РЕКОМЕНДАЦИИ
ПО БОЛЕЕ ШИРОКОМУ ПРИМЕНЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРОЦЕССЕ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Подготовлены в рамках совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН), Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) и Европейского союза «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь»

(исполняющая организация: Министерство юстиции Республики Беларусь)

МИНСК 2009

УДК
ББК
П

unicef
Детский Фонд ООН

Издание подготовлено в рамках совместного проекта
Программы развития ООН (ПРООН), Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) и Европейского союза
«Содействие более широкому применению международных стандартов
в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь»,
осуществляемого Министерством юстиции Республики Беларусь

Данная публикация подготовлена при финансовой поддержке Европейского союза.
Мнения, содержащиеся на страницах настоящего издания, не могут рассматриваться
как выражение официальной позиции Европейского союза.

П Рекомендации по более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь / ПРООН – Минск: 2009. – 390 с.

ISBN - - -

Издание содержит научно обоснованные рекомендации по совершенствованию белорусского законодательства в сфере отправления правосудия с точки зрения более широкого применения международных стандартов в области прав человека и передового зарубежного опыта, подготовленные в рамках проекта международной технической помощи «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

Издание адресовано законодателям, научным работникам, членам общественных объединений и всем, кто заинтересован в совершенствовании белорусской системы отправления правосудия.

ISBN - - -

© Программа развития ООН (ПРООН) в Республике Беларусь, 2009
© Оформление. ___ 2009

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ 5

I. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС СУДЕЙ 6

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса судей Дубровина Е. В. 8

Отчет национального эксперта в области информатизации деятельности судов Бобцова А. В. 20

Комментарии к двум отчетам по теме «Судоустройство и статус судей» международного эксперта проекта Дж. МакБрайда 33

II. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС АДВОКАТОВ 43

Отчет о вводном семинаре 43

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Матусевич Т. В. 46

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус адвокатов» международного эксперта проекта Смирнова А. В. 58

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Савич О. Д. 62

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус адвокатов» международного эксперта проекта Калиновского К.Б. 77

III. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС ПРОКУРОРОВ 82

Отчет о вводном семинаре 82

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса прокуроров Зайцевой Л. Л. 84

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус прокуроров» международного эксперта проекта Калиновского К. Б. 105

IV. СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ 117

Отчет о вводном семинаре 117

Отчет национального эксперта в области состязательности в уголовном процессе Зайцевой Л. Л. 119

Комментарии к отчету по теме «Состязательность в уголовном процессе» международного эксперта проекта Смирнова А. В. 145

V. ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ 159

Отчет о вводном семинаре 159

Отчет национального эксперта в области конституционного права Вашкевича А. Е. 161

Комментарии к отчету по теме «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту» международного эксперта проекта М. Хартвига 181

VI. КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ И СУДЕБНАЯ СИСТЕМА 188
Отчет о вводном семинаре 188
Отчет национального эксперта в области конституционного права Вашкевича А. Е. 190
Комментарии к отчету по теме «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту» международного эксперта проекта М. Хартвига 205
VII. ПРИМЕНЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРОЦЕССЕ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ 214
Отчет о вводном семинаре 214
Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь Павловой Л. В. 216
Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь Зыбайло А. И. 230
Комментарии к двум отчетам по теме «Применение международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия» международного эксперта проекта Дж. МакБрайда 243
VIII. ПРИМЕНЕНИЕ НАКАЗАНИЙ, АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ 263
Отчет о вводном семинаре 263
Отчет национального эксперта в области применения уголовных санкций Хомича В. М. 265
Комментарии к отчету по теме «Применение наказаний, альтернативных лишению свободы» международного эксперта проекта А. Юдинса. 293
IX. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ 304
Отчет о вводном семинаре 304
Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Савич О. Д. 306
Комментарии к отчету по теме «Юридическая помощь: состояние и перспективы» международного эксперта проекта Бущенко А. П. 328
X. ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ СУДОВ 339
Отчет о вводном семинаре 339
Отчет национального эксперта в области исполнения судебных постановлений Колядко И. Н. 341
Комментарии к отчету по теме «Исполнение судебных постановлений» международного эксперта проекта Соленик Д. В. 353
XI. ПОКАЗАТЕЛИ ЭФФЕКТИВНОСТИ РАБОТЫ ОРГАНОВ СИСТЕМЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ 366
Отчет о вводном семинаре 366
Отчет национального эксперта в области эффективности отправления правосудия Мельник Т. И. 367
Комментарии к отчету по теме «Показатели эффективности работы органов системы отправления правосудия» международного эксперта проекта Е. Танчева 379

