На правах рукописи

Макушкина Елена Эдуардовна

ПРАВО АДВОКАТА НА СБОР ДОКАЗАТЕЛЬСТВ (ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТ)

Специальность: 12.00.15 –
гражданский процесс; арбитражный процесс

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Томск – 2007

Работа выполнена на кафедре гражданского процесса Юридического института ГОУ ВПО «Томский государственный университет»

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист России Осокина Галина Леонидовна

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, доцент Отческая Татьяна Ивановна

кандидат юридических наук Солодилов Андрей Владимирович

Ведущая организация: Омский государственный университет

Защита состоится 25 мая 2007 г. в 10-00 часов на заседании диссертационного совета К 212.267.02 при ГОУ ВПО «Томский государственный университет» по адресу: г. Томск, Московский тракт, 8, учебный корпус №4, ауд. 111.

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке Томского государственного университета по адресу: г. Томск, пр. Ленина, 34а.

Автореферат разослан «24»апреля 2007 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета Т.Ю. Баришпольская

Общая характеристика работы

Актуальность темы исследования. В соответствии с ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, а также ч. 1 ст. 12 ГПК РФ правосудие по гражданским делам осуществляется на основе состязательности. В условиях состязательности гражданского судопроизводства особое значение приобретает проблема активности доказательственной деятельности и ответственности лиц, участвующих в деле, за полноту и качество доказательственного материала.

Прямая зависимость исхода рассмотрения спора в суде от качества проведенной работы по подготовке к судебному разбирательству, в частности, от полноты и эффективности доказательственной базы, предопределяет стремление участников процесса получить квалифицированную юридическую помощь судебных представителей. Таковую призваны оказывать, в том числе, и адвокаты (п. 1 ст. 1 Федерального закона от 31.05.2002 №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатской деятельности).

Одним из условий демократизации российского государства является укрепление позиций адвокатуры, расширение прав адвоката при оказании им юридической помощи. В Постановлении Верховного Совета РСФСР от 24.10.1991 № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» констатируется: «Уровень развития адвокатуры - индикатор состояния демократии в обществе, один из признаков защищенности прав человека». В связи с этим в Законе об адвокатской деятельности перечень прав адвоката существенно расширен по сравнению с действовавшими ранее нормативно-правовыми актами, регламентирующими деятельность адвоката. В нормах подп. 1, 2, 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности предусмотрены права адвоката на производство действий, с помощью которых им могут быть собраны доказательства (направление запроса от собственного имени, опрос граждан, собирание предметов и документов).

Таким образом, адвокат, участвуя в гражданском процессе в качестве судебного представителя, обладает собственными правами, позволяющими ему осуществлять собирание доказательств. Между тем, ни Закон об адвокатской деятельности, ни ГПК РФ не предусматривают способы трансформации собранных адвокатом материалов в судебные доказательства. Кроме этого, ГПК РФ не содержит указания и на само правомочие лиц, участвующих в деле, их представителей собирать доказательства. Указанные обстоятельства существенно осложняют реализацию адвокатом права на сбор доказательств, что было выявлено в ходе изучения судебной практики, анкетирования и

интервьюирования адвокатов и судей. В связи с этим постановка вопроса о механизме реализации адвокатом своих «особых» прав при собирании доказательств, практики применения соответствующих норм, требованиях, которым должна соответствовать доказательственная деятельность адвоката, представляется необходимой, особенно в свете развития принципа состязательности гражданского судопроизводства. Ведь состязательный процесс немыслим без осуществления сторонами и их представителями самостоятельной активной деятельности по сбору доказательств.

Степень научной разработанности темы. Различные аспекты судебного доказывания, а также проблемы участия адвоката в гражданском процессе достаточно подробно исследованы юридической наукой.

Судебному доказыванию посвятили свои труды такие ученые – процессуалисты, как Л.А. Ванеева, П.П. Гуреев, А.Ф. Клейнман, С.В. Курылев, Ю.К. Осипов, И.В. Решетникова, М.С. Строгович, М.К. Треушников, Ф.Н. Фаткуллин, М.А. Фокина, К.С. Юдельсон и многие др. Деятельность по собиранию доказательств широко исследована представителями уголовно-процессуальной науки. В частности, Р.С. Белкиным, А.А. Давлетовым, А.М. Лариным, П.А. Лупинской, Н.П. Кузнецовым, М.К. Свиридовым, С.А. Шейфером и др. В науке гражданского процессуального права деятельность по собиранию доказательств является малоизученной. Можно назвать лишь одну работу, прямо посвященную данной проблеме. Это монография В.В. Молчанова «Собирание доказательств в гражданском процессе».

Отдельные стороны деятельности адвоката в доказывании освещали такие представители гражданской процессуальной науки, как Б.С. Антимонов, С.Л. Герзон, А.А. Елизаров, А.А. Ерошенко, Л.М. Звягинцева, В.В. Калитвин, М.А. Плюхина, М.А. Фокина и др. Исследованию доказательственной деятельности адвоката – представителя посвящена кандидатская диссертация Е.Б. Клейна «Участие адвоката в доказывании по гражданским делам» (1988 г.), а также монография А.А. Власова «Адвокат как субъект доказывания в гражданском и арбитражном процессе» (2000 г.).

С принятием Закона об адвокатской деятельности интерес к деятельности адвоката по собиранию доказательств в юридической науке резко возрос. Активное обсуждение данный вопрос получил среди представителей уголовно-процессуальной науки. Проблеме реализации права адвоката на сбор доказательств в уголовном процессе посвящены многочисленные исследования, в том числе и диссертационные, А.В. Гриненко, С.В. Дадонова, С.Д. Игнатова, Н.П. Кузнецова, Е.Г. Мартынчика, И.А. Пикалова, В.В. Ясельской. Авторами обосновывалась сама необходимость наделения

адвоката правом на сбор доказательств в сфере уголовного судопроизводства, предлагались соответствующие механизмы реализации данного права. Несмотря на теоретическую и практическую значимость исследований указанных авторов, на сегодняшний день открытыми остаются многие вопросы, связанные с доказательственной деятельностью адвоката. Кроме этого, ряд авторов (Ф. Багаутдинов, А.А. Давлетов, И. Копытов, А.П. Лобанов, А.В. Победкин и др.) высказывают возражения против активной доказательственной деятельности адвоката, выдвигая весомые аргументы. В науке же гражданского процессуального права деятельность адвоката – представителя по собиранию доказательств в порядке подп. 1, 2, 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности до сих пор не являлась предметом специального исследования.

Цель и задачи исследования. Целью настоящего исследования является выявление и разрешение теоретических и практических проблем в деятельности адвоката - представителя по сбору доказательств в гражданском процессе, а также причин, их порождающих, выработка предложений по совершенствованию ГПК РФ, Закона об адвокатской деятельности, направленных на обеспечение реализации права адвоката на сбор доказательств.

