

Федеральная палата адвокатов
Российской Федерации

ПАМЯТКА

молодому адвокату

**Памятка адвокату о практических
вопросах, возникающих
при реализации права адвоката
на адвокатский запрос**

Москва
2023

Автор:

Бурлаченко Андрей Сергеевич – адвокат АП Московской области, лауреат Всероссийского конкурса среди адвокатов «Лучшая памятка», проведенного Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации, – 1-е место в номинации «Памятка молодому адвокату».

Памятка молодому адвокату. Памятка адвокату о практических вопросах, возникающих при реализации права адвоката на адвокатский запрос / Бурлаченко А.С. – М., 2023. – 16 с.

1. Куда (по какому адресу), к какому должностному лицу обращаться с адвокатским запросом?

Обращаться необходимо по юридическому адресу юридического лица, который необходимо брать непосредственно из выписки из ЕГРЮЛ: <https://egrul.nalog.ru/index.html>

В выписке из ЕГРЮЛ также указано физическое лицо, которое является руководителем (генеральным директором) юридического лица. Именно этот руководитель и будет должностным лицом, привлекаемым к административной ответственности по ст. 5.39 КоАП РФ в случае наличия на то законных оснований.

2. С какого момента (даты) возникает возможность привлечь должностное лицо к административной ответственности по признакам ст. 5.39 КоАП РФ?

Как усматривается из положений ч. 2 ст. 6.1 ФЗ-63: «*Органы государственной власти, органы местного самоуправления, общественные объединения и иные организации, которым направлен адвокатский запрос, должны дать на него ответ в письменной форме в тридцатид-*

невный срок со дня его получения. В случаях, требующих дополнительного времени на сбор и предоставление запрашиваемых сведений, указанный срок может быть продлен, но не более чем на тридцать дней, при этом адвокату, направившему адвокатский запрос, направляется уведомление о продлении срока рассмотрения адвокатского запроса».

Таким образом, по истечении указанных в законе сроков, с учетом процедуры их продления, у адвоката возникает право обратиться с заявлением о привлечении должностного лица к административной ответственности.

3. С какой даты считается, что юридическое лицо получило адвокатский запрос?

Адвокатский запрос рекомендуется отправлять заказным письмом с уведомлением о вручении почтового отправления или ценным письмом с описью вложения.

Как усматривается из ч. 3 ст. 54 ГК РФ: «В едином государственном реестре юридических лиц должен быть указан адрес юридического лица в пределах места нахождения юридического лица. Юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу».

Как усматривается из ч. 1 ст. 165.1 ГК РФ: «Заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех слу-

чаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним».

Как указано на сайте «Почты России»: «Срок хранения почтовых переводов и письменной корреспонденции, к которой также относятся международные мелкие пакеты – 30 дней. По истечении сроков хранения регистрируемые отправления (посылки, заказные и ценные письма, заказные и ценные бандероли, заказные открытки, экспресс-отправления EMS) пересылают по обратному адресу за счет отправителя. Если отправитель не забирает возвращенное отправление в течение срока хранения – отправление считается «невостребованным» и хранится 6 месяцев, после чего уничтожается». <https://www.pochta.ru/support/post-rules/sendings-storage>

Отслеживать движение почтового отправления можно по номеру «почтового идентификатора» (РПО) на сайте «Почты России» (необходимо ввести трек-номер, указанный в квитанции об отправке): <https://www.pochta.ru/tracking>

Таким образом, датой, с которой считается, что юридическое лицо получило адвокатский запрос, является следующий день после 30-го дня поступления почтового отправления в отделение связи по месту нахождения юридического лица.

Указанные обстоятельства имеют существенное значение при расчете срока на привлечение должностного лица к административной ответственности.

4. Какой срок давности на привлечение к административной ответственности по ст. 5.39 КоАП РФ?

Согласно ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 5.59 КоАП РФ, составляет три месяца.

5. Куда подавать заявление о привлечении к административной ответственности по ст. 5.39 КоАП РФ?

Поскольку возбуждение дела об административном правонарушении за отказ в предоставлении информации осуществляется прокурором, нужно обратиться с заявлением в прокуратуру района или города, в котором находится юридическое лицо, должностное лицо которого отказало вам в предоставлении информации (образец заявления находится в разделе «файлы» группы АДВОКАТСКИЙ ЗАПРОС).

Согласно ч. 2 ст. 28.4 КоАП РФ о возбуждении дела об административном правонарушении прокурором выносится постановление, которое должно содержать сведения, предусмотренные ст. 28.2 КоАП РФ. Далее материалы дела об административном правонарушении, предусмотренном ст. 5.39 КоАП РФ, передаются для рассмотрения мировому судье.

6. В каком порядке обжаловать отказ, если должностное лицо не является субъектом привлечения к административной ответственности?