ПРЕДИСЛОВИЕ

Сборник «Рекомендации по более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» содержит материалы, подготовленные в рамках совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Министерства юстиции Республики Беларусь «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь», финансируемого Европейской комиссией, ПРООН и Детским фондом ООН (ЮНИСЕФ). Одной из основных целей проекта, осуществлявшегося с апреля 2007 по август 2009 г., являлась разработка научно обоснованных рекомендаций по совершенствованию белорусского законодательства в сфере отправления правосудия с точки зрения более широкого применения международных стандартов в области прав человека и передового зарубежного опыта.

Разработка представленных в настоящем издании рекомендаций происходила в несколько этапов. В 2007 – 2008 годах в рамках проекта была организована серия из одиннадцати вводных семинаров, каждый из которых был посвящен отдельному тематическому блоку вопросов. В работе вводных семинаров приняли участие более 1000 судей, прокуроров, адвокатов, работников учреждений юстиции и иных государственных органов, а также представителей научных кругов. Участники каждого семинара составили список проблемных вопросов в рамках конкретной темы, требующих дальнейшего изучения и выработки рекомендаций по совершенствованию белорусского законодательства.

Затем команда национальных экспертов детально исследовала выработанные на вводных семинарах проблемные вопросы с точки зрения международных стандартов прав человека и передового зарубежного опыта. Результаты этой научно-исследовательской работы национальных экспертов отражены в отчетах, содержащих рекомендации по совершенствованию белорусского законодательства и правоприменительной практики по всем 11 темам проекта. Далее отчеты национальных экспертов подверглись экспертной оценке международными специалистами. Результаты работы национальных и международных экспертов были представлены на итоговых конференциях по соответствующим темам, на которых представители заинтересованных государственных органов и научных учреждений Республики Беларусь имели возможность высказать свое мнение по предлагаемым рекомендациям.

Таким образом, настоящая публикация дублирует структуру проекта и содержит материалы всех этапов формирования рекомендаций по совершенствованию белорусского законодательства в процессе отправления правосудия: название тематического блока, отчет о вводном семинаре, рекомендации национального эксперта и комментарии к нему международного специалиста.

Хотелось бы отметить активную роль представителей Министерства юстиции Республики Беларусь, Верховного Суда Республики Беларусь, Конституционного Суда Республики Беларусь, Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, Республиканской коллегии адвокатов, Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, Национального центра правовой информации Республики Беларусь, Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, а также иных государственных органов и научных учреждений в конструктивном обсуждении важных вопросов совершенствования белорусской системы отправления правосудия в свете международных обязательств Республики Беларусь в области прав человека.

Надеемся, что настоящее издание будет востребовано как белорусскими законодателями, так и широкой юридической общественностью.

Анализ и рекомендации экспертов, представленные в настоящем сборнике, не редактировались ПРООН и выражают личную научную позицию авторов.

I. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС СУДЕЙ

Отчет о вводном семинаре

28 сентября 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Судоустройство и статус судей». Семинар состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 112 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Национальный центр правовой информации Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Государственное научное учреждение «Институт государства и права Национальной академии наук Беларуси»;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- председатели районных судов, районные прокуроры, судьи хозяйственных судов и стажеры-судьи районных судов из всех областей Республики Беларусь.

Первая часть семинара была посвящена выступлениям высокопоставленных чиновников: Александра Адамовича Федорцова – первого заместителя Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, Риммы Ивановны Филипчик – судьи Конституционного Суда Республики Беларусь, Александра Валерьевича Изварина – начальника Главного управления судебных органов Министерства юстиции Республики Беларусь, Александра Владимировича Бобцова – заместителя директора Национального центра правовой информации Республики Беларусь. Во второй половине дня участники обсудили наиболее насущные проблемы судоустройства и статуса судей в Республике Беларусь.