Указанная цель предопределила необходимость решения следующих задач:

- определить понятие деятельности по собиранию доказательств и выявить ее место в структуре судебного доказывания;

- определить структуру данной деятельности;

- рассмотреть вопрос о субъектах права на собирание доказательств;

- проанализировать и взвесить все доводы за и против наделения адвоката правом на сбор доказательств, выдвинутые в юридической науке;

- осуществить анализ нормативно-правовой базы, регламентирующей деятельность адвоката по собиранию доказательств;

- изучить практику реализации адвокатом права на сбор доказательств в гражданском процессе;

- определить требования к деятельности адвоката по собиранию доказательств;

- разработать и сформулировать нормы, образующие в своей совокупности механизм реализации адвокатом права на сбор доказательств.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в процессе реализации адвокатом права на собирание

доказательств в гражданском процессе. Предметом исследования является деятельность адвоката – представителя по собиранию доказательств в гражданском процессе.

Методологическую основу исследования составили следующие общенаучные и частно-научные методы познания: диалектический, формально-логический, системно-структурный, сравнительно-правовой, социологический (анкетирование, интервьюирование, изучение материалов гражданских дел).

Теоретическую основу исследования составили труды ученых советского периода и современности по гражданскому процессуальному праву, гражданскому праву, уголовному процессу, уголовному праву, адвокатскому праву, криминалистике, информационному праву, юридической этике. В работе использованы нормативно-правовые акты зарубежных государств, регламентирующие деятельность адвоката в гражданском процессе, работы германских авторов по рассматриваемым проблемам, судебная практика рассмотрения гражданских споров в Германии.

Нормативно-правовой базой исследования послужили: Конституция РФ, международные правовые акты, кодифицированные нормативно-правовые акты, федеральные конституционные законы, федеральные законы, Кодекс профессиональной этики адвоката и др. источники.

Эмпирическую основу исследования составили данные по изучению практики адвокатов и федеральных судов двух субъектов федерации – Томской и Новосибирской областей. При этом было охвачено 6 коллегий адвокатов и 3 адвокатских кабинета г. Томска, 12 коллегий адвокатов Новосибирской области (включая г. Новосибирск, г. Бердск). Также было изучено мнение судей 3 районных судов г. Томска и Томского областного суда, 6 районных судов г. Новосибирска и Новосибирского областного суда. В работе использованы результаты изучения:

- 325 дел, возникших из гражданских (в широком смысле), административных и иных публичных правоотношений, в порядке искового и особого производства, рассмотренные федеральным судом Октябрьского района г. Томска в период с 2000-2005 г.г. (отбор материалов происходил методом случайной выборки);

- данных анкетирования и интервьюирования 67 адвокатов г. Томска и 85 адвокатов Новосибирской области; данных анкетирования 45 судей Томской области и 60 судей Новосибирской области;

- результатов выборочного опроса граждан, участвующих в качестве сторон гражданского судопроизводства и представленных адвокатами.

Кроме этого, исследовательской базой для данной работы послужили материалы, собранные автором во время стажировки на юридическом факультете университета Грайфсвальд (Германия) в рамках программы «Tempus».

Научная новизна исследования состоит в том, что в нем осуществлено монографическое исследование деятельности адвоката – представителя по собиранию доказательств в гражданском процессе. Проведен анализ правовой природы права адвоката на сбор доказательств, нормативно-правовой базы, определяющей содержание, пределы данной деятельности. Сформулированы требования, которым должна отвечать деятельность адвоката по собиранию доказательств, обусловленные правилами доказательственного права и адвокатской этики. Исследована практика реализации адвокатом данного права в сфере гражданского процесса. Выявлены существующие сложности и причины, их порождающие. Сформулированы предложения по внесению изменений и дополнений в Закон об адвокатской деятельности и ГПК РФ.

По результатам исследования обосновываются и выносятся на защиту следующие **основные положения**:

1. Представление доказательств может пониматься в двух значениях: а) как способ введения собранных материалов в процесс; б) как способ формирования доказательственной базы, альтернативный собиранию доказательств. В первом значении представление доказательств включается в структуру деятельности по собиранию доказательств, представляя ее заключительный этап. Во втором значении представление и собирание доказательств составляют первый этап доказывания, на котором происходит формирование доказательственной базы. Как различные способы формирования доказательственной базы, собирание и представление доказательств требуют отдельной правовой регламентации в процессуальном законе.

2. Выделяются две формы собирания доказательств лицами, участвующими в деле: пассивная и активная. Собирание доказательств в пассивной форме реализуется через заявление перед судом ходатайств, направленных на привлечение новых или дополнительных доказательств (об истребовании доказательства, о назначении экспертизы и т.д.). Собирание доказательств в активной форме означает совершение субъектами доказывания самостоятельных, активных действий по обнаружению и получению доказательств (направление запросов, опрос граждан, взятие проб и образцов и др.). Активная форма собирания доказательств в большей мере отвечает состязательному характеру гражданского судопроизводства.

3. Собирание доказательств предлагается рассматривать в двух аспектах: как предпроцессуальную и процессуальную деятельность субъектов доказывания по обнаружению, получению предметов, документов, фиксации значимых сведений об обстоятельствах дела, заканчивающуюся их представлением суду в качестве доказательств.

4. Предлагается непосредственно наделить лиц, участвующих в деле, правом на сбор доказательств, внеся соответствующее дополнение в ч. 1 ст. 35 ГПК РФ. Кроме этого, обосновывается необходимость изменения формулировки ч. 1 ст. 57 ГПК РФ путем включения в нее положения, раскрывающего содержание данного права.

5. В качестве правовой гарантии реализации права лиц, участвующих в деле, на сбор доказательств предлагается установить меру гражданской процессуальной ответственности в виде штрафа для должностных лиц и граждан, воспрепятствующих (в форме действия или бездействия) реализации лицами, участвующими в деле, права на сбор доказательств. Такую меру ответственности предлагается предусмотреть в ч. 2 ст. 57 ГПК РФ.

6. Деятельность адвоката - представителя по сбору доказательств имеет особенности по сравнению с доказательственной деятельности иных субъектов доказывания, поскольку регламентируется не только гражданским процессуальным законодательством, но и Законом об адвокатской деятельности, а также правилами профессиональной этики адвоката.

7. Обосновывается необходимость внесения в Закон об адвокатской деятельности следующих изменений и дополнений, направленных на обеспечение эффективной деятельности адвоката по сбору доказательств:

- непосредственно наделить адвоката правом на сбор доказательств путем изменения формулировки нормы подп. 3 п. 3 ст. 6;

- установить в подп. 3 п. 3 ст. 6 исчерпывающий перечень способов собирания доказательств адвокатом, включающего в себя: запрос документов, опрос граждан, осмотр, обращение в экспертные учреждения с целью получения заключения, проведение эксперимента, взятие проб и образцов;

- закрепить нормы, предусматривающие порядок производства данных действий.

8. Предлагается расширить перечень субъектов, предусмотренный подп. 1 п. 3 ст. 6 Закон об адвокатской деятельности, от которых адвокатом могут быть запрошены документы, включив в него индивидуальных предпринимателей.

