



АДВОКАТЫ АЛМАТЫ

СОДЕРЖАНИЕ

№3-4(45-46) 12'2015

Журнал зарегистрирован Министерством культуры, информации и общественного согласия Республики Казахстан, Свидетельство о постановке на учет средства массовой информации № 5658-Ж от 18. 02. 2005 г.

Издается с августа 2004 г.
Периодичность: 4 выпуска в год
Тираж: 1 000 экз.

Издатель:

Алматинская городская коллегия адвокатов,
Республика Казахстан, 050091,
г. Алматы, Наурызбай Батыра 49\61, тел. \факс
8(727) 278-04-77.

Главный редактор:

Неясова Н.М. – Заместитель
Председателя Президиума
Алматинской городской коллегии адвокатов

Выпускающий редактор:

Кусяпова Н.В., адвокат
Специализированной юридической
консультации «Адвокат»,
тел: 8 (727) 248-20-25

Редакционная коллегия:

Карчегенов К.К. – Председатель
Президиума Алматинской городской
коллегии адвокатов,
Байгазина Г.Б. – Член Президиума
Алматинской городской коллегии
адвокатов.

Дизайн, верстка, фотографии:

Соколов Н.Н.

Текущая подписка производится редакцией журнала «Адвокаты Алматы» и Алматинской городской коллегией адвокатов

Адрес редакции:

Республика Казахстан, 050091,
г. Алматы, Наурызбай Батыра 49\61, тел. \факс
8(727) 278-04-77,
e-mail: ukadvokat@mail. ru

Типография: «ИП Волкова»

Республика Казахстан, г. Алматы,
пр. Райымбека 212/1, оф. 104,
тел. 8 (727) 330-03-12.

Мнение авторов не всегда отражает точку зрения редакции.

Рукописи не возвращаются. Перепечатка материалов, содержащихся в журнале, допускается только по согласованию с редакцией; ссылка на журнал обязательна.

НОВОСТИ

Основные события	2
Фотоматериалы со спортивных мероприятий, посвященных празднованию Дня работников органов юстиции Республики Казахстан	3

СОБЫТИЯ

Место и роль адвокатуры в системе правосудия. <i>Розенцвайг А.В.</i>	10
Верховенство закона и итоги правовой реформы в Республике Казахстан /тезисы выступления/. <i>Канафин Д.К.</i>	13
Гарантии деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве. <i>Мусин С.А.</i>	14
Актуальные вопросы правового статуса адвоката в гражданском процессе. <i>Кусяпова Н.В.</i>	20
Этические аспекты взаимодействия адвокатов со СМИ. <i>Утебеков Д.Н.</i>	24
Фотоматериалы с Казахстанского форума адвокатов 2015	26

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Как из «Доверителя» не стать «Ответчиком»: вопросы представительства в гражданском судопроизводстве адвокатами и юристами. <i>Нельзон А.Ю.</i>	39
О совершенствовании (проблемах) судебной практики по усыновлению. <i>Ахметжанов С.А.</i>	43
К вопросу о противоречии некоторых норм действующего законодательства Конституции Республики Казахстан и международным обязательствам Казахстана. <i>Жайлауов Б.Р.</i>	47
К вопросу об изменениях в гражданском процессуальном кодексе. <i>Камышный А.Ф.</i>	53
К вопросу о практике применения норм Гражданского процессуального кодекса. <i>Айткожин М.М.</i>	58
Производство в суде кассационной инстанции согласно новому гражданскому процессуальному кодексу. <i>Ким С.С.</i>	60

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Раздел имущества, нажитого в «гражданском» браке. <i>Нусупбекова Б.С.</i>	65
Особенности государственной регистрации при отказе собственника от права собственности на недвижимое имущество. <i>Нургожаева С.Ш.</i>	68
Заверения и гарантии в договорных отношениях. <i>Джаболдинов О.Б.</i>	71

ТРУДОВОЕ ПРАВО

Расторжение трудового договора при ликвидации юридического лица. <i>Джаксыбеков Б.Б.</i>	77
--	----

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Выбор уполномоченного суда при заключении интернациональных торговых соглашений на примере законов Турецкой Республики. <i>Цой В.П., Кусаинова Ж.Ж., Хакан Юнджюоглу.</i>	81
Убийство лиц находящихся под защитой норм Международного права во время войны с нарушением законов и обычаев войны. <i>Нам Г.М., Нам В.И.</i>	84

АДВОКАТУРА

Партиципативные процедуры. <i>Раисова Б.А.</i>	95
Қорғаушы деген құрметті атақ. <i>Нұрлыбаев М.А.</i>	100

ДАТЫ, ЮБИЛЕИ

Интервью с Зыковой Елизаветой Дмитриевной. <i>Поздравление и интервью от редакции «Адвокаты Алматы»</i>	104
---	-----

ГОСТЬ

К вопросу об обращении банками взыскания в бесспорном (безакцептном) порядке. <i>Телеупов Р.Ж.</i>	108
--	-----

Основные события

Основными событиями четвертого квартала 2015 года стали следующие события:

1. 27 ноября 2015 года в г. Алматы в отеле «Royal Tulip» прошел Казахстанский форум адвокатов «Обеспечение верховенства права. Баланс обвинения и защиты» /План нации – 100 шагов/.

Организаторами Форума являлись: Республиканская коллегия адвокатов, Посольство США в Республике Казахстан, Офис программ ОБСЕ в Астане, Центр исследования правовой политики.

В Форуме приняли участие Заместитель Руководителя Администрации Президента Республики Казахстан, Председатель Конституционного Совета Республики Казахстан, Председатель Комитета по конституционному законодательству, судебной системе и правоохранительным органам, Заместитель Генерального прокурора Республики Казахстан, Глава Офиса программ ОБСЕ в Астане, представители Посольства США, Заместитель директора Центра исследования правовой политики, адвокаты Казахстана, адвокаты – гости из России, Белоруссии, Литвы, Украины, Турции.

Форум широко освещался казахстанскими СМИ.

Работа на Форуме осуществлялась по следующим секциям:

- 1) Адвокатура и государство. Конструктивное взаимодействие во имя верховенства права;
- 2) Гарантии адвокатской деятельности. Вопросы законодательства и правоприменительной практики;
- 3) Гарантии права гражданина на квалифицированную юридическую помощь;

- 4) Обеспечение этических стандартов профессии. Адвокаты и СМИ.

2. 03 декабря 2015 года состоялся Президиум Алматинской городской коллегии адвокатов, на котором были рассмотрены следующие вопросы:

- 1) Рассмотрено и удовлетворено 13 заявлений адвокатов об исключении из членов АГКА;
- 2) Рассмотрено и удовлетворено 7 заявлений о принятии в члены АГКА;
- 3) Рассмотрено и удовлетворено 31 заявление о приеме стажером адвоката;
- 4) Заслушаны отчеты стажеров, даны заключения о прохождении стажировки, расторжении договоров со стажерами;
- 5) Рассмотрена докладная И.О. главного бухгалтера по задолженности по членским взносам, принято решение возбудить дисциплинарные производства по факту неуплаты;
- 6) Рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Нурмагамбетова С.З.;
- 7) Рассмотрено заявление Карташова В.Г. о пересмотре решения заседания Президиума от 17.09.2015 г.;
- 8) Рассмотрены заявления Шинкеевой А.А., Асановой А.К., Жангисина А.Д. о пересмотре ранее принятых решений Президиума АГКА в отношении указанных лиц; решения Президиума АГКА принятые в отношении указанных лиц оставлены без изменения;
- 9) Рассмотрено и удовлетворено 3 заявления о приостановлении членства в АГКА;
- 10) Рассмотрено и удовлетворено 2 заявления о выделении материальной помощи.

3. 04 декабря 2015 года в г. Алматы в гостинице «Тянь Шань» состоялся семинар по обсуждению Нового Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан.

Семинар проведен членом рабочей группы по разработке ГПК в новой редакции, судьей Верховного Суда Республики Казахстан Сулейменовой Улбосын Аждаровой при участии Председателя Президиума Республиканской коллегии адвокатов Тугел Анвара Курманбаевича, Заместителя Председателя Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, члена Президиума Республиканской коллегии адвокатов Неясовой Набиры Мурзахметовны, Руководителя Центра стажировки и повышения квалификации адвокатов Алматинской городской коллегии адвокатов Байгазиной Гульнар Бакировны, адвокатов Алматинской городской коллегии адвокатов.

Семинар вызвал большой интерес среди адвокатов Алматинской городской коллегии адвокатов в связи со вступлением с 01 января 2016 года ГПК в новой редакции и необходимостью формирования правоприменительной практики. На семинаре были освещены положения новой редакции ГПК, в том числе общие положения, производство в суде первой инстанции, примирительные процедуры, включая урегулирование спора в порядке партициптивной процедуры, пересмотр дел в судах апелляционной и кассационной инстанций, переходные положения и др. Каждая сессия завершалась активным обсуждением и многочисленными вопросами к докладчику.

4. 10-11 декабря 2015 года в помещении Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов прошла очередная аттестация адвокатов Алматинской городской коллегии адвокатов. В этом году аттестацию проходили 82 человека.

5. 14 декабря 2015 года в Центре стажировки и повышения квалификации Алматинской городской коллегии адвокатов прошел семинар на тему: «Регламент проведения партициптивной процедуры адвокатами в гражданском процессе». Семинар вел адвокат Южно-Казахстанской коллегии адвокатов, тренер медиаторов – Раисова Б.А.

Фотоматериалы со спортивных мероприятий, посвященных празднованию Дня работников органов юстиции Республики Казахстан

01-02 октября 2015 года в рамках празднования Дня работников органов юстиции Республики Казахстан проведены спортивные мероприятия по следующим видам спорта: мини

футбол, волейбол, перетягивание каната, настольный теннис и шахматы, организованные Департаментом юстиции города Алматы.

В соревнованиях приняли участие сотрудники территориальных органов юстиции города Алматы, адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов, нотариусы Нотариаль-

ной палаты города Алматы, частные судебные исполнители Палаты частных судебных исполнителей города Алматы, оценщики Алматинской городской палаты оценщиков, эксперты Судебной медицинской экспертизы города Алматы, Института судебной экспертизы города Алматы, работники Центра по недвижимости по городу Алматы.



По итогам соревнований адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов заняли первые места по волейболу, шахматам и перетягиванию каната, а также второе место по настольному теннису, таким образом, заняв первое общеэчетное место.















СОБЫТИЯ

Материалы
с Казахстанского
форума адвокатов
2015

- 10 **Место и роль
адвокатуры в системе
правосудия**
- 13 **Верховенство закона
и итоги правовой
реформы в Республике
Казахстан**
- 14 **Гарантии деятельности
адвоката в уголовном
судопроизводстве**
- 20 **Актуальные
вопросы правового
статуса адвоката в
гражданском процессе**
- 24 **Этические стандар-
ты взаимодействия
адвокатов со СМИ.**
- 26 **Фотоматериалы с
Казахстанского форума
адвокатов 2015**



Место и роль адвокатуры в системе правосудия

РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович
адвокат, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
к.ю.н.

Отрадно, что вектор развития нашей страны все же выбран в сторону защиты прав человека и собственности.

Эта новая реальность со всей очевидностью предполагает установление в государстве принципа верховенства права.

Что включается в данное понятие? Это –

- Подчинение государства праву.
- Приоритет прав человека и обеспечение правового равенства всех.
- Независимый суд (когда судья перестает быть чиновником исполнительной власти).
- Гарантированное право собственности.
- Прекращение обвинительной связи между правоприменительными органами и судом.

Достижение такой качественно новой ситуации невозможно

без установления гибкой системы сдержек и противовесов.

Важная роль здесь должна быть отведена адвокатуре как независимому саморегулируемому институту, непосредственно реализующему конституционную гарантию обеспечения каждому квалифицированной юридической помощи.

Как очень верно сказал наш покойный российский коллега Юрий Маркович Шмидт, «престиж и влияние адвокатуры являются индикатором, которые во многом определяют уровень защищенности, прав и свобод человека в любом обществе. В этом вопросе государство заинтересовано в сотрудничестве с нами.

При всем при этом мы ни на минуту не забываем, что государство всегда имеет больше силы, а воплощение в жизнь важнейших и необходимых аспектов политической воли зачастую умышлен-



но или по инерции тормозится, а порой – и блокируется.

Проблем здесь столько, что их можно обсуждать сутками. Остановлюсь лишь на некоторых, чтобы не мешать тем, кто будет выступать после меня.

1. На сегодняшний день защита в суде по уголовным делам осуществляется только профессиональными защитниками. И с этим никто не спорит.

А вот что касается представительств в гражданском судопроизводстве, здесь все иначе. К участию в нем допущены юристы, не состоящие в членах коллегий адвокатов.

Мы считаем, что в интересах граждан и правосудия правовое регулирование в данной сфере необходимо изменить.

Профессиональные участники судопроизводства должны иметь одинаковый правовой статус, руководствоваться едиными профессиональными стандартами и быть подконтрольными адвокатскому сообществу.

При этом мы не боимся конкуренции и никоим образом не стремимся к монополии. Ее не будет, так как права свободного выбора защитника и представителя никто лишен не будет.

Адвокатура стремится к саморазвитию, улучшению качества оказания юридической помощи и, скажу без пафоса, к самоочищению. Мы избавляемся от непрофессиональных, нечестных и не соблюдающих закон коллег.

Но для лишенных адвокатского статуса это не значит ничего,

помимо одного – у них развязываются руки, и если раньше они, будучи членами профессионального сообщества, были ему подконтрольны и несли ответственность соблюдать существующие высокие стандарты оказания профессиональной помощи, то, оказавшись вне коллегии, получают возможность продолжать свою недобросовестную и малокомпетентную деятельность в качестве частных представителей, не платя налоги, продолжая обманывать своих доверителей и, зачастую, активно участвуя в различных коррупционных схемах.

Согласитесь, никому ведь не придет в голову лечиться у врача, уволенного с работы за то, что он забыл тампон в животе больного, поставил неверный диагноз либо склонил пациента к объективно не нужному хирургическому вмешательству, преследуя при этом исключительно цель получения оплаты.

Насколько мне известно, что нашу позицию по этому вопросу разделяет большинство представителей судейского корпуса.

Дисциплинарная практика показывает, что адвокатские ряды, к сожалению, нередко пополняются за счет не самых добросовестных юристов, в том числе, известных как «гонители» адвокатов.

Однако адвокатура вынуждена канализировать всех. И это – очень неправильно. У профессионального сообщества должно быть право отказать во вступлении в него скомпрометировавших себя лиц.

С этой целью предлагаю ввести единый общегосударственный реестр чиновников, уволенных с должности по отрицательным мотивам, или нарушавшим законные права адвокатов, а также – адвокатов, исключенных из коллегии и лишенных лицензии в судебном порядке. И тех, и других допускать к адвокатуре нельзя.

Что-то не припомню, чтобы госслужащего, уволенного, к примеру, за коррупционные правонарушения, вновь приняли на службу.

2. После принятия в Республике Казахстан одного из первых на постсоветском пространстве законов об адвокатской деятельности, что, несомненно, является ярким примером реализации политической воли, прошло уже почти 17 лет. Много, к сожалению, не удалось в него включить. Но то, что получилось, защищает адвокатов и поныне.

У нас очень много времени уходит не на работу на опережение, а на отстаивание заложенных в этом законе принципов с тем, чтобы адвокатский статус, как минимум, не ухудшился.

Здесь наглядно прослеживается расхождение между уже достигнутым относительно неплохим уровнем правового регулирования тех или иных общественных отношений, с одной стороны, и нынешней законотворческой и правоприменительной практикой, с другой. Последняя по своей векторной направленности зачастую не совпадает со своевременными, необходимыми и правильными политическими установками.

Примеры.

- 1) Дела давно минувших дней. Сразу же после принятия Закона РК «Об адвокатской деятельности» Министерство юстиции Республики Казахстан самостоятельно наделило себя полномочиями аттестации адвокатского корпуса и даже издало соответствующее положение. Но не тут-то было. Закон был построен так, что эта функция, все же, осталась за адвокатурой.
- 2) От нас постоянно требуют расширять и улучшать уровень и качество адвокатской помощи. И это – обоснованно. Но никакой помощи мы не получаем. Развиваемся за свой счет, берем кредиты, приобретаем недвижимость, оборудование... При этом в адвокатской деятельности с налоговой точки зрения отсутствует расходная часть.

Более того, расходы адвокатов, которые компенсируются доверителями, рассматриваются как доход, и нам приходится платить с них налог. Думаю, этот вопрос давно уже можно было решить.

- 3) Относительно недавно, вопреки законодательно закрепленному принципу адвокатской тайны, авторы закона о финансовом мониторинге пытались сделать из адвокатов официальных доносчиков. Тем самым, вольно или невольно законопроект был нацелен на ущемление прав не только адвокатов, но и граждан и организаций, которые практически будут лишены гарантированного Конституцией Республики Казахстан права на получение квалифицированной юридической помощи. Очевидно, что доверие граждан к адвокату, обя-

занному доносить на своего клиента, будет сведено к нулю. При этом нелицензированные частнопрактикующие юристы и юридические фирмы, в том числе, и западные, оставлены вне поля зрения законопроекта, хотя доля их услуг на юридическом рынке страны сопоставима, если не превышает объем оказываемой адвокатской помощи.

Приходилось буквально сражаться на разных площадках. Замечательно, что нас услышали.

- 4) Мы последовательно и аргументировано выступали и выступаем за отмену неконституционной практики ограничения адвокатов в участии по делам, содержащим сведения, относящиеся к государственным секретам. Незаконные требования, в основном, выдвигаются органами национальной безопасности. Вопреки прилагаемым усилиям, вразумительных ответов мы не получаем; ситуация к лучшему не меняется.
- 5) Вдруг совершенно неспровоцированно по стране прокатилась серия предъявленных территориальными органами юстиции исков о лишении статуса адвокатов, обвиненных (полагаю, в 99% случаев, необоснованно), в занятии предпринимательской деятельностью. Следует отдать должное судам: подавляющее большинство таких требований было отклонено по причине их несостоятельности.

Одним словом, проблемы есть, и решать их нужно совместными усилиями, в пользу защиты прав и законных интересов граждан.



Верховенство закона и итоги правовой реформы в Республике Казахстан /тезисы выступления/

КАНАФИН Данияр Кайратович

адвокат, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
член президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, к.ю.н.

В целях обеспечения прав граждан на защиту и квалифицированную юридическую помощь, принципов справедливости судопроизводства, равноправия и состязательности сторон в уголовном судопроизводстве, а также во имя уважения к независимости адвокатуры и соблюдения гарантий адвокатской деятельности, полагаем необходимым предпринять следующие шаги по реформе действующего законодательства и правоприменительной практики.

1. Рассмотреть вопрос о внедрении полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека в ходе предварительного расследования по уголовным делам, для чего к компетенции следственных судей помимо уже предоставленных в УПК РК полномочий, отнести санкционирование всех негласных следственных действий

и оперативно-розыскных мероприятий.

2. Расширить подсудность суда присяжных за счет всех особо тяжких преступлений. Перейти к классической (англо-американской) модели суда с участием присяжных.
3. Привести в соответствие с международными стандартами порядок применения института Habeas Corpus, а именно, сократить до 48 часов срок задержания и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного, обязать органы уголовного преследования достоверно доказывать не только намерение, но и возможности подозреваемого скрыться от следствия и суда. Обязать суды принципиально и критически оценивать ходатайства прокурату-

ры о применении содержания под стражей в качестве меры пресечения.

4. Обеспечить беспрепятственный допуск адвокатов к участию по делам всех категорий, включая дела, содержащие государственные секреты, вхождение в которые осуществлять посредством предоставления адвокатом подписки о неразглашении этих секретов.
5. Наделить адвокатов правом свободного доступа в помещения органов расследования и суда по предъявлению ордера и документа, подтверждающего принадлежность к адвокату (удостоверения). Прекратить незаконную практику досмотров адвокатов и изъятия у них при входе в помещения правоохранительных органов сотовых телефонов, фото-видеокамер, компьютеров, носителей информации и другого имущества.

Гарантии деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве



МУСИН Салимжан Альмуратович, адвокат, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов

Добрый день, уважаемые участники Форума!

Адвокат, являясь активным участником и стороной уголовного судопроизводства, представляя интересы своего подзащитного, осуществляет функцию защиты.

Для того чтобы адвокат имел возможность эффективно осуществлять эту функцию и предоставлять квалифицированную правовую помощь, необходимы установленные законом средства, с помощью которых охраняются и обеспечиваются его права и законные интересы. К таким средствам относятся правовые гарантии деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве.

Наличие таких гарантий является весьма существенным моментом, поскольку

именно правовые гарантии деятельности адвоката дают возможность адвокату предоставлять квалифицированную юридическую помощь своим доверителям и оказывать всестороннюю защиту их интересов. Фактически гарантии адвокатской деятельности – это средства, обеспечивающие само функционирование самой этой деятельности.

Конституция Республики Казахстан и другие нормативно-правовые акты предоставляют всем участникам уголовного судопроизводства ряд правовых гарантий, но адвокат обладает правовыми гарантиями, которые присущи только ему.

Наиболее полно и развернуто гарантии адвокатской деятельности в Республике Казахстан, в том числе и в уголовном процессе, закре-



плены в статье 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности» от 05 декабря 1997 года № 195-І.

Так, согласно пункту 1 указанной статьи, **вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую в соответствии с законодательством, либо препятствование этой деятельности каким бы то ни было способом запрещается.**

Это одна из главных гарантий деятельности адвоката в уголовном процессе, которая обеспечивает его независимость и вообще позволяет существовать нашей профессии. Эта гарантия тесно переплетена с одним из важнейших принципов уголовного процесса, предусмотренного статьей 23 УПК РК об осуществлении уголовного судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон уголовного процесса.

Необходимо отметить, что законодатель счел необходимым укрепить правовую составляющую этой гарантии, и в связи с принятием нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ввел в статьи 202, 203 УПК РК, новые положения, дополнительно гарантирующие независимость адвоката в уголовном процессе. Так, теперь постановление о признании подозреваемым адвоката и постановление о квалификации деяния адвоката, при совершении им преступлений, связанных с выполнением профессиональных обязанностей, утверждается руководителем прокуратуры, а не рядо-

вым представителем органа уголовного преследования.

Кроме того, согласно пункту 8 статьи 232 УПК РК, запрещается проводить негласные следственные действия в отношении адвокатов, осуществляющих профессиональную помощь, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что ими готовится или совершено тяжкое или особо тяжкое преступление.

В связи с этим, хочу напомнить об инциденте имевшем место 24 февраля 2012 года в г. Алматы, когда особо ретивый следователь финансовой полиции провел обыск и выемку в помещении юридической консультации, в связи с участием ряда адвокатов по одному из «Жоргосских дел». От имени Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов была подана жалоба в Генеральную Прокуратуру Республики Казахстан и присутствующий здесь уважаемый г-н Исаев Нурмаханбет Молдалиевич, непосредственно рассматривал ее.

Этот случай можно отнести к наглядному примеру как негативного, так и положительного отношения к адвокатскому сословию со стороны представителей правоохранительных органов. Несомненно, что обыск в юридической консультации, тем более связанный с работой адвоката, это вопиющий случай нарушения прав адвоката и вышеуказанных гарантий его работы. К положительному примеру можно

отнести тот конструктивный диалог, который состоялся между представителями высшего надзорного органа страны и адвокатского сообщества, в результате которого указанный инцидент был полностью исчерпан.

Следующая гарантия адвокатской деятельности предусмотрена пунктом 2 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», в соответствии с которой **отождествление адвоката с лицом, которому он оказывает юридическую помощь, запрещается.**

К счастью эта гарантия не подвергается никаким сомнениям со стороны органов ведущих уголовный процесс, в нормативно-правовых актах нет никаких норм, которые давали бы повод для таких сомнений. На практике проблемы возникают только лишь в частном порядке, у отдельных следователей или оперативных сотрудников, которые отождествляя адвоката с его подзащитным, задают один и тот же вопрос: «Как вы адвокаты можете защищать таких людей?». Но эта проблема возникает в редких случаях и думаю, что не создает больших проблем для адвокатов.

Согласно пункту 3 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **запрещается допрашивать адвоката в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с осуществлением им своих профессиональных обязанностей.**

Эта норма нашла дальнейшее развитие в УПК РК в виде пря-

мого запрета на допрос адвоката.

Так, в соответствии с пунктом 3) части 2 статьи 78 УПК РК, не подлежит допросу в качестве свидетеля защитник подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, а равно их законные представители, представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, а также адвокат свидетеля – об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с выполнением своих обязанностей.

К большому сожалению, еще встречаются попытки нарушить этот запрет и допросить адвоката, непосредственно принимающего участие в уголовном процессе. За 20 лет адвокатской практики меня четырежды пытались допросить мои процессуальные оппоненты, причем нисколько не опасаясь ответственности за свои незаконные действия. Надеюсь, что подобные нарушения не носят системный характер и это частности, не влияющие на общую картину.

В соответствии с пунктом 4 указанной нормы Закона РК «Об адвокатской деятельности», **запрещается требовать от адвокатов, их помощников и стажеров, руководителей и работников президиума коллегии адвокатов, юридических консультаций, адвокатских контор представления каких-либо сведений, связанных с оказанием юридической помощи определенному лицу, за исключением**

случаев, установленных законом.

В качестве меры обеспечивающей исполнение этой гарантии, сюда можно отнести запрет на проведение негласных следственных действий в отношении адвокатов, предусмотренный пунктом 8 статьи 232 УПК РК.

С этой гарантией очень тесно связана адвокатская тайна, предусмотренная статьей 18 Закона РК «Об адвокатской деятельности».

В соответствии с пунктом 5 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **адвокатское делопроизводство, иные связанные с ним материалы и документы, а также имущество адвоката, в том числе средства мобильной связи, аудиоаппаратура, компьютерная техника, не подлежат досмотру, осмотру, выемке, изъятию и проверке, кроме случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан.**

Считаю, что адвокатская тайна, предусмотренная статьей 18 указанного Закона, может быть в полной мере отнесена к одной из важнейших гарантий адвокатской деятельности в уголовном процессе и дополняет пункт 5 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности».

Так, согласно статье 18 Закона РК «Об адвокатской деятельности», адвокатскую тайну составляют факт обращения к адвокату, сведения о содержании устных и письменных переговоров с лицом, обратившимся за

помощью, и другими лицами, о характере и результатах, предпринимаемых в интересах лица, обратившегося за помощью, действий, а также иная информация, касающаяся оказания юридической помощи.

Адвокаты, их помощники и стажеры, работники президиума коллегии адвокатов, юридической консультации, адвокатской конторы не вправе разглашать, а также использовать в своих интересах или в интересах третьих лиц какие-либо сведения, полученные в связи с оказанием юридической помощи.

Более того, думаю, что наличие и реальное обеспечение адвокатской тайны на всех стадиях уголовного процесса и вообще общения адвоката с лицом, обратившимся за оказанием юридической помощи – это основополагающая гарантия деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве. И другие гарантии абсолютно взаимосвязаны с этим понятием, основаны на нем и во многом просто дополняют его.

Но, к большому сожалению, эта норма (в отличие от других, вышеописанных гарантий деятельности адвоката) не нашла развития в других нормативно-правовых актах, регулирующих уголовный процесс, и прежде всего, в уголовно-процессуальном кодексе.

Думаю, что все участники уголовного процесса только бы выиграли от того, что если эта норма была бы напрямую прописана в УПК РК. И мы бы избежали необоснованных претензий со стороны представителей правоохранительных органов

на вполне обоснованные возражения адвокатов против незаконных обысков/досмотров/осмотров их личного имущества на входах в различные административные здания, куда адвокаты приходят только лишь в связи с исполнением своих профессиональных обязанностей.

Согласно пункту 6 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **запрещается отказ адвокату в предоставлении свиданий наедине с его подзащитным в условиях, обеспечивающих конфиденциальность таких свиданий, а также ограничение их количества и продолжительности.**

Эта гарантия деятельности адвоката в уголовном процессе закреплена в УПК РК и других специальных нормативных правовых актах, что позволяет эффективно ею пользоваться и в случае необходимости защищать ее.

Так, в соответствии с пунктом 1) части 2 статьи 70 УПК РК, защитник вправе: 1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания наедине и конфиденциально без ограничений их количества и продолжительности.

Практически аналогичная норма содержится в статье 17 Закона РК «О порядке и условиях содержания лиц в специальных учреждениях, обеспечивающих временную изоляцию от общества» от 30 марта 1999 года № 353-І.

Так, с момента задержания подозреваемым и обвиняе-

мым предоставляются свидания с защитником наедине и конфиденциально. Количество и продолжительность свидания не ограничиваются. Свидания предоставляются: 1) с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, – по предъявлении им документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре, и второго экземпляра ордера, удостоверяющего полномочия адвоката на ведение конкретного дела.

В соответствии с пунктами 157, 158 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел Республики Казахстан, утвержденных приказом Министра внутренних дел Республики Казахстан от 29 марта 2012 года № 182, свидания подозреваемого или обвиняемого с защитником осуществляются в рабочее время, наедине без разделительной перегородки и ограничения их количества и продолжительности. Свидания проводятся в условиях, позволяющих сотруднику следственного изолятора видеть подозреваемого, обвиняемого и защитника, но не слышать. Свидания с подозреваемым или обвиняемым предоставляются защитнику при наличии у него документа, удостоверяющего его личность, документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре, подтверждения на участие в уголовном деле, выданного в соответствии с нормами уголовно-процессуального законодательства лицом или органом, ведущим уголовный процесс.

Высший судебный орган страны, также уделит внимание важности этой гарантии деятельности адвоката в уголовном процессе. Так, согласно пункту 12 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 06 декабря 2002 года № 26 «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту», с момента допуска лица к участию в деле в качестве защитника орган, ведущий уголовный процесс, обязан обеспечить подозреваемому, обвиняемому реальную возможность иметь до первого допроса свидания с защитником наедине и конфиденциально, без ограничения их количества и продолжительности.

В соответствии с пунктом 8 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **органы дознания и предварительного следствия в случаях, предусмотренных процессуальным законом, обязаны уведомлять адвоката о необходимости его участия в следственных и иных процессуальных действиях в согласованный с адвокатом срок.**

Согласно пункту 13) части 2 статьи 70 УПК РК, защитник вправе быть заблаговременно извещенным органом, ведущим уголовный процесс, о времени и месте производства процессуального действия с участием подзащитного, а также обо всех судебных заседаниях, связанных с рассмотрением жалоб стороны защиты, ходатайств о применении меры пресечения, продлении срока содержания под

стражей, депонировании показаний.