В результате дискуссии участниками семинара был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с судоустройством и статусом судей в Республике Беларусь:

1. Круг полномочий председателей судов создает предпосылки для нарушения принципа независимости судей, в том числе в части:

a) распределения дел между судьями;

b) контроля за качеством судебных решений;

c) права принятия решений по дисциплинарным производствам.

2. Традиционный принцип «зональности» во взаимоотношениях между вышестоящими и нижестоящими судами, в соответствии с которым судьи вышестоящего суда несут личную ответственность за качество работы нижестоящего суда «зоны», создает предпосылки для нарушения принципов независимости судей и справедливости судебного разбирательства, в том числе в части практики консультирования вышестоящими судьями судей «зоны» по текущим и незавершенным делам.

3. В целях дальнейшего закрепления принципа независимости судебной власти следует детально изучить вопрос о передаче соответствующих полномочий Министерства юстиции Республики Беларусь Верховному Суду Республики Беларусь.

4. В белорусском законодательстве о судоустройстве и статусе судей отсутствует гарантия, закрепляющая право судей, в отношении которых возбуждено дисциплинарное производство, пользоваться услугами адвоката.

5. В квалификационном экзамене для судей отсутствуют вопросы судебной этики, что может привести к нарушению принципа компетентности судей.

6. Распространенная практика ведения личного приема граждан судьями Республики Беларусь, в частности личное общение судей с истцами во время приема исковых заявлений в отсутствие противоположной стороны по делу, не соответствует международным стандартам и передовому международному опыту.

7. Отсутствие специализации судов и судей создает предпосылки для нарушения права на слушание дела компетентным судом, а в отношении дел несовершеннолетних – не соответствует международным стандартам.

8. Соблюдение принципов независимости судебной власти и гласности судебного разбирательства, а также единообразное применение законодательства судами и повышение уровня доверия общества к судебной власти осложняется отсутствием доступа работников системы правосудия, СМИ и граждан к судебной информации, в частности к:

a) текстам судебных решений судов всех уровней;

b) текстам решений Квалификационной комиссии судей Верховного Суда Республики Беларусь.

9. Практика использования ограниченных статистических данных о деятельности судебной власти для публичной оценки работы судов, в частности использование сводной статистики по количеству вынесенных обвинительных и оправдательных приговоров, создает предпосылки для нарушения принципа независимости судей.

10. Статья 112 Конституции Республики Беларусь предоставляет судам право ставить в установленном порядке вопрос о признании нормативного акта неконституционным, если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии данного нормативного акта Конституции. Однако процедура использования судами Республики Беларусь статьи 112 Конституции не урегулирована на законодательном уровне и требует закрепления в Кодексе о судоустройстве и статусе судей, Уголовно-процессуальном кодексе и Гражданско-процессуальном кодексе Республики Беларусь.

11. Круг субъектов, обладающих правом обращения в Конституционный Суд Республики Беларусь, слишком ограничен и требует расширения.

12. В целях снижения нагрузки на суды требуется дальнейшее совершенствование упрощенных судебных процедур.

13. Нехватка квалифицированных судей по республике в целом, и в особенности в регионах.

14. Чрезмерная текучесть кадров в судах (судебных секретарей и других сотрудников).

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса судей Дубровина Е. В.[1]

ВВЕДЕНИЕ

Предмет исследования. Предметом исследования являются правовые нормы, содержащиеся в законодательстве Республики Беларусь и иностранных государств (Австрия, Германия, Казахстан, Латвия, Российская Федерация, Украина), международных документах, а также практика их применения. Предметом исследования не являются правовые нормы, определяющие статус народных заседателей и судей Конституционного Суда Республики Беларусь, а также регулирующие деятельность Конституционного Суда Республики Беларусь.

Практическое использование результатов исследования. Предложенные изменения и дополнения в действующее законодательство Республики Беларусь могут быть направлены для рассмотрения в Палату представителей Национального собрания Республики Беларусь и Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь.

1. ПОЛНОМОЧИЯ ПРЕДСЕДАТЕЛЕЙ СУДОВ

Полномочия председателей судов представляют интерес для изучения в связи с тем, что данные должностные лица осуществляют управленческие функции в отношении рядовых судей, следствием чего может стать риск нарушения принципа независимости судей и подчинения их только закону.