9. Формулируется норма Закона об адвокатской деятельности, предусматривающая порядок получения адвокатом документов по запросу, в которой реализованы следующие предложения:

- обоснована целесообразность установления требований к форме и содержанию адвокатского запроса;

- аргументирована необходимость сокращения предельного срока исполнения адвокатского запроса, предусмотренного подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности, с одного месяца до 15 дней, а также установления обязанности получателя запроса в этот же срок дать адвокату мотивированный отказ в письменном виде, если исполнение запроса невозможно;

- неисполнение обязанности по выдаче запрошенных документов либо мотивированного отказа должно влечь за собой предусмотренную законодательством РФ ответственность.

10. Разработаны нормы Закона об адвокатской деятельности, регламентирующие порядок получения адвокатом доказательств в ходе опроса граждан, в соответствии с которыми:

- право адвоката на опрос ограничено в отношении следующих субъектов: 1) лиц, обладающих свидетельским иммунитетом; 2) лиц, страдающих психическими заболеваниями, а также иными заболеваниями, препятствующими адекватному, полному восприятию и воспроизведению информации; 3) граждан, не достигших совершеннолетия;

- опрос должен проходить по установленной в законе процедуре, предусматривающей, в частности, следующие правила. Адвокат должен получить согласие гражданина на участия в опросе и предупредить его об ответственности за дачу заведомо ложных показаний (предлагается криминализировать такое деянии, как дача гражданином заведомо ложных показаний адвокату в ходе опроса, внеся соответствующее дополнение в ст. 307 УК РФ). Адвокат должен обеспечить участие при опросе понятых или осуществить видеосъемку опроса. Ход и содержание опроса должны быть отражены адвокатом в акте опроса, который должен быть составлен в соответствии с установленными законом требованиями и подписан как самим адвокатом, так и опрошенным лицом;

- в качестве общего должно действовать правило, согласно которому полученные адвокатом в ходе опроса сведения могут быть использованы в качестве доказательств при условии дачи опрошенным лицом в судебном заседании своих показаний

(объяснений) в качестве свидетеля (лица, участвующего в деле). Из этого правила должны существовать исключения: 1) в случае неявки свидетеля (при согласии обеих сторон); 2) при неявке опрошенного лица в суд по причине: смерти, тяжелой болезни, препятствующей явке в суд, чрезвычайного обстоятельства (по ходатайству стороны или по инициативе суда). Также акт опроса может быть оглашен судом в судебном заседании при наличии существенных противоречий между показаниями, данными опрошенным лицом адвокату, и показаниями (объяснениями) этого лица в суде.

11. Предлагается норма Закона об адвокатской деятельности, предусматривающая общие правила проведения адвокатом осмотра, взятия проб и образцов, эксперимента. Так, адвокат обязан уведомить всех заинтересованных лиц о производстве данных действий, получить письменное согласие собственника территории, на которой планируется их проведение; отбор адвокатом документов, предметов, иных материалов в качестве доказательств возможен только с согласия их собственника; адвокат имеет право привлекать специалиста для получения помощи по вопросам обнаружения и фиксации доказательств; процедура производства данных действий, а также содержание полученных сведений должны быть отражены в соответствующем акте.

В работе содержатся и другие положения, отличающиеся элементами научной новизны.

Теоретическая и практическая значимость исследования заключается в том, что содержащиеся в нем выводы и предложения могут быть использованы для совершенствования гражданского процессуального законодательства, законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре, создания методических рекомендаций для адвокатов по вопросам доказывания, проведения дальнейших исследований по заявленной теме. Положения диссертации могут быть применены в учебном процессе при преподавании таких дисциплин, как «Гражданское процессуальное право», «Адвокатура РФ», спецкурс по доказательственному праву.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена на кафедре гражданского процесса Юридического института Томского государственного университета, где проведено ее рецензирование и обсуждение. Основные положения исследования докладывались на научно-практических конференциях, проводимых в 2004-2007 г.г. в Томске. По теме диссертации опубликовано шесть статей.

Структура работы. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих 9 параграфов, заключения, списка использованных нормативных актов и литературы, приложений.

Основное содержание работы

Во введении обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, раскрывается степень ее научной разработанности, излагаются цели и задачи; определяются объект и предмет исследования; освещается теоретическая база, методологическая, нормативная и эмпирическая основы исследования; раскрываются научная новизна и положения, выносимые на защиту; определяются теоретическая и практическая значимость работы; содержатся сведения об апробации и структуре диссертации.

Глава первая - «Собирание доказательств в гражданском процессе» состоит из трех параграфов.

Первый параграф - «Собирание доказательств: понятие и место в структуре судебного доказывания» посвящен рассмотрению вопроса о месте деятельности по собиранию доказательств в структуре судебного доказывания.

Наибольшее распространение и поддержку в процессуально-правовой науке получила точка зрения, согласно которой судебное доказывание состоит из следующих строго сменяющих друг друга этапов: собирание, представление, исследование и оценка доказательств (Л.И. Анисимова, А.Г. Калпин, А.К. Сергун и др.). Автор диссертационного исследования ставит под сомнение правомерность выделения представления и собирания доказательств в качестве самостоятельных этапов судебного доказывания.

Анализ существующих в юридической литературе мнений относительно содержания и значения деятельности по собиранию и представлению доказательств позволил диссертанту сделать вывод о том, что представление доказательств может пониматься в двух значениях: 1) как заключительный этап собирания доказательств; 2) как способ формирования доказательственной базы, альтернативный собиранию доказательств. В первом значении представление доказательств входит в структуру деятельности по собиранию доказательств, представляя собой акт легитимации собранных материалов в качестве доказательств. Во втором значении представление и собирание доказательств составляют инициирующий этап доказывания, на котором происходит формирование доказательственной базы.

С учетом сказанного структура судебного доказывания определяется диссертантом через следующие этапы: 1) собирание и (или) представление доказательств, 2) исследование доказательств 3) их оценка.

Суть представления доказательств как способа формирования доказательственной базы заключается в передаче правомочными субъектами имеющихся в их распоряжении доказательств суду. Собирание же доказательств означает осуществление ими действий, направленных на получение новых или дополнительных доказательств.

Предлагается выделять две формы собирания доказательств: пассивную и активную. Собирание доказательств в пассивной форме реализуется через заявление перед судом ходатайств, направленных на привлечение доказательств. Собирание доказательств в активной форме означает совершение доказывающими субъектами самостоятельных, активных действий по обнаружению, получению доказательств.