Верховный Суд Республики Казахстан также обратил внимание на важность этой гарантии деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве. Так, в пункте 13 Нормативного постановления от 06 декабря 2002 года № 26 «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту», указано, что в целях обеспечения реализации права на защиту, а также создания защитнику условий для выполнения им функции защиты органы, ведущие уголовный процесс, обязаны выяснять у защитников и их подзащитных, в каких процессуальных действиях они считают необходимым участвовать совместно, и предоставлять им такую возможность. Как правило, защитник должен присутствовать при разъяснении прав подозреваемому, обвиняемому и их допросах, производстве проверки и уточнения показаний на месте, следственном эксперименте, проведении опознания, допросе прокурором и избрании меры пресечения, формировании вопросов назначаемой экспертизы, на стадиях окончания следствия и судебного разбирательства. Участие прокурора в процессуальном действии или совершение им самим процессуальных действий в ходе досудебного производства по делу не исключает участие защитника, если его присутствие прямо предусмотрено законом. Защитник вправе участвовать во всех следственных и процессуальных действиях, проводимых с участием подзащитного лица, а также в других процессуаль-

ных действиях, совершаемых по ходатайству последнего. Ходатайство защитника об участии в проводимых следственных и процессуальных действиях приобщается к делу.

Согласно пункту 9 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **государственные служащие и руководители негосударственных организаций обязаны в течение десяти рабочих дней дать письменный ответ на обращение адвоката, связанное с оказанием им юридической помощи по конкретному делу.**

В соответствии с пунктом 10 статьи 17 Закона РК «Об адвокатской деятельности», **лица, допустившие незаконное вмешательство в деятельность адвокатов либо препятствующие осуществлению такой деятельности, привлекаются к ответственности в соответствии с законом.**

Статья 435 УК РК, предусматривает уголовную ответственность за воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в уголовном процессе, а равно оказанию физическим и юридическим лицам юридической помощи либо иное нарушение самостоятельности и независимости такой деятельности, если эти деяния причинили существенный вред правам, свободам или законным интересам человека и гражданина, правам или законным интересам юридических лиц, охраняемым

законом интересам общества или государства.

К сожалению, статистика возбуждения уголовных дел по этой статье удручающая, и во многом она связана не с пассивностью адвокатов, а с несовершенством этой нормы уголовного законодательства. Диспозиция указанной статьи не конкретна, носит оценочный характер. Например, не указано, что конкретно относится к воспрепятствованию деятельности адвоката, где грань между уголовным и административным правонарушением. Какой вред считать существенным, а какой – несущественным.

Немаловажно, что подавляющую часть препятствий для нормальной работы адвоката создают представители правоохранительных органов, и соответственно, жалобы на их действия, поступают на рассмотрение к их коллегам, зачастую неверно понимающим корпоративную солидарность. И здесь, в случае отказа в возбуждении уголовного дела, возникает вопрос об уголовной ответственности за заведомо ложный донос со стороны пострадавшего адвоката по статье 419 УК РК.

Статья 523 Кодекса об административных правонарушениях Республики Казахстан предусматривает административную ответственность за воспрепятствование должностным лицом осуществлению законной деятельности адвоката либо коллегии адвокатов, юридической консультации,

адвокатской конторы, выразившееся в непредставлении либо отказе представления в установленные законодательством сроки по письменному запросу необходимых документов, материалов или сведений, требуемых для осуществления их профессиональных обязанностей, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния.

Верховный Суд Республики Казахстан разъяснил порядок применения этой нормы закона и в своем Нормативном постановлении от 09 апреля 2012 года № 1 «О применении мер обеспечения производства и некоторых других вопросах применения законодательства об административных правонарушениях», в пункте 21 указал, что протокол об административном правонарушении за воспрепятствование законной деятельности адвоката (статья 523 КоАП) в силу подпункта 2) части 2 статьи 636 вправе составлять государственные судебные исполнители, судебные приставы и другие сотрудники судов, уполномоченные председателем суда или председательствующим в заседании суда. Если законная деятельность адвоката связана с рассмотрением дела в суде, протокол об административном правонарушении подлежит составлению судебными приставами и другими сотрудниками судов, уполномоченными председателем суда или председательствующим в заседании суда. Если такая деятельность связана с исполнением судебного акта, протокол об административном правонарушении подлежит составлению судебным исполнителем.

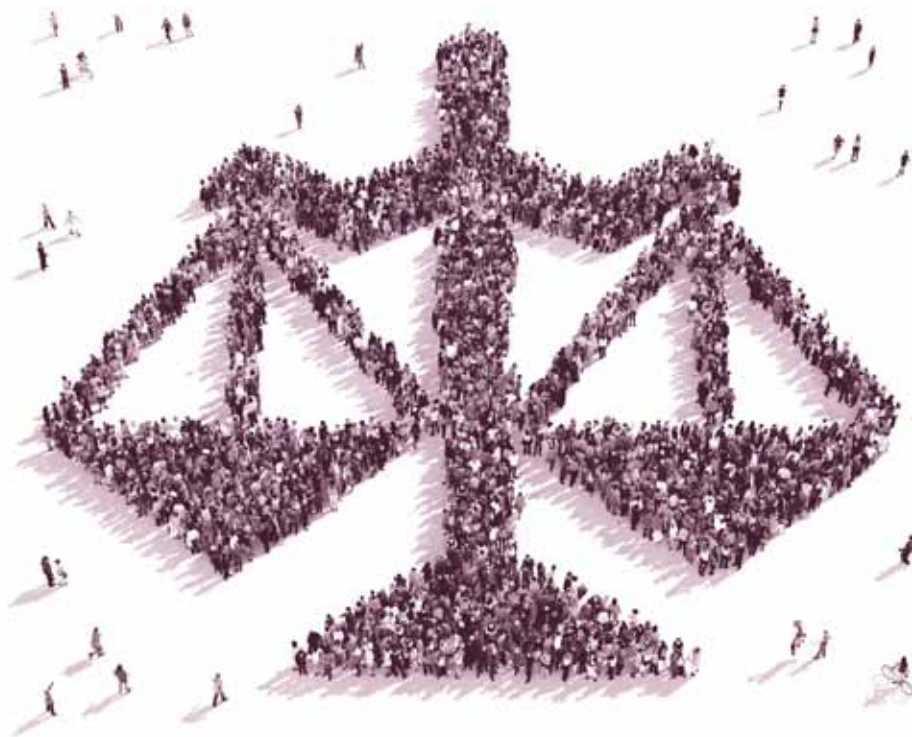
Необходимо отметить, что практически все вышеуказанные гарантии адвокатской деятельности в уголовном процессе, в той или иной мере нашли отражение в других нормах Закона РК «Об адвокатской деятельности». Таких как, например, статья 14 Закона, где закреплены права адвоката. В частности, в ней идет речь о праве на свидание со своим подзащитным, на запросы в государственные органы, на ознакомление с материалами, касающимися лица, обратившегося за помощью и так далее.

Считаю, что гарантии деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве в достаточной мере закреплены в действующих нормативно-правовых актах, регули-

рующих уголовный процесс в Республике Казахстан.

Но, как часто бывает, правоприменительная практика еще далека от совершенства, и с большим сожалением, приходится констатировать, что зачастую органы, ведущие уголовный процесс, позволяют себе игнорировать гарантии, предоставленные законодателем адвокату, и по большому счету направленные на обеспечение подлинного правосудия.

Думаю, что именно такие мероприятия, как сегодняшний Форум, позволят найти взаимоприемлемые решения проблем, возникающих у адвокатов в процессе осуществления своей профессиональной деятельности.



Актуальные вопросы правового статуса адвоката в гражданском процессе



КУСЯПОВА Надежда Валерьевна
адвокат, член президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
к.ю.н.

Уважаемые участники Форума, прежде всего, разрешите выразить благодарность организаторам за организацию столь значимого для адвокатского сообщества Казахстана мероприятия и возможность выступить перед такой представительной аудиторией.

Тема моего выступления: Актуальные вопросы правового статуса адвоката в гражданском процессе.

* * *

Представительство в судах по гражданским делам

В настоящее время принят Новый Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – «Новый ГПК РК»). На всех круглых столах и семинарах, проводившихся по его обсуждению, темой, которая обсуждалась всегда – было Представи-

тельство в гражданском процессе.

В самых первоначальных вариантах проекта Нового ГПК РК было заложено право участия в судах по гражданским делам только для адвокатов, затем оставили положение, чтобы только в Верховном Суде Республики Казахстан участвовали только адвокаты.

В итоге, в принятой редакции Нового ГПК РК мы видим, что нормы о представительстве, по сути своей, остались в редакции действующего Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан. То есть возможность участия в судах по гражданским делам осталась за широким кругом лиц, включая представителей по доверенности, имеющих высшее юридическое образование.



Позиция адвокатского сообщества заключается в том, что представительство в судах по гражданским делам должно полностью осуществляться только адвокатами.

Да, об этом много говорилось, но вопрос этот продолжает оставаться актуальным на практике. Постоянно мы сталкиваемся со случаями опоздания представителей по доверенности на судебные заседания, со случаями, когда допускается некорректное и недопустимое по этическим нормам поведение на судебном заседании, когда подаются абсурдные процессуальные документы и заявляются неуместные требования, а также с другими подобными фактами.

Речь идет не просто о каком-то абстрактном желании чтобы только адвокаты осуществляли представительство в судах, нет, речь, прежде всего, идет, как уже говорили уважаемые коллеги, выступавшие до меня, о единых стандартах оказания юридической помощи и о механизмах воздействия на нарушителей этих стандартов.

В отношении адвокатов эти вопросы, на сегодняшний день, отработаны и получают свою реализацию на практике. Так, в частности:

- законодательством предусмотрено определенный порядок для получения статуса адвоката (обязательное прохождение стажировки, обязательный стаж по юридической

специальности, получение лицензии);

- Республиканской коллегией адвокатов в настоящее время принят и действует Кодекс профессиональной этики адвокатов, единый для всех адвокатов Республики, за нарушение положений которого, адвокаты привлекаются к дисциплинарной ответственности, вплоть до исключения из коллегии;
- вынесенные судами частные постановления в отношении адвокатов также имеют для адвокатов последствия в виде возбуждения дисциплинарного производства и рассмотрения вопроса на Президиуме коллегии, с применением мер дисциплинарной ответственности;
- уставом коллегии предусмотрено определенный порядок проверки и рассмотрения жалоб, поступающих от граждан и юридических лиц на адвокатов. В частности, сначала жалобы проверяются Комиссией по адвокатской этике, затем членом президиума, и финальной стадией является вынесение вопроса на рассмотрение Президиума и принятие соответствующего решения.

Кроме того, адвокаты обязаны постоянно повышать свой профессиональный уровень и каждые 5 лет проходить аттестацию, порядок прохождения которой предусмотрен соответствующим Положением о порядке проведения аттестации адвокатов.

Таким образом, на сегодняшний день, адвокатура имеет свои стандарты профессии и механизмы воздействия на нарушителей, вплоть до исключения из коллегии с подачей ходатайства о лишении лицензии.

Как неоднократно говорилось моими коллегами на площадках обсуждения проекта Нового ГПК РК и в различных печатных изданиях: Создание правовой системы, в которой представлять интересы в суде могут только адвокаты – является институциональным решением проблемы контроля качества оказываемой юридической помощи.

Как мы слышали из выступлений наших уважаемых гостей из Белоруссии, Литвы – в этих странах постсоветского пространства уже признана на законодательном уровне необходимость участия в судах, в том числе и по гражданским делам, только адвокатов.

Следует отметить, что во многих западных странах, которые считаются более развитыми, в частности, в Великобритании, США, Франции, Германии и многих других в той или иной форме существует монополия адвокатов на представление интересов в судах.

Таким образом, полагаем, что есть насущная необходимость в дальнейшем реформировании правовой системы с целью внедрения в законодательство Республики Казахстан положений о пред-

ставлении интересов в судах только адвокатами.

* * *

Полномочия адвоката в гражданском процессе

Следующий вопрос, на котором хотелось бы остановиться – это полномочия адвоката в гражданском процессе.

Позитивной новеллой в Новом ГПК РК является то, что полномочия адвоката на ведение конкретного дела теперь удостоверяются ордером и только на отдельные полномочия необходима доверенность (предусмотренные в п. 1 ст. 60 такие как: подписание искового заявления, передачи дела в арбитраж, заключения мирового соглашения, соглашения об урегулировании спора в порядке медиации, партисипативной процедуры, полного или частичного отказа от иска или признания иска, уменьшения/увеличения предмета исковых требований, изменения предмета и основания иска, передоверия, обжалования, получения присужденного имущества).

Для сравнения: в действующем ГПК РК для участия в деле адвокату необходимо предоставить и ордер и доверенность.

Также отдельно следует обратить внимание на то, что в указанную статью ст. 60 Нового ГПК РК, регламентирующую полномочия представителя, включен п. 2- отдельный пункт, касающийся дополнительных полномочий адвокатов.

А именно, согласно указанному пункту адвокат имеет право запрашивать справки или иные документы от государственных органов, общественных объединений, юридических лиц, а также совершать иные действия для оказания юридической помощи в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан об адвокатской деятельности.

Полагаем, что данный пункт необходимо конкретизировать и расписать о том, что адвокат (как лицо, обладающее особым статусом) вправе получать любую информацию, необходимую для осуществления возложенных на него функций, в том числе банковскую информацию, касающуюся недвижимого имущества, нотариальную информацию, информацию по пенсионным отчислениям, и другую информацию, необходимую для выполнения адвокатом своих функций.

Причем адвокат должен иметь право получать указанную информацию не только касающуюся лица, интересы которого представляет адвокат (в этом то как раз и нет необходимости, так как лицо само может пойти получить информацию о себе и передать ее адвокату), но и других лиц, в отношении которых есть необходимость в получении информации, являющихся, например, ответчиками по делу.

Также необходимо конкретизировать, что получение указанной информации возможно не только на стадии судеб-

ного разбирательства, но и на стадии досудебной – на стадии сбора доказательств для подачи иска в суд.

Таким образом, необходима дальнейшая конкретизация п. 2 ст. 60 Нового ГПК РК.

* * *

Партисипативная процедура

Далее, в целом позитивным новшеством, направленным на повышение статуса и роли адвоката в гражданском процессе, в принятом Новом ГПК РК является закрепление норм о партисипативной процедуре урегулирования споров.

Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон.

Партисипативная процедура урегулирования спора может применяться в любой инстанции. Ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры может быть заявлено до удаления суда в совещательную комнату.

Новый ГПК РК содержит две статьи: обязанность суда приостановить производство и право суда приостановить производство.

Так вот при проведении партисипативной процедуры – это право суда приостановить производство по делу. Для сравнения: при заключении сторонами договора с медиатором о проведении медиации

суд обязан приостановить производство по делу.

Здесь, честно говоря, не совсем понятно, почему такое различие, при том, что обе процедуры (медиация и партисипативная) направлены на примирение сторон и регулируются в одной главе.

Хочется надеяться, что на практике судьи все-таки будут приостанавливать производство по делу при проведении партисипативной процедуры, поскольку мирное урегулирование спора всегда лучше, чем вынесение решения суда и дальнейшее принудительное его исполнение.

Что касается срока приостановления производства по делу: то в п. 6 ст. 274 Нового ГПК РК (специальной статьи, регламентирующей сроки приостановления производства) указан срок – до прекращения партисипативной процедуры.

Вместе с тем, в статье 179 Нового ГПК РК (по правилам которой должно заявляться ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры) указано ограничение сроков: при проведении процедуры медиации медиатором – производство по делу может быть приостановлено на срок не более 1 месяца, при проведении медиации судьей – производство по делу может быть приостановлено на срок не более 10 рабочих дней.

Какой из этих сроков должен применяться при партисипативной процедуре – не ясно. Специальных ограничитель-

ных сроков применительно к партисипативной процедуре в Новом ГПК РК – не указано.

Можно лишь сделать предположение, что поскольку суд вправе приостановить производство по делу также и при проведении медиации в суде (судьей), то и ограничение срока приостановления должно действовать такое же, как при проведении медиации судьей, т.е. не более 10 рабочих дней.

Однако, полагаем, что в любом случае необходимо дальнейшее уточнение рассмотренных норм в Нормативном Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан.

* * *

Участие прокурора в гражданском процессе

И последний вопрос, на котором мне бы хотелось остановиться, всегда вызывающий дискуссию – это участие прокурора в гражданском процессе.

Позиция адвокатского сообщества заключается в том, что прокурор не должен принимать участия при рассмотрении гражданско-правовых споров, за исключением случаев, когда прокурор выступает в качестве истца или ответчика, а также по отдельным категориям дел (в частности, затрагивающим интересы государства и когда требуется защита интересов граждан, которые не могут себя защищать).

В Новом ГПК РК сохранены полномочия прокурора участ-

вовать в любом гражданском деле.

Так, п. 2 ст. 54 Нового ГПК РК регламентируется что: Участие прокурора в гражданском судопроизводстве обязательно по делам, затрагивающим интересы государства, когда требуется защита общественных интересов или граждан, которые не могут себя защищать, а также когда необходимость участия прокурора признана судом или прокурором.

Полагаем, что вот эта последняя фраза «когда необходимость участия прокурора признана судом или прокурором» подлежит в дальнейшем исключению из положений Нового ГПК РК.

На практике прокуроры не участвуют от начала до конца при рассмотрении гражданских дел. Бывает так, что в одном гражданском процессе участвуют несколько прокуроров, приходя на судебные заседания по очереди. Чаще бывает, что прокурор приходит на последнее заседание, и, выслушав прения сторон, без самостоятельного изучения материалов гражданского дела, дает устное заключение, состоящее из одного – двух предложений, суть которых заключается: «В удовлетворении исковых требований отказать».

Таким образом, в дальнейшем, в законодательство Республики Казахстан необходимо вносить изменения, направленные на минимизацию участия прокурора в гражданском процессе.

Этические аспекты взаимодействия адвокатов со СМИ



УТЕБЕКОВ Джохар Нургаизович
адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов

Мобильный интернет, смартфоны, социальные сети и, в первую очередь, «Фейсбук» резко изменили информационное пространство страны. Новости мгновенно распространяются через чаты в «Ватсапе». Появились многочисленные сетевые издания. В Сети ярко освещаются судебные процессы, уголовные дела, полыхают информационные войны с привлечением СМИ и пиарщиков.

Углубилась правовая реформа, резко активизировалось законотворчество. Новые кодексы и законы требуют юридических комментариев.

Все это в одночасье сделало адвокатов заметными ньюсмейкерами. Закрытая и ультраконсервативная профессия стала популярной в обществе. Появились первые проблемы и вопросы, как при всем этом нам себя вести. Возник-

ли и претензии к адвокатам, активным в СМИ, в том числе со стороны государственных органов. На этот вызов времени нам следует оперативно ответить.

С 01 января 2015 года действует новый Кодекс профессиональной этики адвокатов Республики Казахстан. Он не регулирует отдельно наше общение со СМИ. Отдельных этических правил по СМИ у отечественной адвокатуры тоже нет. В этой связи интерес представляет зарубежный опыт.

21 июня 2010 года Федеральная палата адвокатов Российской Федерации приняла «Рекомендации адвокатам по взаимодействию со СМИ». Нам можно многое почерпнуть из них. В Рекомендациях замечательная преамбула, объединяющая высокие идеалы двух профессий: «Адвокатское



и журналистское сообщества привержены ценностям права и правового государства. По роду своей деятельности адвокаты призваны обеспечивать права и законные интересы граждан, а представители СМИ – право граждан на получение информации. Адвокатам следует понимать особенности деятельности СМИ и учитывать эту специфику в своих взаимоотношениях с ними».

Теперь мои конкретные предложения.

1. Если к адвокату обращаются журналисты за комментариями по его делу, ему не следует уклоняться от комментариев. Исключением может быть только прямой запрет доверителя или подзащитного. СМИ по собственной инициативе освещают многие конфликты. Пассивная позиция адвоката приведет к тому, что в СМИ появится информация только от оппонента.
2. Может ли адвокат сам обращаться в СМИ за поддержкой по делу? Да. Тем более адвокат вправе применить этот метод, если верит в свою правоту, а обстоятельства складываются против него. В определенных ситуациях у адвоката может даже не быть иного выхода.
3. Вправе ли адвокат комментировать по существу громкие дела, в которых не участвует? Да, но с заметной осторожностью. Например, это допустимо при явном произволе. Адвокат может

отметить очевидные нарушения законности, неверно складывающуюся судебную практику.

Адвокат может дать по громкому делу комментарии общего плана. Например, какие наказания по нему предусмотрены законом, в чем заключаются нюансы квалификации, какие проблемы есть в практике. Адвокат не вправе высказываться о виновности подозреваемых, если их вина ими не признается и не является явной.

4. Адвокат должен тщательно готовиться к выступлениям в СМИ. Нужно обговорить с журналистом вопросы, на которые он готов отвечать. Можно предложить представить текст на согласование во избежание неточностей в юридических моментах. Надежнее всего давать комментарии в письменном виде.

5. Если адвокату не хватает знаний и опыта по вопросу, то ему не следует давать комментарии. По возможности он должен рекомендовать журналисту более компетентного специалиста. Не следует давать комментарии с целью лишь бы появиться в каком-то СМИ.

Следует обращать внимание СМИ, что по уголовным делам людей защищают только адвокаты. Поэтому частнопрактикующие юристы не могут быть достаточно компетентны в уголовном праве и процессе. Обращаться за такими комментариями в частном секторе

допустимо только к адвокатам и профильным ученым.

6. Адвокат может общаться со СМИ на любые правовые темы при условии его достаточной компетентности в них. Если предмет беседы далек от юридической тематики, то адвокат должен делать это как частное лицо, требуя не представлять его как адвоката.
7. Адвокатам следует воздерживаться от радикальных политических заявлений и выступлений в СМИ.
8. Адвокат не вправе публично критиковать других адвокатов, включая его оппонентов. Подобные вопросы должны решаться внутри адвокатского сообщества.
9. При публичной правовой оценке действий граждан адвокат не должен занимать ретивый обвинительный уклон, особенно по статьям с политическим оттенком (распространение заведомо ложной информации, возбуждение социальной, национальной и иной розни). Допустимо предупреждать общественность о возможной уголовной ответственности за подобные действия.

В своих предложениях я не претендую на истину в последней инстанции. Все это нуждается в дальнейшем обсуждении. При этом несомненно, что принятие адвокатурой своих профессиональных правил общения со СМИ - вопрос недолгого времени.























ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС



- Как из «Доверителя» не стать «Ответчиком»: вопросы представительства в гражданском судопроизводстве адвокатами и юристами
- О совершенствовании (проблемах) судебной практики по усыновлению
- К вопросу о противоречии некоторых норм действующего законодательства Конституции Республики Казахстан и международным обязательствам Казахстана
- К вопросу об изменениях в Гражданском процессуальном кодексе
- К вопросу о практике применения норм Гражданского процессуального кодекса
- Производство в суде кассационной инстанции согласно новому Гражданскому процессуальному кодексу

39

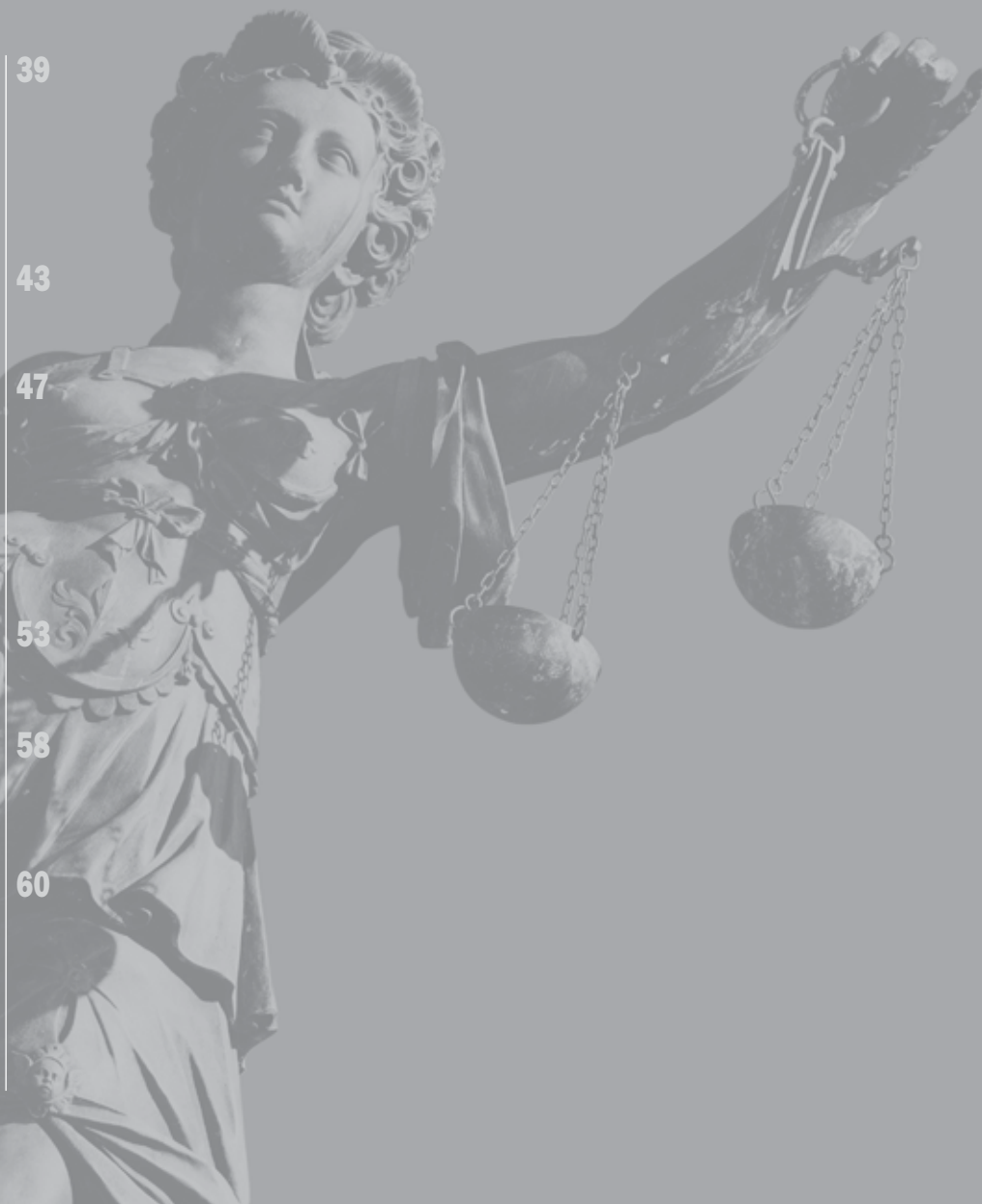
43

47

53

58

60





Как из «Доверителя» не стать «Ответчиком»: вопросы представительства в гражданском судопроизводстве адвокатами и юристами

Для тех, кто не часто сталкивается с системой правосудия, слово «адвокат» и «юрист» означают примерно одно и то же. И когда возникает проблема, требующая специальных юридических познаний, а тем более, необходимости участия в суде, и человек понимает, что самостоятельно справиться с ней он не может, то перед ним встает вопрос: куда обратиться – к юристу или адвокату? Уже в этой постановке вопроса для многих имеется новая информация, поскольку не все представляют разницу между очень схожими, на первый взгляд, но такими различными понятиями «адвокат» и «юрист». Для многих людей все юристы, которые занимаются представлением их интересов в суде – это адвокаты. Однако – это не совсем так, а точнее совсем не так.

На практике же между адвокатом и юристом есть существенные различия, которые касаются

не только их статуса, правовых возможностей, но и, в первую очередь, качества оказания правовой помощи, ответственности перед доверителем, а в некоторых случаях, как показывает практика, и ответственности доверителя перед представителем, какой бы необычной, на первый взгляд, не казалась последняя формулировка.

Тема различия адвокатов и юристов обсуждалась многократно, в том числе и в адвокатском сообществе, много писалось и говорилось о различии их правовых статусов, уровня квалификации и так далее.

В данной статье мне хотелось бы сделать акцент на представлении интересов адвокатами и юристами физических лиц в гражданском процессе.

Для начала, хотелось бы сделать некоторое отступление. Дело в том, что как все мы знаем, только

НЕЛЬЗОН Алена Юрьевна

адвокат ЮК № 5

Алматинской городской коллегии адвокатов



На практике же между адвокатом и юристом есть существенные различия, которые касаются не только их статуса, правовых возможностей, но и, в первую очередь, качества оказания правовой помощи, ответственности перед доверителем, а в некоторых случаях, как показывает практика, и ответственности доверителя перед представителем

уголовное и административное законодательство Республики Казахстан требует обязательного участия адвоката, за исключением представления интересов потерпевших. Гражданское законодательство Республики Казахстан не содержит таких требований. Хотя, считаю, необходимо отметить, что, с точки зрения требований, предъявляемых к представителю по поручению по гражданскому делу, законодательство в Республике Казахстан существенно «сузило» круг лиц, имеющих право быть представителями в судах. Статья 95 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан указывает, что «представителями по поручению в суде могут быть следующие лица:

- 1) адвокаты;
- 2) работники юридических лиц – по делам этих юридических лиц;
- 3) уполномоченные профессиональных союзов – по делам рабочих, служащих, а также других лиц, защита прав и интересов которых осуществляется этими профессиональными союзами;
- 4) уполномоченные организации, которым законом, уставом или положением предоставлено право защищать права и интересы членов этих организаций;

- 5) уполномоченные организации, которым законом, уставом или положением предоставлено право защищать права и интересы других лиц;
- 6) один из соучастников по поручению других соучастников;
- 7) другие лица, имеющие высшее юридическое образование, допущенные судом по просьбе лиц, участвующих в деле.»

В данную статью были внесены изменения Законом РК от 17.11.2014 года № 254-V, ранее п. 7 указанной статьи был изложен в следующей редакции: «другие лица, допущенные судом по просьбе лиц, участвующих в деле».

Новый Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан, который вступит в действие с 01 января 2016 года, также содержит п.п. 6 п. 1 ст. 58, в котором указано, что: «представителями по поручению в суде могут быть:

- 1) адвокаты;
- 2) работники юридических лиц – по делам этих юридических лиц;
- 3) уполномоченные профессиональных союзов – по делам рабочих, служащих, а также других лиц, защита прав и интересов которых осуществляется этими профессиональными союзами;
- 4) уполномоченные организации, которым законом, уставом или положением предоставлено право защищать права и интересы членов этих организаций, а также защита прав и интересов других лиц;
- 5) один из соучастников по поручению других соучастников;

- 6) другие лица, имеющие высшее юридическое образование, допущенные судом по просьбе лиц, участвующих в деле.»

К примеру, в Российской Федерации до сих пор гражданское законодательство не требует от представителя по гражданскому делу обязательного наличия юридического образования. В статье 49 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации указано, что «представителями в суде могут быть дееспособные лица, имеющие надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела...».

Итак, в гражданском судопроизводстве перед человеком, нуждающимся в правовой помощи, полная свобода выбора. Сегодня на рынке юридических услуг в изобилии представлены как услуги адвокатов, так и юристов. Суду безразлично, кто будет представителем – адвокат или юрист. Предполагается, что участники процесса, выбирая себе представителя, будут сами оценивать его профессиональные способности. Вот здесь и возникает сложность, поскольку человеку, не имеющему знаний в области юриспруденции сложно дать оценку профессиональных способностей другого человека в этой сфере.