Полномочия председателей судов определяются прежде всего статьями 32, 37, 47, 63, 70 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей от 29.06.2006[2]. Содержащиеся в этих статьях перечни полномочий не является исчерпывающими, иные полномочия рассматриваемых должностных лиц могут предусматриваться законодательными актами. Вместе с тем эти иные полномочия председателей районных (городских), межгарнизонных военных, областных, Минского городского, Белорусского военного судов содержатся, в частности, в Положении о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда Республики Беларусь[3] и Положении о председателе областного, Минского городского, Белорусского военного суда Республики Беларусь[4]. Указанные положения утверждены постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь № 32 от 30.06.2005, которое в силу абзаца 6 статьи 1 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10.01.2000[5] законодательным актом не является. Однако содержащиеся в этом постановлении нормы применяются на практике и, следовательно, не могут быть проигнорированы.

В данном отчете, безусловно, невозможно проанализировать все полномочия председателей судов, поэтому остановимся лишь на некоторых.

В соответствии с абзацем 4 пункта 2.1 Положения о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда (далее – Положение) к функциям данного должностного лица отнесено осуществление контроля за качественным рассмотрением дел. Представляется, что при осуществлении этого полномочия существует риск нарушения принципа независимости судей и подчинения их только закону. Такого рода контроль может и должен осуществляться исключительно вышестоящими судебными инстанциями вследствие обжалования или опротестования приговоров, решений, определений, постановлений суда при строгом соблюдении установленной процессуальной формы. Вмешательство председателя суда при осуществлении этого полномочия будет являться прямым воздействием на рассматривающего конкретное дело судью с целью повлиять на содержание принимаемых им решений. Пусть даже председатель суда окажется прав в своих суждениях, но сложившаяся ситуация будет означать, что судья при осуществлении правосудия

---

[1] Дубровин Евгений Владимирович, преподаватель кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета Белорусского государственного университета.

[2] Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, 29 июня 2006 г., № 139-З (с изменениями и дополнениями) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236.

[3] Положение о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда Республики Беларусь: утверждено постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь, 30 июня 2005 г., № 32 (с изменениями и дополнениями) // Там же. 2005. № 109, 8/12845.

[4] Положение о председателе областного, Минского городского, Белорусского военного суда Республики Беларусь: утверждено постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь, 30 июня 2005 г., № 32 (с изменениями и дополнениями) // Там же.

[5] О нормативных правовых актах Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь, 10 января 2000 г., № 361-З (с изменениями и дополнениями) // Там же. 2000. № 7, 2/136.

подчиняется не только закону, а, следовательно, имеет место нарушение требований статьи 110 Конституции Республики Беларусь[6].

Следует также отметить, что абзац 4 пункта 2.1 Положения противоречит следующим цитируемым ниже нормам, которые содержатся в международных документах:

- «Судья должен осуществлять свою судебную функцию независимо, исходя исключительно из оценки фактов, в соответствии с сознательным пониманием права, независимо от любого постороннего воздействия, побуждений, давлений, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, осуществляемого с любой стороны и преследующего любые цели» (пункт 1.1 Бангалорских принципов поведения судей; приложение к резолюции Экономического и Социального Совета ООН 2006/23 от 27.07.2006[7]);

- «В процессе принятия решений судьи должны быть независимыми и действовать без каких-либо ограничений, постороннего влияния, воздействия, давления, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, с какой бы то ни было стороны или по любой причине. Закон должен предусматривать санкции в отношении лиц, пытающихся воздействовать на судей каким-либо из этих способов...» (пункт 2d принципа 1 Рекомендации № R(94)12 Комитета министров Совета Европы государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей от 13.10.1994[8]);

- «Никто не должен давать или пытаться давать судье любые приказы или инструкции, которые могут повлиять на судебные решения судьи, за исключением отдельных случаев, где мнения высказываются по апелляции судом более высокой инстанции» (статья 4 Всеобщей хартии судей[9]);

- «Принципиальным моментом является то, что судья при осуществлении своих обязанностей не является чьим-либо служащим; при этом судьи выполняют государственную функцию. Таким образом, судья служит только закону и несет ответственность только перед законом. Аксиомой является и то, что при вынесении решения по делу судья не должен действовать по приказу или указаниям третьей стороны как в рамках, так и вне судебной власти» (пункт 64 Заключения № 1(2001) Консультативного Совета европейских судей о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей от 23.11.2001[10]).