В гражданском процессе формирование доказательственной базы происходит как путем представления доказательств, так и путем их собирания. Право лиц, участвующих в деле, представлять доказательства прямо закреплено в ч. 1 ст. 35, ч. 1 ст. 57 ГПК РФ. Правомочие собирать доказательства в пассивной форме предусмотрено в нормах ГПК РФ, наделяющих лиц, участвующих в деле, правом на заявление соответствующих ходатайств (ст.ст. 57, 62, 69, 79). Собирание доказательств в активной форме на сегодняшний день осуществляется не на основании гражданского процессуального закона, а на основании иных нормативно-правовых актов. Диссертантом проведен анализ норм действующего законодательства (п. 4 ст. 131 ГК РФ, п. 4 ст. 66 СК РФ, абз. 8 ст. 230 ТК РФ и др.), в результате которого делается вывод, что с целью собирания доказательств лицами, участвующими в деле, направляются запросы, опрашиваются граждане, берутся пробы и образцы, осуществляются иные действия. Именно такая деятельность по сбору доказательств в большей мере отвечает состязательному характеру гражданского судопроизводства, поскольку в ней проявляется инициативность доказывающих субъектов, их независимость от воли и усмотрения суда в решении вопроса о целесообразности получения того или иного доказательства.

На сегодняшний день собранные в результате самостоятельных активных действий материалы принимаются судом на основании права лиц, участвующих в деле, представлять доказательства (ч. 1. ст. 35, ч. 1 ст. 57 ГПК РФ). Данная ситуация должна быть исправлена, поскольку собирание и представление доказательств, как самостоятельные способы формирования доказательственной базы, предполагают совершение субъектами доказывания различного объема деятельности. Поэтому они нуждаются в отдельной правовой регламентации в гражданском процессуальном законе. В связи с этим вносится предложение, наделить лиц, участвующих в деле, правом на сбор доказательств. Вопрос о том, в каком объеме и каким образом должна быть

урегулирована деятельность по собиранию доказательств, предлагается решать с учетом структуры собирания доказательств, которая стала предметом исследования **второго параграфа – «Структура деятельности по собиранию доказательств».**

На основании проведенного анализа различных точек зрения ученых – процессуалистов по вопросу о структуре собирания доказательств диссертант предлагает выделять в ней следующие этапы: 1) обнаружение доказательств; 2) фиксация / получение доказательств; 3) представление доказательств.

Первый этап начинается с поиска доказательств, заканчивается их отысканием, выявлением. Поиск доказательств, рассматриваемый некоторыми авторами как самостоятельный этап собирания доказательств (Н.П. Кузнецов, Н.Н. Ковтун), включен диссертантом в стадию обнаружения доказательств по той причине, что поиск доказательств сам по себе без их обнаружения не имеет смысла, а потому не может являться целью деятельности субъекта доказывания и представлять собой отдельный этап собирания доказательств.

На втором этапе собирания доказательств происходит приобретение обнаруженных доказательств в распоряжение доказывающего субъекта. Автор делает вывод о существовании двух различных способов приобретения доказательств – это их получение и фиксация. Путем получения могут быть приобретены такие доказательства, которые объективированы в предметах, документах (т.е. письменные и вещественные доказательства). Если же речь идет о необходимости представления суду в качестве доказательств каких-либо сведений, которые на момент их обнаружения никак не зафиксированы, субъект доказывания обязан произвести их фиксацию, т.е. запечатление в установленном законом порядке (например, запротоколировать, произвести аудио - или видеосъемку).

Доказательства должны быть не только обнаружены и получены, но и представлены суду. В противном случае вся деятельность по обнаружению и получению доказательств не будет иметь никакого процессуального значения, собирание доказательств останется незавершенным, не будет достигнута его основная цель – доказательства не попадут в распоряжение суда.

Исходя из такого определения структуры собирания доказательств, делается вывод, что лишь в том случае, если законодательно закреплен весь путь собирания доказательства: от его поиска и обнаружения, до передачи суду, итогом данной деятельности может стать появление в процессе доказательства.

В ряде случаев обнаружение, получение предметов, документов, фиксация значимых для дела сведений происходит еще до начала судебного процесса (например, в рамках подготовки к предъявлению искового заявления). Данную деятельность диссертант предлагает рассматривать как предпроцессуальную деятельность по сбору доказательств. Обнаружение, получение и фиксация доказательств, осуществляемые после возбуждения судебного процесса, следует определять как процессуальную деятельность, поскольку она осуществляется участниками судебного разбирательства (лицами, участвующими в деле, их представителями), предопределяется процессуальной обязанностью, а именно обязанностью доказывать обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих требований и возражений.

Таким образом, собирание доказательств – это предпроцессуальная и процессуальная деятельность доказывающих субъектов по обнаружению, получению предметов, документов, фиксации значимых сведений об обстоятельствах дела, заканчивающаяся их представлением суду в качестве доказательств.

Предлагается непосредственно наделить лиц, участвующих в деле, правом на сбор доказательств, дополнив ч. 1 ст. 35 ГПК РФ. Кроме этого, вносится предложение, изменить формулировку ч. 1 ст. 57 ГПК РФ, включив в нее следующее положение: *«Доказательства собираются и представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. С этой целью они имеют право осуществлять поиск, получение предметов, документов, фиксацию значимых для дела сведений способами и в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации»...*

В качестве гарантии реализации права лиц, участвующих в деле, на сбор доказательств предлагается установить меру гражданской процессуальной ответственности в виде штрафа для должностных лиц и граждан, воспрепятствоваших реализации данного права. Штраф предлагается установить в следующих размерах: для должностных лиц - до десяти установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда (МРОТ), для граждан - до пяти МРОТ. Такую меру ответственности следует предусмотреть в ч. 2 ст. 57 ГПК РФ.

Отмечается, что ГПК РФ не может содержать в себе исчерпывающий перечень способов собирания доказательств, а также механизм реализации данного права. Связано это с тем, что способы собирания доказательств в конкретном деле зависят от различных обстоятельств (например, от вида материальных правоотношений, по поводу которых возник спор) и определяются широким массивом нормативно-правовых актов (ГК РФ,

СК РФ, ТК РФ, Таможенный кодекс и др.), в которых и должен быть определен порядок реализации соответствующих правомочий.

В третьем параграфе «Субъекты собирания доказательств» рассматривается вопрос о субъектах права на собирание доказательств, выявляются факторы, определяющие характер и содержание их доказательственной деятельности.

Основополагающим в решении вопроса о том, кто осуществляет доказывание в процессе и, в первую очередь, собирает доказательства, является принцип состязательности (ст. 12 ГПК РФ). Состязательный характер процесса означает, что стороны, иные лица, участвующие в деле, должны «состязаться» в процессе путем представления доказательств, обосновывающих их требования и возражения, а суд должен осуществлять единственную функцию - разрешение правового спора.

Современный гражданский процесс нельзя назвать состязательным в его классическом понимании. Анализ норм ГПК РФ показывает, что законодатель закрепляет за судом право (например, ч. 1 ст. 79 ГПК РФ), а иногда и обязанность (ч. 2 ст. 249, ч. 1 ст. 278 ГПК РФ) собирать доказательства. Таким образом, суд может не только контролировать процесс доказывания, оказывать лицам, участвующим в деле, содействие в собирании доказательств, но и собирать доказательства. Участие суда в доказывании – исключение из принципа состязательности, обусловленное обязанностью принять решение по делу не только законное, но и обоснованное (ч. 1 ст. 195 ГПК РФ)

Основными же субъектами собирания доказательств в гражданском процессе являются лица, участвующие в деле, их представители. Осуществление доказывания – это одна из основных их обязанностей (одновременно и право) в процессе (ч. 1 ст. 56 ГПК).