И если адвокат – это гражданин Республики Казахстан, имеющий высшее юридическое образование, получивший лицензию на занятие адвокатской деятельностью, обязательно являющийся членом коллегии адвокатов и оказывающий юридическую помощь на профессиональной основе в рамках адвокатской

деятельности, регламентируемой Законом РК «Об адвокатской деятельности» (п. 1 ст. 7) и на адвоката в силу п. 3 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности» возложена обязанность постоянно повышать свою профессиональную квалификацию, статус адвоката, его права обязанности регламентируются, в том числе, Законом РК «Об адвокатской деятельности», то юрист должен иметь высшее юридическое образование, его права и обязанности по отношению к доверителю регламентируются лишь договором на оказание юридической помощи (в случае его заключения).

Хотелось бы отметить, что в последнее время участились случаи, когда граждане обращаются к адвокатам за оказанием им правовой помощи уже после оказания им юридических услуг юристами, в основном ввиду необходимости представления интересов в судах апелляционных инстанций.

При этом лица, обращающиеся за оказанием им правовой помощи, не только не довольны качеством оказания им правовой помощи юристами, не только не могут взыскать с юристов, представлявших их интересы и некачественно выполнивших свою работу, оплаченные деньги, но и, как в нижеизложенной ситуации, вынуждены выступать в качестве ответчиков по искам, предъявляемым к ним этими юристами, ранее представлявшими их интересы.

Итак, ситуация на примере конкретного дела (по понятным причинам, мной не указываются фамилии участников процесса).

Некая Ж., представляется А. адвокатом, и предлагает последней свои услуги по расторжению брака и разделу имущества. В марте текущего года Ж. и А., как два физических лица, заключают договор на оказание юридических услуг, при этом А. оплачивает Ж. ее услуги, выписывает доверенность на представление интересов. Ж. не выдает А. никаких, подтверждающих оплату, документов. По условиям договора А. обязуется выплатить Ж. по завершению дела, вступлению решения в законную силу и выплате присужденной суммы ответчиком, дополнительно к первоначальной оплате, десять процентов от данной присужденной суммы. Ж. составляет и подает иск в районный суд, гражданское дело рассматривается на протяжении двух месяцев.

Через два месяца после заключения договора, выдачи доверенности и оплаты услуг Ж. предлагает А. аннулировать предыдущий договор (рвет оба экземпляра) и заключает с А. новый договор на оказание юридических услуг. При этом договор, заключенный между А. и Ж., как между физическими лицами, Ж. скрепляет печатью некоего ТОО «Б.Б.Б.», выдает приходно – кассовый ордер на сумму проплаченную в марте 2015 года, датируя квитанцию маем месяцем 2015 года, скрепляет печатью указанного ТОО «Б.Б.Б.» и подписывается в графе «бухгалтер». Следует отметить, что все это происходит дома, на кухне А.

Решением суда иск А. – удовлетворен частично, из требуемых более 10 000 000 тенге суд в общей сложности удовлетворяет чуть больше 2 000 000 тенге. По вынесении решения суда,

не дожидаясь его вступления в законную силу Ж. обращается с иском в суд о взыскании со своего доверителя А. десяти процентов не от суммы, присужденной по решению суда А. – равной чуть более 200 000 тенге, а от суммы иска – более 10 000 000 тенге (при этом необходимо отметить, что судом апелляционной инстанции решение районного суда было изменено и сумма, подлежащая взысканию в пользу А. снижена до 140 000 тенге).

А., узнав о том, что Ж. подан в отношении нее иск в суд – пытается обратиться с жалобой на нее в Президиум Алматинской городской коллегии адвокатов, но узнает, что была обманута Ж. и адвокатом последняя не является и никогда не являлась.

В рамках взыскания Ж. с А. суммы по договору оказания юридических услуг, мной было принято поручение по представлению интересов А.

Итак, содержание ряда пунктов договора на оказание юридических услуг между А. и Ж.:

- пункт 3.1: Оплата услуг Исполнителя производится Заказчиком в 2 этапа:
- 3.1.1. путем предоплаты, в размере, выбранном Заказчиком, в размере ____ тенге. Указанная сумма выплачивается в момент подписания настоящего договора.
- 3.1.2 путем оплаты по факту выполненных работ **10% от суммы Предмета спора.**

Оплата по факту выполненных работ осуществляется в течение 6 (шести) месяцев с момента оглашения судом первой инстанции своего Решения, если искомые требования Заказчика носят

материальный характер, а также в случае заключения мирового соглашения между спорящими сторонами; отказа Заказчика от иска или поддержания исковых требований; возмещения сумм материального ущерба; убытков; компенсации морального ущерба; взысканных судом с ответчика (исключая сумму государственной пошлины и независимых экспертиз) – **10 % от подлежащих возмещению сумм удерживаемых у Ответчика денежных средств Заказчика, либо причитающихся Заказчику по закону или Договору.**

Пункт 6.2 Договора – *«настоящий Договор на оказание юридических услуг вступает в силу со дня его подписания и действует до 27 августа 2015 года».*

Из указанных пунктов договора явно видно, что противоречат друг другу не только пункты договора, но и подпункты пунктов договора. Налицо кабалность сделки, нарушение требований, предъявляемых к форме, содержанию, участникам сделки. При таких обстоятельствах был заявлен встречный иск о признании данной сделки недействительной.

При рассмотрении дела был выявлен ряд обстоятельств, неоплата (несвоевременная оплата) налогов ТОО «Б.Б.Б.», по полученной сумме оплаты юридических услуг, отчислений, предоставление в суд Ж. доверенностей от ТОО «Б.Б.Б.» от одного числа то с подписью, то без подписи первого руководителя и другие нарушения.

Ж. в процессе стала утверждать, что сделка была заключена не между ней и А., а между ТОО «Б.Б.Б.» и А., в то время как первоначальный договор, опла-

та и выдача доверенности были совершены в марте 2015 года, а данное ТОО было организовано лишь в мае 2015 года.

Кроме того со стороны Ж., суду подавались неоднократно ходатайства о вынесении в отношении меня, как адвоката, частного определения суда, было подано заявление о привлечении к уголовной ответственности, то есть осуществлялось прямое воспрепятствование законной адвокатской деятельности.

В итоге, судом отказано в удовлетворении исковых требований Ж. к А. и встречного иска А. к Ж. В настоящее время решение находится на стадии вступления в законную силу (обжалования в вышестоящую инстанцию). Так что точка в данном деле пока не поставлена...

Вот наглядный пример обращения за оказанием правовой помощи к юристу. В ряде случаев можно не только не получить квалифицированной юридической помощи, потерять оплаченные впустую деньги, но и стать ответчиком собственного представителя.

Обратившись и заключив соглашение с адвокатом, указанному лицу, как минимум, не пришлось бы выступать в качестве ответчика по иску его представителя к нему же о взыскании услуг по договору. Поскольку согласно п.п. 5 п. 1 Закона РК «Об адвокатской деятельности» – заключение договоров, ставящих размер оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, в зависимость от исхода дела или успеха адвокатской деятельности, или договоров, по которым адвокат получает часть

от присужденной суммы – не допускается, за исключением договоров по делам об имущественных спорах, сторонами по которым выступают физические лица, негосударственные юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. И уж тем более нормы адвокатской этики не позволяют адвокатам судиться со своими доверителями, случаев обращения в суд адвокатами с исками к своим доверителям лично я не знаю.

Поэтому цель статьи – указать на существенные, принципиальные различия в нормативно-правовой базе и подходе к работе с лицами, обратившимися за оказанием правовой помощи адвокатов и юристов.

Хочу акцентировать внимание, что ни в коем случае не стоит делать выводы, о том, что подобные ситуации относятся ко всем юристам на рынке казахстанских юридических услуг, равно как я знаю много юристов, чья квалификация вызывает мое искреннее уважение.

Необходимость написания данной статьи вызвана, в первую очередь, исходя из общения с лицами, обратившимися за оказанием юридической помощи, личной судебной практики, в результате которой, выработалось понимание, что необходимо озвучивать изначально существующие различия в статусе адвоката и юриста, нормативно-правовой базе, регулирующей их деятельность, а также возможные последствия для самих доверителей и, тем самым, предостеречь их от возможных ошибок при обращении за оказанием им правовой помощи.

О совершенствовании (проблемах) судебной практики по усыновлению



Ахметжанов Серик Аскерович
адвокат Ювенальной ЮК
Алматинской городской коллегии адвокатов

В последние годы общество бьет тревогу, о том, что Казахстанских детей проще купить, чем усыновить! В прокуратуре заявили, что в стране резко выросло число преступлений, связанных с продажей детей. И чаще всего потенциальных родителей толкают на это органы опеки, а иногда они и сами выступают посредниками в подобных сделках. В Парламенте предлагают как можно быстрее упростить процедуру усыновления. Тогда бы дети быстрее обретали родителей, а взрослые не стояли годами в очередях за ребенком.

Поощрять усыновление сирот призвал президент Казахстана в своем послании «Стратегия «Казахстан-2050». «В мирное время мы имеем тысячи сирот - наши детские дома и приюты переполнены. Это, к сожалению, общемировая тенденция и вызов глобализации. Но мы должны противодействовать

этой тенденции. Наше государство и общество должны поощрять усыновление сирот и строительство детских домов семейного типа. Дети - наиболее уязвимая и самая незащищенная часть нашего общества, и они не должны быть бесправными. Как Лидер нации, я буду требовать защиты прав каждого ребенка. Любой ребенок, который родился на нашей земле, - казахстанец. И государство должно заботиться о нем».

Усыновление (удочерение) - правовая форма передачи ребенка на воспитание в семью на основании судебного решения, в результате которой возникают личные неимущественные и имущественные права и обязанности, приравниваемые к правам и обязанностям родственников по происхождению.

Оказывая юридическую помощь гражданам, изъявившим свое желание усыновить ребенка, мы



- адвокаты часто сталкиваемся с противоречиями норм процессуального права с подзаконными актами, регулирующими правила усыновления в судебном порядке.

Первое, при подаче заявления об усыновлении сразу же сталкиваемся с одним из противоречий. Так, согласно ст. 317-3 ГПК РК, судья при подготовке дела к судебному разбирательству обязывает органы опеки и попечительства по месту жительства (нахождения) усыновляемого ребенка представить в суд заключение об обоснованности и о соответствии усыновления интересам ребенка. Если руководствоваться этой процессуальной нормой, заявители не обязаны представлять суду заключение комиссии, а оно должно быть представлено органом опеки и попечительства в судебном заседании, так как, он является обязательно участвующей стороной по делу.

Но, однако, в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 22 декабря 2000 года № 17 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о браке (супружестве) и семье при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» указано, что принимая заявление об усыновлении, суд проверяет, соответствует ли заявление по форме и содержанию требованиям ГПК РК. Кроме этого указано, что суду необходимо проверять наличие в приложении к заявлению следующих необходимых документов: заключение органа, осуществляющего функции по опеке или попечительству по месту жительства (нахождения) ребенка об обоснованности и о

соответствии усыновления интересам усыновляемого.

Суд, руководствуясь данной нормой, всегда оставляет поданное заявление об усыновлении без движения, если в приложении отсутствует заключение органа опеки и попечительства.

Другое дело, когда адвокаты обращаются наряду с заявлением с ходатайством об истребовании этих документов, суд может принять заявление и удовлетворить ходатайство, но, однако, адвокат при этом должен доказывать случай невозможности получения заявителем этих документов.

Облегчением в данной ситуации является то, что при усыновлении ребенка его отчимом или мачехой в соответствии с п. 3 ст. 93 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье» заключение органа, осуществляющего функции по опеке или попечительству об обоснованности и соответствии усыновления интересам усыновляемого не требуется.

Второе, при наличии у ребенка родителей их согласие является обязательным условием усыновления. Кодекс РК «О браке (супружестве) и семье» ст. 93 устанавливает, что согласие родителей на усыновление ребенка должно быть выражено в заявлении, нотариально удостоверенном или заверенном руководителем учреждения, в котором находится ребенок, оставшийся без попечения родителей, либо органом, осуществляющим функции по опеке или попечительству по месту производства усыновления ребенка или по месту жительства родителей, а также может быть выражено непосред-

ственно в суде при производстве усыновления.

На основании ст. 317-4 ГПК РК, дела об усыновлении ребенка суд рассматривает с обязательным участием самих усыновителей (усыновителя), представитель органов опеки и попечительства, а также прокурора.

В необходимых случаях суд может привлечь к участию в деле родителей (родителя) или иных законных представителей усыновляемого ребенка, его родственников и других заинтересованных лиц, а также самого ребенка, достигшего возраста десяти лет.

Но, однако, в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан № 17 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о браке (супружестве) и семье при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» указано, что в целях максимального учета интересов ребенка суд должен привлечь к участию в деле родителей (родителя) усыновляемого ребенка, его близких родственников при отсутствии родителей, представителей учреждения, в котором находится оставшийся без попечения родителей ребенок, других заинтересованных лиц, а также самого ребенка, если он достиг возраста 10 лет.

Руководствуясь данной нормой, суд в обязательном порядке требует присутствия в суде родителя усыновляемого ребенка, хотя к заявлению было приложено нотариально удостоверенное заявление отказа родителя, согласие на усыновление ребенка конкретным лицом, либо без указания конкретного лица.

В такой момент усыновители сталкиваются с огромными трудностями в поисках родителя, когда-то отказавшегося от своего ребенка. Очень болезненно преодолевают психологический барьер, так как они уже успели привыкнуть к усыновляемому ребенку, и очевидно становится страшно, когда возникает возможность оказания на родителя морального давления в суде.

При этом законодатель не исключает, исходя из приоритета прав родителей, о возможности суда отказать в удовлетворении требования об усыновлении. Так как, следует учесть, что любой из родителей может до вынесения решения отозвать данное им ранее согласие на усыновление независимо от мотивов, побудивших его сделать это.

Так же, не исключено, что суд вправе в интересах ребенка вынести решение о его усыновлении без согласия родителя.

Хотелось бы отметить, что в связи с участвовавшими случаями продажи новорожденных детей и проверок со стороны прокуратуры, многие нотариусы отказываются заверять заявления родителей об отказе от ребенка и согласие на усыновление. Считаем, что это незаконно со стороны нотариусов, так как эта процедура волеизъявления все еще имеет законную силу.

Третье, на практике суды повторно запрашивают у усыновителей всю документацию, справки, в том числе оригиналы свидетельства о рождении, вновь проверяя и устанавливая в судебном заседании родственные отношения с усыновляемым ребенком.

На самом деле, все эти обстоятельства для усыновления ребенка первоначально проверяются и устанавливаются комиссией, выдающей заключение.

Одним из двух основных функций комиссии, согласно Приказу Министерства образования и науки Республики Казахстан от 16 января 2015 года № 13 «Правила деятельности и состав комиссии, выдающей заключение о возможности (невозможности) выдачи разрешения о передаче детей, являющихся гражданами Республики Казахстан, на усыновление», является подготовка заключения о возможности (невозможности) выдачи разрешения о передаче детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на усыновление.

Комиссия создается при местных исполнительных органах района, города областного, республиканского значения, столицы. В комиссию входят руководитель управления образования области, отдела образования района, города областного, республиканского значения, столицы (председатель комиссии), специалист, осуществляющий функции по опеке и попечительству (секретарь комиссии), представители органа внутренних дел, органа координации занятости и социальных программ, органа здравоохранения, органа юстиции. Заседания комиссии проводятся по мере необходимости, но не реже одного раза в месяц.

Потратив на сборы всевозможных справок и доказательств совсем немало времени, после сдачи заявления в органы опеки и попечительства, усыновители ждут заседание комиссии еще один месяц, чтобы получить

заключение. А, еще хуже бывает в летнее время, когда наступает пора отпусков в отделе образования. Тогда уж точно, заседание комиссии не будет проводиться до начала учебного года.

Четвертое, Постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 марта 2012 года № 380 «Правила передачи детей, являющихся гражданами Республики Казахстан, на усыновление» определены следующие правила:

- порядок передачи детей на усыновление родственникам, независимо от их гражданства и места жительства;
- порядок передачи детей на усыновление гражданам Республики Казахстан, постоянно проживающим на территории Республики Казахстан;
- порядок передачи детей, являющихся гражданами Республики Казахстан, на усыновление гражданам Республики Казахстан, постоянно проживающим за пределами Республики Казахстан, иностранцам.

Орган опеки и попечительства по месту нахождения усыновляемого ребенка, соблюдая все правила, направляет действия усыновителей в ходе досудебной подготовки, и в итоге предоставляет в суд разрешение о передаче ребенка на усыновление на основании заключения комиссии:

- с указанием сведений о факте личного общения родственников, независимо от их гражданства;
- с указанием сведений о факте личного общения граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан;

- с указанием сведений о факте личного общения граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих за пределами Республики Казахстан, иностранцев, претендующих на усыновление, с этим ребенком.

На этой стадии, орган опеки и попечительства, завершает осуществление основной своей функции в деле об усыновлении ребенка.

На практике, представитель органа опеки и попечительства представив суду разрешение о передаче ребенка на усыновление на основании заключения комиссии, ссылаясь на свою занятость, старается не участвовать в судебных заседаниях. При этом в лучшем случае он пишет заявление о рассмотрении дела без его участия в суде, а в худшем, усыновителей постигают долгие ожидания судебного заседания, так как, согласно закону участие органа опеки и попечительства в суде обязательно.

Подводя итоги, хочется отметить, что иерархия нормативных правовых актов регулируется Законом РК от 24 марта 1998 года № 213 «О нормативных правовых актах». Согласно ст. 6 этого закона, *при наличии противоречий в нормах нормативных актов разного уровня действуют нормы акта более высокого уровня.*

Так же важно знать, что *нормы законов в случаях их расхождения с нормами кодексов Республики Казахстан могут применяться только после внесения в кодексы соответствующих изменений.*

Но, однако, готовясь к данной публикации, я обратил внимание на п. 4 ст. 4 Закона РК «О нормативных правовых актах» и в буквальном смысле слова «был в ступоре».

Регулируя соотношение юридической силы иных, кроме Конституции, нормативных правовых актов по соответствующим нисходящим уровням, закон отмечает, что **вне указанной иерархии находятся нормативные постановления Конституционного Совета Республики Казахстан, Верховного Суда Республики Казахстан.**

В свою очередь, этот закон не уточняет, где же по своей иерархии находятся эти вышеуказанные нормативные постановления.

Мы, адвокаты всегда считали Нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан подзаконными актами, направляющими действия судов, а так же рассматривали их как наглядное пособие, уточняющее и конкретизирующее правоотношения участников процесса для всестороннего рассмотрения дела и принятия законного решения.

Получается что если, Нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан находятся вне иерархии, тогда в нашем рассматриваемом случае по вопросам усыновления, ГПК РК и Закон РК «О браке (супружестве) и семье» противоречат Нормативному постановлению, а не наоборот. Тогда, получается что, необходимо внести соответствующие изменения в эти нормативные правовые акты.

В новом ГПК РК (от 31 октября 2015 года) более подробно указаны документы, прилагаемые к заключению органов опеки и попечительства.

Так же, в новом ГПК РК оставлены прежними тезисы о том, что при подготовке дела к судебному разбирательству судья обязывает органы, осуществляющие функции по опеке или попечительству по месту жительства или месту нахождения усыновляемого ребенка, представить в суд разрешение.

Так же без изменения осталось условие, *что в необходимых случаях суд может привлечь к участию в деле родителей (родителя).*

Считаем, что «необходимые случаи» привлечения к участию в суде родителей усыновляемого ребенка так же должны быть конкретизированы, что бы усыновители при подготовке материала к усыновлению уже знали, что им придется либо не придется обращаться к биологическому родителю, для того, чтобы тот подтвердил отказ и свое согласие на усыновление в судебном заседании.

Хочется надеяться, что Верховный Суд Республики Казахстан, с момента действия нового процессуального закона, внесет соответствующие поправки, для исключения всевозможных противоречий Нормативного постановления № 17 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о браке (супружестве) и семье при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» с Гражданским Процессуальным Кодексом Республики Казахстан.



К вопросу о противоречии некоторых норм действующего законодательства Конституции Республики Казахстан и международным обязательствам Казахстана

Каждый адвокат при написании статьи в журнале «Адвокаты Алматы» ставит себе вопрос, чтобы такое написать, что еще не освещалось коллегами. К великому моему сожалению выбрать какую-либо новую тему, оказалось непростой задачей.

И тогда, вспомнились до глубины души, задевшие мое профессиональное самолюбие гражданские дела, где отдельные нормы законов Республики Казахстан вступают в противоречие с Конституцией Республики Казахстан и принятыми международными обязательствами Казахстана.

И самое парадоксальное, что судьи зная об этом, не приняли никаких мер по содействию в приведении данных законов в соответствие с Конституцией Республики Казахстан и требованиями международных обязательств.

По требованию законодательства, именно на судебную инстанцию возлагается обязанность устранить данные пробелы и коллизии законодательства.

Ниже привожу три случая из реальной адвокатской практики.

Дело №1: В 2001 году директор ТОО – гражданин «А» приобрел у государства в лице территориального комитета государственного имущества и приватизации за 800000 тенге земельный участок, площадью 0,06 га расположенный в центре города. Ветхое одноэтажное здание было передано по договору. Право собственности на земельный участок и строение было зарегистрировано в Департаменте юстиции в предусмотренном законом порядке.

Наступил 2011 год, ТОО получило уведомление о предстоящем отчуждении (выкупе) земельного участка для государственной

ЖАЙЛАУОВ Батырхан Рыскалиевич
адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов

надобности с предложением за земельный участок суммы денег в 800 000 тенге, за строение не было предложено выкупа по причине того, что ТОО приобрело строение у государства безвозмездно. ТОО не согласилось, и обратилось в суд. Спор был рассмотрен Специализированным межрайонным экономическим судом г. Алматы. В ходе рассмотрения дела была назначена оценка земельного участка, рыночная стоимость которого составила 26 000 000 тенге и оценка строения в 6 000 000 тенге. Решением суда иск Акимата г. Алматы был удовлетворен частично, было решено выплатить ТОО стоимость земельного участка в сумме 800 000 тенге и стоимость строения в сумме 6 000 000 тенге. Общая сумма составила 6 800 000 тенге. ТОО прошло, все судебные инстанции, решение суда первой инстанции было оставлено без изменения. Также было оставлено без удовлетворения ходатайство о принесении протеста, в Генеральную прокуратуру Республики Казахстан.

Единственной нормой материального права которой руководствовался суд, послужил Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного имущества» № 414-IV от 01.03.2011 г., а именно, п. 2 ст. 67 Закона РК «О государственном имуществе», которая гласит, что стоимость земельного участка, отчуждаемого для государственных нужд, перешедшего к собственнику по гражданско-правовой сделке или по решению суда, опре-

деляется в размере стоимости, указанной в гражданско-правовом договоре или в решении суда, но не превышающей рыночную стоимость. В случае если в гражданско-правовом договоре цена за земельный участок не указана, стоимость земельного участка определяется по его кадастровой (оценочной) стоимости.

Выводы суда первой инстанции удовлетворившего требование Акимата г. Алматы об определении цены за принудительно отчуждаемый для государственных нужд земельный участок в сумме 800 000 тенге в порядке предусмотренном п. 2 ст. 67 Закона РК «О государственном имуществе» – противоречат требованию ст. 26 Конституции Республики Казахстан о предоставлении **равноценного** возмещения за принудительное отчуждение имущества для государственных нужд. Такое же требование о предоставлении равноценного возмещения предъявляется другими многочисленными нормативными актами (*Гражданский кодекс ст. 255, Земельный кодекс ст. 84, Закон о жилищных отношениях ст. 29, Нормативное постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 28.05.07 г. № 5 и т.д.*).

Согласно ст. 4 Закона РК от 24.03.1998 г. № 213-І «О нормативных правовых актах» Конституция Республики Казахстан имеет высшую юридическую силу по сравнению с законами Республики Казахстан. Кодексы также стоят выше по иерархии, чем

законы. Пункт 3 данной статьи также гласит, что каждый из нормативных правовых актов нижестоящего уровня не должен противоречить нормативным правовым актам вышестоящих уровней.

Остались безрезультатными напоминания суду о требованиях п. 1 ст. 6 ГПК РК, откуда следует, что суд при разрешении дел в порядке гражданского судопроизводства обязан точно соблюдать требования Конституции Республики Казахстан, настоящего Кодекса, других нормативных правовых актов.

Конечно же, автор данной статьи заявил суду ходатайство о вынесении представления в Конституционный Совет Республики Казахстан о не конституционности п. 2 ст. 67 Закона РК «О государственном имуществе» в рамках требований п. 2 ст. 6 ГПК РК откуда следовало, что суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина.

Если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией Республики Казахстан права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет Республики Казахстан с представлением о при-

знании этого акта неконституционным. По получении судом итогового решения Конституционного Совета Республики Казахстан производство по делу возобновляется.

Незаконными являются выводы суда применившего ст. 67 Закона РК «О государственном имуществе» принятого 17.03.2011 г. об определении стоимости земельного участка по цене указанной в гражданско-правовом договоре. Данные выводы судьи противоречат требованиям ст. 37 Закона «О нормативных правовых актах», откуда следует, что нормативные правовые акты, устанавливающие или усиливающие ответственность, возлагающие новые обязанности на граждан или ухудшающие их положение, обратной силы не имеют.

Также судом первой инстанции неверно толкуются требования ст. 37 Закона «О нормативных правовых актах», откуда следует, что действие нормативного правового акта не распространяется на отношения, возникшие до его введения в действие.

В связи с тем, что ТОО купило участок 01.10.2001 г. требования Закона РК «О государственном имуществе», принятого 17.03.2011 года не применяются, а применяются на сделки заключенные после введения в действие Закона РК «О государственном имуществе».

Считаю, что незаконные действия (бездействия) судов

причастных к данному спору с участием государства были вызваны тем, что согласно заключению Земельной комиссии г. Алматы от 18.04.2013 г. оспариваемый земельный участок был предоставлен согласно заявлению Алматинского городского суда от 17.04.2013 г. вх. № 2089 для строительства административного здания Алматинского городского суда.

Заявленные отводы суду апелляционной и кассационной инстанций Алматинского городского суда остались без удовлетворения. Судьи кассационной инстанции сами рассмотрели заявленный им же отвод, тем самым нарушив требова-

ния п. 4 ст. 42 ГПК РК, откуда следует, что отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу суда, разрешается этим же судом в полном составе простым большинством голосов. В связи с интересом в земельном участке Алматинского городского суда для объективности иск Акимата г. Алматы должен был быть рассмотрен в другом городе.

В итоге, доверитель вместо 800 000 тенге предложенных Акиматом г. Алматы, получил от государства 6 800 000 тенге, хотя согласно Конституции Республики Казахстан должен был получить 26 800 000 тенге. Доверитель, по окончании дела



понимая, как сложно судиться с государством и самим судом, выразил свое понимание посредством благодарности адвокату.

Дело № 2: Гражданин «Б», имеющий гражданство России наследует после смерти своего отца гражданина Казахстана в 2011 году земельный участок для целей дачного строительства в Илийском районе Алматинской области. Сын на законных основаниях оформляет свои права у нотариуса, которая выдает свидетельство о праве на наследство по закону на земельный участок. Удостоверенное нотариусом право собственности на земельный участок за гражданином «Б» зарегистрировано в регистрирующем органе, то есть в Управлении юстиции Илийского района. Исходя из общих правил института частной собственности, право собственности на недвижимость возникает с момента регистрации. Теперь ему оставалось получить акт на право собственности на землю и в соответствии с нормами земельного права (ст. 66 Земельного кодекса Республики Казахстан) произвести в течении 1 года отчуждение.

Но не тут-то было, отдел земельных отношений Илийского района отправил документы на подпись Акиму, который отказал в выдаче акта на право собственности ссылаясь, на то, что в соответствии с законодательством участок не может быть в собственности иностранного гражданина. Возражения гражданина «Б», что право собственности у него уже возникло, а после оформ-

ления идентификационного документа, то есть государственного акта он хочет произвести отчуждение земельного участка другому лицу – гражданину Казахстана – не принесли желаемого результата.

Ответы на жалобы в органы прокуратуры также были декларативного характера со ссылкой на нормы законодательства запрещающие иностранному гражданину иметь на праве собственности земли сельскохозяйственного назначения, в том числе и земли для дачного строительства. В случае, если земельный участок оказывается в собственности иностранного гражданина, такое право должно быть отчуждено в течении годичного срока.

Возникает вопрос: Как продать такой участок без акта на право частной собственности? Аким на данный вопрос отвечает, что земля иностранному гражданину предоставляется в аренду. Если согласиться с Акимом, то дюжинная доля покупателей не соглашаются с такими «проблемами». Если при продаже земли включить в договор купли-продажи в качестве сособственника Акима в чьем ведении находится земля, тогда не согласится Аким. Иностранному гражданину, оформив земельный участок в аренду, сможет продать подобный земельный участок только знающему перипетии и коллизии земельного права или очень «смелому» человеку, которых, в связи с увеличением мошеннических действий в сфере продажи недвижимости, с каждым годом становится меньше. Конечно, есть вари-

ант продать землю за бесценок или оставить государству. На что не может согласиться наследник.

Судебная система Алматинской области заняла такую же позицию, что и государственные органы. И самое интересное, что суды не могут вынести законное и мотивированное решение. В решении судов также, как и в ответах государственных органов отмечается, что права иностранного гражданина не нарушены, «пожалуйста» продавайте свое имущество, только в течении 1 года. На вопрос: Как продать земельный участок без акта, пожимают плечами и рекомендуют обратиться к «хозяину» земли Акиму Илийского района, а последний в письменном отказе рекомендует обратиться в судебные органы. На этом круг замыкается.

Детальное изучение действующего законодательства Республики Казахстан и принятых Казахстаном международных обязательств показало, что органы «государственно-судебной» власти нарушают нормы Конституции Республики Казахстан и международного права.

Действия (бездействия) государственных органов выразились в нарушении прав гражданина Российской Федерации на наследство, охраняемых ст. 26 Конституции Республики Казахстан, откуда следует, что собственность, в том числе право наследования, гарантируется законом. Из ст. 1038 ГК РК следует, что наследование – это переход имущества умершего гражданина (наследода-

теля) к другому лицу (лицам) – наследнику (наследникам).

Из п. 4 ст. 12 Конституции Республики Казахстан и других корреспондирующихся с ним законов следует, что иностранцы и лица без гражданства пользуются в Республике правами и свободами, а также несут обязанности, установленные для граждан, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами.

Пунктом 1 ст. 4 Договора между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о правовом статусе граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, и граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан, установлено, что гражданин одной Стороны, постоянно проживающий на территории другой Стороны, пользуется такими же правами и свободами и несет такие же обязанности, что и граждане Стороны проживания, за изъятиями, установленными данным Договором.

Согласно ст. 47 Кишиневской конвенции от 07.10.2002 г. «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» участниками которой являются Азербайджан, Армения, Беларусь, Грузия, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина следует, что граждане каждого из государств могут наследовать на территориях других участни-

ков Конвенции имущество или права по закону или по завещанию на равных условиях и в том же объеме, как и граждане данного государства.

