

басшысы немесе соған өкілеттігі бар адам ғана қол қоюы және талап арызға міндетті түрде заңды тұлғаның жарғы мен құрылтай шарты, басқа да заңды тұлға өкілінің өкілеттілігін дәлелдейтін құжат қосылып тіркелуі қажет. Іс жүзінде талап арыз берушілер сот отырысына талап қоюшы қатыспаса, «отырыс өткізілмеуі тиіс» дегенді ойға түйіп, себепсізден-себепсіз келмей қалатындары бар. Егер өздерінің қатысуынсыз сот отырысын өткізе беруге өтінім жасаса да жөн ғой. Олай істемейді. Сөйте тұра сотқа келіп, «талап арыз берілгеннен кейін оны неге қараусыз қалдырдыңыздар?» деп, кінәлап, шағымдарын айтып жатады. Ал, мұндай жауапсыз әрекеттердің сот жұмысын күрделендіре түсері сөзсіз. Осы жерде бір айта кетерлігі, егер талап қоюшы іске қатысты барлық дәлелдемелерін ұсынған болса, істі өзінің қатысуынсыз қарау туралы өтінім беруге құқылы.

Азаматтық істерді сотта қараусыз қалдыру соттың кеңесу бөлмесінде шығарылған сот ұйғарымы арқылы жүзеге асырылады. Ұйғарымда міндетті түрде істі қарауға кедергі болған мән-жайлар, оларды қалай жою керектігі көрсетіледі. Егер де талап қоюшы осы санаттағы істер үшін заңда белгіленген дауды алдын ала сотқа дейін шешудің міндетті тәртібін сақтамаса, сондай-ақ, арызды әрекетке қабілетсіз адам берсе, сот ұйғарымда мемлекеттік бажды қайтаруды және талапты қамтамасыз ету жөнінде қолданылған шаралардың тоқтатылатындығын көрсетеді.

Өздерінің қатысуынсыз істі қарауды өтінбеген тараптар екінші шақыру бойынша сотқа келмегендігіне байланысты, ал, жауапкер істі мәні бойынша қарауды талап етпегендігіне орай қараусыз қалдырылған сот ұйғарымы, егер, талап қоюшы не жауапкер өздерінің сот отырысында болмауының дәлелді себептерін, айталық, ауырғандығын, іссапарда болғандығын, сотқа шақыру қағазын алмағандығын, т.б. растайтын негізді дәлелдер ұсынып, істі қайта жандандыру туралы өтінім жасаса, сол ұйғарымды шығарған сот арқылы сот ұйғарымы бұзылып, іс қаралуға қайта тағайындалуға жатады. Өтінім жасаушы тұлға ұсынып отырған істі қарауға қатыспағандығының дәлелділігі негізсіз болған жағдайда, сот өтінімді қанағаттандырмайды. Мұндай өтінімді қанағаттандырудан бас тартқан ұйғарымға жеке шағым беріліп, прокурор ұйғарымға жеке наразылық келтіруі мүмкін.

Істі қараусыз қалдыру талап қоюшыға сондай талаптармен сотқа қайта жүгіну құқығынан айырмайды, ол үшін алдыңғы жіберілген олқылықтар түзетілуі тиіс. Талап қоюшының талап арызды қайтарып алу туралы өтініш беруіне, ал, жауапкердің істі мәні бойынша қарауды талап етпеуіне байланысты істі қараусыз қалдыруымен, талап қоюшының өз талабынан бас тартуының және ол бас тартуды соттың қабылдауына байланысты істің қысқартылуының құқықтық салдарлары екі түрлі. Бірінші жағдайда, талап қоюшы, сотқа сол талаптармен, сол жауапкерге, сол даумен тағы да жүгіне алады. Ал, іс талап қоюшының талаптан бас тартуына байланысты сот ұйғарымымен қысқартылған жағдайда, талап қоюшы екінші рет сотқа жүгіне алмайды.

Summary

The article pointed out that many of the problems encountered in civil proceedings can be regulated, neutralized and eliminated. In this case we see requirements for drawing up the statement of claim. According to the author the theme of abandonment of the civil case without traffic remains one of the actual problems.



Д. С. САГНАЙ

МАГИСТРАНТ 2 КУРСА
КАЗГПУ

РОЛЬ АДВОКАТА В СОБИРАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ



Формирование правового государства делает необходимым существование сильной профессиональной защиты на всех стадиях уголовного судопроизводства. Особенно важным это представляется на стадии предварительного расследования, где формируется обвинение и происходит собирание основного доказательственного материала.