Особое внимание в работе уделено вопросу о правомерности выделения судебного представителя в качестве самостоятельного субъекта права на сбор доказательств. Диссертантом проведен анализ существующих в науке гражданского процессуального права точек зрения относительно статуса судебного представителя. Так, существует мнение, что участие представителя в судебном процессе не имеет самостоятельного характера, поскольку он действует от имени и за представляемого, поэтому не обладает какими-либо процессуальными правами, а лишь реализуют права своего представляемого (С.Н. Абрамов, М.А. Гурвич, А.Ф. Козлов, М.С. Шакарян). Более обоснованной представляется позиция, согласно которой судебный представитель является самостоятельным субъектом гражданских процессуальных правоотношений, выступая не за представляемого, а наряду с ним, и обладает в процессе своими

собственными процессуальными правами и обязанностями (А.А. Власов, Н.Б. Зейдер, Г.Л. Осокина, Д.М. Чечот и др.). Судебный представитель способен своими действиями вызывать возникновение, изменение, прекращение деятельности по осуществлению правосудия. Он обладает юридическим интересом в деле (процессуального характера), который обусловлен заинтересованностью в положительном исходе дела для своего представляемого. Все это позволяет утверждать, что статус судебного представителя соответствует признакам такой группы участников процесса, как лица, участвующие в деле. В связи с этим диссертант присоединятся к тем авторам, которые считают необходимым внести соответствующие изменения в ст. 34 ГПК РФ, устанавливающую перечень лиц, участвующих в деле, путем включения в него судебных представителей.

Как самостоятельный субъект гражданских процессуальных правоотношений, судебный представитель обладает самостоятельным правом на сбор доказательств.

Автор полагает, что объем прав по доказыванию зависит не только от процессуального статуса субъекта доказывания. Например, права по доказыванию прокурора, органов опеки и попечительства, исполнительных органов государственной власти, выступающих в качестве истцов, или адвоката, являющегося судебным представителем, определяются не только ГПК РФ, но и законодательством, регламентирующим их профессиональную, служебную деятельность. Таким образом, объем правомочий некоторых субъектов права на сбор доказательств зависит также от характера профессиональной, служебной деятельности.

Вторая глава диссертации - «Право адвоката на сбор доказательств» состоит из трех параграфов.

Параграф первый - «Адвокат как самостоятельный субъект права на сбор доказательств: дискуссионные аспекты» посвящен анализу аргументов, высказанных противниками активной доказательственной деятельности адвоката, и поиску соответствующих контраргументов.

Адвокат, участвуя в гражданском процессе в качестве представителя, является самостоятельным носителем права на сбор доказательств. При этом его доказательственная деятельность регламентируется не только ГПК РФ, но и Законом об адвокатской деятельности. В данном случае имеются в виду подп. 1, 2, 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности, которые наделили адвоката правом на запрос необходимых документов, опрос граждан, собирание предметов и документов.

В период подготовки проекта Закона об адвокатской деятельности, а также после его принятия в юридической науке озвучивались веские доводы против производства

адвокатом активных действий по сбору доказательств. Среди них: отсутствие у адвоката властных полномочий, вероятность злоупотребления правом со стороны недобросовестных адвокатов, односторонняя направленность деятельности адвоката и др. Автор, проанализировав высказанные доводы, пришел к выводу, что они не являются достаточными для того, чтобы исключать адвоката из числа субъектов, имеющих право активно собирать доказательства. При четкой регламентации деятельности адвоката по сбору доказательств на всех ее этапах, создании необходимых гарантий ее законности и решении вопроса об ответственности адвоката, его деятельность по сбору доказательств способна дать положительный эффект. Анализ судебной практики, опрос судей и самих адвокатов показывают, что при участии адвоката в процессе повышается доказательственная активность сторон, эффективность предпринимаемых ими мероприятий, направленных на пополнение доказательственной базы. Качественно проведенная работа по собиранию доказательств снимает с суда необходимость предпринимать какие-либо мероприятия, направленные на восполнение пробелов в доказывании, способствует своевременному рассмотрению и разрешению правового спора. Профессионализм адвоката, его способность надлежащим образом осуществить собирание доказательств обеспечивается целой системой норм Закона об адвокатской деятельности, закрепляющих требования к кандидатам на получение статуса адвоката, предусматривающих их права, обязанности и принципы деятельности.

Предоставление возможности адвокату совершать действия по собиранию доказательств является одной из мер, направленных на реализацию принципа состязательности.

Во втором параграфе - «Проблемы законодательной регламентации права адвоката на сбор доказательств (по Закону об адвокатской деятельности, ГПК РФ, УПК РФ) и практика его реализации» осуществлен анализ нормативно-правовой базы, регламентирующей деятельность адвоката по собиранию доказательств, а также изучена практика реализации адвокатом права на сбор доказательств в гражданском процессе.

По итогам изучения судебной практики, анкетирования судей и адвокатов был сделан вывод о том, что на сегодняшний день право адвоката на сбор доказательств не нашло своей эффективной реализации в гражданском процессе. Так, в ходе исследования материалов 325 гражданских дел, рассмотренных федеральным судом общей юрисдикции Октябрьского района г. Томска, было установлено, что никаких иных способов собирания доказательств, кроме направления запросов, адвокаты не применяют. Также около 75 % опрошенных адвокатов г. Томска и г. Новосибирска

отметили, что сталкиваются со сложностями при реализации данного права в сфере гражданского судопроизводства. При этом 67 % томских судей и 53 % судей г. Новосибирска на вопрос: «Стали ли адвокаты более активны в доказывании с момента вступления в силу Закона об адвокатской деятельности?» - ответили отрицательно.

Диссертант полагает, что неэффективность действия норм подп. 2, 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности обусловлена, в частности, следующими недостатками: 1) в указанных нормах не решен вопрос о процессуальном значении собираемых адвокатом материалов; 2) не установлены порядок производства опроса, получения предметов и документов, а также гарантии и права участников возникающих в связи с этим правоотношений, которые могли бы обеспечить законность и достоверность собранных материалов; 3) не определены способы собирания адвокатом предметов и документов, которые могут быть признаны письменными и вещественными доказательствами.

С целью исправления сложившейся ситуации и обеспечения эффективной реализации права адвоката на сбор доказательств предлагается внести целый ряд изменений и дополнений в Закон об адвокатской деятельности. В частности, предлагается: 1) прямо закрепить право адвоката на сбор доказательств, изменив формулировку подп. 3 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности; 2) установить исчерпывающий перечень способов собирания доказательства. В качестве таковых предлагаются: запрос документов, опрос граждан, осмотр, обращение в экспертные учреждения с целью получения экспертного заключения, проведение эксперимента, взятие проб и образцов; 3) закрепить нормы, предусматривающие порядок производства данных действий.