При этом нотариусы выдают свидетельства о праве на наследство на недвижимость и любое другое имущество иностранцам, независимо от того, проживают ли они в Казахстане или нет. Порядок оформления наследственных прав в этом случае не отличается от общеустановленного.

В соответствии со ст. 7 Земельного кодекса Республики Казахстан следует, что если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в Земельном кодексе, то применяются правила указанного договора. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, к земельным отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание законодательного акта.

Указанное несоответствие действующего законодательства Республики Казахстан в отношении граждан России, с которой у Казахстана добрососедские отношения не красят органы государственной власти нашей страны. Наши республики в прошлом были одной замечательной страной, имеются родственники, которые по объективным причинам могут призвать к наследственным правоотношениям.

Дело № 3: Супруг гражданки «В» умер в 2007 году. Он являлся единственным учредителем в ТОО. В связи со спором между наследниками оформление наследства затянулось на некоторое время. И только в 2012 году после получения свидетельства о праве на наследство по закону гражданка «В» обратилась в Департамент юстиции г. Алматы с заявлением о перерегистрации ТОО в связи с изменением состава учредителей. К ее великому удивлению она получила отказ по мотиву исключения ТОО из электронного регистра юридических лиц в соответствии с приказом № 11873 от 28.06.2010 года. Исключение из регистра юридических лиц было инициировано Налоговым Департаментом г. Алматы, который нарушил обязательные требования по порядку принудительной ликвидации юридических лиц, предусмотренные п. 2 ст. 45 Закона РК «О введении в действие Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)». В приказ № 11873 от 28.06.2010 года, кроме ТОО гражданки «В» были включены еще 38 831 юридических лиц. Да, какая ужасающая статистика, хорошее «поле» для деятельности правоохранительных органов (лжепредпринимательство, отмывание денег и т.д.).

Далее гражданка «В» обратилась в Медеуский районный суд, где просила признать действия Налогового Департамента о включении в список ликвидируемых налогоплательщиков ТОО незаконными. Отменить в части приказ № 11874 от 28.06.2010 года об исключении

ТОО из электронного регистра юридических лиц. Признать действия (бездействия) Департамента юстиции г. Алматы в отказе в перерегистрации ТОО незаконными. Обязать Департамент юстиции г. Алматы произвести перерегистрацию ТОО на основании свидетельства о праве на наследство по закону от 05.01.2012 года, выданного частным нотариусом г. Алматы.

Решением Медеуского районного суда исковые требования моей доверительницы гражданки «В» были удовлетворены в полном объеме.

Данное дело мною освещается лишь по одной причине, обратить внимание коллег и других читателей, кто еще не встречался с этим вопросом, о неконституционности и противоречивости некоторым законам Республики Казахстан, положения п. 2 ст. 45 Закона РК «О введении в действие Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» о порядке принудительной ликвидации юридических лиц.

В результате издания вышеуказанной нормы были нарушены права гражданки «В», гарантированные ст. 26 Конституции Республики Казахстан, на право частной собственности, на право наследования и запрета лишения имущества, иначе как по решению суда. Нарушены требования ст. 49 ГК РК, откуда следует, что ликвидация юридических лиц производится в судебном порядке. Нарушена ст. 32 Закона РК «О браке и семье», что доли в капитале, внесенные в иные коммерческие организации относятся

к общей совместной собственности супругов. Кроме того, были нарушены требования по ликвидации юридических лиц в соответствии с требованиями ст.ст. 49, 50 ГК РК, главы 10 Приказа Министра юстиции Республики Казахстан от 12.04.2007 года №112 «Об утверждении Инструкции по государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» регулирующих порядок регистрации и прекращения деятельности юридических лиц.

Таким образом, по первому вопросу, освещенному в рамках дела №1, считаю необходимым принять скорейшие меры по исключению или редактированию вышеназванных норм Закона Республики Казахстан «О государственном имуществе» и корреспондирующих с ними норм Земельного Кодекса Республики Казахстан, носящих явный антиобщественный характер, нарушающих гарантированные Конституцией Республики Казахстан права граждан и юридических лиц.

По второму вопросу по делу №2 считаю необходимым привести ст. 66 Земельного кодекса Республики Казахстан в соответствие со статьей 47 Кишиневской конвенции от 07.10.2002г. «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» и требованиям п. 1 ст. 4 Договора между Республикой Казахстан и Российской Федерацией о правовом статусе граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, и граждан Российской Федерации,

постоянно проживающих на территории Республики Казахстан.

По третьему вопросу по делу №3 о неконституционности и противоречивости некоторым законам Республики Казахстан, положения п. 2 ст. 45 Закона РК «О введении в действие Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» о порядке принудительной ликвидации юридических лиц – считаю, необходимым проводить более качественную экспертизу отправляемых на парламентское обсуждение законов.

Во всех трех случаях противоположной стороной, являются государственные органы, которые выступают, как особые субъекты гражданского права, что связано с двойственностью положения государственных органов: с одной стороны, они являются властными субъектами, с другой стороны они должны выступать в качестве равноправного субъекта, не используя своих властных полномочий.

Из приведенных мною дел видно, что эти две функции государства смешались, что привело к ущемлению прав моих доверителей.

Резюмируя свою статью, надеюсь, что суды будут разрешать дела с участием государственных органов, на основе самостоятельности и равноправия сторон. А также будут более независимыми при рассмотрении ходатайств адвокатов об обращении в Конституционный Совет Республики Казахстан о признании некоторых норм законов неконституционными.

К вопросу об изменениях в гражданском процессуальном кодексе

КАМЫШНЫЙ Александр Федорович
адвокат ЮК № 9
Алматинской городской коллегии адвокатов

Никто не будет отрицать, что в процессе развития общества развивается и правовая база его жизни. Изменения в законодательстве, которые утверждали принципы гуманизма, несли упрощение различных процедур – всегда приветствовались.

Но всегда ли изменения, в том числе в виде изъятий из законодательства тех или иных положений или их части, отвечали интересам и правам всех сторон процесса и соответствовали принципу равенства их перед законом?

Хочу на Ваш суд, так как мнения могут быть разные, представить следующие изменения в Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан.

В ходе судебных разбирательств по гражданским делам мы не раз сталкивались, да и сами использовали нижеприве-

денное положение Гражданского процессуального кодекса:

- Статья 249. Основания оставления заявления без рассмотрения
- Суд оставляет заявление без рассмотрения, если: 9) подано заявление о возвращении искового заявления, а ответ-

чик не требует разбирательства дела по существу.

В соответствии с Законом РК от 17.11.2014 г. № 254-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего упро-



щения отправления правосудия, снижения бюрократических процедур» – в Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан от 13 июля 1999 года: подпункты 7) и 9) статьи 249 изложить в следующей редакции:

- «7) истец, не просивший о разбирательстве дела в его отсутствие, не явился в суд по вторичному вызову»;
- «9) подано заявление о возвращении искового заявления».

Свежий пример применения данного «нового» положения.

В Медеуском районном суде города Алматы в сентябре – октябре 2015 года рассматривалось гражданское дело по иску Седовой С. к Проскуриной П. и Никифиной Н. о запрете им пользоваться ее долей земельного участка с кадастровым номером 20-415-049-075. Впоследствии ответчиком по делу привлекли Артемьеву А. /1/.

В день судебного разбирательства, на который были назначены прения сторон, представитель истца подал в суд заявление об оставлении искового заявления без рассмотрения, поскольку сторона истца намерена собрать дополнительные доказательства. А нам – стороне ответчика возразить было не чем. В данном случае ссылка на наше мнение, при оставлении искового заявления без рассмотрения, из законодательства была исключена.

Положительно ли данное изменение? Спорно.

На протяжении месяца было проведено несколько судебных

заседаний. Допрошен ряд свидетелей, сторонами представлены и исследованы все необходимые документы для разрешения дела по существу, судом произведено выездное заседание для исследования земельного участка и прилегающего к нему участка родильного дома. То есть судом, стороной ответчика по делу затрачены значительные силы и время, в том числе, для вызова свидетелей (затрачено и их время) для предоставления в суд достаточных и исчерпывающих доказательств по делу.

Фактическое рассмотрение дела по существу было окончено. Все необходимые доказательства, исходя из принципа достаточности исследованы. Суд назначил день и время проведения прений сторон. Непосредственно перед прениями сторон, когда суд разъяснил право сторон на дополнения к материалам дела, представителем истца подается в суд вышеупомянутое заявление об оставлении искового заявления без рассмотрения. Из содержания этого заявления видно, что сторона истца не собирается отказываться от дальнейших судебных тяжб.

Что же в очередной раз по иску истца отнимать массу времени у суда, значительного числа других лиц, участвующих в суде со стороны ответчика, а также третьих лиц?

Не является ли это нарушением прав стороны ответчика на объективное разрешение дела по существу, после проведения в полном объеме судебного разбирательства с исследованием исчерпывающего количества доказательств, то есть в соответствии со ст. 210 ГПК РК фактического окончания рассмотрения дела по существу?

Не является ли это созданием для судов необоснованной загрузки гражданскими делами, которые можно было разрешить по существу в ходе первого судебного разбирательства? По моему мнению, ответы на все эти вопросы – ДА.

Из ниже приведенного выступления в прениях в защиту прав и интересов ответчика видно, что никакие «дополнительные» доказательства не могут повлиять по существу на разрешение дела в пользу ответчика.

В подтверждение проведенного объема работы, затраченного времени и достаточности доказательств привожу выступление в прениях стороны ответчика:

«В Медеуском районном суде города Алматы рассматривается иск Седовой С. к Проскуриной П. и Никифиной Н. о запрете им пользоваться ее долей земельного участка с кадастровым номером 20-415-049-075. Впоследствии ответчиком по делу привлекли Артемьеву А.

Ответчик и я, как ее представитель, с исковым заявлением полностью не согласны по ниже приведенным основаниям.

Артемьевой А. и другим лицам невозможно запретить пользоваться данным участком, так как участок с данным кадастровым номером является общей долевой собственностью. Истец Седова С. вводит суд в заблуждение, указывая, что ее доля равна 0,0473 га.

В соответствии с правоудостоверяющим документом – Актом

на право частной собственности на земельный участок от 05 июля 2013 года доля Артемьевой А. составляет 0,0101 га, а площадь всего участка с кадастровым номером 20-415-049-075 составляет 0,0473 га. Право собственности на данный земельный участок общее долевое. Целевое назначение – для эксплуатации и обслуживания жилого дома.

В соответствии с Актом на право частной собственности на тот же земельный участок с кадастровым номером 20-415-049-075, выданный на имя истца – Седовой С. ее доля составляет 0,0134 га. Указанная же в иске Седовой С. ее доля земельного участка – 0,0473 га является размером всего земельного участка, находящегося в общей долевой собственности.

Даже эти данные в земельном акте доказывают полную необоснованность иска Седовой С., которая пытается доказать, что весь участок площадью 0,0473 га принадлежит ей и только она может им пользоваться. Земельный участок неделимый.

Это доказывает, что ее право собственности не нарушено.

Кроме Седовой С. и Артемьевой А. проживают на данном участке еще два участника общей долевой собственности – Зуларов З. и Гаиов Г., которые также пользуются данным участком для эксплуатации и обслуживания дома, находящегося также в общей долевой собственности у указанных четырех собственников.

Участок является неделимым, поэтому никто доли в натуре не выделял и участок не разделял.

Никаких соглашений о порядке пользования не заключалось и предложений в связи с этим не поступало. До настоящего времени всех устраивал порядок пользования участком, сложившийся десятки лет, что полностью подтвердили свидетели, допрошенные в ходе судебного разбирательства (показания приведены ниже).

Истица Седова С. утверждает, что ответчик и третьи лица пользуются ее калиткой, хотя эта калитка является для них общим входом на участок и ведет к единственному проходу в их часть дома. В восточной стороне выхода у ответчика из его части дома, как утверждает Седова С. – имеется отдельный выход. В восточной стороне имеется калитка, ведущая на территорию родильного дома. Калитка установлена с разрешения администрации родильного дома, для обслуживания стены той части дома, которая выходит на территорию родильного дома. Никакого входа в стене части дома ответчика через территорию родильного дома не существует. Это запрещено администрацией. Вообще не понятно, откуда истица Седова С. берет недостоверную информацию.

В ходе судебного разбирательства представитель родильного дома Садыков Н. полностью подтвердил доводы ответчика, указав, что с восточной стороны стена части дома Артемьевой А. выходит на территорию родильного дома и администрация роддома естественно никогда не даст разрешения делать там выход из дома. Тем более, что территория родильного дома в этой части огоро-

жена забором, ворота которого закрываются после 18 часов.

В суд был представлен Акт на право собственности на земельный участок родильного дома и схема участка, которые подтверждают доводы представителя родильного дома и ответчика.

Указанные факты были подтверждены при выездном заседании суда – при осмотре земельного участка и домостроения Артемьевой А. и Седовой С. и земельного участка родильного дома.

Далее Седова С. утверждает, что ответчик и третьи лица якобы создают ей дискомфорт проходя через «ее» участок. Это невозможно по определению, так как уже три года сама Седова С. в своей части дома не проживает. Поэтому подобные утверждения также являются полностью необоснованными.

В ходе судебного заседания свидетели Зуларов З. и Лаптев С. подтвердили факт сложившегося многие годы пользования рассматриваемым земельным участком и факт проживания в части дома Седовой С. продолжительное время квартирантов. Сама Седова С. фактически проживает по другому адресу. В ходе выездного заседания суда данный факт нашел свое подтверждение.

Кроме того, у нас в городе значительное количество пешеходных дорожек проходит около окон жилых домов, но никто из жильцов этих домов не считает это дискомфортом. Объективно невозможно в этих случаях что-то изменить.

Если же один из собственников дома произвел отчуждение принадлежащей ему части строения в пользу третьего лица, то ранее установленный порядок пользования земельным участком будет обязателен и для нового собственника

Необходимо заметить, что сама Седова С. ни на одно заседание суда не явилась и лично подтвердить доводы иска, и, в том числе, в чем же состоит ее дискомфорт, не смогла. Ее представитель в суде никаких доводов, доказывающих дискомфорт истца – не привел.

В соответствии с техническим паспортом площадь части дома Артемьевой А. составляет 70,4 кв.м. После уточнения установлено, что из данной площади 11 кв. м. находится в виде пристройки на земельном участке их соседей Тюмниковых с их согласия. Площадь доли земельного участка, которая принадлежит Артемьевой А. составляет 101 кв. м. То есть еще 42 кв. м. имеется свободной земли, входящей в долю Артемьевой А. Проход, по которому проходит Артемьева А. и другие члены ее семьи составляет всего несколько квадратных метров. Из этого следует, что Артемьевы пользуются общей землей и, в то же время – своей, и ничьих прав не нарушают.

Это полностью соответствует положениям законодательства Республики Казахстан. В соответствии со ст. 6 Земельного кодекса Республики Казахстан – «Имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земель-

ными участками, а также по совершению сделок с ними регулируются гражданским законодательством Республики Казахстан...».

Согласно ст. 213 Гражданского кодекса Республики Казахстан – «Каждый участник долевой собственности имеет право на предоставление в его владение и пользование части общего имущества, соразмерной его доле...».

Соответственно, Артемьева А. осуществляет пользование участком в соответствии со своей долей. Если бы это было не так, был бы поднят вопрос о сервитуте.

Кроме того, данные доли дома и доли земельного участка приобретались Артемьевой А. и ее покойным мужем в 1979 году, а Седовой С. в 1987 году у одного собственника Тарановой Ю.П., что подтверждается представленными в суд документами. Таранова Ю.П. продавала им свою недвижимость по частям. И этот порядок фактического пользования сложился уже десятки лет назад и никем не оспаривался до сих пор. Седова С., приобретая в 1987 году свою часть дома, естественно знала о таком порядке пользования.

Допрошенная в качестве свидетеля Шаримет А.Т., являющаяся дочерью Тарановой Ю.П. (умершей) подтвердила, что она была в курсе сделок и 1979 года и 1987 года. В пользу Артемьевой А. часть домостроения была продана в 1979 году, и они пользовались участком совместно, что соответствовало закону и реальным возможностям пользования. Соответственно, вход на участок являл-

ся общим и проходы к частям дома также. Когда истец Седова С. приобретала у ее мамы часть дома в 1987 году, то ей был полностью известен порядок пользования общим долевым участком с Артемьевой А., который сложился еще с 1979 года, то есть с момента покупки Артемьевой А. части дома.

Седову С. данный порядок пользования устраивал. Поэтому до настоящего времени никаких претензий не поступало и, по сути, не могло поступать.

Рассматриваемая ситуация полностью соответствует также положениям Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства», а именно пункту 13 – «Если же один из собственников дома произвел отчуждение принадлежащей ему части строения в пользу третьего лица, то ранее установленный порядок пользования земельным участком будет обязателен и для нового собственника (статья 19 Закона «О жилищных отношениях»)».

До 1987 года Артемьева А. и Таранова Ю.П., продавшая ей и ее мужу в 1979 году часть своей доли в домостроении были сособственниками. Артемьева А. пользовалась именно этой единственной дорожкой для прохода в их часть дома, никаких споров естественно не было. Затем Таранова Ю.П. в 1987 году произвела отчуждение в пользу Седовой С. – третьему лицу. Поэтому в соответствии с вышеуказанными положениями ранее установленный порядок пользования земель-

ным участком обязателен для Седовой С.

Это полностью соответствует и положениям ст. 19 Закона РК «О жилищных отношениях» – «Продажа, дарение, переход по наследству, реализация залога жилого дома, а также недостроенного жилого дома, влекут за собой переход права собственности (землепользования) на земельный участок к новому собственнику жилого дома в таком же объеме правомочий, каким обладал прежний собственник жилого дома».

Свидетель Угроминов Я.В. подтвердил, что он еще в 1999 году на рассматриваемом участке построил по просьбе Артемьевой А. небольшой сарайчик под уголь, которым пользовалась Артемьева А. Никто никаких претензий в отношении строительства не предъявлял.

В ходе выездного заседания суда было установлено, что на общем долевом участке Артемьевой А. и Седовой С. имеются различные строения, принадлежащие им, что лишний раз подтверждает наличие общей долевой собственности на земельный участок и использование его по целевому назначению – эксплуатация и обслуживание жилого дома.

Поэтому считаю, на основании приведенных фактов, документов, положений законодательства Республики Казахстан, свидетельских показаний и других доказательств, добытых в ходе судебного разбирательства, исковые требования Седовой С. полностью не обоснованы и прошу в удовлетворении

ее исковых требований полностью отказать.

Кроме того, имеется еще одно основание для отказа в удовлетворении исковых требований Седовой С.

Истец Седова С. приобрела часть дома на указанном земельном участке в 1987 году и, как она указала в исковом заявлении, является собственником земельного участка на основании Акта на право частной собственности на земельный участок от 23 сентября 2008 года. Соответственно, она считает, что с этого момента ее права собственника нарушаются. То есть она сама утверждает, что о нарушении ее прав ей стало известно, по крайней мере, с 2008 года.

Выше я привел несколько доказательств, опровергающих доводы Седовой С. «о нарушении ее права собственности».

Кроме приведенных доказательств, если сама Седова С. утверждает, что о нарушении ее прав она знала, по крайней мере, уже с 2008 года, то она сама подтверждает факт пропуска ею срока исковой давности.

В соответствии с п. 1 ст. 180 ГК РК течение срока исковой давности (три года) начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении права.

С 2008 года прошло 7 лет. Срок исковой давности истек.

Согласно п. 3 ст. 179 ГК РК – истечение срока исковой давности до предъявления иска является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске.

При рассмотрении предложений о внесении изменений в законодательство желательно внимательней прислушиваться к мнению адвокатского сообщества и объективней оценивать последствия каждого из вносимых изменений

Я не считаю, что это является основным обоснованием для отказа в иске, но с нашей стороны в суд подано заявление о пропуске истцом срока исковой давности и я прошу его рассмотреть.

Прошу, в итоге, на основании всех приведенных доказательств по делу и с учетом пропуска срока исковой давности в удовлетворении исковых требований Седовой С. отказать.».

Думаю, что многие юристы согласятся, что рассмотрение дела по существу окончено. Возникает вопрос: какой смысл оставлять в данном случае право на решение вопроса об оставлении искового заявления без рассмотрения только за истцом? Разве это ведет к упрощению бюрократических процедур, если сторона истца намерена продолжать судебные тяжбы, подавая новые иски?

Считаю, что при рассмотрении предложений о внесении изменений в законодательство желательно было бы внимательней прислушиваться к мнению адвокатского сообщества и объективней оценивать последствия каждого из вносимых изменений.

1. Все имена, фамилии и данные в настоящей статье изменены.



АЙТКОЖИН Мухтар Маратович
адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов

К вопросу о практике применения норм Гражданского процессуального кодекса

Уважаемые коллеги, дорогие друзья, интересный вопрос преподнесла мне практическая адвокатская деятельность в этом году. Мы с Вами прекрасно знаем, сколько новых молодых судей назначено в последний период в районных судах г. Алматы и какими непредсказуемыми могут быть порой принимаемые ими процессуальные действия и судебные акты.

Так, касательно утверждения мирового соглашения, общеизвестным является факт, что условия мирового соглашения не должны выходить за пределы исковых требований. Данное требование регламентировано в ст.ст. 49, 219 ГПК РК, согласно которым, суд рассматривает дело в пределах заявленных исковых требований.

Но, глядя на те мировые соглашения, которые сегод-

ня утверждаются судами районных судов, трудно говорить, что все эти мировые соглашения отвечают вышеуказанным требованиям процессуального законодательства.

Мало того, поскольку утверждением мирового соглашения производство по делу прекращается и повторное обращение в суд с теми же требованиями невозможно, что регламентировано ст. 248 ГПК РК, в текстах мировых соглашений не должно быть каких-либо формулировок относительно того, что если одной из сторон мировое не исполняется, то вторая сторона оставляет за собой право вновь обратиться в суд о взыскании убытков. Подобные формулировки в текстах мировых соглашений говорят о том, что стороны в действительности не пришли к миру. И



тем более, если в основном иске уже были предъявлены ко взысканию убытки и дело было прекращено утверждением мирового соглашения, то таких убытков повторно уже нельзя предъявить ко взысканию, о чем регламентировано ст. 248 ГПК.

Однако суды первой инстанции (в моей практике) утверждали такие мировые соглашения, при этом, даже не вдаваясь в их условия. Хорошо, что в моей практике утвержденные мировые соглашения исполнялись, а если представить, что такое мировое соглашение могло быть не исполненным, и вторая сторона обратилась бы в суд о взыскании убытков, ранее уже предъявлявшихся в исковом порядке по делу, производством прекращенному в связи с утверждением мирового соглашения.

Полагаю, это приведет к правовой коллизии, избежать которую можно было еще при утверждении мирового соглашения, если бы судья первой инстанции внимательно прочитал условия этого самого мирового соглашения. Ведь единственным способом принудительного исполнения мирового соглашения является выписывание по нему исполнительного листа. Однако, не все, видимо, это понимают. Не только среди практикующих юристов, но и среди вновь назначенных судей.

Далее, вспоминается интересный факт назначения адвоката в Ювенальном суде г. Алматы. Когда судья назна-

чила адвоката за государственный счет, но по основаниям не предусмотренным ст. 114 ГПК РК, а после того как ей по этим основаниям был заявлен отвод, его конечно отклонили, но и адвокат, привлеченный помимо предусмотренных законом оснований, из дела исчез, а вышестоящая инстанция закрыла глаза на данное нарушение суда первой инстанции.

Имеются факты, когда вновь назначенные судьи при рассмотрении заявления о снятии ареста отказывали в снятии ареста по основанию, что дело не было рассмотрено судом кассационной инстанции. Тогда как согласно норм действующего законодательства Республики Казахстан решение суда вступает в законную силу, и, следовательно, подлежит исполнению после рассмотрения в апелляционной инстанции.

Был случай, когда судья, из числа вновь назначенных, в нарушение ст. 14 ГПК РК о языке судопроизводства, исковое заявление вручил без перевода на язык, которым лицо владеет и рекомендовал стороне, получившей иск без перевода, самой идти к нотариусу за нотариальным переводом. И вновь вопрос о переводе материалов дела и иска для стороны решился только после заявления отвода.

И, к сожалению, в таких случаях, и сказать то нечего, смотришь на все это и думаешь, что если сказать о нарушении вслух, судья может обидеться, а не сказать – означает попустительство-

вать попирацию прав твоего доверителя или подзащитного. И не знаешь, что будет правильнее, поскольку твой доверитель может подумать, что это ты разозлил судью, поучая его, а он в отместку принял такое решение.

Именно тут понимаешь правоту высказывания одного моего коллеги, сказавшего мне недавно такую фразу: «Предугадать можно только действия профессионала, но, к сожалению, мир полон любителей...!».

А ведь мы с вами адвокаты, и обращаемость к нам зависит от того на сколько мы имеем опыт в той или иной сфере, по той или иной категории дел, а также от того на сколько можно предсказать перспективу того или иного дела при производстве в суде.

Но поскольку предугадать действия судей в подобных ситуациях невозможно, остается только разводиться руками.

Нам как адвокатскому сообществу, полагаю, необходимо выработать единые правила поведения в таких ситуациях, поскольку мы с вами тоже не идеальны и действиями судей, ущемляющими права одной стороны, как правило, на благо другой стороны, мы с вами зачастую пользуемся. Поэтому для подобных ситуаций также полагаю должны быть выработаны единые нормы поведения адвокатов, чтобы нам не приходилось обвинять друг друга в использовании неприемлемых методов работы.

Производство в суде кассационной инстанции согласно новому Гражданскому процессуальному кодексу



КИМ Сергей Сергеевич
стажер адвоката ЮК № 2
Алматинской городской коллегии адвокатов

31 октября 2015 года Президент Республики Казахстан Назарбаев Н.А. в торжественной обстановке в Акорде публично подписал новый Гражданский процессуальный кодекс, который разработан в рамках реализации Послания Президента – Лидера нации Назарбаева Н.А. народу Казахстана (Стратегия «Казахстан-2050»: Новый политический курс состоявшегося государства» от 14 декабря 2012 года).

Новый Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – «Новый ГПК РК») направлен на обеспечение эффективной судебной защиты конституционных прав и свобод граждан путем модернизации гражданского процессуального законодательства для повышения его оперативности, де бюрократизацию гражданского судопроизводства, обеспечение эффективного использования технических средств в деятельности судов, а также активное применение примирительных процедур в судопроизводстве.

В Послании Главы государства отмечается, что «важнейшим вопросом правовой политики является реализация гражданами права на судебную защиту, которая гарантирована Конституцией. Для этого необходимо упростить процесс отправления правосудия, избавить его от излишних бюрократических процедур». Новый ГПК РК вступает в силу с 01 января 2016 года (см. пункт 1 статьи 505 Нового ГПК РК).

Новый Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан сохранил все современные базовые институты, однако, при этом, он содержит значительное количество серьезных изменений, среди которых одним из основных является переход от пятизвенной к трехзвенной судебной системе.

В связи с чем, также были внесены соответствующие изменения в Конституционный закон РК «О судебной системе и статусе судей» по организационной структуре Верховного Суда Республики Казахстан и областных судов.



Так, согласно действующему Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан апелляционные и кассационные сосредоточены в областных судах, однако с 01 января 2016 года функции кассационной инстанции будут переданы из областных судов в Верховный Суд Республики Казахстан. При этом, такая судебная инстанция, как надзор, будет полностью упразднена.

Таким образом, согласно Новому ГПК РК в районных судах или приравненных к ним (суд первой инстанции) дело рассматривается по существу, в областных судах или приравненных к ним (апелляционная инстанция) осуществляется пересмотр судебных актов, не вступивших в законную силу, что впрочем, как и в действующей редакции Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан.

Однако с даты вступления Нового ГПК РК пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, будет осуществляться в Верховном Суде Республики Казахстан (кассационная инстанция), что является новшеством по сравнению с ныне действующим Гражданским процессуальным кодексом, согласно которому кассационная инстанция является прерогативой областных и приравненных к ним судов.

Прежде всего, следует отметить, что вместо термина «Кассационная жалоба», который используется в действующей редакции

Гражданского процессуального кодекса, в Новом ГПК РК применяется термин «Ходатайство о пересмотре судебного акта в кассационном порядке».

Несмотря на то, что с 2016 года надзорная инстанция прекратит свое существование, суд кассационной инстанции согласно Новому ГПК РК фактически будет рассматривать дела аналогично тому, как в настоящее время рассматриваются дела в порядке кассации и надзора (в пределах сроков) с учетом внесенных в Новый ГПК РК изменений и дополнений. Так, большая часть полномочий, функций и правовых механизмов, присущих надзорной инстанции, в новом году будут переданы в кассационную инстанцию. Таким образом, новый порядок рассмотрения дел в кассационной инстанции будет представлять собой некий симбиоз из действующих правил кассационной и надзорной инстанции.

Например, действующий до 2016 года ГПК РК предусматривает, что возбуждение надзорного производства по пересмотру оспариваемого судебного акта и рассмотрение ходатайства в надзорной инстанции с истребованием гражданского дела осуществляется только после предварительного рассмотрения ходатайства об оспаривании судебного акта в порядке судебного надзора (см. п. 1 ст. 393 и пп. 1 п. 1 статьи 394 действующего ГПК РК). Аналогичную норму об обязательном

С даты вступления Нового ГПК РК пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, будет осуществляться в Верховном Суде Республики Казахстан (кассационная инстанция)

предварительном рассмотрении судьей ходатайства о пересмотре судебного акта содержит и Новый ГПК РК, однако это правило уже будет применимо для целей кассационного пересмотра судебных актов, а не для надзорного, которое полностью исключается (см. ст. 443 и ст. 444 Нового ГПК РК). При этом, стоит особо отметить, что по новым правилам рассмотрения дел в кассационном порядке, ходатайство о пересмотре судебного акта в кассационном порядке может быть подано в случае соблюдения апелляционного порядка его обжалования (см. п. 1 ст. 434 Нового ГПК РК).

Вместо термина «Кассационная жалоба», который используется в действующей редакции Гражданского процессуального кодекса, в Новом ГПК РК применяется термин «Ходатайство о пересмотре судебного акта в кассационном порядке»

В действующем Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан нет ограничений для пересмотра судебных актов в порядке кассации в зависимости от того, в каком порядке было рассмотрено дело, или как оно окончено, либо по каким-либо другим критериям. Однако новый гражданский процессуальный кодекс, установил целый перечень дел, судебные акты по которым не подлежат пересмотру в

По новым правилам рассмотрения дел в кассационном порядке, ходатайство о пересмотре судебного акта в кассационном порядке может быть подано в случае соблюдения апелляционного порядка его обжалования

Новый гражданский процессуальный кодекс, установил целый перечень дел, судебные акты по которым не подлежат пересмотру в кассационном порядке

кассационном порядке (см. п. 2 ст. 434 Нового ГПК РК).