Исходя из приведенных норм, можно сделать вывод о том, что согласно международным стандартам председатель районного (городского), межгарнизонного военного суда должен быть не просто лишен рассматриваемого полномочия. Осуществление контроля за рассмотрением дел рядовыми судьями должно повлечь его ответственность.

Нарушение упомянутых выше международных стандартов возможно и в случае, когда председатель суда берет на особый контроль уголовные, гражданские и административные дела, не оконченные производством в установленные законом сроки, а также производство по которым приостановлено, требует от судей в необходимых случаях разработки плана, направленного на безотлагательное их разрешение, контролирует выполнение этих планов (абзац 7 пункта 2.1 Положения). Нарушение имеет место, если этот контроль сопряжен с дачей судье указаний о необходимости совершения им каких-либо действий или обязательном включении в план тех или иных моментов.

Имеет место и вопрос о соответствии международным документам абзаца 5 пункта 2.1 Положения, согласно которому председатель суда устанавливает порядок, исключающий возможность неосновательного отложения судебных разбирательств по вине суда. Проблема состоит в том, что установление факта отсутствия или наличия вины суда в неосновательном отложении судебного разбирательства в некоторых случаях невозможно без вмешательства в деятельность по отправлению правосудия, так как отложение может иметь место, например, в связи с необходимостью истребования новых доказательств[11]. А сама только возможность этого вмешательства – уже повод для лишения председателя суда данного полномочия.

Кроме того, здесь следует упомянуть и пункт 69 Заключения № 1(2001), который гласит следующее: «Система судебных инспекций в тех странах, где она существует, не должна заниматься суще-

---

[6] Конституция Республики Беларусь, 15 марта 1994 г., № 2875-XII (с изменениями и дополнениями) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 1, 1/0.

[7] Бангалорские принципы поведения судей, 19 мая 2006 г., E/CN/15/2006/20 // Материалы семинара «Судоустройство и статус судей» (совместный проект Программы развития ООН и Детского фонда ООН «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь). Минск, 2007. С. 14–19.

[8] Рекомендация № R(94)12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей: принята Комитетом министров Совета Европы 13 октября 1994 г. // Там же. С. 20–23.

[9] Всеобщая хартия судей: утверждена Центральным Советом Международной ассоциации судей 17 ноября 1999 г. // Там же. С. 24–26.

[10] Заключение № 1(2001) Консультативного Совета европейских судей о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей от 23 ноября 2001 г. // Там же. С. 27–42.

[11] Гражданский процесс. Общая часть / Т.А. Белова [и др.]; под общ. ред. Т.А. Беловой, И.Н. Колядко, Н.Г. Юркевича. Минск: Амалфея, 2000. С. 493.

ством судебных дел или правильностью принятых решений и не должна заставлять судей по соображениям эффективности гнаться за производительностью в ущерб должному выполнению своей роли, которая заключается в том, чтобы принять тщательно взвешенное решение в интересах тех, кто обратился к правосудию».

Стоит также отметить, что и без рассматриваемого полномочия председатель районного (городского), межгарнизонного военного суда имеет возможность бороться с волокитой в своем суде посредством обращений к лицам, имеющим право возбуждать дисциплинарное производство.

Необходимо отдельно подчеркнуть, что за председателем суда следует сохранить полномочия, которые направлены на обеспечение трудовой дисциплины в суде путем выявления соответствующих нарушений и не могут являться вмешательством в деятельность по осуществлению правосудия. Это такие полномочия, как, например, контроль за соблюдением установленных законом сроков рассмотрения дел (абзац 4 пункта 2.1 Положения) и контроль за своевременным направлением дел в суд второй инстанции (абзац 6 пункта 2.1 Положения). Здесь воздействие председателя суда является исключительно дисциплинирующим и не может повлиять на содержание выносимых судьей решений. Более того, соответствующие сроки четко установлены законодательством, а значит, требования председателя суда достаточно просто оценить с точки зрения их законности и обоснованности.

