 2) Молчанов В. Под различным углом зрения. О свидетельских показаниях в гражданском судопроизводстве;
- 3) Подшивалов Г. Правосудие вдам от народа. О причинах недоверия к институту допроса свидетелей.