К таковым относятся судебные акты по делам:

- 1) рассмотренным в порядке упрощенного производства;
- 2) оконченным мировым соглашением, соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашением об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры;
- 3) связанным с имущественными интересами физических лиц при сумме иска менее 2000 (Двух тысяч) месячных расчетных показателей и юридических лиц при сумме иска менее 30000 (Тридцати тысяч) месячных расчетных показателей;
- 4) оконченным в связи с отказом от иска;
- 5) об урегулировании неплатежеспособности, а также делам по спорам, возникающим в рамках реабилитационной процедуры и процедуры банкротства, в том числе о признании сделок, заключенных должником, недействительными, о возврате имущества должника, о взыскании дебиторской задолженности по искам банкротного или реабилитационного управляющего.

При этом, следует отметить, что ограничение содержит действующий Гражданский процессуальный кодекс только лишь для целей пересмотра судебных актов в порядке

надзора, но не в порядке кассации. И перечень дел ограничивается делами приказного производства, упрощенного производства, и делами, оконченными мировым соглашением или соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, не затрагивающим интересы третьих лиц (см. п. 2 ст. 384 ГПК РК).

Особо хотелось бы отметить, что, помимо прочего, абсолютно новым для законодательства Казахстана являются ограничения на кассационное обжалование по делам, связанным с имущественными интересами физических лиц при сумме иска менее 2000 (Двух тысяч) месячных расчетных показателей и юридических лиц при сумме иска менее 30000 (Тридцати тысяч) месячных расчетных показателей.

Также среди основных изменений и нововведений можно отметить и то, что рассмотрение дел в суде кассационной инстанции будет происходить коллегиальным составом суда в нечетном количестве (не менее трех) судей Верховного Суда Республики Казахстан (см. пункт 1 статьи 437 Нового ГПК РК). А рассмотрение дел по пересмотру постановлений суда кассационной инстанции будет производиться в коллегиальном составе в нечетном количестве (не менее семи) судей под председательством Председателя Верховного Суда Республики Казахстан или одного из судей по его поручению (см. п. 2 ст. 437 Нового ГПК РК).

Согласно ст. 449 Нового Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан при рассмотрении дела в кассационном порядке суд проверяет законность судебных актов, вынесенных судами, по имеющимся в деле материалам в пределах доводов ходатайства, представления, про-

теста. Стоит отметить, что предметом кассационного рассмотрения по действующему кодексу, помимо проверки законности, также является и проверка обоснованности, вступивших в законную силу решений, постановлений и определений, вынесенных судами первой и апелляционной инстанций. Однако из смысла ст. 449 Нового ГПК РК суд кассационной инстанции проверять обоснованность судебных актов не будет.

Между тем, суд кассационной инстанции в интересах законности вправе выйти за пределы ходатайства, представления или протеста и проверить законность обжалованного, опротестованного судебного акта в полном объеме (см. п. 2 ст. 449 Нового ГПК РК). Такой порядок выхода за пределы ходатайства, представления или протеста не предусмотрен в кассационном порядке рассмотрения дел в действующем ГПК РК, но имеется в надзорном порядке (см. п. 2 ст. 397 ГПК РК), что также свидетельствует о том, что новый порядок рассмотрения дел в кассационной инстанции будет представлять собой некий симбиоз из действующих правил кассационной и надзорной инстанции.

Новый ГПК РК более подробно регламентирует действия суда кассационной инстанции в случае, если после подачи ходатайства сторонами заключается мировое соглашение, соглашение сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашении об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры. При этом, такой способ урегулирования спора, как институт партисипативной процедуры, является для законодательства Казахстана абсолютно новым, и предусмотрен данный способ урегулирования

спора в п. 1 ст. 181 Нового ГПК РК, согласно которому партисипативная процедура – процедура, которая проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон.

Согласно ст. 447 Нового ГПК РК мировое соглашение сторон, соглашение сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры должны быть представлены суду кассационной инстанции в письменной форме. После чего, в судебном заседании до утверждения мирового соглашения сторон, соглашения сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры суд разъясняет сторонам последствия их процессуальных действий. А при утверждении мирового соглашения сторон, соглашения сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры суд кассационной инстанции отменяет судебные акты и прекращает производство по делу.

Что касается приостановления исполнения судебного акта, согласно Новому ГПК РК Председатель Верховного Суда Республики Казахстан, Генеральный Прокурор Республики Казахстан одновременно с истребованием дела вправе приостановить исполнение судебного акта для проверки в кассационном порядке на срок не свыше трех месяцев (см. ст. 448 Нового ГПК РК), также как и в действующем ГПК РК допускается при рассмотрении дела в порядке надзора. Однако Новый

Новым для законодательства Казахстана являются ограничения на кассационное обжалование по делам, связанным с имущественными интересами физических лиц при сумме иска менее 2000 (Двух тысяч) месячных расчетных показателей и юридических лиц при сумме иска менее 30000 (Тридцати тысяч) месячных расчетных показателей

ГПК РК, в отличие от действующего, более точно и конкретно указывает на правовые последствия, которые должны наступить по минованию необходимости в приостановлении исполнения судебного акта: отмена постановления о приостановлении судебного акта и направление (вручение) постановления органу юстиции и сторонам (см. ст. 448 Нового ГПК РК), а также более детально раскрывает полномочия суда кассационной инстанции.

После введения в действие Нового ГПК РК все судебные акты, вынесенные до введения его в действие, могут быть обжалованы, опротестованы только по новым правилам, при этом, указанные выше ограничения по кассационному обжалованию (по делам, рассмотренным в порядке упрощенного производства, окончанным мировым соглашением, соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашением об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры; по делам, связанным с имущественными интересами физических лиц при сумме иска менее двух тысяч месячных расчетных показателей и юридических лиц при сумме иска менее тридцати тысяч месячных расчетных показателей; по делам, окончанным в связи с отказом от иска, об урегулировании неплатежеспособности, а также делам по спорам, возникающим в рамках реби-

литационной процедуры и процедуры банкротства, в том числе о признании сделок, заключенных должником, недействительными, о возврате имущества должника, о взыскании дебиторской задолженности по искам банкротного или реабилитационного управляющего) не распространяются на дела, по которым вынесены судебные акты до 01 января 2016 года. Такие судебные акты могут быть обжалованы, опротестованы в кассационной инстанции Верховного Суда Республики Казахстан в течение шести месяцев с момента введения в действие ГПК РК, а именно, до 01 июля 2016 года (см. п. 4 ст. 505 Нового ГПК РК).

Представляется, что многие представители юридической профессии надеются, что все новшества, заложенные в новом Гражданском процессуальном кодексе Республики Казахстан, позволят существенно повысить эффективность рассмотрения дел судами, упростить и ускорить гражданское судопроизводство, а также приблизить отправление правосудия по гражданским делам к наивысшим мировым стандартам.

Партисипативная процедура – процедура, которая проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО



**Раздел имущества,
нажитого в
«гражданском браке»**

65

**Особенности
государственной
регистрации при
отказе собственника
от права собственности
на недвижимое
имущество**

68

**Заверения и гарантии
в договорных
отношениях**

71



Раздел имущества, нажитого в «гражданском» браке

Раздел совместно нажитого имущества в браке регулируется нормами семейного законодательства (Кодексом РК «О браке (супружестве) и семье». Этим нормативным правовым актом законодатель усиливает роль официального института брака. Но как быть тем, кто состоит в так называемом «гражданском» браке?

В соответствии со сложившейся практикой, под «гражданским» браком понимается совместное проживание («сожительство») мужчины и женщины в союзе, не зарегистрированном в органах ЗАГС, но имеющем при этом все признаки семьи. На имущество, приобретенное сожителями

в гражданском браке, нормы семейного законодательства Республики Казахстан не распространяются. Такое имущество не является общей совместной собственностью. Принадлежность имущества каждому из сожителей определяется в зависимости от того, на кого оно оформлено. Лица, проживающие в гражданском браке, не могут заключить брачный контракт.

Семейное право полностью игнорирует нужды и проблемы таких людей, что, конечно, неправильно: если есть отношения, они распространены и имеют семейный характер, игнорировать такие отношения только из-за отсутствия печати органов ЗАГС семей-

НУСУПБЕКОВА Баян Сагимжановна
адвокат ЮК № 12
Алматинской городской коллегии адвокатов

На имущество, приобретенное сожителями в гражданском браке, нормы семейного законодательства Республики Казахстан не распространяются



Принадлежность имущества каждому из сожителей определяется в зависимости от того, на кого оно оформлено

ное законодательство не должно.

Рано или поздно, но при продолжительном совместном проживании люди приобретают общее имущество, начиная с постельного белья и тарелок, и заканчивая машинами, домами, земельными участками. Если бы супруги находились в официальном браке, то все это имущество считалось бы общим, совместно нажитым имуществом и делилось при расторжении брака поровну. И в случае спора одна из сторон могла бы обратиться в суд и отстаивать свои интересы. В сожительстве же имущество принадлежит тому супругу, на кого оно оформлено или зарегистрировано, а второй супруг остается просто ни с чем.

Лица, проживающие в гражданском браке, не могут заключить брачный контракт

Что же касается бытовых мелочей, вроде кухонной техники, посуды, мебели чеки на них обычно никто не хранит, поэтому в случае разрыва отношений, не следует полагаться на то, что раздел имущества, будет осуществляться по принципу справедливости. Разумеется, в этом случае злоупотреблений и обид практически не избежать.

Как решить данную проблему? Тем более, что в Кодек-

се РК «О браке (супружестве) и семье» указано, что браком, признается равноправный союз между мужчиной и женщиной, заключенный при свободном и полном согласии сторон в установленном законом Республики Казахстан порядке (зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния), с целью создания семьи, порождающий имущественные и личные неимущественные права и обязанности между супругами. То есть, гражданский брак семейным законодательством Республики Казахстан никак не регулируется и ссылаться на нормы семейного права при разрешении имущественных споров в суде нельзя.

Лицам, проживающим в гражданском браке, для защиты своих имущественных прав, исключения спорных ситуаций рекомендуется оформлять приобретаемое имущество, включая имущественные права, в общую долевую собственность. Таким образом, сожители могут по согласованию между собой устанавливать на определенное имущество, имущественные обязательства режим общей собственности (ст. 209 ГК РК).

Однако в отличие от собственности супругов, которая в силу закона является общей совместной, собственность сожителей может быть сформирована только как общая долевая. По соглашению между собой сожители определяют, какое имущество становится их общей долевой собственностью, какова

доля каждого в праве общей долевой собственности. Размер доли каждого сожителя зависит от вклада в приобретение имущества либо договоренности между ними (ст. 210 ГК РК).

Если сожители в период гражданского брака приобретут имущество в общую собственность в соответствующих долях, такое имущество подлежит разделу между ними по правилам гражданского законодательства об общей долевой собственности (ст. 218 ГК РК). Раздел имущества, оформленного сожителями в общую долевую собственность, возможен в любое время - как в период сожительства, так и после прекращения гражданского брака.

Если сожители не определяют заранее режим имущества до его приобретения, не устанавливают вклад каждого и не оформят право общей долевой собственности на него, разрешить спор о разделе имущества, а также о признании права одного сожителя на имущество другого будет весьма затруднительно.

Раздел такого имущества может осуществляться посредством иска о признании:

- права общей долевой собственности на конкретное имущество и его раздела;
- права на долю в общей долевой собственности на конкретное имущество;
- обязательства одного из сожителей общим и раздела этого обязательства между сожителями.

Следует отметить, что действующее законодательство Республики Казахстан не предусматривает правила о том, что имущество, приобретенное сожителями в незарегистрированном браке, безусловно, становится их общей долевой собственностью. Не определены какие-либо критерии, по которым можно определить основания для установления общей собственности сожителей в гражданском браке.

Таким образом, случаи успешного раздела имущества сожителей в гражданском браке как общего - единичны.

Фактическому супругу необходимо сформировать обоснованную и доказательную позицию по совокупности приведенных условий (обстоятельств):

- сожительство (продолжительность, устойчивость отношений, восприятие в качестве семьи со стороны окружающих и т.п.);
- ведение общего хозяйства, формирование общего семейного бюджета с подтверждением совместных расходов;
- формирование имущества, которое сожители считали общим. Это может быть подтверждено одобрением или обеспечением обязательств одно-

го сожителя имуществом другого; расчетом общих доходов сожителей при оформлении в банке ипотечного кредита на одного из них; платежными документами об оплате каждым из сожителей кредиторской задолженности; предоставлением залога или поручительства одним из сожителей для получения другим кредита на покупку автомобиля, квартиры, земельного участка, мебели, для производства ремонта и т.п.; вложением каждым сожителем денежных средств в приобретение имущества, которое они считают общим (с подтверждением источников денежных средств, доли участия, стоимости приобретения имущества и т.п.).

На положительное решение вопроса о разделе имущества, приобретенного в гражданском браке, будет влиять доказанность степени участия сожителей средствами и личным трудом в приобретении имущества (доказательство происхождения доходов, их вложения в приобретение имущества, размер вклада).

Следовательно, достичь справедливого раздела, конечно, гораздо более трудно, нежели при разделе имущества в зарегистрированном браке.

В сожительстве имущество принадлежит тому супругу, на кого оно оформлено или зарегистрировано

Адвокату приходится собирать гораздо больше сведений об обстоятельствах приобретения имущества, вызывать в суд свидетелей, готовых подтвердить совместное проживание сторон, приобретение, намерений «супругов», дело может потребовать подачи таких исков, как иск о признании сделки недействительной, о применении последствий недействительности ничтожной сделки, об изменении договора и т.п.

При рассмотрении споров о разделе такого имущества у ответчика больше возможностей злоупотребить своим правом.

В связи с тем, что в настоящее время увеличилось количество исков по данной категории дел в судах, возникла необходимость обобщения судебной практики по вышеуказанным вопросам с вынесением Верховным Судом Республики Казахстан соответствующего Нормативного постановления.



Лицам, проживающим в гражданском браке, для защиты своих имущественных прав, исключения спорных ситуаций рекомендуется оформлять приобретаемое имущество, включая имущественные права, в общую долевую собственность

Особенности государственной регистрации при отказе собственника от права собственности на недвижимое имущество



НУРГОЖАЕВА Салтанат Шайхслановна
адвокат ЮК № 8
Алматинской городской коллегии адвокатов

В июле 2015 года Департамент юстиции г. Алматы произвел государственную регистрацию Постановления Акимата г. Алматы, которое принято в 2012, году о прекращении права постоянного землепользования гр. А. на земельный участок в Алатауском районе г. Алматы.

Данное постановление Акимом г. Алматы было принято на основании заявления гр. А об отказе от права постоянного землепользования.

О вышеуказанной регистрации гр. А. стало известно в судебном заседании при рассмотрении его заявления в отношении того же земельного участка.

Данное обстоятельство послужило основанием для суда отказать в удовлетворении заявления гр. А.

Узнав об этом и пользуясь своим правом гр. А. обратился к адвокату, с помощью которого предварительно обратился с письменным заявлением в Департамент юстиции г. Алматы об устранении его нарушенных прав; при этом указав в своем заявлении о незаконности государственной регистрации прекращения его права землепользования на земельный участок, на основании нижеследующего: **Во-первых**, Заявление о производстве государственной регистрации подано **спустя 3 года** с момента его вынесения.

Между тем, согласно ст. 9 Закона РК от 26.07.2007 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» – 1. Лицо обязано обратиться с заявлением о государственной регистрации **не позднее шести**

месяцев с момента наступления юридического факта, являющегося основанием для возникновения права (обременения права), в том числе нотариального удостоверения договора, вступления в силу решения суда, выдачи иных правоустанавливающих документов, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 4 и 5 настоящей статьи.

2. Нарушение физическими и (или) юридическими лицами сроков, установленных пунктом 1 настоящей статьи, влечет за собой ответственность, предусмотренную законом Республики Казахстан.

В связи с этим, гр. А просил сообщить какие меры были приняты, и в отношении кого, за указанное нарушение нормы Закона.

Во-вторых, Законом РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» предусмотрено особое условие регистрации в отношении имущества, от прав на которое правообладатель отказался.

Согласно ст. 28 Земельного кодекса Республики Казахстан от 20.06.2003 г. – Право землепользования является вещным правом. К праву землепользования применяются **нормы о праве собственности** поскольку это не противоречит настоящему Кодексу или природе вещного права.

Согласно п. 2 ст. 54 Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое

имущество» – «Государственная регистрация прекращения права собственности на недвижимое имущество в связи с отказом от него осуществляется в следующем порядке:

1) регистрирующий орган по заявлению правообладателя или местного исполнительного органа, на территории которого оно выявлено, ставит недвижимое имущество **на учет как бесхозное при условии**, если в заявлении имеются сведения о том, что такое имущество не находится у физических лиц или негосударственных юридических лиц, которые владеют таким имуществом как своим собственным;

2) **на основании решения суда, принятого в отношении бесхозного имущества, принятого на учет**, вносит в регистрационный лист запись о прекращении права у правообладателя

и возникновении права у лица, к которому переходят права на указанный объект».

Согласно ст. 242 ГК РК – «1. Бесхозной является вещь, которая не имеет собственника или собственник которой неизвестен, **либо вещь, от права собственности на которую собственник отказался**».

Согласно п. 3 данной статьи – Бесхозные недвижимые вещи принимаются на учет органом, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество, по заявлению местных исполнительных органов городов республиканского значения, столицы, районов, городов областного значения, на территории которых они выявлены. По истечении года со дня постановления бесхозной недвижимой вещи на учет местный исполнительный орган обращается в суд с



требованием о признании этой вещи поступившей в коммунальную собственность.

В случае, если собственник отказывается от права собственности путем объявления об этом, местный исполнительный орган обращается в суд с требованием о признании этой вещи поступившей в коммунальную собственность с момента объявления об отказе.

На основании вышеуказанных норм законодательства, прекращение права на вещь (имущество) в связи с отказом от прав возникает **только на основании решения суда**, и Департамент юстиции согласно п. 2 п.п. 2 ст. 54 Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» – вносит в регистрационный лист запись о прекращении права у правообладателя только на основании решения суда.

Данное обстоятельство свидетельствует о незаконности регистрации Постановления Акимата

г. Алматы от 05 июня 2012 г. спустя 3 года после его принятия.

Кроме того, 23 июня 2015 года гр. А обратился с заявлением к Акиму г. Алматы, в котором он сообщил о факте отсутствия государственной регистрации прекращения прав в связи с его отказом на земельный участок на основании вышеуказанного Постановления Акима г. Алматы и сообщил о признании его отказа от прав на землепользования недействительным.

В связи с этим, гр. А. просил без обращения в суд устранить вышеуказанные нарушения закона и аннулировать государственную регистрацию Постановления Акима г. Алматы от 05 июня 2012 года о прекращении права постоянного землепользования гр. А на земельный участок в Алатауском районе г. Алматы.

Департамент юстиции г. Алматы письмом отказал в удовлетворении заявления гр. А., при этом утверждая о правомерности своих действий.

После чего, гр. А. обратился с жалобой на действие Департамента юстиции г. Алматы в Министерство юстиции Республики Казахстан, которое более тщательно проверило доводы жалобы с истребованием регистрационного дела и подтвердило обоснованность доводов жалобы.

В своем ответе И.О. директора Департамента регистрационной службы и организации юридических служб Министерства юстиции Республики Казахстан указал, что Департаментом юстиции г.Алматы нарушен порядок прекращения прав на недвижимое имущество в связи с отказом от него и дано указание устранить допущенное нарушение согласно п. 3 ст. 32 Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество».

Кроме того, Министерством юстиции Республики Казахстан дано указание Департаменту юстиции г. Алматы за допущенные нарушения привлечь к дисциплинарной ответственности виновных должностных лиц.

Уважаемые читатели,

Приглашаем Вас к сотрудничеству с нашим журналом.

Рады будем Вашим статьям, отзывам, пожеланиям, рекомендациям.

Материалы для печати принимаются

на казахском и русском языках по выбору автора.

Заверения и гарантии в договорных отношениях



ДЖАБОЛДИНОВ Орынгазы Бекболатович, адвокат Специализированной юридической консультации «Адвокат» Алматинской городской коллегии адвокатов

В свете недавно принятой программы реализации пяти институциональных реформ вопросы английского права становятся все более актуальными в Казахстане. Ни для кого не секрет, что многие институты английского права уже активно используются в казахстанском правовом поле. Некоторые из них инкорпорированы в гражданское законодательство, такие как опционы, фьючерсы, свопы, форварды, факторинг и т.д. Ряд английских правовых концепций, используемых в договорных отношениях между казахстанскими юридическими и физическими лицами, пока еще не стали частью гражданского законодательства Республики Казахстан. Учитывая, что такие правовые концепции не регламентированы законодательством Республики Казахстан, их действительность в Республике Казахстан является довольно неопределенной.

Одним из таких правовых институтов являются заверения и гарантии (representations and

warranties), которые являются обыденными элементами практически всех договоров, регулируемых английским правом. Давайте вспомним, что из себя представляют заверения и гарантии по английскому праву. Заверения и гарантии в английском праве это две отдельные хотя схожие и практически неразлучные концепции. Несмотря на такую «неразлучность» заверений и гарантий, в английском праве данные понятия имеют определенные различия.

Заверения (representations) это сведения по определенным вопросам, заявленные одной стороной, которые являются существенными для принятия другой стороной решения о заключении с этим лицом договора, то есть практически побуждающие заключить договор.

Если такое заявление оказывается ложным или неточным, а представленная информация,

вводящей в заблуждение, вторая сторона получает право признать договор недействительным, с приведением сторон в первоначальное положение, и требовать возмещения связанных убытков.

Гарантии же (warranties) – это сведения, заявленные одной стороной, представляющие собой условия договора, которые в случае их нарушения наделяют невиновную сторону правом требовать возмещения убытков, но без права прекращения договора или признания его недействительным.

При этом целью возмещения убытков является обеспечение «пострадавшей» стороне такое положение, которое она бы имела в отсутствие такого нарушения. Следует также отметить, что институт «warranties», который у нас принято переводить как «гарантии», не имеет ничего общего с гарантией, предусмотренной в гражданском законодательстве Республики Казахстан.

В английском праве представление заверений и гарантий тесно взаимосвязано с раскрытием информации «заверяющей» стороной. Поскольку недо-

стоверные заверения и гарантии влекут ответственность, представляющая их сторона должна быть заинтересована в наиболее полном информировании контрагента о проблемных моментах.

Как правило такая информация раскрывается в виде письма о раскрытии информации (disclosure letter). Письмо о раскрытии информации обычно предоставляется до заключения договора и является его составной частью. Надлежащее раскрытие информации (fair disclosure) согласно общему правилу является основанием освобождения раскрывающей стороны от соответствующей ответственности.

Значимость института заверений и гарантий продиктована тем, что даже при тщательных изысканиях узнать о предмете сделки абсолютно все невозможно, сторона при заключении договора также опирается на информацию, которую ей сообщил контрагент. Такая информация может содержать сведения о предмете сделки (при купле-продаже акций акционерного общества, сведения о правах на акции, об общем состоянии акционерного общества, о наличии у него необходимых для основной деятельности разрешительных документов, об отсутствии споров и нарушений законодательства и т.д.), о сторонах сделки (сведения об их финансовой стабильности, наличии и правомерности корпоративного решения о заключении сделки и т.д.), о самой сделке и иных обстоятельствах. Такое раскрытие информации может относиться к юридическому,

коммерческому и финансовому статусу «заверяющего» лица. На основе таких сведений сторона договора принимает решение о том, следует ли заключать сделку, определяет для себя приемлемую цену, порядок расчетов и другие важные условия.

Стоит отметить, что в Российской Федерации с 01 июля 2015 года вступили в силу изменения и дополнения в Гражданский Кодекс Российской Федерации, которые ввели в инструментарий российского права концепцию «заверения об обстоятельствах» аналогичный институту «заверений и гарантий», что свидетельствует о значении который придает российский законодатель указанной правовой концепции. В этой связи уместно отметить, что институт английского права «заверений и гарантий» был также ранее заимствован такими прогрессивными странами континентальной системы права, как Германия и Франция.

В Казахстане институт заверений и гарантий не предусмотрен законодательством. Также наше законодательство не регламентирует правовые концепции, подобные вышеуказанному российскому институту «заверений об обстоятельствах».

Несмотря на это, стороны договорных взаимоотношений нередко предусматривают в своих договорах представление одной стороной другой стороне заверений и гарантий. При этом зачастую заверения и гарантии прописываются в классическом виде без какой-либо привязки к правовым концепциям, принятым в Казахстане, что может

По английскому праву заверения (representations) это сведения по определенным вопросам, заявленные одной стороной, которые являются существенными для принятия другой стороной решения о заключении с этим лицом договора, то есть практически побуждающие заключить договор

негативно отразиться на действительности и реализуемости предусмотренных правовых последствий в случае нарушения заверений и гарантий.

Представляется, что в целях обеспечения действительности и исполнимости последствий нарушения заверений и гарантий можно использовать существующие казахстанские правовые концепции, обладающие не аналогичным, но в некоторой степени схожим эффектом. При этом следует учитывать ограничения установленные казахстанским законодательством.

Представляется, что исполнимость последствий нарушения «заверения или гарантии», сформулированной в казахстанском правовом поле, будет зависеть от того, предусматривает ли казахстанское законодательство ответственность и/или иные последствия за недостоверность представленной стороной сделки информации по конкретному вопросу.

В целях обеспечения действительности «заверений и гарантий» в договорах, регулируемых казахстанским правом, на мой взгляд, можно структурировать их с привязкой к существующим концепциям казахстанского права, таким как признание сделки недействительной, расторжение договора, односторонний отказ от договора и т.п.

Так, признание сделки недействительной, в силу ст. 159 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – «ГК РК») возможно в случае ее

заключения под влиянием заблуждения или обмана.

Основанием для признания недействительности сделки согласно п. 8 ст. 159 ГК РК может быть заблуждение, имеющее существенное значение, то есть заблуждение относительно природы сделки, тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заверения и гарантии, должным образом сформулированные с учетом норм вышеуказанной статьи, могут обеспечить действительность договорных положений о таких заверениях и гарантиях, а также последствий в виде признания недействительным такого договора, в случае недостоверности таких заверений и гарантий. При этом стороны могут включить в договор положения, предусматривающие согласованное конкретизированное толкование термина «заблуждение, имеющее существенное значение» в рамках его законодательного определения.

Вместе с тем, применение данной правовой концепции имеет свои недостатки.

К примеру, могут возникнуть трудности с действенностью заверений и гарантий в сделках с участием субъектов частного предпринимательства. Так, в соответствии с п. 8 ст. 159 ГК РК суд с учетом конкретных обстоятельств и интересов другого участника сделки вправе отказать в иске о признании сделки недействительной, если заблуждение является следствием грубой неосторожности участника сделки либо охваты-

вается его предпринимательским риском.

По английскому праву гарантии же (warranties) – это сведения, заявленные одной стороной, представляющие собой условия договора, которые в случае их нарушения наделяют невинную сторону правом требовать возмещения убытков, но без права прекращения договора или признания его недействительным

Возмещение убытков «пострадавшей» стороне при признании сделки недействительной не всегда является возможным. По общему правилу общим последствием признания сделки недействительной является двухсторонняя реституция, то есть возврат обеих сторон в положение, в котором они были до заключения сделки, кроме случаев обмана, когда только «пострадавшая» сторона возвращается в прежнее положение.

«Пострадавшей» стороне помимо признания сделки недействительной и возврата ее в положение, существовавшее до заключения сделки, также важно возмещение убытков, вызванных недействительностью сделки. Так, только в случае установления вины стороны в совершении действий, вызвавших недействительность сделки, суд руководствуясь п. 7 ст. 157 ГК РК может взыскать в пользу другой стороны понесенные последней убытки, связанные с признанием сделки недействительной. При этом, очевидным недостатком ука-



занного положения является то, что в случае наличия виновных действий стороны, повлекших недействительность сделки, взыскание убытков с виновной стороны производится по усмотрению суда. Более того, в силу п. 9 ст. 157 ГК РК суд вправе ограничиться запретом дальнейшего исполнения сделки признавая ее недействительной принимая во внимание конкретные обстоятельства, определение которых – отсутствует в законодательстве.

Кроме того, применение неустойки и других договорных штрафных санкций в случае признания сделки недействительной неуместно; недействительность договора влечет недействительность положения о неустойке, предусмотренного в самом договоре, согласно п. 8 ст. 157 ГК РК. Кроме того, в ст. 293 ГК РК, неустойка может устанавливаться за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Раскрытие недостоверной информации в рамках представленных по договору заверений и гарантий проблематично подвести под понятие «нарушения обязательств» исходя из определения, содержащегося в п. 1 ст. 349 ГК РК. Сами заверения и гарантии сложно назвать

обязательством, поскольку под обязательством ГК РК понимает действие (передача имущества, оказание услуг и т.п.) либо воздержание от действия (ст. 349 ГК РК). Заверения и гарантии не обладают «качествами» действия/бездействия, они лишь фиксируют определенные обстоятельства на определенный промежуток времени.

Так, под нарушением обязательства понимается его неисполнение либо исполнение ненадлежащим образом (несвоевременное, с недостатками товаров и работ, с нарушением других условий, определенных содержанием обязательства) – ненадлежащее исполнение. Поэтому представляется, что недостоверность представленных стороной договора заверений и гарантий не отвечает признакам нарушения обязательства, поскольку отсутствует нарушение каких-либо обязательств такой стороны.

В качестве решения вышеуказанной проблемы, стороны договора могут сформулировать некоторые заверения и гарантии в виде обязательства передать товар, качество которого отвечает определенным требованиям, свободным от прав третьих лиц и т.п. При этом, представляется, что определенные заверения и гарантии, особенно в части финансово-экономических показателей акционерного общества при отчуждении его акций, формулировать в качестве обязательства весьма непросто.

Гражданское законодательство Республики Казахстан предусматривает расторжение (прекращение) договора по соглаше-

нию сторон, по решению суда на основании требования одной из сторон и односторонний отказ от договора, который влечет прекращение договора.

Так, согласно п. 2 ст. 401 ГК РК по требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только (1) при существенном нарушении договора другой стороной, (2) в иных случаях, предусмотренных ГК РК, другими законодательными актами или договором. При этом, существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Односторонний отказ от исполнения договора (отказ от договора) допускается в случаях, предусмотренных ГК РК, иными законодательными актами или соглашением сторон (ст. 404 ГК РК).

Оба вышеуказанные положения предусматривают возможность расторжения (отказа от) договора на иных основаниях, предусмотренных в договоре сторонами, что позволяет сторонам в качестве такого основания предусмотреть недостоверность заверений и гарантий стороны.

Расторжение (прекращение) договора само по себе не влечет автоматического возмещения убытков пострадавшей стороне. Как правило, убытки подлежат выплате стороной, которая нарушила свои договорные обязательства, тем самым причинив другой стороне определенные потери. Статья 9 ГК РК

предусматривает возможность лица, чье право нарушено, требовать возмещения убытков. В свою очередь, контрагент по сделке несет ответственность согласно ст. 349 ГК РК, устанавливающей ответственность лишь за нарушение обязательства. Как указывалось выше, заверения и гарантии сложно назвать обязательством; они не обладают «качествами» действия/бездействия, которые характерны для обязательств. Поэтому, возможность привлечения контрагента к ответственности по ст. 9 ГК РК, но за рамками ст. 349 ГК РК представляется несколько зыбкой.