Порядок реализации правомочий адвоката по сбору доказательств (права на опрос, запрос, осмотр и т.д.) должен быть прописан именно в Законе об адвокатской деятельности, а не в ГПК РФ. ГПК РФ не призван регулировать деятельность адвоката, поскольку адвокат здесь выступает лишь как один из возможных кандидатов на роль судебного представителя. Деятельность адвоката в доказывании может быть урегулирована ГПК РФ лишь в том объеме, в каком это касается и иных судебных представителей. В этом плане на регламентацию деятельности адвоката по сбору доказательств направлены нормы ч.ч. 1, 2 ст. 57 ГПК РФ (в предложенной диссертантом формулировке).

Третий параграф - «Общие требования, предъявляемые к деятельности адвоката по собиранию доказательств» состоит из двух подпараграфов.

В первом подпараграфе - «Требования, направленные на обеспечение соответствия собираемых адвокатом материалов признакам судебных доказательств» проанализированы нормы гражданского процессуального законодательства, соблюдение которых позволит адвокату использовать собранные им материалы в качестве доказательств.

В соответствии со ст.ст. 55, 60 ГПК РФ доказательства должны соответствовать признакам относимости, допустимости и законности. Указанные нормы можно расценивать как правила поведения для доказывающих субъектов. В соответствии с данными правилами адвокат должен собирать доказательства: 1) подтверждающие или опровергающие факты правовой действительности, нуждающиеся в доказывании, с которыми закон связывает наступления тех или иных правовых последствий; 2) соответствующие по своей форме тем средствам доказывания, которые предусмотрены ГПК РФ; 3) способные в соответствии с законом подтвердить искомые факты. При осуществлении данной деятельности адвокат обязан строго соблюдать предусмотренную законом процедуру получения тех или иных доказательств. Материалы, собранные с нарушением указанных требований не могут быть доказательствами по делу.

Особое внимание в работе уделено вопросу о том, какие нарушения закона приводят к незаконности доказательств. Изучив мнение ученых – процессуалистов, а также Пленума Верховного Суда РФ, выраженного в Постановлении от 31.10.1995 N 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», был сделан вывод, что к незаконности доказательств ведут только существенные нарушения закона. Так, не могут быть использованы в процессе доказательства, полученные неуполномоченным субъектом, с нарушением конституционных прав граждан, процессуального порядка сбора и фиксации доказательств. Диссертант предлагает дополнить данный перечень фактом нарушения субъектом доказывания режима доступа к информации, составляющей охраняемую законом тайну. В связи с этим предложением в работе подробно рассматриваются коллизии, возникающие при определении соотношения права адвоката на сбор доказательств и режима охраняемой законом тайны.

Право адвоката на сбор доказательств ограничено по отношению к информации, которая имеет режим охраняемой законом тайны. Это относится к информации о частной жизни человека, профессиональной, служебной, коммерческой, банковской, государственной тайне. Порядок доступа, использования данной информации установлен различными нормативными актами: Федеральным законом «Об информации,

информационных технологиях и о защите информации», Федеральным законом «О персональных данных», Федеральным законом «О государственной тайне» и т.д.

В ходе интервьюирования адвокатов было выявлено, что многие из них полагают, что имеют право запрашивать сведения любого содержания. Данное мнение нашло свое распространение и среди некоторых ученых (С.С. Якимова). Поводом для такого мнения послужила норма подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности, которая, закрепляя право адвоката на запрос необходимых документов, не содержит в себе никаких оговорок и ограничений. В связи с этим при реализации данного права на практике достаточно часто возникают конфликты, связанные с различным пониманием объема правомочий адвоката.

Диссертант отмечает, что нормы законодательства, устанавливающие особые (ограниченные) режимы доступа к той или иной информации, являются специальными. Они направлены на защиту информации, требующей особой охраны со стороны государства. Обеспечение адвокату доступа к информации такого рода поставило бы под угрозу конкретные ценности: права граждан, их законные интересы, независимость представителей отдельных профессий, безопасность государства и т.д. В связи с этим предлагается прямо ограничить право адвоката на получение информации, имеющей особый режим доступа. Такое законоположение необходимо закрепить в подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности.

Нарушение адвокатом требований закона, касающихся порядка собирания, хранения, использования информации, которая находится под особой охраной государства, может повлечь за собой не только исключение собранной противозаконным путем информации из доказательственной базы, но и наступление предусмотренной законом ответственности: дисциплинарной, гражданско-правовой, административной или уголовной.

Во втором подпараграфе - «Требования, обусловленные профессиональной этикой адвокатов» рассмотрены вопросы, связанные с собиранием доказательств адвокатом, которые не нашли своего законодательного разрешения или же были решены не в полной мере и составляют в связи с этим сферу регулирования нравственности и профессиональной этики.

Адвокат при решении вопроса о согласованности его действий по доказыванию с волей доверителя должен руководствоваться правилами профессиональной этики. Направленность доказательственной деятельности адвоката обусловлена правовыми интересами доверителя. В то же время наличие соглашения о судебном

представительстве не означает, что адвокат может любыми путями и способами отстаивать интересы своего доверителя. Независимость адвоката от клиента - одна из составляющих адвокатской этики. В этом отношении важной является норма п. 1 ст. 10 Кодекса профессиональной этики адвоката, которая гласит, что «закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или указания доверителя, направленные к несоблюдению закона ..., не могут быть исполнены адвокатом».

При решении вопроса о согласованности деятельности адвоката по сбору доказательств с волей доверителя диссертант предлагает исходить из следующего правила: адвокат собирает доказательства, обосновывающие заявленные клиентом исковые требования (возражения против них), самостоятельно очерчивая круг необходимых доказательств и выбирая способы их получения, при этом он не может совершать такие действия по собиранию доказательств, против которых прямо возражает представляемый.

Следующая проблема, которая может быть разрешена только с позиций этики, звучит так: может ли адвокат представлять суду доказательства, в достоверности которых он сам не уверен? Автор диссертационного исследования, разделяя в этом вопросе точку зрения М.С. Строговича, А.А. Власова, полагает, что адвокат не вправе представлять суду заведомо ложное доказательство, однако если в достоверности доказательства имеются лишь неподтвержденные сомнения, адвокат вправе и должен представить его суду. В противном случае, он может неоправданно поставить под угрозу юридические интересы своего доверителя.

Одной из существенных проблем, решение которой зависит от профессиональных и нравственных качеств адвоката, является проблема его активности в отстаивании интересов доверителя. Чаще всего, активность адвоката в процессе зависит от размера предлагаемого гонорара. Нередки случаи, когда адвокат не затрудняет себя совершением каких-либо самостоятельных действий по доказыванию, ограничиваясь дачей клиенту указаний, какие документы необходимо представить в суд, и в какой срок. Между тем, принимая на себя функции судебного представителя, адвокат возлагает на себя обязательства по доказыванию, вытекающие из содержания ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, в соответствии с которой каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Поэтому профессиональная этика требует от адвоката максимальной активности в сфере доказывания.

