ПРОЕКТ

Утверждена

на заседании

Научно-консультативного совета

Республиканской коллегии адвокатов

«19» августа 2022 года

**ПОЗИЦИЯ**

**Научно-консультативного совета Республиканской коллегии адвокатов по развитию в Республике Казахстан института досудебного регулирования спора с участием адвокатов**

1. **Описание проблемы**

В Министерство юстиции Республики Казахстан поступило письмо из Верховного Суда Республики Казахстан касательно деятельности адвокатов и юридических консультантов. В частности, в письме указано, что востребованность среди граждан применения процедуры досудебного примирения, а также сокращение количества рассматриваемых уголовных дел сказались на уровне доходов адвокатов и юридических консультантов. В таких условиях юристы вынужденно втягивают клиентов в долгие и, порой, бесперспективные тяжбы. Для увеличения дохода они направляют ненужные ходатайства, отклоняемые затем судом. Так, всего в прошлом году апелляция и кассация отменили и изменили 1,4% решений.

По мнению авторов письма, в развитых странах юристы и адвокаты не пишут ходатайств, если видят, что клиент не прав. Они дорожат лицензией и репутацией. Каждое отклоненное ходатайство — это удар по его имиджу. Поэтому они помогают клиенту найти компромисс, не доводя до дорогостоящего у них суда. Этот мировой тренд представляется авторам весьма перспективным и в казахстанских реалиях.

На основании изложенного, ВС предлагает совместно разработать комплекс мер для продвижения в Республике Казахстан института досудебного регулирования спора с участием адвокатов.

1. **Текущее регулирование участия адвокатов в примирительных процедурах**

В соответствии с пунктом 1 статьи 31 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» адвокатура в Республике Казахстан призвана содействовать реализации гарантированных государством и закрепленных Конституцией Республики Казахстан прав человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение юридической помощи, а также содействовать мирному урегулированию спора.

В соответствии с пунктом 1 статьи 45 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» участие адвокатов в примирительных процедурах возможно путем оказания следующих видов помощи:

1) участие в качестве представителя клиента при проведении медиации, в разбирательстве дел в арбитраже и иных органах разрешения споров (подпункт 3) указанного пункта);

2) проведение примирительных процедур (подпункт 9) указанного пункта).

В соответствии с подпунктом 10) пункта 3 статьи 33 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» адвокат, выступая в качестве защитника или представителя, правомочен проводить примирительные процедуры.

Таким образом примирительные процедуры, в которых участвует или которые проводит адвокат в соответствии с вышеуказанными нормами Закона относятся к юридической помощи, в связи с чем к ним предъявляется ряд особых требований, в частности:

1. независимость лиц, оказывающих юридическую помощь (статья 6 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи»);
2. предоставление юридической помощи исключительно в интересах клиента (статья 8 указанного Закона);
3. свобода определения пределов и мер оказания юридической помощи (статья 11 Закона).

Согласно пункту 8 статьи 33 адвокату запрещается оказывать юридическую помощь при наличии конфликта интересов.

Подпункт 9) статьи 1 Закона «Об адвокатской деятельности» определяет конфликт интересов как противоречие между личными интересами лица, оказывающего юридическую помощь, и интересами клиента, которое может привести к неоказанию или некачественному оказанию юридической помощи.

Таким образом, адвокат, оказывая юридическую помощь одной из сторон дела, не вправе проводить примирительные процедуры по поручению и в интересах разных сторон спора, интересы которых противоречат друг другу.

Перечень примирительных процедур в гражданском процессе установлен главой 17 ГПК РК.

К таким процедурам относятся:

1. мировое соглашение;
2. медиация;
3. партисипативная процедура.

Закон «О медиации», УПК РК и КоАП предусматривают возможность примирительных процедур в форме медиации в ходе уголовного судопроизводства и по делам об административных правонарушениях.

Особенность процессуального статуса адвоката заключается в том, что адвокат в отличие от других участников примирительных процедур имеет возможность принимать участие в любой из указанных процедур.

1. **Медиация**

Как следует из подпункта 3) пункта 1 статьи 45 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» адвокаты, оказывая юридическую помощь, участвуют в качестве представителя клиента при проведении медиации.

В связи с этим, оказывая юридическую помощь клиенту, сами адвокаты медиаторами по данному делу выступать не могут.

В соответствии с подпунктом 2) статьи 2 Закона Республики Казахстан «О медиации» медиатор – это независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами для проведения медиации на профессиональной основе или общественных началах в соответствии с требованиями настоящего Закона.