По вопросам участия защитника в уголовном процессе предпринято значительное число исследований. Они касаются сущности самой функции защиты, ее зависимости от обвинения, взаимоотношений защитника и подзащитного и возможности альтернативной позиции защитника, его особого места среди субъектов доказывания.

В то же время в науке уголовного процесса идут дискуссии относительно возможности участия адвоката-защитника в доказывании по уголовному делу.

Это объясняется тем, что до настоящего времени не выработана единая позиция ни среди теоретиков, ни среди практиков, не найдена «золотая середина» в противоположных точках зрения представителей противоборствующих сторон уголовного процесса – обвинения и защиты.

Состязательность уголовного судопроизводства в полной мере может быть реализована только в судебных стадиях, поскольку только на них может быть реализовано истинное, а не провозглашенное разделение функций обвинения, защиты и разрешения дела.

Элементы состязательности, закрепленные в УПК применительно к стадии предварительного расследования, не позволяют обеспечить равенства прав следователя и защитника в процессе собирания доказательств. Речь может идти лишь о возможном преодолении существенного разрыва между возможностями первого и второго.

Полномочия адвоката – защитника в уголовном судопроизводстве вытекают, в свою очередь, из принципа обеспечения права на защиту. Право на защиту является международным правовым принципом. Он закреплен в актах национального права, а также в Международном пакте о гражданских и политических правах [1], Конвенции о защите прав человека и основных свобод [2] и ряде других международных документов.

С другой стороны, задуманное как воплощение принципа состязательности на стадии предварительного расследования, адвокатское расследование может обернуться своей противоположностью, а именно уголовным преследованием в отношении подозреваемого, обвиняемого, поскольку проводя его, защитник может невольно выявить обстоятельства отягчающего характера. Поэтому полагаем, что закрепление в законе норм о парал-

1. Международный пакт о гражданских и политических правах, принятый резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года [Электронный ресурс] // Официальный сайт «Әділ сөз». – Режим доступа: // <http://www.adilsoz.kz/law-and-mass-media/legislation/international>.
2. Конвенция «О защите прав человека и основных свобод» от 04.11.1950 // «Бюллетень международных договоров», N 3, 2001.

тельном расследовании повлечет возникновение в уголовном судопроизводстве бессмысленной конкуренции. Сложится положение, при котором сторонами будут по сути производиться одни и те же следственные действия, многократное повторение информации неизбежно приведет к ее искажению, а то и к утрате.

Вместе с тем следует поддержать высказанное в литературе [3] предложение о расширении арсенала средств, с помощью которых защитник может собирать доказательственные материалы. Как правильно отмечают многие исследователи, защитник вправе ознакомиться с местом происшествия, провести его фото, кино и видеосъемку, составить планы и схемы местности, использовать эти материалы для аргументации ходатайств, в частности, по проведению дополнительных следственных действий.

Важным в научной литературе остается вопрос о том, могут ли объекты, собранные адвокатом-защитником изначально, т.е. будучи еще непредставленными должностному лицу, в производстве которого находится уголовное дело, признаваться доказательствами по делу? Укажем на наиболее значимые точки зрения. Так А. Смирнов и К. Калиновский в своем учебнике пишут: «На наш взгляд, в соответствии с принципом равенства сторон сведения, собранные защитником, сразу являющиеся доказательствами, также как и сведения, собираемые его процессуальными противниками - следователем, органом дознания, ...». [4, 231] По мнению же И. Михайловской, «... сведения, собираемые защитником, не имеют надлежащей процессуальной формы и в силу этого не могут иметь статуса доказательства. Такие документы приобретают такой статус только после решения суда, прокурора, следователя, дознавателя о приобщении их к материалам дела». [5, 192]

Во-первых, прав был Р. Белкин, отмечая, что «... при совершении преступления возникают, строго говоря, не доказательства, а информация о преступлении, которая может приобрести, а может и не приобрести (в силу тех или иных причин) значения доказательства, так и при сборании доказательств речь идет фактически о сборе информации о преступлении, которая, будучи исследована и оценена следователем, может получить статус доказательства». [6, 72] Однако закон в данном случае говорит уже о сборании доказательств, хотя по тексту ст. 86 УПК РФ [7] (по УПК РК ст.125) [8] представляется, что речь идет о «будущих» доказательствах».