Заверения и гарантии по качеству товара и правам третьих лиц могут быть относительно успешно сформулированы используя существующие положения гражданского законодательства Республики Казахстан. Заверения и гарантии по качеству товара в целом жизнеспособны если они прописаны с учетом положений и правовых последствий ст. 428 ГК РК, за неоговоренные продавцом недостатки товара.

Так, покупатель в случае обнаружения неоговоренных недостатков товара вправе по своему выбору потребовать от продавца: (1) соразмерного уменьшения покупной цены, (2) безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок, (3) возмещения своих расходов на устранение недостатков товара, (4) замены товара ненадлежащего качества на товар, соответствующий договору, или (5) отказа от исполнения договора и возврата уплаченной за товар денежной суммы.

К сожалению, применение положений ст. 428 ГК РК ограничено в силу того, что они могут быть применены лишь в рамках договора купли-продажи и только к заверениям и гарантиям продавца относительно предмета сделки (т.е. не включают гарантии и заверения о сторонах сделки и иных обстоятельствах). К тому же, нередко суды понимают слишком буквально само понятие «качество товара» не принимая во внимание «внешние» составляющие стоимости товара. К примеру, в делах, связанных со сделками купли-продажи акций и долей, суды не всегда признают недостатки акционерного общества недостатком качества его акций.

Данная правовая конструкция также прямо не предусматривает возможность пострадавшей стороны взыскать с виновной стороны убытки, причиненные вследствие невозможности исполнения договора.

Правовая концепция, предусмотренная в ст. 413 ГК РК позволяет вполне сносно прописать заверения и гарантии в отношении отсутствия прав третьих лиц на продаваемый товар. Так согласно п. 1 указанной статьи, продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц. Неисполнение продавцом этой обязанности дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора и возмещения убытков, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар.

Таким образом, существующий инструментарий казахстанского права позволяет достаточно успешно сформулировать заверения и гарантии и предусмотреть возможность признания недействительности или расторжения договора ввиду нарушения заверений и гарантий, чего нельзя утверждать о возможности взыскания убытков со стороны, представившей недостоверные заверения и гарантии.

Между тем законно обеспеченная возможность взыскания убытков с виновной стороны в случае недостоверности заверений и гарантий также выполняла бы важную функцию «воспитания» участников гражданского оборота.

Полагаю, что регламентация такой концепции английского права как «заверения и гарантии» в казахстанском законодательстве имела бы положительный эффект для развития «договорного» права Казахстана.

Список использованных источников:

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года.
2. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (Общая часть) (Ответственные редакторы: Сулейменов М.К., Басин Ю.Г.).
3. Айвори И., Рогоза А. Использование английского права в российских сделках. – «Альпина Паблишерз», 2011 год.
4. Федеральный закон Российской Федерации №42 ФЗ от 08 марта 2015 года «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

ТРУДОВОЕ ПРАВО



**Расторжение трудового
договора при ликвидации
юридического
лица**

77



Расторжение трудового договора при ликвидации юридического лица

Согласно положениям Трудового кодекса Республики Казахстан (далее – «ТК РК») основными субъектами трудового права являются работник и работодатель, где работник находится в подчиненном положении по отношению к работодателю. Работодатель, вправе заключать и расторгать трудовые договоры с работниками, налагать дисциплинарные взыскания и т.п.

Однако работодатель, являясь субъектом трудового права, в то же время, является участником и других правоотношений.

В первую очередь, он выступает как хозяйствующий субъект, осуществляющий свою деятельность в рамках гражданского права и нацеленный на получение прибыли с минимальными потерями. Он заинтересован в эффективном осуществлении своей деятельности и рацио-

нальном использовании имущества.

В свою очередь, работник, находящийся в подчинении по отношению к работодателю – имеет интерес в гарантиях, своевременной оплате труда, стабильности правоотношений, социальной поддержке в случае их прекращения.

В связи с этим возникает проблема согласования интересов работника, как более слабой, зависимой, подчиненной стороны, и работодателя, выступающего в трудовых правоотношениях в качестве «властного» лица.

В условиях финансового кризиса у организации может возникнуть необходимость прекращения своей деятельности.

По действующему гражданскому законодательству Республики Казахстан прекращение

ДЖАКСЫБЕКОВ Бауржан Борисович
стажер адвоката ЮК № 5
Алматинской городской коллегии адвокатов



деятельности организации возможно в форме реорганизации и ликвидации, где, в первом случае, это влечет правопреемство, во втором случае – правопреемства и перехода соответствующих прав и обязанностей не происходит. Естественно, следствия подобных процессов отражаются и на трудовых правоотношениях.

Для подобной ситуации ТК РК формулирует соответствующее основание расторжения трудового договора по инициативе работодателя в п.п.1) п. 1 ст. 54 ТК РК: «Трудовой договор с работником по инициативе работодателя может быть расторгнут в случаях ликвидации работодателя – юридического лица либо прекращения деятельности работодателя – физического лица». Данное основание бесспорно относится к числу объективных оснований расторжения трудового договора, так как инициатива работодателя преследует решение производственных и экономических задач.

Ликвидация юридического лица является длительным процессом, поскольку в соответствии с п. 3 ст. 50 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – «ГК РК») срок заявления претензий кредиторами не может быть менее двух месяцев с момента публикации объявления о ликвидации, за исключением случаев банкротства.

В связи с этим возникает вопрос, в какой момент ликвидации юридического лица расторжение трудового договора по данному основанию будет законным и обоснованным, ведь в противном случае работник, с которым расторгнут трудовой договор, должен быть восстановлен на работе.

Пробелом в действующем ТК РК является то, что в п.п. 1) п. 1 ст. 54 отсутствует указание на конкретный юридический факт, с наступлением которого у работодателя возникает право прекратить правоотношения с работником. Уволенный в процессе ликвидации организации

работник может в судебном порядке требовать восстановления на работе на основании того, что после его увольнения юридическое лицо фактически еще какое-то время продолжало свою деятельность и удовлетворение судом требований такого работника, по моему мнению – будет объективным.

Подтверждением этому является Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстанот 19 декабря 2003 года № 9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства при разрешении трудовых споров».

В абзаце втором п. 11 указанного Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан регламентируется требование для нижестоящих судов при разграничении понятий «ликвидация» и «реорганизация» – руководствоваться нормами Гражданского кодекса, а также определяются обстоятельства, при которых трудовые отношения сторон не прекращаются: **смена собственника** или **реорганизация** (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование).

При этом понятие «ликвидация» в указанном Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан не раскрывается.

Согласно п. 10 ст. 50 ГК РК, ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо прекратившим свою деятельность после внесения об этом сведений в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров.

Для восполнения такого пробела, необходимо конкретизировать рассматриваемое положение в ТК РК, посредством указания на конкретный юридический факт:

- 1) момент начала процесса ликвидации (принятие уполномоченным органом юридического лица решения о ликвидации);
- 2) иной момент в процессе ликвидации (до утверждения ликвидационной комиссией промежуточного баланса или ликвидационного баланса);
- 3) момент окончания процесса ликвидации (до внесения сведений о ликвидации в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров).

Для сравнения в Российской Федерации Верховный Суд в Постановлении Пленума от 17 марта 2004 г. № 2 в п. 28 принял попытку урегулирования такого обстоятельства, где разъясняет, что «основанием для увольнения работников по инициативе работодателя может служить решение о ликвидации юридического лица, т.е. решение о прекращении его деятельности без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам».

Изложенное свидетельствует о том, что в Республике Казахстан, процедура расторжения трудового договора с работником по основанию ликвидации юридического лица является проблемной.

Согласно п. 1 ст. 56 ТК РК «Работодатель по основаниям, предусмотренным п.п. 1) и 2) п. 1 ст. 54 ТК РК, обязан письменно предупредить работника о расторжении трудового договора за

один месяц, если в трудовом, коллективном договорах не предусмотрен более длительный срок предупреждения. С письменного согласия работника расторжение трудового договора может быть произведено до истечения срока предупреждения».

Определение момента, от которого необходимо вести отсчет срока для предупреждения работников о предстоящем увольнении, вызывает вопросы и споры. Предположительно, этот момент возникает после начала процесса ликвидации и до его окончания.

Начало момента процесса ликвидации возникает с момента принятия такого решения – уполномоченным органом юридического лица и соответствующего уведомления о принятом решении органа юстиции, а также назначения ликвидационной комиссии и установлением в соответствии с ГК РК порядка и срока ликвидации. Если опираться на требование п. 1 ст. 56 ТК РК, то фактическим

моментом для исчисления срока предупреждения о расторжении трудового договора с работником, как бы это абсурдно не звучало – является срок в один месяц до внесения сведений о прекращении деятельности юридического лица в Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров, т.е. в период составления промежуточного баланса.

Таким образом, полагаю, что вопрос о сроке предупреждения работника о расторжении трудового договора по инициативе работодателя по основанию ликвидации подлежит законодательному урегулированию.

Список использованных источников:

1. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27.12.1994 г.;
2. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 15.05.2007 г.;
3. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 19.12.2003 г. № 9;
4. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17.03.2004 г. № 2.



МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО



**Выбор уполномоченного
суда при заключении
интернациональных
торговых соглашений
на примере законов
Турецкой Республики**

81

**Убийство лиц находя-
щихся под защитой норм
Международного права
во время войны с наруше-
нием законов и обычаев
войны**

84

Выбор уполномоченного суда при заключении интернациональных торговых соглашений на примере законов Турецкой Республики



ЦОЙ Валерий Павлович
адвокат, заведующий ЮК № 14
Алматинской городской коллегии
адвокатов,
к.ю.н.



КУСАИНОВА Жанна Жуматаевна
адвокат ЮК № 14
Алматинской городской коллегии
адвокатов

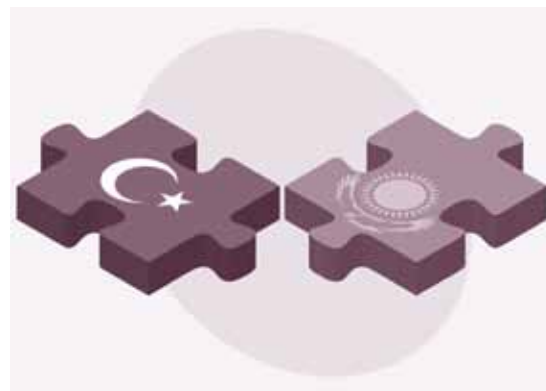


ХАКАН Юнджюоглу
адвокат Юридической фирмы «Сейхан»
Турецкая Республика

При составлении соглашения между сторонами важную роль играет такой принцип гражданского права как «свобода договора». Иными словами, лица, заключающие между собой договор, имеют право определить его условия, форму и содержание по своему усмотрению. Данный принцип дает возможность ведения свободной экономической деятельности и является признаком идеологии экономического либерализма в праве.

В рамках данной правовой свободы, стороны, заключающие контракт, имеют право выбрать суд, под юрисдикцией которого будут решаться возникающие споры и определить, законы какой страны будут применены для регулирования экономической деятельности и действующих правовых полномочий.

Возможность заранее обозначить в договоре уполномоченные судебные органы обеспечивает для сторон очень важную правовую защищенность при осуществ-



влении договорных отношений в будущем.

На наш взгляд, при составлении международных контрактов и выборе уполномоченного суда для решения возможных споров, первостепенную роль играет оценка того, какие возможности для взыскания задолженности предусмотрены судебными органами той или иной страны.

На практике, иностранные партнеры обычно ошибочно настаивают на том, чтобы при возникновении разногласий, вытекающих из договора, применялась юрисдикция судов страны проживания. Однако во многих случаях, исходя из особенностей заключенного соглашения, подобный выбор уполномоченного суда является совершенно неоправданным и имеет лишь психологическое обоснование.

Арбитражное решение третьей страны, согласно Нью-Йоркской конвенции и соответствующим постановлениям, должно быть в последствии признано и приведено в исполнение на территории Турции. Однако, ведение судебного разбирательства может потребовать существенных финансовых затрат, особенно в том случае, если принять во внимание расходы, необходимые на два судебных процесса в разных странах. Одновременно стоит отметить, что потеря времени в подобной ситуации будет очень существенной.

На практике, имея на руках решение суда той страны, в

которой находится предприятие-должник и его активы, кредитор имеет все законные основания немедленно подать иск о взыскании задолженности в службу судебных приставов. Владея данной информацией, можно предотвратить возможные споры, связанные с погашением дебиторской задолженности. Так же и наоборот, зная о том, что решением уполномоченного суда другой страны взыскать задолженность на территории Турции сложнее и дольше, недобросовестный партнер может умышленно спровоцировать разногласия.

Согласно статье 17 закона 6100 гражданского процессуального права Турецкой Республики, для разрешения споров, которые возникают или могут возникнуть между предпринимателями или публичными юридическими лицами, в соглашении можно назначить уполномоченный суд, один или более одного. Если иное не согласовано сторонами, то в случае возникновения разногласий, судебный процесс может быть заведен только в уполномоченном суде, который указан в договоре.

Согласно статье 47 закона 5718 о международном частном праве и процессуальном праве, если по закону разногласия того или иного рода, возникшие на основании предмета договора не должны решаться лишь в суде определенной страны, и одна из сторон представлена иностранным

партнером, то судебные разбирательства по взысканию долга могут проходить в любом иностранном суде, указанном в договоре. Соглашение между сторонами должно быть представлено в письменном виде. В том случае, если указанный в договоре суд признает себя не уполномоченным, или если у стороны ответчика не возникнет возражений, судебные разбирательства могут продолжиться в турецком суде, который будет признан уполномоченным судом, даже если подобное не указано в договоре.

Исходя из вышеуказанных норм закона, при заключении сделок с участием турецких компаний, следует иметь ввиду то обстоятельство, что отсутствие в договоре условий, предусматривающих право обращения стороны в суд Турецкой Республики в качестве уполномоченного суда по той или иной категории спорных вопросов между участниками сделки, исключает возможность возбуждения судебного процесса в судах Турецкой Республики, если иное не предусмотрено специальными нормами международных соглашений государств участников спорных правоотношений.

Безусловно, следует учитывать, специфику взаимоотношений сторон, направленность самого бизнеса, сложившийся деловой оборот, а также особенности национального права того

или иного участника спорных правоотношений, между тем, в настоящее время наиболее актуальным остается направление внешнеэкономической деятельности (торговой деятельности) при участии турецкого бизнеса. Задача данной статьи заключается в акцентировании внимания на правильном и эффективном разрешении спора, а именно, ведении торговых практик, при наличии справедливого для каждой из сторон торгового контракта (соглашения), минимизирующего риски невиновной стороны.

К примеру, если активы предприятия находятся в Турции, то при заключении с ним договора, целесообразно назначить уполномоченным судом торговый суд Стамбула или Анкары. Это обеспечит зарубежному партнеру такие преимущества как: наиболее быстрая, эффективная процедура взыскания задолженности с меньшими финансовыми затратами, возможность применить такие важные временные юридические меры как арест и конфискация имущества должника.

Таким образом, при выборе уполномоченных судебных органов, которые будут указаны в международном торговом соглашении, необходимо учитывать то, в какой стране находятся активы партнера (кредитора) и обдумать возможности взыскания дебиторской задолженности через суд с наименьшими финансовыми и временными потерями.

Вышеизложенное, затрагивает лишь часть проблемы исполнимости судебных решений в международных правоотношениях.

Зачастую, проблемы, связанные с невозможностью исполнить судебное решение в другом государстве блокирует определенный сектор экономического оборота между организациями различных государств. Подобные явления не выгодны ни одному из цивилизованных государств. В этом смысле, особенно важно было бы обратить внимание на дальнейшее развитие института по унификации частного права как инструмента, учитывающего потребности «унифицированного регулирования торговых сделок, заключаемых в процессе международного коммерческого оборота», международного коммерческого арбитража.

Интеграция международного частного права позволит усовершенствовать механизмы защиты сторон. Ведь, как известно, в ходе судебных разбирательств могут возникнуть предвиденные сложности, вызванные встречными требованиями сторон, содержащих специфику национальных правовых систем.

Как известно, в мировой практике существует три способа признания судебных актов иностранных государств:

1) когда необходима процедура признания иностранного решения, то есть так называемая «выдача экзекватуры» (Франция, Бельгия).

2) когда достаточно проверки правильности решения лишь с формальной точки зрения, а также непротиворечия его публичному порядку страны суда (Италия).

3) когда для судебных решений иностранных судов требуется регистрация решения в особом реестре (в Великобритании).

Механизм признания и исполнения решений, принятых иностранными судебными органами (арбитражными, третейскими), регулируется национальным законодательством многих государств – партнеров Турецкой Республики, а также многочисленными международными соглашениями (конвенциями).

Также к числу многосторонних международных актов относятся: Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений 1958 года (Нью-Йорк) и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 года (Минск).

Таким образом, основной предпосылкой признания решений иностранных судов является наличие согласованного сторонами правоотношения принципа взаимности в отношении решений отечественных судов, а для этого необходима выработка единой практики (единообразие) толкования и разрешения международных норм, прецедентных спорных ситуаций, применения судами норм права.

Убийство лиц находящихся под защитой норм Международного права во время войны с нарушением законов и обычаев войны



© НАМ Геннадий Мартынович
адвокат ЮК № 14
Алматинской городской коллегии адвокатов,
доцент



© НАМ Виктория Игоревна
бакалавр права

В условиях современного мира, учитывая социально-экономические и политические преобразования, построение демократического правового государства, становление и развитие цивилизованной рыночной экономики важная роль отведена человеку, как высшей ценности, создателю всех материальных и духовных благ и ценностей. В связи с этим особое беспокойство вызывают факты развязывания войн, в результате которых разрушаются и уничтожаются не только материальные и культурные ценности созданные человеком, но и убивается сам человек. Вне зависимости от того, совершено ли убийство правомерно или противоправно, это зло, поскольку человек лишается жизни, данной ему природой.

В ст. 1 Конституции Республики Казахстан записано, что в Республике Казахстан высшей ценностью является «человек, его жизнь, права и свободы». А ст. 15 Конституции Республики Казахстан провозглашает о том, что «каждый имеет право на жизнь» и «никто не имеет права произвольно лишать человека жизни. Право на жизнь «принадлежит каждому от рождения» (п. 2 ст. 12 Конституции Республики Казахстан).

Ответственность за убийства предусмотрена в ст.ст. 99-103 главы 1 Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – «УК РК») (Уголовные правонарушения против личности), они в науке уголовного права изучены всесторонне и им посвящено большое число работ /1/.



Вместе с тем, новый УК РК ввел норму, предусматривающую ответственность за убийство лиц, находящихся под защитой норм Международного права во время войны с нарушением законов и обычаев войны, которой ранее не было. Она предусмотрена в ч. 2 ст. 164 УК РК и помещена в главу 4 УК РК (Преступления против мира и безопасности человечества). УК РК 1997 года ответственность за такой вид преступления не предусматривал. К слову, отсутствует такая норма и в УК других государств СНГ, в том числе и в УК РФ.

В главе «Преступления против мира и безопасности человечества» сгруппированы преступления, которые принято называть международными. В юридической литературе наряду с международными выделяют преступления международного характера (представляющие меньшую опасность). Преступления международного характера и международные преступления посягают на интересы многих государств, что обуславливает принятие многосторонних международных соглашений. Государства же участники этих соглашений обязуются ввести уголовную ответственность в национальном законодательстве за такие виды преступлений.

Война – это вооруженная борьба между государствами и народами. Она сопровождается определенными жертвами и страданиями как участников военных действий, так и мирного населения. Поэтому международное сообщество уже многие десятилетия занимается поиском средств и методов гуманизации войны, разумного ограничения жертв, страданий населения и материальных потерь от военных действий. Они были разработаны и закреплены

в многосторонних международных конвенциях о правилах ведения войны.

Особое место среди них принадлежит Гагской Конвенции «О законах и обычаях войны» 1899 и 1907 годов, в Женевской Конвенции «О защите жертв войны» 1949 года, в Женевской Конвенции от 12 августа 1949 года и Дополнительных протоколов к ним.

К ним относятся:

- Женевская Конвенция от 12 августа 1949 года «Об улучшении участи раненных и больных в действующих армиях»;
- Женевская Конвенция от 12 августа 1949 года «Об улучшении участи раненных, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море»;
- Женевская Конвенция от 12 августа 1949 года «Об обращении с военнопленными»;
- Женевская Конвенция от 12 августа 1949 года «О защите гражданского населения во время войны»;
- Дополнительный Протокол к Женевским Конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I);
- Дополнительный Протокол к Женевским Конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II).

Состав преступления, предусмотренный ч. 2 ст. 164 УК РК – **многообъектный**. Непосредственным объектом преступления является жизнь человека правовой статус которого определен нормами Международного права

и лиц, перечисленных в диспозиции ч. 1 ст. 164 УК РК.

Убийство лиц сдавших оружие или не имеющих средств защиты. Оружие подразделяется на огнестрельное и холодное. Согласно ст. 3 Закона РК «О государственном контроле за оборотом отдельных видов оружия», оружие по своему назначению, основным параметрам и характеристикам подразделяется на: «1) боевое ручное стрелковое и холодное, 2) гражданское и 3) служебное». В контексте данной статьи, в основном речь идет о боевом оружии. Тем не менее, убить человека либо защищаться от нападения можно любым видом оружия, технические характеристики которых описаны в законе /2/. Понятие «оружие» использованное в тексте данной нормы следует понимать и истолковывать широко и оно включает различные взрывные устройства, а так же иные средства ведения войны, например: гранаты, мины, снаряды, ракеты, торпеды, различная боевая техника, воздушные и космические летательные аппараты, надводные и подводные плавательные средства, боевые химические, биологические и иные отравляющие вещества, приборы поражающие живую силу противника радиацией, микроволнами, электромагнитным или световым (лазерным) излучением, устройства парализующие волю человека, оружие массового поражения и пр. Они могут быть как заводского производства, так и самодельные, например, «коктейль Молотова» (горючее вещество помещенное в стеклянную емкость (бутылку) с запалом). Все эти виды оружия предназначены для поражения живой силы противника или уничтожения боевой техники, военных

и гражданских объектов с тем, чтобы они не могли как сопротивляться, так и быть использованы в войне. Лицо, сдавшее оружие, тем самым показывает, что оно не намерено далее сопротивляться и не желает причинять вреда кому-либо. Лицо, не имеющее оружия в руках, по отношению к лицу, обладающему им, является беззащитным.

К средствам защиты относится любой предмет, которым лицо может защищаться (обороняться) от нападающего, тем самым нанося ему физический урон (вред). Тем не менее, отличить средства защиты от предмета нападения, особенно во время войны, крайне сложно. Так, одно и то же оружие (огнестрельное или холодное) может быть тем и другим, в зависимости от того, нападет лицо или обороняется.

Убийство раненых. Раненым является лицо, которое получило телесное повреждение во время боестолкновения либо обороны и не способное далее вести активные действия или сопротивляться. Раненым также будет лицо, которое получило отравление от воздействия боевых отравляющих веществ (газов), поражено химическими веществами или заражено биологическими объектами (болезнетворными бактериями), получившее лазерный, свето-огневой ожог, пораженное радиационным, микроволновым или электромагнитным оружием, а также другим видом оружия дистанционного действия подавляющим волю человека, контуженный от взрыва гранаты, мины, бомбы, торпеды, ракеты и пр. Лишение жизни такого человека со стороны лица другой воюющей стороны, подпадает под действие

данной нормы УК РК. Из смысла содержания нормы следует, что не имеет значение, какой степени тяжести ранение должно быть у потерпевшего (легкое, среднее или тяжелое).

Убийство больных. Больным является лицо имеющее расстройство здоровья, пораженное каким-либо заболеванием. Расстройство здоровья может быть легким, средним или тяжелым. В результате расстройства здоровья лицо не может проявлять активность или сопротивляться. Убийство такого человека приравнивается к убийству лица в беспомощном состоянии.

Следует отличать больного от раненого. Раненый, это тоже больной, который испытывает физическое недомогание и ему оказывается медицинская помощь в связи с полученным телесным повреждением, в том числе контузии. Больной же, это лицо у которого имеется расстройство здоровья в связи с заболеванием, которое не связано с полученным ранением. Больным может быть человек как страдающий физическими недугами, так и душевным расстройством (психическая болезнь). Может иметь место и комбинация обоих случаев. Лицо может быть больным и одновременно раненым.

Убийство лиц потерпевших кораблекрушение. Кораблекрушение – катастрофа, произошедшая с морским судном (надводное или подводное), обычно приводящая к его сильному разрушению или гибели. Также под кораблекрушением понимается полное или частичное затопление плавучести судна, которое произошло в результате воздействия на

него внешних и внутренних факторов или объектов. В результате кораблекрушения судно не может использоваться по назначению без существенных ремонтно-восстановительных работ.

Во время кораблекрушения весь личный и вспомогательный состав судна (корабль или подводная лодка) находясь в море, становится беспомощным и не может оказать активное сопротивление, поскольку корабль или подводная лодка как боевая единица вышла из строя. Люди, потерпевшие кораблекрушение являются беспомощными и их убийство со стороны лиц другой воюющей стороны, будет преступлением. Не подпадает под действие данной нормы кораблекрушение, произошедшее в других водных просторах (озеро, водохранилище, река).

Географически, Казахстан не имеет выхода к какому-либо морю или океану. Каспийское море, хотя и называется морем, тем не менее оно обладает статусом озера (закрытое бессточное водное пространство на стыке Европы и Азии). Морем же оно называется из-за своих размеров. Площадь Каспия в настоящее время – примерно 371000 км², максимальная глубина – 1025 м. По всему его периметру расположены 5 государств (Россия, Казахстан, Туркменистан, Иран и Азербайджан).

Убийство медицинских работников. Медицинские работники – физические лица, имеющие профессиональное медицинское образование и осуществляющие медицинскую деятельность (п.п. 67) п. 1 ст. 1 Кодекса РК «О системе здравоохранения и здоровье народа»). Это врачи, фельдшера, медсестры (медбратья) и санитары.

В ст. 8 Дополнительного протокола I Женевской Конвенции для улучшения участи раненых и больных в действующих армиях от 23 июня 1906 года дается определение «медицинский персонал», под которым понимаются лица, назначенные стороной, находящейся в конфликте, исключительно для медицинских целей (розыск, подбор, транспортировка, установление диагноза и лечение, включая оказание первой помощи, а также профилактика заболеваний, для административно-хозяйственного обеспечения медицинских формирований или для работы на санитарно-транспортных средствах и для их административно-технического обеспечения). Данный термин включает в себя:

- 1) военный и гражданский медицинский персонал стороны, находящейся в конфликте, а также персонал, приданный организациям гражданской обороны;
- 2) медицинский персонал национальных обществ Красного Креста и других национальных добровольных обществ помощи, должным образом признанных и уполномоченных стороной, находящейся в конфликте;
- 3) медицинский персонал нейтрального государства или государства, не являющегося стороной в конфликте;
- 4) медицинский персонал признанного и уполномоченного общества помощи такого государства;
- 5) медицинский персонал беспристрастной международной гуманитарной организации.

Убийство санитарного и духовного персонала. Санитарным персоналом являются лица, ухаживающие за больными и оказывающие им помощь. Ими могут быть лица, имеющие соответствующее медицинское (сестринское) образование, так и лица не имеющие такого образования.

Духовный персонал в период вооруженных конфликтов означает лиц, как военных, так и гражданских, например, священников, которые заняты исключительно выполнением своих духовных функций и приданы:

I. вооруженным силам стороны, находящейся в конфликте;

II. медицинским формированиям или санитарно-транспортным средствам стороны, находящейся в конфликте;

III. медицинским формированиям или санитарно-транспортным средствам;

IV. организациям гражданской обороны стороны, находящейся в конфликте /3/.

Убийство военнопленных.

Военнопленные в международном праве – лица, принадлежащие к вооруженным силам воюющей стороны, включая добровольческие отряды партизан, участников Движения Сопротивления и других комбатантов, оказавшиеся во власти противника. Военнопленными считаются также некоторые некомбатанты (военные корреспонденты, члены экипажей торгового флота, гражданской авиации и др.).

Военнопленный – это обезоруженный противник, временно находящийся во власти не отдельного лица или командира воинского подразделения (части), а во власти воюющего государства (стороны), которое и несет полную ответственность за его судьбу /4/. Как боевая единица плененный является беспомощным. Режим военного плена регулируется

Положением о законах и обычаях сухопутной войны (приложение к 4-й Гагской Конвенции 1907 года) и Женевской Конвенции 1949 года об обращении с военнопленными.

Убийство гражданского населения на оккупированной территории или в районах военных действий. Оккупация (от лат. *occupatio* – «захват, занятие») – занятие вооруженными силами государства не принадлежащей ему территории, не сопровождающееся обретением суверенитета над ней, обычно временно.

Режим и правовые нормы военной оккупации определены специальными международными соглашениями, принятыми на IV Гагской Конференции 1907 года, а также Женевскими Конвенциями 1949 года и протоколами к ним от 1977 года. Согласно этим международным документам военная оккупация является временным занятием вооруженными силами одного государства территории другого государства с принятием на себя важнейших функций управления. Такая территория считается оккупированной, если фактическая власть на ней перешла в руки враждующей армии. Оккупирующее государство обязано уважать права человека, в том числе, право на жизнь гражданского населения оккупированной территории, исключать депортацию и массовые экзекуции.

Территория района военных действий (театр военных действий) – обширная часть территории континента с омывающими ее морями или акваториями океана, островами и прилегающим побережьем, а также воздушно-космическое пространство над ними,

в пределах которого развертываются стратегические группировки Вооруженных сил и могут вестись военные действия стратегического масштаба /5/.

Убийство иных лиц, пользующихся во время военных действий международной защитой.

В преамбуле Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 14 декабря 1973 года подчеркивается, что преступления против дипломатических агентов и других лиц, пользующихся международной защитой, угрожают безопасности этих лиц, создают серьезную угрозу поддержанию нормальных международных отношений, необходимых для сотрудничества между государствами, а их совершение вызывает серьезное беспокойство международного сообщества. Этим и обуславливается *общественная опасность* нападения на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой.

Согласно ст. 1 Конвенции, лицами, пользующимися международной защитой, признаются: глава государства, а также каждый член коллегиального органа, выполняющего функции главы государства согласно конституции соответствующего государства, или глава правительства, или министр иностранных дел, находящиеся в иностранном государстве, а также сопровождающие члены его семьи; любой представитель или должностное лицо государства, любое должностное лицо или иной агент международной

организации, а также проживающие с ним члены его семьи, во время нахождения их в иностранном государстве. Виды должностных лиц и представителей государств в иностранном государстве определяются на основании Венской Конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, Конвенции о специальных миссиях 1969 года, Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН 1946 года, Венской Конвенции о консульских сношениях 1963 года, а также на основе двусторонних конвенций о консульских сношениях, заключенных нашей страной с другими государствами.