В соответствии с ч. 2 ст. 24.5 КоАП РФ «в случае, когда административное правонарушение совершено лицом, указанным в части 1 статьи 2.5 настоящего Кодекса, за исключением случаев, когда за такое административное правонарушение это лицо несет административную ответственность на общих основаниях, производство по делу об административном правонарушении после выяснения всех обстоятельств совершения административного правонарушения подлежит прекращению для привлечения указанного лица к дисциплинарной ответственности». В данном случае защита права возможна путем подачи административного иска по правилам КАС РФ. Вариантом исковых требований могут быть: 1) признание незаконными действий (бездействия) должностного лица, вызвавшихся в отказе предоста-

вить информацию по адвокатскому запросу; 2) обязанность должностного лица предоставить информацию по адвокатскому запросу.

7. В каком порядке обжаловать определение прокурора об отказе в возбуждении дела об административном правонарушении?

Жалоба подается в районный (городской) суд. Компетенция федерального судьи (образец жалобы находится в разделе «файлы» группы АДВОКАТСКИЙ ЗАПРОС).

В соответствии с ч. 4 ст. 30.1 КоАП РФ определение об отказе в возбуждении дела об административном правонарушении обжалуется в соответствии с правилами, установленными главой 30 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.2 КоАП РФ жалоба может быть подана непосредственно в суд, вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, уполномоченным ее рассматривать.

Необходимо обратить внимание на срок обжалования.

В соответствии с ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ жалоба на постановление по делу об административном правонарушении может быть подана в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

8. Что делать в случае отсутствия какой-либо реакции прокурора в ответ на заявление о возбуждении административного производства по ст. 5.39 КоАП РФ?

Иногда вместо определения приходит письмо, что ваше «обращение» рассмотрено, «оснований нет».

Как усматривается из правовой позиции, изложенной в Постановлении КС РФ от 30 марта 2021 г. по делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 28.1 КоАП РФ и ч. 3 ст. 201 АПК РФ в связи с жалобой гражданки О.С. Яковенко: «Вместе с тем действующее правовое регулирование не препятствует физическому или юридическому лицу оспорить (обжаловать) соответствующий отказ в возбуждении дела об административном правонарушении – вынесенный по его обра-

щению, содержащему данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, уполномоченным должностным лицом не в форме мотивированного определения, как того требует часть 5 статьи 28.1 КоАП Российской Федерации, а в иной форме, – в порядке, предусмотренном для оспаривания (обжалования) определения об отказе в возбуждении дела об административном правонарушении, т.е. по правилам главы 30 КоАП Российской Федерации или главы 25 АПК Российской Федерации, если для этого нет прямо предусмотренных законом препятствий. Такой порядок позволяет при прочих равных условиях сократить время судебной или иной юрисдикционной проверки соответствующего отказа, которое необходимо для его оспаривания (обжалования) первоначально по правилам главы 22 КАС Российской Федерации или главы 24 АПК Российской Федерации, а затем – по правилам главы 30 КоАП Российской Федерации или главы 25 АПК Российской Федерации. Это важно для сохранения возможности в дальнейшем возбудить дело и рассмотреть его в пределах установленного срока давности привлечения к административной ответственности, а значит, для действенной судебной защиты прав граждан в сфере производства по делам об административных правонарушениях».

Таким образом, теперь можно не ждать вынесения определения об отказе в возбуждении административного производства и сразу подавать жалобу в суд при наличии отказа, изложенного не в форме мотивированного определения.

9. На что необходимо обращать внимание при подаче запросов относительно информации, которая согласно ФЗ-152 «О персональных данных» может быть отнесена к охраняемым законом персональным данным?

В соответствии с п. 3) ч. 4 ст. 6.1 ФЗ-63 в предоставлении адвокату запрошенных сведений может быть отказано в случае, если запро-

шенные сведения отнесены законом к информации с ограниченным доступом. Как показала практика, это, пожалуй, самое распространенное основание для отказа в предоставлении информации по адвокатскому запросу. Однако в этом случае должностное лицо обязательно указать конкретную норму такого закона. В отказе должностные лица, как правило, ссылаются на ст. 7 ФЗ-152 «Операторы и иные лица, получившие доступ к персональным данным, обязаны не раскрывать третьим лицам и не распространять персональные данные без согласия субъекта персональных данных, если иное не предусмотрено федеральным законом». В качестве попытки преодоления такого отказа предлагаю в адвокатском запросе отдельным пунктом указывать, например, такую формулировку: «В случае, если запрашиваемая информация отнесена законом к персональным данным, прошу незамедлительно обратиться к субъекту персональных данных за получением его согласия». Кроме того, исходя из диспозиции ч. 3 ст. 9 ФЗ-152, в адвокатском запросе можно просить предоставить доказательства обращения за согласием, а также доказательства получения отказа. В дальнейшем непредоставление доказательств обращения к субъекту и доказательств получения отказа можно трактовать как наличие состава по ст. 5.39 КоАП РФ. То есть оператор не выполнил всех своих обязанностей, предусмотренных ФЗ-152, в результате незаконно отказал в предоставлении информации по адвокатскому запросу.