Во-вторых, в отечественном УПК доказательство - это «... фактические данные, на основе которых...» (ч. 1 ст. 115 УПК РК), что является логически неточным, т.к. доказательство изначально не может рассматриваться как факты, т.е. безусловно, достоверные сведения, они еще подлежат исследованию и оценке судом и сторонами и могут быть оценены ими иначе. Другими словами, достоверность указанных сведений не является необходимым признаком доказательства - содержащаяся в доказательстве информация может указывать на искомые факты и с вероятностью. Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сделан лишь при окончательной оценке всей совокупности доказательств. По этому поводу А. Белкин вполне обоснованно пишет: «Будучи объективной реальностью, факт не зависит от восприятия его субъектом доказывания, от познания его, проникновения в его сущность. Факт не может быть недостоверным, ибо достоверность - это не свойство факта, а свойство знаний о факте. Недостоверным может быть предположение о факте. Факт существует или не существует, существовал или не существовал. Но если сам факт - это реальность, которая не может быть достоверной или вероятной, то этого нельзя сказать о характере наших сведений об этой реальности, об этом факте. Сведения о существовании или несуществовании факта бывают достоверными или вероятными, предположительными».

Поэтому, если говорить о доказательстве, то к нему нельзя применять термины «достоверный», «недостоверный», «вероятный». «Недостоверное» или «вероятное» доказательство - вообще не доказательство, т.к. доказать можно лишь тем, что не вызывает сомнений в достоверности. Достоверным

или недостоверным может быть только источник доказательств, из которого мы получаем сведения о существовании доказательств.

В-третьих, ст. 74 УПК РК, именуемая «Полномочия защитника», где в ч. 2 записано, что, «в частности, защитник вправе: собирать и представлять предметы, документы и сведения, необходимые для оказания юридической помощи». При системном толковании ч. 2 ст. 74 УПК РК и ч. 3 ст. 125 УПК РК выясняется, что налицо коллизия между этими нормами: в первом случае законодатель определил, что защитник имеет право «...сбирать и представлять предметы...», а во втором, что защитник «...вправе представлять доказательства и собирать сведения». Для выяснения этой коллизии нужно руководствоваться следующим.

Теперь, что касается выше заданного вопроса о процессуальном статусе объектов, собираемых адвокатом-защитником и направленных на доказывание.

Несоблюдение процессуальной формы сбора доказательств приводит к различным негативным последствиям. Так, УПК РК дает весьма широкие полномочия защитнику без четкой регламентации его действий и определения ответственности за их непропорциональную реализацию. Законом не предусмотрен порядок получения защитником справок, характеристик и других сведений. При этом адвокат-защитник, согласно ч. 2 ст. 74 УПК РК, обладает правом свидания с подозреваемым или обвиняемым наедине, конфиденциально, т.е. адвокат-защитник может получить от подозреваемого полную информацию о том, где он вправе данные следы преступления изъять, в том числе процессуально. Более того, порядок получения защитником документов из жилища не требует разрешения прокурора или суда. Не определена ответственность адвоката-защитника за непропорциональность действий при изъятии документов и иных сведений. Это значительно сужает возможность органов уголовного преследования по раскрытию преступлений.

Следует иметь в виду, что сотрудники организации, где подозреваемый оставил следы преступления, могут быть тоже причастны к его совершению и потому быть заинтересованными помогать адвокату - защитнику. В связи с этим они могут предоставить адвокату-защитнику все документы, например, о финансовой деятельности предприятия, без которых доказать преступление будет невозможно. И, с точки зрения закона, сотрудники данной организации поступают правильно: защитник имеет право получить документы, в том числе оригиналы документов. Истребовать изъятые документы у адвоката-защитника, возможно, не удастся, поскольку тот не несет ответственности за сохранность изъятых и может документы просто «потерять».

Таким образом, адвокат-защитник собирает материал (еще не являющийся доказательством), обладающий свойством относимости, а затем представляет его лицу, ведущему производство по делу, для получения свойства допустимости, т.е. с этого момента «объекты» становятся доказательствами (они как бы «легализуются» в таком порядке или «трансформируются» в доказательства). То есть деятельность адвоката-защитника по сбору доказательств носит опосредованный характер, реализуемый через деятельность лиц, ведущих производство по делу. В связи с этим мы считаем, что ч. 3 ст. 125 УПК РК сформулирована законодателем неудачно, здесь записано: «Защитник...вправе представлять доказательства и собирать сведения,». Непонятно, как защитник может представлять доказательства и собирать сведения. Ведь представлению доказательств, как правило, предшествует сбор этих доказательств, а в указанной норме записано, что защитник собирает сведения, а не доказательства. В связи с нашим недоумением правы А. Власов и И. Кукин, которые отмечают, что «при расследовании уголовного дела в деятельности адвоката особое место занимает участие в доказывании, которое включает выявление, сбор и представление доказательств». [9, 211] Следовательно, если адвокат-защитник представляет доказательства должностному лицу, в производ-