Не противоречит международным документам и принципу независимости судей и подчинения их только закону и такое полномочие председателя суда, как проведение частичной или полной специализации по рассмотрению уголовных и гражданских дел (абзац 3 пункта 2.1 Положения). И действительно, судья обязан обладать необходимой квалификацией для рассмотрения любых категорий дел, подведомственных суду, и возможная специализация не должна влиять на него никоим образом.

Рассмотрим далее полномочие председателей судов по наложению дисциплинарных взысканий. Начнем при этом с международных стандартов.

В соответствии с пунктом 3 принципа 6 Рекомендации № R(94)12, когда возникает необходимость принятия мер, предусмотренных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи[12], государствам следует рассмотреть вопрос об учреждении на основании закона специального компетентного органа для применения дисциплинарных санкций и мер, если ими не занимается суд, причем решения этого органа должны контролироваться вышестоящей судебной инстанцией. Возможно также, чтобы этим органом назначалась сама вышестоящая судебная инстанция.

Что касается опыта иностранных государств, то в Австрии и Германии наложение дисциплинарных взысканий на судей осуществляется в судебном порядке. В Казахстане рассмотрение дисциплинарных дел и наложение дисциплинарных взысканий осуществляется Республиканской дисциплинарно-квалификационной и областными дисциплинарно-квалификационными коллегиями судей (статья 43 Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25.12.2000[13]). В Российской Федерации данные полномочия осуществляются Высшей квалификационной коллегией судей Российской Федерации и квалификационными коллегиями судей субъектов Российской Федерации (пункт 8 части 2 статьи 17, пункт 8 части 2 статьи 19 Федерального Закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» от 14.03.2002[14]). В Украине – квалификационными комиссиями судей, Высшей квалификационной комиссией судей Украины, Высшим советом юстиции (статья 98 Закона Украины «О судоустройстве Украины» от 07.02.2002[15]).

---

[12] 1. В случаях, когда судьи выполняют свои обязанности неэффективно и ненадлежащим образом или когда имеют место дисциплинарные нарушения, должны приниматься все необходимые меры, не наносящие ущерба независимости судебных органов. В зависимости от конституционных принципов, юридических положений и традиций каждого государства такие меры могут, например, включать следующее:

a) отзыв дел у судьи;

b) перевод на другую работу в суде;

c) материальные санкции, например, временное снижение оклада;

d) временное отстранение от должности.

2. Назначаемые судьи не могут быть сняты с должности без веских оснований до исполнения возраста обязательного выхода на пенсию. Такие основания – а они должны точно определяться законом – могут применяться в странах, где судьи избираются на определенный период времени, или могут быть обусловлены неспособностью судьи выполнять свои функции, совершением уголовных правонарушений или серьезным нарушением дисциплинарных норм.

[13] О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан: Конституционный Закон Республики Казахстан, 25 декабря 2000 г., № 132-2 (с изменениями и дополнениями) // ТОО «КАМАЛ-Консалтинг», Павлодар, Казахстан [Электронный ресурс]. 1998–2009. Режим доступа: http://www.pavlodar.com/zakon/ ?dok=00450&all=all. Дата доступа: 16.01.2009.

[14] Об органах судейского сообщества в Российской Федерации: Федеральный Закон, 14 марта 2002 г., № 30-ФЗ (с изменениями и дополнениями) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 11. С. 1022.

[15] Про судоустрій України: Закон України, 7 лютого 2002 р., № 3018-III (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної ради. 2002. № 27–28. С. 180.

В Республике Беларусь в отличие от Казахстана, Российской Федерации и Украины заключение квалификационной коллегии судей по итогам дисциплинарного производства имеет рекомендательный характер. А дисциплинарное производство в отношении судей за несоблюдение ими правил внутреннего трудового распорядка осуществляется вообще без участия коллегий. Окончательное решение о наложении дисциплинарного взыскания на судью общего или хозяйственного суда, если речь идет о таких видах дисциплинарных взысканий, как замечание, выговор или предупреждение о неполном служебном соответствии, принимается председателем соответствующего суда (статьи 114, 118, 119 Кодекса о судоустройстве и статусе судей).