Не подпадает под регулирование гражданского процессуального законодательства и вопрос о моменте представления доказательств в процесс. Пользуясь этим, некоторые адвокаты не торопятся с представлением суду собранных доказательств, преследуя при этом не самые благие цели (например, лишение процессуального противника возможности подготовить контрдоказательство). Диссертант полагает, что затягивание адвокатом момента представления доказательств должно априори оцениваться как противоречащее профессиональной этике, обратное, в случае необходимости, он должен обосновать.

В соответствии с правилами профессиональной этики адвокат обязан сохранять адвокатскую тайну, которую составляют любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю (п. 1 ст. 8 Закона об адвокатской деятельности). В частности, сведения, касающиеся вопросов доказывания и доказательств.

Третья глава - «Способы собирания доказательств адвокатом» состоит из трех параграфов.

Первый параграф «Адвокатский запрос на получение доказательств» посвящен совершенствованию механизма запроса адвокатом необходимых сведений, документов.

Обращается внимание на то, что в норме подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности, регламентирующей порядок запроса адвокатом сведений и документов, имеется ряд недостатков, препятствующих эффективному применению запроса как способа собирания доказательств.

Так, по мнению автора, необходимо расширить перечень субъектов, от которых адвокат имеет право запросить документы, путем включения в него индивидуальных предпринимателей.

Законодатель не устанавливает каких-либо требований к форме и содержанию адвокатского запроса. Это обстоятельство привело к тому, что адресаты запроса нередко произвольно устанавливают такие требования в качестве условий его исполнения, чем необоснованно ограничивают право адвоката на запрос. В связи с этим диссертант предлагает закрепить в Законе об адвокатской деятельности норму, определяющую требования к форме и содержанию запроса.

Гарантиями права адвоката на запрос должны быть: 1) законодательно установленный срок для ответа на запрос; 2) соответствующая мера юридической ответственности за его неисполнение. Федеральным законом от 20 декабря 2004г. №163-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности

и адвокатуре в Российской Федерации» был установлен предельный срок исполнения адвокатского запроса, равный одному месяцу. Автор диссертационного исследования аргументирует необходимость сокращения данного срока до 15 дней, что в большей мере гарантировало бы адвокату возможность своевременного получения и представления доказательств суду. Своевременное совершение процессуальных действий – один из показателей качества оказанной адвокатом юридической помощи. Особую актуальность реализация данного предложения имеет при участии адвоката в рассмотрении таких категорий дел, срок рассмотрения и разрешения которых - до одного месяца (ч.ч. 1, 2 ст. 154 ГПК РФ). Анализ законотворческой практики регулирования сроков для ответов на обращения физических и юридических лиц показывает, что месячный срок дается органам власти для ответа на такие обращения, которые требуют принятия конкретных мер по ним, когда же речь идет о предоставлении информации – устанавливаются более короткие сроки. Кроме этого, предлагается обязать получателей запроса в случае невозможности его исполнения предоставлять адвокату мотивированный отказ в письменном виде.

Поскольку исполнение запроса – это обязанность его получателя (подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности), то неисполнение данной обязанности должно влечь за собой конкретную ответственность. На сегодняшний день такая ответственность законом не предусмотрена. В юридической науке уже озвучивались варианты решения данной проблемы. Например, предлагалось установить административную ответственность (В.В. Гусев, В.В. Ясельская). Диссертант полагает, что при решении вопроса о виде ответственности субъектов, не исполнивших запрос, целесообразно исходить из того, для оказания какой именно юридической помощи адвокату был необходим тот или иной документ. Если документ был запрошен в связи с участием адвоката в судебном процессе, вопрос об ответственности субъектов, не исполнивших запрос, целесообразно решать на уровне соответствующего процессуального законодательства (АПК РФ, ГПК РФ, УПК РФ). Процессуальная ответственность в этом случае является предпочтительной перед иными видами юридической ответственности, поскольку позволяет адвокату получить защиту своего права на собирание доказательств в рамках того же дела, в связи с рассмотрением которого был направлен запрос. Для защиты же права на получение документов по запросу при оказании адвокатом иных видов юридической помощи целесообразно установить административную ответственность за неисполнение адвокатского запроса в виде штрафа.

Таким образом, за неисполнение запроса, направленного для получения доказательства в связи с рассмотрением гражданского дела, должна следовать гражданская процессуальная ответственность за воспрепятствование в собирании доказательств (в порядке предложенной ранее нормы ч. 2 ст. 57 ГПК РФ).

На основании сделанных предложений диссертантом формулируется новая редакция подп. 1 п. 3 ст. 6 Закона об адвокатской деятельности, а также специальная норма, регламентирующая порядок реализации адвокатом права на запрос. Также разработана примерная форма запроса (Приложение 3).

Второй параграф - «Право адвоката на получение доказательств путем опроса граждан» посвящен разработке процедуры опроса адвокатом граждан и фиксации полученных в его ходе сведений.

По результатам исследования судебной практики, анкетирования и интервьюирования судей и адвокатов делается вывод, что на сегодняшний день полученные адвокатом в ходе опроса сведения используются исключительно для обоснования ходатайства о вызове гражданина в суд в качестве свидетеля, но не в качестве самостоятельных доказательств. Автор связывает это с отсутствием законодательно установленной процедуры производства опроса и фиксации полученных сведений, что не позволяет обеспечить их допустимость и законность. С целью решения данной проблемы предлагается закрепить в Законе об адвокатской деятельности специальную норму, посвященную порядку проведения опроса.

В качестве субъектов опроса автор называет лиц, участвующих в деле, а также потенциальных свидетелей. Под потенциальными свидетелями предлагается понимать лиц, которые обладают значимой для дела информацией и могут быть беспрепятственно вызваны в суд в качестве свидетелей. Для предотвращения случаев злоупотребления адвокатами правом на опрос, провоцирования спорных ситуаций по поводу возможности использования полученных сведений в качестве доказательств из-за сомнений в их достоверности целесообразно установить запрет на проведение адвокатом опросов: 1) лиц, обладающих свидетельским иммунитетом; 2) лиц, страдающих психическими заболевания, иными заболеваниями, препятствующими адекватному восприятию и воспроизведению информации; 3) лиц, не достигших совершеннолетия.

Полученные адвокатом в ходе опроса сведения должны обладать гарантией достоверности. В связи с этим предлагается криминализировать такое деяние, как дача гражданином заведомо ложных показаний адвокату в ходе опроса, внеся соответствующие изменения в норму ст. 307 УК РФ.

Доказательственная ценность полученной адвокатом в ходе опроса информации зависит от ее способности отразить действительные обстоятельства дела. В связи с этим предлагается установить правило, согласно которому адвокат должен осуществить дословную фиксацию всех полученных при опросе сведений и ознакомить опрошенного гражданина с документом, отразившим содержание опроса.