3. Вишневская О.В. Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004; Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в уголовном процессе // Криминалистический семинар. Вып. 3. / Отв. ред. В.В. Новик. СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт, 2000. С. 396.
4. Уголовный процесс: учебник / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский; под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: КНОРУС, 2008. — 704 с.
5. Михайловская, И. Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе / И. Б. Михайловская. — М.: ТК Велби: Проспект, 2006. — С. 313.
6. Белкин, А. Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве: монография / А. Р. Белкин. — М.: Норма, 2007. — С. 458.
7. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / под общ. ред. В. В. Мозякова. — М.: Экзамен XXI, 2007 — С. 234.
8. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г. N 206 // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., N 23, ст. 335 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 14.06.10 г.)

9. Адвокат в судопроизводстве. Краткий учебный курс / А. А. Власов, И. Н. Кукин. - М.: Норма, 2007. - 304 с.

АДВОКАТТЫҢ ДӘЛЛЕДМЕЛЕРДІ ЖИНАУДАҒЫ РӨЛІ: ҚҰҚЫҚТЫҚ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ МӘСЕЛЕЛЕРІ

Сөздік

На русском	На казахском	На английском
Адвокат – лицо, профессией которого является оказание квалифицированной юридической помощи физическим лицам (гражданам, лицам без гражданства) и юридическим лицам (организациям).	Адвокат – кәсібі жеке (азаматтарға, азаматтығы жоқ тұлғаларға) және заңды (ұйымдарға) тұлғаларға білікті заң көмегін көрсету болып табылатын тұлға.	lawyer
Предварительное расследование — вторая стадия уголовного процесса, следующая за стадией возбуждения уголовного дела	Алдын ала тергеу – қылмыстық істі қозғау кезеңінен кейін орын алатын қылмыстық іс жүргізудің екінші кезеңі.	preliminary inquiry
Защитник - лицо, осуществляющее защиту гражданина в уголовном процессе.	Қорғаушы – қылмыстық іс жүргізу кезінде азаматты қорғайтын тұлға.	back
Доказывание – это процесс установления объективной истины по уголовному делу, содержанием которого являются соби́рание, исследование, оценка и использование доказательств	Дәлелдеу – мәні дәлелдемелерді жинау, зерттеу, бағалау және пайдалану болып табылатын қылмыстық іс бойынша объективті шындықты орнату үрдісі.	proof
Достоверность — несомненная верность приводимых сведений для воспринимающего их человека	Дұрыстық – қабылдайтын адам үшін жүргізілетін мәліметтердің дұрыстығы.	reliability
Допустимость доказательств – это один из основных критериев оценки доказательств с точки зрения их пригодности именно в качестве судебных доказательств и возможности их использования в доказывании.	Дәлелдемелердің рұқсат етілуі – дәлелдемелердің сот дәлелдемелері ретінде жарамдылығын және оларды дәлелдеуде қолдану мүмкіндігін бағалаудың негізгі критерийлерінің біреуі.	admissibility of evidence
Достаточность доказательства (или их совокупности) - одно из требований, предъявляемых законом к доказательствам; означает, что они позволяют сделать достоверный вывод о существовании факта, в подтверждение которого они собраны	Дәлелдемелердің жеткіліктілігі (немесе олардың жиынтығы) – заңмен дәлелдемелерге қойылатын талаптардың біреуі; фактінің болуы туралы дұрыс қорытынды жасауға мүмкіндік береді, оны растау үшін жиналады.	Sufficiency of evidence

стве которого находится уголовное дело, то логически нужно делать вывод, что он и собирает эти доказательства.

Но поскольку мы не без оснований пришли к выводу о том, что объекты, собираемые адвокатом-защитником, не могут изначально (т.е. будучи неприобретенными следователем и др. уполномоченным лицом к делу) признаваться доказательствами по делу, то мы считаем, что в контексте ч.3 ст. 125 УПК РК адвокат-защитник собирает и представляет именно сведения, а не доказательства, как это записано в ч. 3 ст. 125 УПК РК.