Объективная сторона преступления

– это активное поведение, т.е. противоправное действие, направленное на лишение жизни другого человека находящегося под защитой норм Международного права во время войны или военных действий (конфликтов). Правоотношения граждан Республики Казахстан, иностранцев и лиц без гражданства проживающих на территории Республики Казахстан, а также государственных органов, органов военного управления и организаций независимо от форм собственности во время войны и военного положения регулируются Законом РК «О мобилизационной подготовке и мобилизации» от 16 июня 1997 года, Законом РК «О военном положении» от 05 марта 2003 года.

Наступление смерти конкретного человека, образует окончанный состав преступления. Способ совершения убийства, количество убитых, а также их половая и возрастная характеристика, на квалификацию деяния – не влияют.

К объективной стороне преступления относится время его совершения – военное время.

Согласно п. 4 ст. 1 Закона РК «О военном положении» «военное положение – особый правовой режим, предусматривающий комплекс политических, экономических, административных, военных и иных мер, направленных на создание условий для предотвращения или отражения агрессии против Республики Казахстан либо непосредственной внешней угрозы ее безопасности, и вводимое Президентом Республики Казахстан на всей территории Республики или в отдельных ее местностях». О том, что введение такого положения является исключительной прерогативой Главы государства, записано в п.п. 17) ст. 44 Конституции Республики Казахстан.

Основанием для введения на всей территории Республики Казахстан или в отдельных ее местностях военного положения являются случаи агрессии против Республики Казахстан либо непосредственная внешняя угроза ее безопасности /6/. Военное положение вводится указом Президента Республики Казахстан и отменяется также им, соответствующим указом (п. 2 ст. 4 Закона РК «О военном положении»).

Период военного положения начинается со времени введения военного положения и заканчивается временем ее отмены. В этот период предусматриваются ограничения прав и свобод граждан и других лиц, за исключением прав и свобод, предусмотренных статьями, перечисленными в п. 3 ст. 39 Конституции Республики Казахстан, деятельности организаций, а также возложение на

них дополнительных обязанностей, определенных Законом РК «О военном положении» (глава 5). В местностях, в которых введено военное положение, в соответствии с законодательством Республики Казахстан полномочия органов военного управления, к ним переходят все функции органов государственной власти и управления в области обороны и обеспечения общественного порядка.

Согласно законодательству других государств, военное положение может быть введено и из-за внутренних факторов. Таких примеров в новейшей современной мировой истории предостаточно. Последний такой случай, это введение военного положения в Сирии в связи с началом там гражданской войны /7/. По нашему законодательству, военное положение в мирное время вследствие каких-либо внутри государственных конфликтов, не вводится (не предусмотрено).

Субъектом преступления является физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет. Это следует из того, что ответственность лица за деяние предусмотренное ч. 2 ст. 164 УК РК отсутствует в перечне деяний указанных в ч. 2 ст. 15 УК РК. К слову субъектом преступления предусмотренного ст. 99 УК РК является лицо, достигшее 14 лет. Такое различие в возрасте наступления ответственности за убийство связано с тем, что субъектами ответственности за деяния предусмотренные в главе 4 Особенной части УК РК являются лица достигшие 16 лет. Исходя из этого и установлен начальный возраст уголовной ответственности за убийство предусмотренное ч. 2 ст. 164 УК РК. Субъектом преступления может быть как гражданское

лицо, так и военнослужащий наделенный специальными полномочиями (специальный субъект).

Специальный субъект преступления, кроме общих признаков, обладает дополнительными признаками, указанными в диспозиции уголовно-правовой нормы, отражающими специфические свойства преступника. Классификация специального субъекта может быть самой разнообразной /8/.

Согласно п.п. 14) ст. 1 Закона РК «О воинской службе и статусе военнослужащих» от 16 февраля 2012 года военнослужащий – это гражданин Республики Казахстан, состоящий на воинской службе в Вооруженных Силах. Воинская же служба – это особый вид государственной службы военнослужащего Вооруженных Сил Республики Казахстан, направленный на непосредственное обеспечение военной безопасности, связанной с вооруженной защитой суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности границ Республики Казахстан.

На военную службу по призыву привлекаются лица, достигшие возраста 18 лет, а на контрактной основе – 19 лет (ст. 31 и 38 Закона РК «О воинской службе и статусе военнослужащих»). Всем военнослужащим, проходящим воинскую службу в Вооруженных Силах Республики Казахстан присваиваются соответствующие воинские звания и они носят формульную одежду (обмундирование) соответствующего образца, со знаками различия.

К военнослужащим относятся и лица, поступившие в военные учебные заведения или на воен-

ные факультеты. В данные учебные заведения принимают лиц после окончания средней школы, не проходивших воинскую службу, которым в год поступления исполнилось 17 лет.

Также к военнослужащим относятся военнообязанные, находящиеся в запасе и призванные на воинские сборы органами военного управления по военной подготовке, для приобретения и совершенствования военных знаний с призывом их в воинские части в целях повышения боевой и мобилизационной готовности Вооруженных Сил Республики Казахстан.

Порядок призыва на военную службу, прохождения ее по контракту или во время воинских сборов, права, обязанности и ответственность военнослужащих регламентируются Законами РК «О воинской службе и статусе военнослужащих», «О Службе государственной охраны Республики Казахстан», «О государственной границе Республики Казахстан», «О Национальной гвардии Республики Казахстан», УК РК, указами Президента Республики Казахстан, постановлениями Правительства Республики Казахстан, различными общевойсковыми уставами, приказами министра обороны Республики Казахстан, МВД РК, КНБ РК и иных подзаконных актов Республики Казахстан.

Субъективная сторона преступления хотя и не указана в диспозиции статьи, тем не менее, это умышленные действия, направленные на лишение жизни лиц перечисленных в ч. 1 ст. 164 УК РК, чей правовой статус определен нормами Международного права, и находящихся под ее

защитой. Причем умысел прямой. Как было сказано выше, способ совершения убийства этих лиц, количество убитых, а также их половая и возрастная характеристика для квалификации деяния значения не имеют. Однако в чем отличие деяния предусмотренного данной статьей УК РК от деяния, предусмотренного ст. 99 УК РК. Ведь в том и в другом случае человек лишается жизни. Отличие в субъективной стороне деяния. Лишая жизни человека во время войны, который находится под защитой норм Международного права, виновный осознает это и желает наступление смерти именно такого лица.

Поскольку данный вид преступления является опасным, и он посягает не только на жизнь человека, но и лиц которые находятся под юрисдикцией Международных норм во время войны или с нарушением обычаев войны, то санкция статьи весьма сурова и наряду с длительным или пожизненным лишением свободы, предусматривает смертную казнь. По этому критерию, данный вид деяния относится к особо тяжкому преступлению (ч. 5 ст. 11 УК РК). В настоящее время смертная казнь предусмотрена в 17 статьях Особой части УК РК. Одна из них, предусмотрена в данной статье УК РК. В УК РК 1997 года также было 17 статей предусматривающих смертную казнь.

Однако, если преступление будет совершено лицами не достигшими 18 лет, а также женщинами и мужчинами в возрасте 63 лет и выше, смертная казнь назначена быть не может (ч. 2 ст. 47 УК РК).

Специфика военной службы в том, что военнослужащий связан жесткой дисциплиной в армей-

ской среде и обязанностью беспрекословно исполнять приказы прямого либо непосредственного начальника (командира).

Согласно п. 42 Устава Внутренней службы Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований Республики Казахстан, утвержденного Указом Президента Республики Казахстан от 05 июля 2007 года приказ – это требование командира (начальника) о выполнении или прекращении каких-либо действий по службе.

По форме приказы делятся на устные, письменные или отданные по техническим средствам связи (рации, телефону, факсу, электронной почте и пр.). Устный приказ – подзаконный акт управления, содержащийся в устном волевом распоряжении командира. Устные приказы отдаются всеми командирами (начальниками). Письменный приказ является основным распорядительным служебным документом (правовым актом) военного управления, издаваемым на правах единоначалия командирами воинских частей. Правом отдачи письменных приказов пользуются командиры (начальники) начиная от командира воинской части и выше. По юридической силе, устный и письменный приказ равны. Не исполнение приказа, в зависимости от наступивших последствий, является правонарушением и влечет за собой юридическую ответственность.

Следует отличать приказ, от распоряжения. Распоряжение – это форма доведения задач до подчиненных. Помимо данных двух видов правовых актов, уставом предусмотрена отдача приказа. Приказание – форма дове-

дения задач до подчиненного по частным вопросам. Распоряжение и приказание доводится от имени командира воинской части начальником штаба части или от имени начальника гарнизона начальником штаба гарнизона устно, а также может содержаться в письменных документах.

В отличие от гражданской службы, неисполнение приказа на военной службе влечет не только дисциплинарную, но и уголовную ответственность (ст. 437 УК РК). Поскольку наказание по данной статье УК РК весьма суровое (неисполнение приказа в военное время предусматривает пожизненное лишение свободы или смертную казнь), то в теории уголовного права возникает вопрос, если преступление будет совершено военнослужащим по приказу командира (начальника), он подлежит освобождению от уголовной ответственности или нет.

В теории уголовного права по данному вопросу существует две противостоящие друг другу доктрины (учения) – «пассивного послушания» и «умных штыков» /9/.

Учение «пассивного послушания» гласит, что подчиненный должен исполнить любой приказ командира без его обсуждения и обдумывания на предмет законности. Ответственность за совершенные подчиненным действия полностью лежит на командире, а лицо исполнившее приказ, в том числе и незаконный, освобождается от ответственности. Данная доктрина была принята СССР перед началом Великой Отечественной войны в 1940 году и закреплена в ст. 8 Дисциплинарного устава Красной Армии, в которой

было записано – «приказ командира и начальника – закон для подчиненного. Он должен быть выполнен безоговорочно, точно и в срок. Невыполнение приказа является преступлением и карается судом военного трибунала» /10/.

Доктрина «умных штыков» предполагает, что подчиненный, получивший приказ, должен обдумать его на предмет соответствия закону и, исходя из этого, принять для себя решение, исполнять его или нет. В случае несоответствия приказа закону подчиненный должен отказаться его исполнить. Согласно этой доктрины, подчиненный не освобождается от ответственности в случае исполнения незаконного приказа.

Обе доктрины не безупречны и обладают как достоинствами, так и недостатками. Достоинством первой доктрины является то, что в боевой обстановке сильно экономится время, подчиненный не имеет право обсуждать приказ командира, но и не несет ответственности за свои действия, совершенные во исполнение приказа. Недостаток же в том, что командир может отдать любой приказ подчиненному и тот обязан его исполнить, даже в том случае, когда подчиненный прекрасно осознает незаконность отданного ему приказа. Подчиненный полностью зависит от командира и становится послушным орудием в достижении поставленной цели.

Достоинством второй доктрины является то, что устанавливается гарантия исполнения закона, подчиненный не выступает бессловесным орудием своего командира. Недостаток – обсуж-

дение приказа в боевой обстановке может повлечь поражение в бою, уничтожение материальной техники и гибель живой силы.

В юридической литературе, в частности в российской, дискуссии по тематике исполнения или неисполнения приказа не утихают и продолжаются до сего дня. Сторонники каждой из них выдвигают свои аргументы, которые достойны внимания. Вместе с тем, есть ученые, предлагающие компромиссное решение. Так, И. Талаев предлагает синтез данных учений. Суть его в следующем. В условиях боевых действий должна действовать доктрина «пассивного послушания». Обуславливает он ее тем, что даже секундное промедление в современном бою может грозить поражением. В таких условиях у солдата или матроса не должно быть возможности обдумывать приказ, тем более обсуждать его с кем-либо. Он должен его исполнить беспрекословно и немедленно. В условиях же отсутствия боевого столкновения или огневого контакта с противником должна действовать доктрина «умных штыков», поскольку у подчиненного имеется достаточное количество времени на обдумывание отданного ему командиром приказа и принятие решения на его исполнение (мыслительная деятельность) /11/.

При всей своей логичности и привлекательности, тем не менее, полагаем, что данный подход не приемлем для военного человека приученного и привыкшего к четкому и беспрекословному исполнению приказа начальника и практического применения, особенно во время войны. Чело-

век в форме и с ружьем, не должен обладать дуалистическим сознанием и исполняя полученный приказ каждый раз обдумывать, стоит ли его исполнять или нет. Солдат постоянно сомневающийся, плохой боец. Подчиненный должен быть уверен, что действует он правомерно, а приказ командира не может быть противозаконным. Командир же должен быть уверен, что отданный им приказ будет исполнен в точности и в срок и, исходя из этого, принимать другие волевые единоличные решения либо ставить задачи иным подчиненным или воинским подразделениям. В этом и заключается специфика и особенность воинской службы.

Исходя из анализа действующего УК РК и военного законодательства, наше государство склоняется к учению «умных штыков». Этот вывод основывается на ч. 2 ст. 38 УК РК в котором записано, что «лицо, совершившее умышленное уголовное правонарушение во исполнение заведомо незаконного приказа или распоряжения, несет уголовную ответственность на общих основаниях. Не исполнение заведомо незаконных приказа или распоряжения исключает уголовную ответственность» /12/. А п. 47 Устава внутренней службы Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований Республики Казахстан гласит, что «подчиненный не должен выполнять заведомо незаконный приказ командира (начальника), если он явно противоречит законодательству». Данная норма Устава дополняет и конкретизирует положение УК РК применительно к военнослужащему указанием на приказ, который «явно противоречит законодательству». «Явное», понятие оценочное означающее

очевидное, т.е. не требующее разъяснений, пояснений либо консультирование у кого-либо. Однако для того, чтобы определить противоречит ли отданный приказ командира (начальника) «явно законодательству» или нет, лицо которому адресован приказ, должно хорошо знать не только действующее законодательство Республики Казахстан, но и нормы Международного права, в частности положения Международного гуманитарного права. А они обширны, сложны и для их уяснения и понимания, необходим определенный минимум правовых познаний. Как справедливо отмечает В. Зимин, автор исследований «умных штыков» «при практическом применении рассматриваемой доктрины возникает ряд проблем, связанных в первую очередь с оценкой законности отданного приказа. Юридическая оценка какого-либо нормативно-правового или правоприменительного акта – процесс мыслительный, субъективный по характеру, и его результаты во многом зависят от уровня общего развития и правосознания (а, следовательно, и от юридической подготовки) исполнителя, его способности правильно истолковать этот акт и соотнести его содержание с действующими положениями» /13/.

Согласно же ч. 3 ст. 1 УК РК «международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед настоящим Кодексом и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона». К сказанному можно добавить, что в юриспруденции действует принцип презумпции знания закона. Незна-

ние закона не освобождает от ответственности.

До принятия нового Устава внутренней службы Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований Республики Казахстан в Республике Казахстан действовал Устав Внутренней Службы Вооруженных Сил Республики Казахстан, утвержденный Указом Президента Республики Казахстан от 27 ноября 1998 года, где в п. 45 было записано, что «приказ командира должен быть выполнен беспрекословно, точно и в срок. Военнослужащий, получив приказ, отвечает: «Есть» – и затем выполняет его». К слову, в новом Уставе (п. 46) сохранена прежняя редакция нормы. Однако в связи с добавлением в п. 47 Устава предложения, содержание которого приведено выше, ситуация стала иной. С одной стороны, требуется беспрекословное исполнение приказа командира подчиненным, с другой стороны, подчиненный наделен правом не исполнять приказ командира, если он «заведомо незаконен» по разумению подчиненного, либо «явно противоречит законодательству». Поэтому актуальность дискуссии относительно того, какая из доктрин предпочтительней для Вооруженных Сил Республики Казахстан по вопросу исполнения приказа, не утрачена.

Если в ходе убийства лиц перечисленных в ч. 1 ст. 164 УК РК будут убиты и другие лица, то действия виновного надлежит квалифицировать по совокупности преступлений, т.е. дополнительно еще и по ст. 99 УК РК. Как было сказано выше, это связано с тем, что объект убийства разный, хотя в том и другом случае, речь идет об одном и том же – лишении человека жизни. Имеется различие и

в субъективной стороне деяния. Тот, кто совершает убийство лиц, попадающих под действие ч. 2 ст. 164 УК РК, осознает, что лишает жизни человека, который находится под специальной правовой защитой национального и международного права.

Убийство лиц перечисленных в ч. 1 ст. 164 УК РК в мирное время, например, после окончания войны или отмены военного положения подпадает под действие ст. 99 УК РК. Это связано с отсутствием такой объективной стороны преступления, как время, а именно – военного времени. Всякие войны между государствами, сколь продолжительными бы они не были, заканчиваются, и стороны конфликта заключают мир. После подписания договора о мире, война считается завершенной. Однако, военное положение в стране может сохраняться еще некоторое время, пока оно не будет отменено Главой государства.

Несколько сложнее вопрос, когда возникает гражданская война и в связи с ее началом, в стране вводится военное положение. Однако, как было сказано ранее, действующее законодательство Республики Казахстан не предусматривает введение такого положения в стране при возникновении или начале вооруженного конфликта в социуме. Полагаем, что при конструировании нормы законодатель не предполагал возможность подобного у нас, поэтому объем диспозиции статьи занижен.

Специфика рассматриваемой статьи УК РК заключается и в том, что она относится к так называемым «спящим нормам», т.е. она находится в режиме покоя и активизируется только с насту-

плением определенного условия, а именно, во время войны и введения военного положения в стране. После окончания войны или отмены военного положения, норма опять становится «спящей».

С тем, чтобы по данному вопросу было единство взглядов и мнений как теоретиков права, так и практиков, полагаем необходимым внести изменение и дополнение в Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О квалификации некоторых преступлений против жизни и здоровья человека» от 11 мая 2007 года, либо принять отдельное Нормативное постановление, посвященное разъяснению и применению ч. 2 ст. 164 УК РК.

Резюме. Тема исследования и вопросы поднятые в настоящей статье новые и ее авторы не претендует на изложение всех ее сложных и многогранных аспектов, поскольку носят общий и постановочный характер, а некоторые являются дискуссионными.

Данная тема требует обстоятельного и комплексного исследования как специалистами в области теории уголовного права, так и учеными, которые специализируются в вопросах военного и международного права по вопросам войны, мира и гуманитарного права.

Список использованных источников:

1. См.: Шаргородский М.Д. Преступление против жизни и здоровья. М., 1948; Бородин С.Ю. Ответственность за убийство: квалификация и наказание по российскому праву. – М., Юрист, 1994; Джолдасбаева Н.Ч. Квалификация убийств: теоретические и практические аспекты. – Алматы: Издательство «NURPRESS», 2010, и др.
2. См.: Закон РК «О государственном контроле за оборотом отдельных видов оружия» от 30 декабря 1998 г. № 339. – Информационно-правовая система «Әділет».
3. См. Зверев П.Г. Правовой статус законных участников Вооруженных конфликтов. Дис. канд. юрид. наук. М., 2005.
4. См.: Самодуров Д.И. Международно-правовой статус военнопленных. – Военно-юридический журнал, 2008. № 7.
5. См.: Война и мир в терминах и определениях. Военно-политический словарь / Под общ. ред. Д. Рогозина. М.: 2013.
6. Казахстан в период Сталинградского сражения Великой Отечественной войны стал прифронтовым районом. Поэтому Указом Президиума Верховного Совета СССР от 03 сентября 1942 года «О введении военного положения на побережье Каспия» территория Гурьевской области была объявлена на военном положении. См.: Табылдин Х. Прикаспийская коммуна. 26 мая 2010 года.
7. В мирное время военное положение вводилось во Франции (1948 год), в различных штатах и городах США для вооруженного подавления рабочих забастовок, а также расовых (1962 год) и негритянских волнений (1968 год), для подавления радикальной части населения в Канаде ратующей за создание независимого квебекского государства (1970 год), из-за нарастающего недовольства населения в Польше (1981-1983 годы), в Египте (1982 год), в провинции Восточный Тимор Индонезии из-за всплеска насилия (1999 год), в Таиланде (2014 год), в Сирии (2015 год). См.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>
8. См.: Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук. проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. 5. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 213-215.
9. См.: Григенча В.Я. Уголовно-правовые проблемы исполнения приказа. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1997 год, Веденин Д.В. Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999 г., Соломоненко И.Г. Исполнение приказа и его уголовно-правовое значение (в деятельности органов внутренних дел). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999, Старостина Ю.В. Исполнение приказа или распоряжения как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2001 г., Девятко А.Ю. Исполнение приказа или распоряжения военнослужащим как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Дис. ... канд. юрид. наук. М. 2004 г.
10. Цитируется по Талаеву И.В. Содержание института освобождения от ответственности военнослужащего за исполнение приказа. Журнал «Юридический мир», 2013, № 7.
11. Талаев И.В. Указ. работа.
12. Аналогичная норма предусмотрена в ст. 39 КоАП РК. Только в ней говорится об «исполнении обязательного» для исполнителя приказа или распоряжения, тогда как в ч. 2 ст. 38 УК РК речь идет об исполнении «незаконного приказа или распоряжения». Полагаем, что конструкция нормы в административном кодексе более удачная, чем такая же норма в уголовном кодексе.
13. Зимин В.П. Правомерное исполнение приказа: доктрина «умных штыков». – Журнал «Правоведение», 1993. № 2. С. 43.

АДВОКАТУРА



**Партисипативные
процедуры**

**Қорғаушы деген
құрметті атақ**

95

100





Партиципативные процедуры

Большим достижением адвокатуры в Казахстане является возможность проведения примирительных процедур адвокатами. В связи с принятием Гражданского Процессуального Кодекса Республики Казахстан в новой редакции вводится новый способ примирения для сторон с участием адвокатов – ПАРТИЦИПАТИВНАЯ ПРОЦЕДУРА.

Термин «*participative*», (фр., прилагательное) переводится с французского языка как «участвующий, могущий участвовать». «Партиципативный» означает вовлечение в управление, то есть непосредственное участие в принятии решения, в анализе проблем.

Наиболее распространены такие словосочетания как:

- *participative atmosphere* — атмосфера взаимной заинтересованности
- *participative budgeting* — участие руководителей всех уровней в бюджетных процессах
- *participative management* — управление предприятием с участием работников предприятия.

То есть, «партиципативный» подразумевает активное личное участие в решении вопроса, проблемы, спора.

Партиципативная процедура состоит из трех этапов (или уровней):

1. Первый этап – это **выдвижение предложений сторонами по иску (спору, проблеме)**, при этом предложения могут выдвигаться как индивидуально каждой стороной, так и в групповом совместном обсуждении.

РАИСОВА Балгуль Амангельдиевна
адвокат Южно-Казахстанской областной коллегии адвокатов



2. Второй этап – это **разработка альтернатив сторонами** как выход из сложившей ситуации (спора, иска, проблемы), при этом отличие разработки от выдвижения заключается в конкретных деталях каждого варианта, включая плюсы и минусы для каждой стороны, возможность исполнения тех или иных условий, то есть своеобразный тест на реальность.
3. Третий этап – это **выбор альтернативы сторонами** из всех предложенных вариантов. В случае успешного проведения завершается заключением письменного соглашения, где указан выбранный сторонами вариант.

Данные принципы личного активного участия и многовариантности (пространства вариантов) лежат в основе таких альтернативных процедур урегулирования споров как: переговоры по Гарвардской системе, процедур медиации, примирения, целью которых является поиск взаимоприемлемого варианта решения спора (проблемы) собственными усилиями сторон.

Сферой применения партисипативной процедуры являются гражданско-правовые споры, возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, за исключением публично-правовых споров, если иное не установлено законами.

Партисипативная процедура не применяется к выше указанным спорам, в случае, если такие споры затрагивают или могут

затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в партисипативной процедуре, и лиц, признанных судом недееспособными либо ограниченно дееспособными.

В гражданском процессе партисипативная процедура – это переговорный процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, без участия судьи, в целях достижения ими взаимоприемлемого решения и реализуемая по добровольному согласию сторон.

Сторонами партисипативной процедуры могут быть как физические, так и юридические лица.

Основанием для проведения партисипативной процедуры является договор поручения сторон (как письменное соглашение каждой из сторон), заключаемый с адвокатом в целях оказания квалифицированной юридической помощи, в том числе, урегулирования спора в рамках примирительных процедур, предусмотренных гражданско-процессуальным законодательством. Участниками партисипативной процедуры являются стороны по делу и их адвокаты.

Положительным результатом проведения данного вида примирения будет являться письменное соглашение об урегулировании спора в рамках партисипативной процедуры, достигнутое сторонами в результате переговоров с участием адвокатов сторон, без участия судьи. В случае заключения письменного соглашения, оно будет утверждаться определением

суда, то есть судебным актом, который будет вынесен судьей после завершения процедуры между сторонами с участием их адвокатов.

Целями партисипативной процедуры являются:

- 1) достижение варианта разрешения (урегулирования) спора, устраивающего обе стороны процедуры;
- 2) оперативное разрешение спора (не более 10 рабочих дней);
- 3) снижение материальных издержек сторон;
- 4) снижение уровня конфликтности сторон, формирование и сохранение стабильных отношений между сторонами вследствие устранения спорных моментов;
- 5) формирование правовой культуры у населения, способствующей укреплению деловой репутации на международном уровне;
- 6) снижение нагрузки на судебную систему.

Партисипативная процедура проводится на основе принципов:

- 1) добровольности участия сторон;
- 2) равноправия сторон в переговорах;
- 3) недопустимости вмешательства в партисипативную процедуру;
- 4) законности действий адвоката, с участием которых проводятся переговоры в рамках партисипативной процедуры, действующего в интересах своего доверителя.

Условием участия в партисипативной процедуре является взаимное добровольное

волеизъявление сторон, выраженное в договоре поручения с адвокатом, а также в письменном заявлении стороны в адрес суда, в производстве которого находится на рассмотрении спор. Стороны партисипативной процедуры вправе отказаться от переговоров на любой ее стадии, уведомив об этом суд в письменной форме. В ходе партисипативной процедуры стороны вправе по своему усмотрению распоряжаться своими материальными и процессуальными правами, увеличить или уменьшить размер требований или отказаться от спора, за исключением изменения предмета и основания исковых требований, заявленных в суде. Стороны свободны в выборе вопросов для обсуждения вариантов взаимоприемлемого соглашения.

Стороны партисипативной процедуры пользуются равными правами при выборе адвокатов, своей позиции в ней, способах и средствах ее отстаивания, при получении информации, в оценке приемлемости условий соглашения об урегулировании спора и при этом, несут равные обязанности.

При участии в переговорах проведения партисипативной процедуры адвокат должен быть независим от сторон, государственных органов, иных юридических, должностных и физических лиц. Адвокат самостоятелен в выборе средств и методов переговоров, допустимость которых определяется Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности», Кодексом этики адвокатов. Адвокат должен проводить переговоры в рамках партисипативной

процедуры в интересах своего доверителя. При наличии обстоятельств, препятствующих адвокату в проведении переговоров, он должен уведомить об этом своего доверителя. Не допускается вмешательство в деятельность адвоката при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры.

При проведении партисипативной процедуры адвокаты обязаны в ходе партисипативной процедуры проводить встречи как со всеми сторонами одновременно, так и с каждой из сторон в отдельности и предоставлять им устные и письменные рекомендации и доказательства по урегулированию спора; при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры действовать только с согласия своего доверителя, как стороны в споре; до начала партисипативной процедуры разъяснить доверителю ее цели, правовые последствия заключения соглашения, а также их права и обязанности. Адвокаты при ведении переговоров обязаны соблюдать Кодекс профессиональной этики адвокатов.

Стороны в переговорах в рамках партисипативной процедуры вправе:

- 1) добровольно выбирать адвокатов для участия в ней по своему усмотрению;
- 2) отказаться от адвоката, участвующего в процедуре;
- 3) в любой момент переговоров партисипативной процедуры отказаться от участия в ней;
- 4) участвовать в проведении партисипативной процедуры лично или через представителей, полномочия которых

основаны на доверенности, оформленной в установленном законом порядке;

- 5) при неисполнении или ненадлежащем исполнении соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры обратиться в суд, в производстве которого находилось дело, в связи с которым осуществлялась партисипативная процедура, с заявлением о принудительном исполнении в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Стороны партисипативной процедуры будут обязаны исполнять соглашение об урегулировании спора в порядке и в сроки, предусмотренные этим соглашением, так как оно будет утверждено судом.

Партисипативная процедура будет проводиться по согласованному сторонами порядку. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте проведения партисипативной процедуры, самостоятельно определяют дату и время проведения партисипативной процедуры, по своему усмотрению договариваются о языке или языках, которые будут использоваться в ходе проведения партисипативной процедуры. В случае заключения соглашения между сторонами, оно должно быть составлено на языке, на котором ведется гражданское судопроизводство.

Проведение партисипативной процедуры осуществляется по взаимному согласию сторон. Переговоры в партисипативной процедуре с участием

адвокатов при урегулировании споров, возникающих из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, могут быть применены как до обращения в суд, так и после начала судебного разбирательства. Предложение стороне обратиться к партисипативной процедуре может быть сделано по просьбе другой стороны, судом или адвокатом. Проведение партисипативной процедуры в рамках гражданского судопроизводства начинается со дня когда, одна из сторон заявила об этом в суде либо судом было предложено провести переговоры в рамках данной процедуры в разумные сроки в рамках действующего гражданско-процессуального законодательства.

Если одна из сторон направила в письменной форме предложение о проведении партисипативной процедуры и в течение указанного в пред-

ложении разумного срока не получила согласие другой стороны на проведение переговоров, такое предложение считается отклоненным.

Для проведения партисипативных переговоров стороны выбирают одного или нескольких адвокатов. Коллегии адвокатов могут рекомендовать кандидатуру адвоката (адвокатов), если стороны направили в указанную организацию соответствующее обращение.

Сроки проведения партисипативной процедуры определяются взаимным согласием сторон с учетом требований сроков рассмотрения гражданских дел в рамках гражданского судопроизводства.

Если партисипативная процедура с участием адвокатов осуществляется вне рамок гражданского процесса, стороны и их адвокаты устанавливают время завершения

переговоров по договоренности сторон спора.

Расходы, связанные с проведением партисипативных процедур, включают:

- 1) вознаграждение (гонорар) адвоката;
- 2) расходы, понесенные адвокатом в связи с проведением партисипативной процедуры, в том числе расходы на оплату проезда к месту рассмотрения проведения переговоров по урегулированию спора, проживание и питание;
- 3) расходы на оплату заключений специалистов, экспертов, оценщиков, то есть понесенные стороной в целях сбора информации для партисипативных переговоров.

Адвокаты проводят партисипативную процедуру как на платной, так и на бесплатной основе. В случае, если сторона в переговорах имеет право на оказание юридической помощи за счет средств гарантированной государством юридической помощи, адвокат обязан оформить надлежащим образом соответствующие документы в соответствии с Законом РК «Об адвокатской деятельности» для последующего возмещения расходов из соответствующего бюджета.

Размер вознаграждения адвокатов определяется по договору со стороной до начала партисипативной процедуры.

При прекращении партисипативной процедуры, проводимой в рамках гражданского судопроизводства, стороны обязаны



незамедлительно направить суду, в производстве которого находится гражданское дело:

- 1) в случае урегулирования спора – подписанное соглашение об урегулировании спора (в день подписания);
- 2) в иных случаях – письменное заявление о назначении дня рассмотрения дела по существу в связи с невозможностью заключения соглашения об урегулировании спора (в день, когда стороны отказались от дальнейшего проведения партисипативной процедуры).