Принимая во внимание международные стандарты и передовой зарубежный опыт, представляется, что квалификационным коллегиям судей Республики Беларусь следует предоставить право осуществления дисциплинарных производств в отношении судей за совершение ими всех видов дисциплинарных проступков, а также право принятия окончательных решений о наложении таких видов дисциплинарных взысканий, как замечание, выговор или предупреждение о неполном служебном соответствии. При этом председатели судов не могут обладать правом осуществления дисциплинарных производств и наложения дисциплинарных взысканий.

Обоснованием данной позиции является, в частности, и то, что сам состав квалификационных коллегий (а это судьи, представители органов юстиции, ученые юристы и иные специалисты в области права (статьи 171, 173 Кодекса) в большей мере способствует принятию объективных и беспристрастных решений, чем единоличное рассмотрение вопросов председателем суда.

Заканчивая рассмотрение настоящего вопроса, следует также внести предложение о введении выборного порядка замещения должности председателя суда (за исключением должностей Председателя Верховного Суда Республики Беларусь и Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь). Голосование должно проводиться тайно среди судей данного суда, срок пребывания в должности стоит сделать непродолжительным, установив также запрет на пребывание в должности более двух сроков подряд. Такая ротация председателей судов приведет к тому, что они перестанут быть «начальниками», их положение можно будет охарактеризовать как «первые среди равных»: сегодня судья является председателем, а завтра он снова рядовой работник. Представляется, что результатом станет уменьшение вероятности совершения председателями судов действий, являющихся нарушением независимости других судей.

В связи с внесенным предложением необходимо упомянуть части 1, 3 статьи 51 Закона Украины «О судоустройстве Украины», согласно которым Председатель Верховного Суда Украины избирается пленумом Верховного Суда Украины сроком на пять лет путем тайного голосования и не может быть избран на эту должность более чем на два срока подряд. Также следует обратить внимание на часть 14 статьи 6.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» от 26.06.1992[16], где указано, что одно и то же лицо может быть назначено на должность председателя (заместителя председателя) одного и того же суда неоднократно, но не более двух раз подряд.

Подводя итоги, еще раз остановимся на следующих моментах:

1) председатели соответствующих судов не могут обладать полномочиями по:

– осуществлению контроля за качественным рассмотрением дел;

– установлению порядка, исключающего возможность неосновательного отложения судебных разбирательств по вине суда;

– осуществлению дисциплинарных производств и наложению дисциплинарных взысканий;

2) в случае, если председатель районного (городского), межгарнизонного военного суда берет на особый контроль уголовные, гражданские и административные дела, не оконченные производством в установленные законом сроки, а также производство по которым приостановлено, этот контроль не должен быть сопряжен с дачей судье указаний о необходимости совершения им каких-либо действий или обязательном включении в план, направленный на безотлагательное разрешение этих дел, тех или иных пунктов;

3) не являются нарушением международных стандартов и принципа независимости судей и подчинения их только закону полномочия председателей суда, которые направлены на обеспечение трудовой дисциплины в суде путем выявления соответствующих нарушений, а также право проведения частичной или полной специализации по рассмотрению уголовных и гражданских дел;

4) в Республике Беларусь следует ввести выборный порядок замещения должности председателя суда.

---

[16] О статусе судей в Российской Федерации: Закон Российской Федерации, 26 июня 1992 г., № 3132-1 (с изменениями и дополнениями) // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 30. С. 1792.

2. ПРИНЦИП ЗОНАЛЬНОСТИ ВО ВЗАИМООТНОШЕНИЯХ МЕЖДУ ВЫШЕСТОЯЩИМИ И НИЖЕСТОЯЩИМИ ОБЩИМИ СУДАМИ

Согласно многолетней практике отношения между вышестоящими и нижестоящими общими судами строятся в соответствии с зональным принципом. Причем ни ранее, ни в настоящее время этот принцип не находит своего четкого законодательного закрепления. Поэтому прежде всего раскроем его смысл.

За каждым судом низового звена закреплено, по крайней мере, два зональных судьи: один из коллегии по гражданским делам и один из коллегии по уголовным. Такое закрепление означает, в частности, следующее:

1) каждый зональный судья обязан изучать работу закрепленного за ним суда и оказывать практическую помощь в применении законодательства (гражданского или уголовного) судьям этого суда;

2) поступающие жалобы (протесты) на решения суда зоны рассматриваются, как правило, тем составом суда, в котором состоит соответствующий зональный судья (здесь, безусловно, не идет речь о протестах в порядке надзора, рассматриваемых президиумами соответствующих судов).