В связи с этим нужно уяснить, что именно нужно понимать под термином «представление доказательств». Уголовно-процессуальный закон не раскрывает содержание понятия указанного термина. В науке же оно толкуется по-разному. Одни ученые понимают под представлением доказательств передачу следователю предметов и документов, имеющих значение для дела. Другие процессуалисты понимают под «представлением доказательств» не только передачу следователю предметов, но и заявление ходатайств, а также участие в следственных действиях.

Таким образом, существуют широкое и узкое понимание представления доказательств. Мы придерживаемся узкого – представление следователю, лицу производящему дознание, справок, характеристик (документов). Оно соответствует тому смыслу, в котором представление доказательств употребляется в уголовно-процессуальном законе, поскольку и заявление ходатайств, и участие в следственных действиях выделены в ч. 2 ст. 74 УПК РК в качестве самостоятельных прав адвоката-защитника.

Исходя из всего вышеуказанного, во избежание неопределенности при уяснении и применении ч. 3 ст. 125 УПК, предлагаем, изложить эту норму следующим образом: «3. Защитник, допущенный в установленном настоящим Кодексом порядке к участию в деле, вправе собирать и представлять сведения, необходимые для оказания юридической помощи,...» (далее все как в действующей редакции УПК РК).

Түйіндеме

Мақалада қылмыстық іс жүргізудегі жарыспалылықты қамтамасыз ету мәселелері туралы жазылған. Адвокаттың дәлелдемелерді жинау құралдары талданады, құқықтық регламентация мәселелері ашылады.

SUMMARY

The article highlights the problem of provision of competition in the criminal proceedings. The means of collecting evidence by a lawyer are analyzed, the legal regulation issues are disclosed.



ТАСТАНОВА М. М.

ПРЕПОДАВАТЕЛЬ
КАФЕДРЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО
ПРАВА И
МЕЖДУНАРОДНЫХ
ОТНОШЕНИЙ КАЗГҒОУ,
МАГИСТР ЮРИДИЧЕСКИХ
НАУК, ДОКТОРАНТ
КАФЕДРЫ

INTERNATIONAL LEGAL MECHANISM TO PROTECT THE RIGHTS OF CHILDREN WHO ARE VICTIMS AND WITNESSES OF CRIME

Children are at risk of significant psychological harm when parents separate. For most, that risk does not lead to long-term adverse consequences. Children weather the storm. They adjust to the post-separation circumstances. However, parental separation leaves its imprint, and changes the course of children's lives^[1]. Children may feel a profound sense of loss that lasts for years, but 'poor outcomes are far from inevitable'^[2].

A minority of children will be deeply affected by their parents' separation and will suffer long-term adverse consequences. The consistent message of research has been that it is the parental conflict—both before and after the separation—that is most harmful to children. When parents are involved in litigation over their children, there is likely to be intense conflict, and the more so, the further the matter progresses in the litigation process. While in jurisdictions around the Western world, the focus of the court is on the best interests of the child, it is frequently the case that parenting disputes are prosecuted through allegation and counter-allegation, with an emphasis on the deficiencies of the other parent. Even if the matter settles without the need for a trial, written evidence may have been prepared, witnesses lined up, and adversarial positions taken. What place is there in this process for the children? Should they be given seats to the boxing match, or invited into the ring? Or rather should they be excluded from the venue? In the past, the most common response to this issue around the world has been that the courts should seek to protect the children from the conflict as far as possible. While practices differ between jurisdictions, it is generally very unusual for children to be called to give evidence in parenting proceedings, in contrast to the situation in criminal trials when the prosecution alleges that the child has been a victim of a crime or a witness to one. This protective stance towards children does not, of course, mean that their voices cannot be heard in the process of decision-making nor that their wishes are unimportant. Children's wishes have typically been one of the factors that courts have been required to consider in many jurisdictions in making determinations about children's welfare. The protective approach does, however, mean that children are shielded as far as possible from being drawn into the conflict^[3].

- Hetherington, M E, 'Should we Stay Together for the Sake of the Children?' in M E Hetherington (ed), *Coping with Divorce, Single Parenting and Remarriage: A Risk and Resiliency Perspective* (Lawrence Erlbaum, 1999) pp 93–116; Amato, P.
- Rodgers, B and J Pryor, *Divorce and Separation: The Outcomes for Children* (Joseph Rowntree Foundation, 1998) pp 4–5; Laumann-Billings, L and R Emery, 'Distress among Young Adults from Divorced Families' (2000) 14 *Journal of Family Psychology* 671–687.
- Hetherington, M E and J Kelly, *For Better or for Worse: Divorce Reconsidered* (W W Norton & Company, 2002).