Переговоры в партисипативной процедуре прекращаются в случаях:

- 1) подписания сторонами соглашения об урегулировании спора – со дня подписания такого соглашения;
- 2) установления адвокатом обстоятельств, исключающих возможность разрешения спора путем переговоров в партисипативной процедуре;
- 3) письменного отказа сторон от партисипативной процедуры в связи с невозможностью разрешения спора путем переговоров – со дня обращения в суд с заявлением о назначении к слушанию дела по существу;
- 4) письменного отказа одной из сторон от продолжения партисипативной процедуры – со дня направления адвокатом стороны письменного отказа другой стороне;
- 5) истечения срока проведения партисипативной процедуры.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами переговоров в рамках партисипативной процедуры, заключается в письменной форме, подписывается сторонами и утверждается судом в рамках гражданского судопроизводства. Соглашение должно содержать данные о сторонах партисипативной процедуры, предмете спора, адвокаты (адвокатах), участвовавших в переговорах, а также согласованные сторонами условия соглашения, способы и сроки их исполнения и последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Соглашение об урегулировании спора подлежит исполнению сторонами партисипативной процедуры добровольно в порядке и сроки, предусмотренные этим соглашением.

В случае, если соглашение, заключенное в рамках партисипативной процедуры, утверждено судом, то оно будет подлежать принудительному исполнению по заявлению заинтересованной стороны, направленному в суд в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным Кодексом.

Соглашение об урегулировании спора в рамках партисипативной процедуры, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения сторона партисипативных переговоров, нарушившая соглашение, несет ответствен-

ность в порядке, предусмотренном законами.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении партисипативной процедуры в ходе гражданского процесса, незамедлительно направляется судьей, в производстве которого находится гражданское дело. Соглашение об урегулировании спора в порядке гражданского судопроизводства, которое было достигнуто сторонами в рамках партисипативной процедуры, вступает в силу в день вступления в законную силу определения суда, которым оно утверждено. Соглашение об урегулировании спора, которое было достигнуто сторонами в рамках партисипативной процедуры вне суда, вступает в силу в день его подписания сторонами.

Преимуществом данного альтернативного вида урегулирования спора перед другими в том, что адвокаты оказывают квалифицированную юридическую помощь сторонам, как в поисках приемлемого варианта, так и в плане соблюдения законности непосредственно при составлении самого текста соглашения об урегулировании. Если в процедуре медиации соглашение может быть не утверждено судом по причине того, что текст и его содержание не соответствует действующему законодательству, то в партисипативной процедуре адвокаты обязаны будут учитывать все правовые последствия для своего доверителя, что значительно облегчит его исполнение в дальнейшем, сделает более доступным правосудие для граждан, снизит недоверие среди граждан по поводу судебных тяжб, а также разгрузит работу судов.

Қорғаушы деген құрметті атақ



НҰРЛЫБАЕВ Мукан Аскарлович
Алматы қалалық адвокаттар алқасының
№ 8 кеңесінің адвокаты

Қазақ тарихында төрелік айтатын билер болған, ақылға салар ақсақалдар алқасы болған, бірақ қорғаушы яғни адвокат деген ұғым болмаған. Қазақ даласына Кеңес үкіметі келіп, қоғамдық қатынастардың өзгеруімен, жаңа, көпсалалық байланыстардың басталуымен, мемлекеттік құрылымдар пайда болып, айыптаушы жақтың, тергеу орындарының жұмыс жасай бастағанына байланысты, қоғамдық қатынастардың ажырамас бір бөлшегі ретінде қорғаушы, адвокаттар да қоғамда өз орынын тапты. Кезінде КСРО өзінің жетпіс жылдық тарихында қауымдастықтағы республикалардың, ұлттардың этникалық топтардың, аз халықтардың теңдігі, құқықтық қорғалуы жөнінде жар салғанмен, іс жүзінде, күнделікті қолдануда бұл

мәселе аяққа тапталып жататын еді.

Тәуелсіздігімізді алып, егемен ел болған соң, етек жеңімізді жиып, өзімізге тән төл заңдарымызды қабылдаған кезде, 1995 жылғы 30 тамыздағы Ата заңмен де, 1997 жылы 5 желтоқсанда «Адвокаттар қызметі» туралы қабылданған заңмен де қоғамның басты құндылығы яғни адам құқын қорғау бірінші орынға шықты. Оның ішінде, адвокатардың қызметі, кәсіптік біліктілігі, басқа мемлекеттік органдармен қарым қатынасы, азаматтарды қорғау мәселесіндегі кедергілер, қолданыстағы заңдардың азаматтардың құқын шектейтін кемшіліктері мен жетіспеушіліктері адвокаттар қауымдастығы жағынан үнемі көтеріліп жүр. Осы салада ерен еңбегімен, қажымас

қайратымен, өзінің білімді, біліктілігімен көрінген Кенжеғали Қадырұлының еңбегі де ерекше. Алматы дейтін алып қаладағы адвокаттар қауымдастығының басқа мүдделі орындармен терезесін тең ұстауына сіңірген еңбегі зор.

Енді осы адвокат деген жауапкершілігі мен қызығы мол міндетті өз дәрежесінде қолдана алып жүрміз бе? Егер болмаса оған не себеп? Елдің адвокатқа, қорғаушыға деген сенімі қандай? Осы сұрақтар әрбір адвокаты қатты толғандыруы керек. Біз адвокаттар, қоғамдағы басқа билік өкілдерімен, мемлекеттік қызметтегі адамдармен, бізге өз құқын қорғауды сеніп тапсырған жеке тұлға мен заңды тұлғалармен, қылмыскер болсын, жәбірленуші болсын құқын қорғауға кіріскен адамдармен күн сайын тікелей қарым-қатынастамыз. Осы қарым қатынаста өзіміздің кәсіптік деңгейімізді көрсете білмесек, елдің алдындағы атақ абыройымызды жоғалтып алуымыз мүмкін. Кәсіптік деңгей мен біліктілікті -өз біліміңді тереңдетіп, тәжірибеңді жетілдірумен ғана жүзеге асыруға болады. Адвокаттардың күнделікті өмірде жиі кездесетіні, ол тергеу орындары, құқық қорғау мекемелері мен соттардағы азаматтардың құқын қорғау мәселесі. Бұл ретте, көбінесе азаматтық, азаматтық процестік, қылмыстық және қылмыстық-процестік кодексімен, қылмыстық-атқару кодексі-

терімен реттелетін қарым-қатынастар орын алады.

Ал қылмыстық құқықтың ерекшеліктері мен мазмұны, ол адам мен адамзаттың құқықтарын, бостандығын және заңды мүдделерін, ұйымдардың меншіктерін, құқықтары мен заңды мүдделерін, қоғамдық тәртіп пен қауіпсіздікті, қоршаған ортаны, Қазақстан Республикасының конституциялық құрлысы мен аумақтық бүтіндігін, қоғам мен мемлекеттің қылмыстық қастандықтан заңмен қорғалатын мүдделерін қорғауды, бейбітшілік пен адамзат қауіпсіздігін қоғауды қамтамасыз ету болып табылады. Аталған құндылықтарды қорғау мемлекет мүддесінде, сондықтан мемлекет бұны жүзеге асыру үшін өзінің бүкіл жойқын күшін жұмсайды. Ал осы мемлекеттік машинаның барлық тетігі іске қосылып, жеке адамды жауапкершілікке тартуға кіріскенде, ол өзін алып мұхиттаескексіз қалған қайықтай дағдарысқа ұшырап, моральдық жағынан болсын, адамгершілік жағынан болсын, құқықтық жағынан болсын мүсәпірлікке түседі, алып машинаның алдында әлсіздігін сезінеді, ал адвокат оның жалғыз құтқарушысы.

Өзін демократиялық елміз, адам құқын бірінші орынға қоятын елміз деген барлық мемлекеттерде осындай жаңсақ басып, жығылып жатқан адамдарына көмек беруге адвокаттарды тартады. Бізде де бұл үрдіс сақталған, бірақ әлі де өтеген ай деп сан

соқтырып жататын тұстары жетерлік. Әсіресе, қылмыстық құқық саласындағы жетіспеушіліктер ерекше көзге ұрады. Бұған себеп 90 жылдардың ішіндегі қабылданған қылмыстық құқық қатынастарын реттейтін заңдардың халықаралық талаптарға сай еместігі. Қолданыстағы Қылмыстық кодекс пен Қылмыстық-процестік кодексі қоғам мұқтаждықтары мен мүдделерінің өзгеруіне, жаңа саяси әлеуметтік, экономикалық құқықтық жағдайларға бейімделмеген, заман талаптарына сай емес. Бұл жөнінде талай айтылып та, жазылып та жүр және жыл сайын өзгерістер мен толықтырулардың болатыны да осыған дәлел. Елімізді жайлаған пайдақорлық, зорлық, қылмыстарды жою үшін Елбасымыздың табанды талабын орындау жолында адвокаттардың беделін көтеру үлкен міндет болып саналады. Қазақстан өз тәуелсіздігін алған 20 жылдан астам уақыт ішінде әлемдегі алпауыт елдерге де өзінің халықаралық аренада тиісті орыны бар, демократиялық талаптарға сай құрылған мемлекет екенін мойындатты. Бұл ретте халықаралық шарттардың еліміздің аймағында орындалуы негізгі міндет болып саналады. Қазақстан Республикасы Парламенті 2005 жылы 28 қарашада ратификациялаған «Азаматтық және саяси құқықтар туралы» халықаралық Пактісін және 2009 жылы 11 ақпанда №130 Заңмен қол қойылған аталған Пактінің факультативтік хаттамасына сәйкес Қазақстан өз терри-

ториясында әр адамға оның заңды құқы мен бостандығын қорғауға кепілдік береді. Бұл кепілдікті жүзеге асыруда адвокаттардың алатын орыны ерекше. Алайда мемлекеттің осы міндеттемелері халыққа жетті ме, күпісін жамылған қыр қазағы мен 48 пайызды құрайтын ауылдың қарапайым халқы өз құқын қорғауда жеткілікті дәрежеде білімді ме? Кейінгі бір деректерге қарағанда ауылдық жерде тұратын халықтың тең жартысынан астамы әкім мен әділет орындарының айырмашылығын білмейді, полиция мен прокуратураның аражігін ажырата алмайды, сот пен сот орындаушысы деген ұғымдарды шатастырып жатады, ал осы жағдайда олардың өз құқын біледі деу санаға сия қоймас. Елді жайлаған жемқорлық пен пайдақорлық қарапайым халықтың өз құқын толық білмеуінен келіп туындайды. Сондықтан шалғай аудандармен елді мекендерде ауылдағы дәрігер мен мұғалімнің керектігі секілді адвокаттар да болуы шарт. Бұған мемлекет тарапынан тиісті шаралар қарастырылып, мемлекет есебінен ынталандыру болса, елдің құқықтық санасы оянып, жемқорлықты жоюдың кепілі болар еді. Осыған байланысты, Қазақстан үкіметі мен Әділет Министрлігі, Республикалық адвокаттар қауымдастығымен бірлесе отырып оң шешім қабылдаса нұр үстіне нұр болар еді. «Қалың елім қазағым қайран жұртым, ұстарсыз аузыңа түсті мұртың» деп Абай налығандай, «Қараңғы қазақ көгіне өрмелеп шығып күн

болам» деп Сұлтанмахмұт армандағандай және Жұбан ақын айтқан «мың өліп мың тірілген қазақтың» мұңы мен жоғы, оның заңды құқы зиялы қауымның санасында болуы керек.

Егемендігімізді енді алып, тәй-тәй басқан жас мемлекетіміз, елбасымыз Нұрсұлтан Әбішұлы Назарбаевтың көреген саясатымен өркендеп, дамыған елдермен терезесі тең боларына сенім мол, сол жолда адвокаттар қауымдастығы да өз үлесін қосады деген үміттеміз. Қазіргі кезде қолданыстағы Қылмыстық кодекс пен Қылмыстық-процестік кодексі адвокаттардың құқын біршама жоғарлатты. Бірақ, өткен бір ғасырға жуық уақыттағы адвокаты тек декоративтік тұлға деп санайтын саясаттың қалдығы әлі күнге жойылмай келеді. Дамыған елдердегі сияқты адвокаты прокурормен теңдес тіпті кей елдерде прокурордан да құзырлы орынға қоятын саясатқа әлі жете алмай отырмыз. Қылмыстық істер жүргізу саясаты сол бұрынғы қалпынан көп өзгермеген. Адвокаттың процессуалдық құқы қылмыстық-процестік кодексінде нақты қарастырылғанымен іс жүзінде бұл құқықты пайдалану түрлі әкімшілік кедергілерге тап болады. Бір ғана мысал, ол прокурор мен адвокаттың қылымыстық істерді жүргізу кезіндегі соттағы теңсіздігі. Прокурор кез келген уақытта сот ғимаратына, судьяға ешқандай кедергісіз кіре алады, кез келген судьяның, соттың төрағасының каби-

нетіне ешқандай рұқсат алатын құжатсыз өтіп кете береді, кез келген сұрақты тікелей судьямен сөйлесіп, ақылдасып шешеді, ал адвокат сотқа кіру үшін, өз қорғауындағы адамның конституциялық құқының бұзылмауын қадағалау үшін туындаған сұрақтармен тек сот хатшысы арқылы ғана тілдесуге тура келеді; қымбат уақыт жоғалтып, неше түрлі сылтауларға тап болып, тауы шағылып, өзінің конституциялық құқы болса да, сол заңмен бекітілген құқын орындатуға уақыты мен бүкіл энергиясын жұмсайды.

Қарап тұрсаңыз бұл жағдай сондай бір үлкен мәселе тудыратын жағдай емес, бірақ үлкен жемқорлықты жоюдағы кішкентай кедергі екені анық. Заңда сот алдында айыптаушы мен қорғаушының құқы бірдей, тең деп айтылғанмен, кеңес заманынан қалған прокурордың басымдылығы сол қалпында қалып әлі жалғасып келеді. Бір сөзбен айтқанда сөз жүзінде демократиялық еліміз, адам құқы бірінші орында деп, жаппай жайлаған жемқорлықты жоямыз деп жар салғанымызбен, іс жүзінде кеңес үкіметі кезінде қалыптасқан келеңсіз жағдайлар әлі де көп екені белгілі. «Жаппай көтерген жүк жеңіл» дейді қазақтар, бірігіп, бір жеңнен қол, бір жағадан бас шығарып еліміздегі құқық қорғау мәселесін, оның ішінде адвокаттық жұмысты алға шығара білсек, ол бәрімізге абырой әкелер еді.



ДАТЫ, ЮБИЛЕИ

104

**Интервью
с Зыковой Елизаветой
Дмитриевной**



ЗЫКОВА Елизавета Дмитриевна – в этом году отмечает Юбилей – 70 лет.

Зыкова Е.Д. является адвокатом Алматинской городской коллегии адвокатов, ветераном труда (медаль 1980 года). В 2010 году Республиканской коллегией адвокатов награждена медалью «За верность профессии». С 2006 года по 2014 год – Секретарь Комиссии по адвокатской этике и дисциплинарном производстве. Является руководителем Адвокатской конторы «Элита».

*Уважаемая Елизавета Дмитриевна,
Поздравляю Вас с Юбилеем!*

*Желаю крепкого здоровья, долголетия, благополучия,
чтобы жизнерадостность и оптимизм всегда присутствовали в Вашей жизни!!!*

Редакция журнала «Адвокаты Алматы»

Интервью с Зыковой Елизаветой Дмитриевной

Журнал «Адвокаты Алматы» (далее – «Редакция»): Елизавета Дмитриевна, трудно ли уходить на пенсию, расставаться с любимой профессией, которой Вы посвятили 45 лет?

Елизавета Дмитриевна: Да, уходить всегда трудно, а тем более расставаться с любимой профессией. Ведь каждое дело – это прожитая жизнь (определенный ее промежуток времени) твоего клиента и твоей жизни, пока ты ведешь это дело. А дела часто делятся год, полтора и даже больше. Я, последние 26 лет, с момента создания Адвокатской конторы «Элита», занимаюсь гражданским правом, а также специализируюсь по административной практике.

Раньше не было административного суда и судья по 1 инстанции решал вопрос, кто из сторон прав в ДТП, а кто нет. По каждому делу: экспертиза автотехническая, трасологическая и судебно-медицинская, если есть вред здоровью.

Нередко судебные акты 1 инстанции обжаловались в вышестоящие инстанции. И только потом можно было взыскать стоимость ремонта.

Вот и судите сами, достоверно ли я говорю, что дела делятся годами. Можно книгу написать или сценарий для кино по каждому делу.

Редакция: Елизавета Дмитриевна, чем для Вас интересна профессия адвоката?

Елизавета Дмитриевна: Прежде всего – это участие в судьбах людей, защита их прав и законных интересов. Благодаря нашей профессии, у нас, адвокатов, всегда

имеется возможность знакомиться с интересными людьми, открывать их для себя с другой, скрытой от широкой публики стороны. Иногда, видя перед собой человека строгого, аккуратно одетого, вежливого и всегда с улыбкой отвечающего на все вопросы, твое воображение рисует консервативную семью с правильным воспитанием. Но, познакомившись поближе с этим человеком ты (к своему сожалению) убеждаешься, что на самом деле все оказывается совершенно по-другому и человек этот совсем не тот, за кого его принимал.

В адвокатской практике каждое дело, каждый случай, каждый документ имеет свои особенности, свои нюансы, свою специфику. И адвокату приходится на протяжении всей своей деятельности постоянно самосовершенствоваться, повышать свою профессиональную квалификацию, чтобы быть действительно профессионалом и оказывать качественную юридическую помощь. Работа адвоката никогда не становится скучной и однообразной.

Редакция: Елизавета Дмитриевна, расскажите о том, как Вы начали адвокатскую практику, и почему именно профессия защитника?

Елизавета Дмитриевна: Профессия судьи, прокурора, а также работников полиции мне тоже нравится. Например, женщина в звании майора, подполковника или даже полковника, чем плохо? Это так интересно и вполне хорошая пенсия. Но меня всегда привлекала профессия адвоката, и я мечтала о ней со школьной скамьи.

Мне говорили, что адвокат не женская профессия, требующая канат-

ных нервов, аналитического склада ума, умения убеждать и что женщины трудно убедить юристов-мужчин.

Да, согласна, в какой-то степени это так. Но и женщины могут быть терпеливыми и могут убеждать и переубеждать! А также и женщины могут иметь аналитический склад ума. И мне очень нравятся многие женщины-адвокаты именно за их профессионализм и деловые качества.

Редакция: Трудно ли работать защитником в наше время?

Елизавета Дмитриевна: Конечно трудно. В наше время в мире происходит столько событий, в том числе политического, экономического характера, как следствие – постоянно, а последнее время кардинальным образом, меняется законодательство Республики Казахстан, дела становятся более сложными и т.д.

Остается много вопросов, которые нуждаются во внимании и в дополнительной законодательной проработке, в том числе и касательно повышения статуса адвоката и усиления гарантий адвокатской деятельности. О них, в частности, много говорилось на недавно прошедшем Форуме адвокатов Казахстана.

Следует отметить, что благодаря Республиканской коллегии адвокатов и Алматинской городской коллегии адвокатов многое уже сделано хорошего для повышения статуса адвоката и усиления правовых гарантий осуществления адвокатской деятельности. В частности, расширены полномочия для адвокатов в уголовном процессе.

Позитивным новшеством является закрепление на законодательном уровне института присяжных заседателей. Он способствует возрождению сильной и независимой судебной власти. Однако, и этот институт нуждается в дальнейшем законодательном совершенствовании.

Все постоянные изменения и новации, происходящие в стране и обществе, требуют от адвокатского сообщества соответствующего реагирования, а от каждого адвоката постоянного совершенствования своего профессионального уровня.

Редакция: А в какое время адвокатом было интереснее работать, в советское или в наше?

Елизавета Дмитриевна: Как можно сравнивать несравнимое? Разные эпохи, разные государства, разные законы, разная экономика и совершенно разная психология людей. Но исключение из правил всегда можно сделать. Взять хотя бы наше адвокатское сообщество. Ведь всем известно, что адвокатура – это самофинансируемая организация.

Сегодня, деньги, заработанные нами, принадлежат нам – адвокатам. В советское время наши деньги забирало Министерство юстиции и не объясняло нам, куда их направляли. В консультациях стояла старая мебель. В Ауэзовской консультации, где я работала много лет, не было даже телефона. Не было туалета! Вот в каких условиях мы работали. Сейчас своими деньгами адвокатура распорядиться сама. Многие консультации имеют свои помещения с хорошим ремонтом, с хорошей мебелью, с телефонами, с компьютерами.

А Президиум! Да разве можно сравнивать отношение к адвокатам со стороны президиума в советское время и в наше время? Конечно нет. В советское время адвокатов наказывали даже не разбираясь, прав ли адвокат или нет. Гинзбург Семен Маркович (ныне покойный) говорил: «Клиент всегда прав!» Какой же это абсурд! Клиент, прежде всего – человек, как и мы адвокаты. А человеку свойственно ошибаться. Так как же клиент может быть всегда прав! Но так говорили и считали в советское время. В наше время создана Комиссия по адвокатской этике, я была секретарем этой комиссии 8 лет и очень часто мы отвечали жалобщикам и заявителям (если было основание), что в действиях адвоката не усматривается нарушения закона или нет какого-либо другого проступка.

Так, что касается адвокатского сообщества, то лучше стало работать в наше время и интереснее. Я счастлива, что дожила до настоящего времени и работаю в наше такое интересное время. В новых изменениях заслуга руководства нашего президиума и его помощников – Председателя президиума Карчегенова Кенжегали Кадыровича, Заместителя председателя президиума – Неясовой Набиры Мурзахметовны, заведующей Специализированной юридической консультацией «Адвокат» и руководителя Центра стажировки и повышения квалификации – Байгазиной Гульнар Бакировны.

Редакция: Елизавета Дмитриевна, трудно ли женщине-адвокату с многочисленными судебными процессами, жалобами и разными юридическими документами, которые нужно составлять, хорошо выглядеть, следить за своим внешним имиджем?

Елизавета Дмитриевна: Да, очень трудно. Вот, например, судебный процесс за пределами города, в районном суде и начало в 9.00 утра. Машина приезжает в 8.00, встать приходится в 6.00 утра. В такие моменты бывает особенно сложно и тяжело.

Но в целом, как говорится, профессия обязывает. Женщины-адвокаты стараются и многие всегда прекрасно выглядят.

Ну, а в выходные, праздничные дни, в дни своего рождения мы просто обязаны хорошо выглядеть. Главное выспаться, а затем все остальное – косметика, соответствующий наряд, макияж – и получилось. А это так приятно.

Редакция: Елизавета Дмитриевна, что бы Вы хотели пожелать своим коллегам-адвокатам Алматы и всему адвокатскому сообществу?

Елизавета Дмитриевна: Я горжусь, что я адвокат. Я люблю и уважаю своих коллег, а с многими я проработала многие и многие годы. Адвокаты всегда славились своим неподдельным участием в судьбах людей. О благородстве адвокатской профессии известно не только понаслышке. Интерес к человеческим судьбам, сочувствие и сострадание защитники проявляют не только на профессиональном поприще, но и в быту. За активную жизненную позицию во имя обеспечения законности и справедливости были награждены почетными грамотами и медалями многие адвокаты.

Я желаю, чтобы все адвокатское сообщество Казахстана процветало, чтобы профессионализм адвокатов повышался с каждым годом, а статус адвоката в системе правосудия только усиливался.



ГОСТЬ

108

**К вопросу об обращении
банками взыскания в
беспорном (безакцептном)
порядке**

К вопросу об обращении банками взыскания в беспорном (безакцептном) порядке



ТЕЛЕУПОВ Ринат Жумабаевич,
стажер адвоката Западно-Казахстанской областной коллегии адвокатов,
магистр права,
старший преподаватель Казахстанского Университета Информационных и Телекоммуникационных Систем

В 1991 году произошел перелом в исторической судьбе народов Казахстана. Страна взяла курс на построение нового независимого суверенного государства, основанного на принципах единства народов, социальной справедливости и консолидации всех сил общества на пути рыночных экономических преобразований.

Это был смелый, по сути, революционный шаг, не имеющий альтернативы: на базе социалистического административно-командного управления – построить новую систему хозяйствования, – рыночную экономику.

Одной из мер было создание собственной банковской системы, отвечающей требованиям рыночной экономики.

Банк, как субъект имущественных правоотношений,

обладает рядом особенностей правового статуса связанный с осуществлением специфических функций: кредитование физических и юридических лиц, расчетные и другие операции.

Этот вид деятельности осуществляется банками за счет привлеченных средств и отличается высокой степенью предпринимательского риска.

С целью защиты имущественных прав банкам предоставлено право применять в отношении должников меры без подачи в суд заявлений.

Согласно п.п. 2) ст. 36 Закона РК «О банках и банковской деятельности» при неудовлетворении требований, вытекающих из уведомления, банк вправе обратиться взыскание в беспорном (безакцептном) порядке на деньги, имеющиеся на любых банковских сче-



тах заемщика (в случае если такое взыскание оговорено в договоре банковского займа).

Единственным исключением из этого правила являются деньги, получаемые заемщиком в виде пособий и социальных выплат, находящихся на банковских счетах, открытых по требованию заемщика.

Как правило, при заключении договора вопрос об исключении права банка на безакцептное списание денежных средств не рассматривается, а сам заемщик не уделяет этому положению должного внимания.

Необходимо отметить, что данная мера достаточно серьезно ограничивает имущественные права и интересы заемщика, так как при списании денежных средств с банковских счетов происходит ограничение права его владельца самостоятельно распоряжаться своими средствами.

Сложившаяся практика свидетельствует, что некоторые банки, используя данную норму, осуществляют 100% списание денежных средств с зарплатного счета клиента.

Пункт 1 ст. 28 Конституции Республики Казахстан предусматривает, что гражданину гарантируется минимальный размер заработной платы и пенсии.

В настоящее время законодательством предусматриваются случаи, когда при неисполнении принятых обязательств взыскание можно обратиться на заработную плату должника.

В соответствии с п. 1 ст. 95 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» за должником должно быть сохранено не менее пятидесяти процентов заработной платы или иного дохода.

Аналогичные ограничения установлены п. 3 ст. 137 Трудового кодекса Республики Казахстан (общий размер ежемесячного удержания не может превышать пятьдесят процентов причитающейся работнику заработной платы).

При этом, ст. 36 Закона РК «О банках и банковской деятельности» не установлены очередность удовлетворения требований взыскателей и ограничения в размерах бесспорного (безакцептного) изъятия денег со счетов заемщика.

Исходя из буквального толкования норм действующего законодательства, в бесспорном порядке банк может взыскать до 50% от заработной платы.

Однако, на практике банки обращают взыскание на всю сумму заработной платы должника.

К примеру, решением суда № 2 г. Уральск от 21.10.2014 года признаны незаконными действия АО «Банк № 1» по безакцептному изъятию 100% заработной платы с зарплатного карточного счета гр. М.

Установлено, что гр. М. согласно договору банковского займа получил в АО «Банк № 1» кредит.

В связи с нарушением принятых обязательств, АО «Банк

№ 1» обратил взыскание на его денежные средства в период с 01.05.2013 года по 01.01.2014 года, поступающие на заработный карточный счет, путем безакцептного изъятия 100% заработной платы.

Исходя из буквального толкования норм действующего законодательства, в бесспорном порядке банк может взыскать до 50% от заработной платы. Однако, на практике банки обращают взыскание на всю сумму заработной платы должника

03.11.2015 года решением суда № 2 г. Уральск удовлетворен иск гр. К. к Банку № 2 о признании незаконными платежных требований-поручений, которые предусматривали списание денежных средств свыше 50% от его заработной платы.

И в том и другом случае у истцов на иждивении находятся 3 и 5 малолетних детей соответственно, из-за действий банка, их семьи, остались без средств на существование.

Статьей 110 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» предусматривается порядок удовлетворения очередности перед взыскателями.

При недостаточности взысканной с должника суммы для удовлетворения всех требований по исполнительным документам эта сумма распределяется между взыскателями в порядке очередности. Требования каждой последующей очереди удовлетворяются после полного погашения тре-

Пунктом 3 ст. 23 Закона РК «О пенсионном обеспечении» предусмотрено, что из пенсии не может быть удержано более 50% от причитающейся к выплате суммы.

бований предыдущей очереди. При недостаточности взысканной суммы для полного удовлетворения всех требований одной очереди эти требования удовлетворяются пропорционально причитающейся каждому взыскателю сумме.

Данный порядок не распространяется на случаи бесспорного списания денежных средств со счетов заемщика.

К примеру, Банком обращено взыскание на пенсию должника, у которого уже производятся удержания на основании исполнительных документов.

Пунктом 3 ст. 23 Закона РК «О пенсионном обеспечении» предусмотрено, что из пенсии не может быть удержано более 50% от причитающейся к выплате суммы.

12.09.2014 года между гр. А. с АО «Банк №3» был заключен договор банковского займа на сумму 330 000 тенге. Договор предусматривает возможность списания денежных средств в безакцептном порядке с пенсии, зачисляемой на его расчетный счет.

В связи с наличием задолженности у гр. А. перед гр. Е., судебным исполнителем обращено взыскание на пенсию должника в размере 50%.

Таким образом, гр. А после всех удержаний получает пенсию в размере 3-4 тысяч тенге (после удержания 50% Государственным центром по выплате пенсий, деньги перечисляются на счет в АО «Банк №3», где удерживается сумма в соответствии с договором банковского займа).

В данном случае общий размер удержаний также превысил 50%.

В этой связи, с целью решения данной проблемы, на наш взгляд, видится целесообразным инициировать сле-

дующие изменения в подпункты 2) и 3) статьи 36 Закона РК «О банках и банковской деятельности»:

При неудовлетворении требований, вытекающих из уведомления, указанного в части первой настоящей статьи, банк (организация, осуществляющая отдельные виды банковских операций) вправе применить к заемщику следующие меры:

2) обратиться взыскание в бесспорном (безакцептном) порядке на деньги, имеющиеся на любых банковских счетах заемщика (в случае если такое взыскание оговорено в договоре банковского займа), за исключением денег, получаемых заемщиком в виде пособий и социальных выплат, выплачиваемых из государственного бюджета и Государственного фонда социального страхования, находящихся на банковских счетах, открытых по требованию заемщика, **в порядке и размерах, установленных нормативными правовыми актами о труде и пенсионном обеспечении;**

3) применить любые меры, **в том числе и при предъявлении нескольких требований взыскателя,** предусмотренные законодательством Республики Казахстан и (или) договором банковского займа, в том числе обратиться с иском в суд о взыскании суммы долга по договору банковского займа, а также обратиться взыскание на заложенное имущество во внесудебном порядке (за исключением случаев, предусмотренных законодательным актом Республики Казахстан об ипотеке недвижимого имущества) либо в судебном порядке.