В качестве общего должно действовать правило, согласно которому полученные адвокатом в ходе опроса сведения могут быть использованы в качестве доказательств при условии дачи опрошенным лицом своих показаний (объяснений) в качестве свидетеля (лица, участвующего в деле) в судебном заседании. Из этого правила должны существовать исключения: 1) в случае неявки свидетеля (при согласии обеих сторон); 2) при неявке опрошенного лица в суд по причине: смерти, тяжелой болезни, препятствующей явке в суд, чрезвычайного обстоятельства (по ходатайству стороны или по инициативе суда). Показания, полученные адвокатом в ходе опроса, также могут быть оглашены судом, если между ними и показаниями (объяснениями), данными опрошенным лицом в судебном заседании в качестве свидетеля (лица, участвующего в деле) имеются противоречия.

Процедура опроса должна предусматривать применение адвокатом специальных мер, призванных обеспечивать законность производства опроса, правильность, полноту фиксации полученных сведений. В качестве таких мер автором предлагаются: участие понятых, видеосъемка опроса (по выбору адвоката).

Процедуру производства опроса и полученные адвокатом сведения предлагается отражать в акте опроса, который должен соответствовать предусмотренным в законе требованиям.

Несоблюдение адвокатом процедуры проведения опроса, приведшее к нарушению конституционных и иных прав граждан, или совершение адвокатом в ходе опроса противоправных действий должно влечь за собой предусмотренную законодательством Российской Федерации ответственность.

С учетом сказанного, в работе сформулированы нормы Закона об адвокатской деятельности, посвященные опросу, а также разработана примерная форма акта опроса (Приложение 4).

Третий параграф «Иные способы собирания доказательств адвокатом» посвящен таким способам собирания доказательств адвокатом, как обращение в экспертное учреждение с целью получения экспертного заключения, осмотр, взятие проб и образцов, проведение эксперимента.

ГПК РФ признает возможность проведения экспертизы только на основании определения суда (ч. 1 ст. 79). Между тем, в судебной практике широко применяются и результаты внесудебных экспертиз, которые представляются и оцениваются в качестве письменных доказательств. Диссертант предлагает легализовать эти доказательства как заключения экспертов, что соответствовало бы их смыслу и значению. В связи с этим предлагается наделить лиц, участвующих в деле, правом самостоятельно, минуя суд, обращаться в экспертные учреждения с целью получения экспертного заключения. Вопрос о том, каким образом должно быть реализовано данное предложение является предметом самостоятельного исследования, поэтому в рамках настоящего диссертационного исследования не рассматривается. Таким образом, порядок собирания доказательств адвокатом путем обращения в экспертные учреждения с целью получения заключения должен быть предусмотрен ГПК РФ.

Осмотр может быть проведен в отношении предметов, документов, недвижимости и иных объектов материального мира. Сведения, полученные адвокатом в ходе осмотра, зафиксированные на какой-либо материальный носитель, могут стать доказательствами по делу. Значение зафиксированных адвокатом в ходе осмотра сведений трудно переоценить в тех случаях, когда к моменту производства осмотра доказательств судом (в порядке ст. 58, ч. 2 ст. 74, ст. 75 ГПК РФ) значимые для дела сведения (например, их свойства, состояние) были утрачены.

Взятие проб и образцов как способ собирания доказательств может применяться адвокатом в тех случаях, когда имеется необходимость в получении и представлении суду в качестве вещественных доказательств неких объектов материального мира. Данным способом могут отбираться также и материалы для проведения специального исследования (экспертизы).

Предлагаются общие правила проведения осмотра, а также взятия проб и образцов. 1. Проведение данных действий на территории, являющейся частной собственностью, а также получение при их производстве предметов, документов, иных материалов, находящихся в собственности, может быть осуществлено только с письменного согласия собственника. Участие граждан в данных процедурах возможно лишь с их добровольного согласия. 2. О производстве данных действий адвокат обязан предварительно уведомить всех заинтересованных лиц (процессуальных противников, собственников объектов осмотра). В случае если извещение заинтересованных лиц было невозможным, адвокат обязан ознакомить их с актом производства данных действий для дачи пояснений и замечаний. 3. Адвокат может обращаться к специалисту за помощью в

обнаружении, получении доказательств и их фиксации. 4. При производстве данных действий должны участвовать понятые либо адвокат обязан осуществить видеозапись данных мероприятий. 5. По итогам совершения данных действий должен составляться соответствующий акт.

Значение эксперимента в работе не рассматривается, поскольку данный способ собирания доказательств едва ли может найти свое применение в сфере гражданского процесса. Между тем, автор диссертационного исследования полагает, что предложенные правила производства осмотра, взятия проб и образцов могут быть применены и к эксперименту.

Сформулированные правила производства осмотра, эксперимента, взятия проб и образцов заключаются диссертантом в единую норму Закона об адвокатской деятельности.

В заключении приводятся предложения по совершенствованию действующего законодательства, которые в своей совокупности призваны обеспечить надлежащую реализацию права адвоката на сбор доказательств в гражданском процессе.

В Приложениях содержатся: анкеты по изучению мнения адвокатов и судей о возможности реализации в рамках гражданского судопроизводства прав адвоката по сбору доказательств, провозглашенных ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», разработанные диссертантом примерные формы адвокатского запроса на получение необходимых документов и акта опроса граждан.

По теме диссертации автором опубликованы следующие работы:

1. Макушкина Е.Э. К вопросу о праве адвоката на сбор доказательств в гражданском процессе // Адвокатура и адвокатская деятельность в свете современного конституционного права: (К 10-летию принятия Конституции России): Материалы Международ. науч.-практ. конф., Екатеринбург, 29-30 дек. 2003г. – Екатеринбург: Изд-во «Чароид», 2004. (0,46 п.л.).

2. Макушкина Е.Э. Некоторые аспекты деятельности адвоката как субъекта доказывания // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. – Ч. 19 / Под ред. Б.Л. Хаскельберг, В.М. Лебедева. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2004. (0,2 п.л.).

3. Макушкина Е.Э. Реализация принципа состязательности в процессе доказывания по делам гражданского судопроизводства // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. – Ч. 24 / Под ред. Б.Л. Хаскельберг, В.М. Лебедева. Г.Л. Осокиной. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2005. (0,35 п.л.).

4. Макушкина Е.Э. О праве адвоката на получение доказательств путем опроса // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. – Ч. 32 / Ред. Б.Л. Хаскельберг, В.М. Лебедев, Г.Л. Осокина. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2006. (0,3 п.л.)

5. Макушкина Е.Э. К вопросу о сроках предоставления адвокату запрошенных им доказательств // Юрист. - 2007. - № 1. (0,3 п.л.)

6. Макушкина Е.Э. Пределы реализации адвокатом права на сбор доказательств // Вестник Томского государственного университета. - 2007. - Апрель. - №297. (0,4 п.л.).