Ниже приведен примерный вариант формулировки требований в адвокатском запросе (формулировки могут дорабатываться и уточняться):

1. Прошу предоставить сведения (информацию) _____;
2. В случае, если запрашиваемая информация отнесена законом к персональным данным, незамедлительно обратиться к субъекту персональных данных за получением его согласия.

3. Предоставить доказательства обращения к субъекту персональных данных за получением его согласия, а также доказательства получения отказа субъекта персональных данных в предоставлении запрашиваемой информации.

При рассмотрении дела в суде в рамках КоАП РФ необходимо обращать внимание на то:

- кто указан в качестве лица, привлекаемого к административной ответственности, а также по какому именно адресу и кого (какое лицо) суд уведомляет о рассмотрении дела. Были случаи, что суд по ошибке уведомлял не должностное лицо, а юридическое лицо (ненадлежащее уведомление);
- кто именно приходит в суд в качестве защитника (как усматривается из ч. 3 ст. 25.5 КоАП РФ, «полномочия адвоката удостоверяются ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием. Полномочия иного лица, оказывающего юридическую помощь, удостоверяются доверенностью, оформленной в соответствии с законом»). Очень часто в процесс приходит юрист по доверенности от юридического лица (ненадлежащий защитник). Необходимо помнить, что привлекаемым лицом является именно должностное лицо, то есть физическое лицо. Именно от привлекаемого лица должна быть доверенность (нотариально заверенная);
- кто указан в качестве потерпевшего. В качестве потерпевшего выступает именно адвокат. Были случаи, когда суд ошибочно указывал в качестве потерпевшего лицо, в интересах которого действует адвокат (доверителя). При этом у самого адвоката суд требовал ордер или доверенность. Кроме того, при реализации права на получение информации по адвокатскому запросу иногда возникают ситуации, когда в качестве основания для отказа указывается отсутствие ордера или доверенности со ссылкой на ч. 1 ст. 6 ФЗ-63.

Полагаю, что применение положений ч. 1 ст. 6 ФЗ-63 в части необходимости подтверждения полномочий адвоката путем представления ордера является ошибочным, так как при реализации своего права на адвокатский запрос адвокат действует от своего имени и реализует свое профессиональное право. Таким образом, при подаче адвокатского запроса адвокат не выступает в качестве представителя. Указанные обстоятельства также подтверждаются и непосредственно положением ст. 5.39 КоАП РФ, которая направлена на защиту профессионального права именно адвоката. При подаче адвокатского запроса адвокат выступает не в качестве представителя, а в качестве специального субъекта, имеющего право на получение информации по своему запросу. Таким образом, в рамках дела об административном правонарушении адвокат выступает в качестве потерпевшего, профессиональные права которого были нарушены;

- что прокурор – не участник процесса. В соответствии с п. 2) ч. 1 ст. 25.11 КоАП РФ прокурор в пределах своих полномочий вправе: участвовать в рассмотрении дела об административном правонарушении, представлять доказательства, заявлять ходатайства, давать заключения по вопросам, возникающим во время рассмотрения дела. В соответствии с п. 4) ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ дело об административном правонарушении считается возбужденным с момента: вынесения определения о возбуждении дела об административном правонарушении при необходимости проведения административного расследования, предусмотренного ст. 28.7 настоящего Кодекса. Определение о возбуждении дела об административном правонарушении прокурором не выносилось. Правовые основания для участия прокурора в судебном процессе отсутствовали. Как усматривается из положений ст. 24.6 КоАП РФ, генеральный прокурор Российской Федерации и на-

значаемые им прокуроры осуществляют в пределах своей компетенции надзор за соблюдением Конституции РФ и исполнением действующих на территории РФ законов при производстве по делам об административных правонарушениях, за исключением дел, находящихся в производстве суда. Как усматривается из правовой позиции, изложенной в п. 10 ППВС РФ от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», «поскольку должностные лица, составившие протокол об административном правонарушении, а также органы и должностные лица, вынесшие постановление по делу об административном правонарушении, не являются участниками производства по делам об административных правонарушениях, круг которых перечислен в главе 25 КоАП РФ, они не вправе заявлять ходатайства, отводы. Вместе с тем при рассмотрении дел о привлечении лиц к ответственности за административное правонарушение, а также по жалобам и протестам на постановления по делам об административных правонарушениях в случае необходимости не исключается возможность вызова в суд указанных лиц для выяснения возникших вопросов».

P.S. Данная Памятка ранее была представлена на Совете молодых адвокатов Московской области (СМАМО), а также прошла обсуждение в рамках проекта СМАМО «Особое мнение».

Федеральная палата адвокатов
Российской Федерации

ПАМЯТКА

молодому адвокату

**Памятка адвокату о практических
вопросах, возникающих
при реализации права адвоката
на адвокатский запрос**