Согласно части 1 статьи 85 УПК РК медиатором является независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами для проведения медиации в соответствии с требованиями закона.

В перечне лиц, которые могут быть профессиональными и непрофессиональными медиаторами, приведенном в статье 9 указанного Закона, адвокаты отсутствуют.

Статьей 22 Закона «О медиации» установлено, что профессиональные медиаторы могут осуществлять медиацию на платной основе.

В соответствии с пунктом 5 статьи 9 Закона «О медиации» деятельность медиатора не является предпринимательской деятельностью.

Действующее законодательство не содержит прямого запрета на выступление адвоката в качестве профессионального или непрофессионального медиатора. Однако в данном случае получается несогласованным налоговый статус адвоката, поскольку налогообложение адвокатов и медиаторов требует отдельной самостоятельной регистрации в налоговом органе.

Кроме того, занятие адвокатом наряду с адвокатской, также и иной оплачиваемой деятельностью, влечет:

1. в соответствии с подпунктом 6) пункта 3 статьи 43 профильного Закона - приостановление действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью сроком на шесть месяцев;
2. в соответствии с подпунктом 5) статьи 60 профильного Закона – прекращение членства адвоката в коллегии адвокатов президиумом коллегии.

В связи с этим на практике осуществление адвокатом параллельной деятельности медиатора не представляется возможным. Участие адвоката в процедуре медиации осуществляется в качестве представителя клиента по гражданскому или административному делу либо его защитника по уголовному делу или делу об административном правонарушении.

Значительное число судебных дел, завершенных в порядке медиации, проводится с участием адвокатов. Отсутствуют какие-либо объективные данные, свидетельствующие о том, что участие адвоката на одной или нескольких сторонах спора снижает вероятность завершения дела миром.

1. **Партисипативная процедура**

Методические рекомендации по проведению партисипативной процедуры адвокатами были одобрены президиумом Республиканской коллегии адвокатов 11 марта 2016 года (протокол № 12).

Сфера применения партисипативной процедуры ограничена тем, что в качестве представителей обеих сторон спора должны выступать только адвокаты и (или) юридические консультанты. Поэтому ее применение невозможно в тех случаях, когда на одной из сторон такой представитель отсутствует.

В связи с этим в количественном выражении партисипативная процедура будет всегда будет присутствовать в меньшем объеме, чем медиация, что находит свое отражение в статистике и порождает мнение о том, что адвокаты не принимают активного участия в примирительных процедурах.

1. **Мировое соглашение**

Мировое соглашение ранее являлось одной из наиболее распространенных примирительных процедур, применяемых адвокатами.

В настоящее время мировое соглашение постепенно вытеснено из применения соглашением о медиации, поскольку последняя более благоприятно влияет на статистические показатели.

1. **Касательно возможного противодействия адвокатов примирению сторон и возможности обязать адвоката в обязательном порядке проводить примирительные процедуры.**

Мнение о том, что адвокаты, противодействуя примирению, вынужденно втягивают клиентов в долгие и бесперспективные тяжбы с целью увеличения своего дохода и направляют ненужные жалобы и ходатайства, не соответствует действительности.

На практике встречаются подобные случаи, но они не носят массового характера. В случае, если такими действиями будет причинен вред интересам клиента, то действующие нормы законодательства и правила этики позволяют решить проблему имеющимися правовыми и процедурными средствами.

Согласно статье 8 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» выбор мер оказания юридической помощи должен исходить из интересов клиента.

В соответствии с пунктом 4 Кодекса профессиональной этики адвокатов адвокат, выполняя свои профессиональные обязанности, должен действовать с наибольшей отдачей своих сил и способностей, уделять достаточное время и внимание выполнению каждого принятого поручения, независимо от его сложности и размера оплаты; использовать все доступные ему эффективные и непротиворечащие закону средства и методы для представления и защиты прав и законных интересов доверителя; прилагать все усилия для оказания ему квалифицированной юридической помощи в кратчайшие сроки и с максимальным учетом его законных интересов.

При нарушении указанных норм адвокат может быть по жалобе клиента привлечен к дисциплинарной ответственности.

Целями медиации в соответствии со статьей 3 Закона «О медиации» являются:

1. достижение варианта разрешения спора, устраивающего обе стороны спора и
2. снижение конфликтности.

Задачами адвокатуры в соответствии с пунктом 1 статьи 31 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» являются помимо мирного урегулирования споров еще и реализация гарантированных государством и закрепленных Конституцией прав человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение юридической помощи.

Компромисс в ходе примирительной процедуры не должен быть навязанным и не может носить кабального характера. В случаях, когда цель примирения сторон предлагается достигнуть через ущемление прав и интересов клиентов, адвокат вправе и обязан возражать против примирительных процедур.

Адвокатам на практике приходится встречать ситуации, когда результатом направленности на разрешения спора любой ценой явилось появление мировых соглашений, которые не исполняются одной из сторон либо вовсе являются неисполнимыми.

Для применения примирительных процедур по общему правилу достаточно только чтобы они:

1. не нарушали права и законные интересы других лиц;
2. и не противоречили закону.

Возможность реального исполнения заключенного соглашения не всегда просчитывается лицами, проводящими примирительные процедуры. Это влечет не снижение конфликтности, а наоборот, умножение конфликтов и обращений за защитой прав, нарушенных уже в ходе медиации.

Адвокат, руководствуясь своим профессиональным долгом, в примирительной процедуре должен проверить соответствие его интересам своего клиента, а также риски неисполнения по каждому пункту достигнутого соглашения и обеспечить выбор оптимального варианта его возможного принудительного исполнения.

В связи с этим целесообразно включить в законодательство требований проверки того, чтобы заключенное соглашение было исполнимым.

1. **Предыдущий опыт**

Ранее в ГПК РК существовала самостоятельная примирительная процедура, не урегулированная главой 17 ГПК - предусмотренное подпунктом 5) статьи 145 ГПК соглашение об урегулировании спора, заключенное с участием адвоката по договору поручения сторон. Данная процедура в кодексе упоминалась вскользь и отличалась от партисипативной процедуры тем, что урегулирование спора производилось одним адвокатов, которому доверяли обе стороны спора (при партисипативной процедуре каждой стороне требуется свой адвокат). В случае нарушения заключенного соглашения, оно исполнялось на основании решения суда, вынесенного в порядке упрощенного производства.

Такое соглашение по своей природе было аналогично соглашению о урегулировании спора, заключаемого с участием нотариуса или медиатора.

Данная процедура редко применялась в силу своей недостаточной регламентации. Законом от 21 декабря 2019 года подпункт 5) статьи 145 был исключен из ГПК.

Представляется целесообразным вернуть в законодательство возможность применения данной процедуры, более подробно отрегулировать ее в главе 17 ГПК аналогично мировому соглашению и партисипативной процедуре, а также во избежание конфликта интересов предусмотреть, что адвокат вправе проводить данную процедуру только в случае, когда он не оказывает юридическую помощь ни одной из сторон спора.

1. **Выводы и предложения**
2. Проблемы с недостаточным участием адвокатов в примирительных процедурах не существует. По значительному числу гражданских споров адвокаты предпринимают меры по досудебному (претензионному) урегулированию спора до обращения в суд, а впоследствии участвуют в обязательных примирительных процедурах, проводимых судом до принятия иска к рассмотрению. Подавляющее число примирительных процедур, проводимых в рамках уголовных дел, осуществляется с участием адвокатов.
3. Недопустимо обязывать адвоката осуществлять принудительные примирительные процедуры до начала или во время оказания юридической помощи. Такая обязанность будет нарушать предусмотренное пунктом 3 статьи 13 Конституции Республики Казахстан право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, а также такие установленные Законом «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» принципы как независимость лиц, оказывающих юридическую помощь, предоставление юридической помощи в интересах клиента, свобода определения пределов и мер оказания юридической помощи.
4. Право на судебную защиту и свобода обжалования судебных актов – это неотъемлемые и базовые права и свободы человека и гражданина, предусмотренные пунктом 2 статьи 13 Конституции Республики Казахстан, статьями 8, 22 ГПК РК, статьей 31 УПК РК, которые не могут быть ограничены. Поэтому не может быть ограничено право адвоката подавать жалобы и ходатайства от имени и в интересах своих клиентов.
5. Непосредственное проведение адвокатами примирительных процедур необходимо отделить от понятия «юридическая помощь» и выделить в отдельный не запрещенный для адвокатов вид деятельности.
6. В целях развития в Республике Казахстан института досудебного регулирования спора с участием адвокатов предлагается вернуть в законодательство возможность заключения соглашения об урегулировании спора с участием адвоката. Нужно сделать возможным заключение такого соглашения во всех видах судопроизводства, а также во внесудебном порядке. Во избежание конфликта интересов требуется установить, что адвокат вправе проводить примирительные процедуры только в тех случаях, когда он не оказывает юридическую помощь ни одной из сторон спора.