Стоит обратить внимание на то, что одним из способов оказания практической помощи в применении законодательства является дача консультаций судьям, в том числе и при обсуждении конкретных, находящихся в производстве у судьи в данный момент дел. Здесь возникает вопрос об обязанности судьи районного (городского) суда вынести решение, соответствующее полученным консультациям.

Формально судья может их проигнорировать. Но в случае обжалования (опротестования) этого решения жалоба (протест) будет рассматриваться тем судебным составом, в котором состоит соответствующий зональный судья. Как отмечает И.Л. Петрухин, он, как правило, выступает в качестве докладчика при рассмотрении дел своей зоны, а другие члены состава дела чужой зоны не изучают или изучают недостаточно глубоко[17]. В результате вероятность отмены или изменения даже, на первый взгляд, законного и обоснованного, но не соответствующего полученным консультациям решения по сложному и неоднозначному делу существенно возрастает. Если зональный судья признает правильность этого решения, это будет означать, что он одновременно признает и свою ошибку, что достаточно часто тяжело сделать психологически. При этом процент отмененных (измененных) решений играет важную роль при оценке работы судьи в Беларуси. Таким образом, дачу зональными судьями консультаций судьям «подведомственных» судов по еще нерассмотренным делам следует рассматривать как нарушение независимости последних, которые на практике получаются связанными не только требованиями закона, но и частным мнением судей вышестоящих судов.

Здесь также имеет место и несоответствие международным стандартам. Согласно пункту 3b принципа 5 Рекомендации № R(94)12 судья, в частности, обязан беспристрастно вести дела в соответствии со своей оценкой фактов и своим толкованием законов.

Необходимо также отметить, что зональный судья несет персональную ответственность за работу вверенного ему суда и периодически отчитывается о своей деятельности в этом качестве. Так, 01.04.2005 президиумом Минского областного суда было вынесено постановление «О работе судьи Минского областного суда Г. с закрепленным за ним судом ...»[18]. В постановлении на основе заслушанного отчета и статистических данных указывается, что, несмотря на принимаемые меры по повышению уровня правосудия и активную работу Г. в качестве зонального судьи, в работе суда зоны продолжают иметь место существенные недостатки. При этом сделанные в постановлении выводы главным образом основываются на статистических данных об отмене или изменении приговоров, вынесенных судьями суда зоны. Следовательно, деятельность зонального судьи тем качественнее и лучше, чем меньше процент отмененных или измененных решений «подведомственного» суда.

При таком положении дел, по словам Ю.И. Стецовского, «член вышестоящего суда, закрепленный за определенной территорией, отвечает за качество рассмотрения дел судами этой территории и одновременно от него зависит оценка качества работы суда путем отмены или изменения приговоров в кассационном порядке»[19]. Сложившаяся ситуация, вне всяких сомнений, может способствовать совершению зональными судьями действий, направленных на сокрытие выявленных ими нарушений законности в деятельности вверенных судов. Как результат, имеет место возмож-

---

[17] Теоретические основы эффективности правосудия / И.Л. Петрухин, Г.П. Батуров, Т.Г. Морщакова. М.: Наука, 1979. С. 221.

[18] О работе судьи Минского областного суда Г. с закрепленным за ним судом ...: постановление президиума Минского областного суда, 1 апреля 2005 г.

[19] Стецовский Ю.И. Судебная власть. М.: Дело, 1999. С. 68.

ность нарушения принципа независимости судей и подчинения их только закону, означающего безусловную отмену незаконных решений. При другой реакции на такие решения имеет место не независимость, а бесконтрольность судей, что недопустимо.

Таким образом, сложившаяся практика взаимоотношений вышестоящих и нижестоящих общих судов в соответствии с зональным принципом не обеспечивает независимость судей должным образом. Кроме того, деятельность зональных судей может привести к развитию у судей районных (городских) судов иждивенческих настроений, снижению уровня персональной ответственности при принятии решений, на что обращает внимание Л.Л. Зайцева[20].

В связи с этим вполне обоснованным выглядит предложение И.Л.Петрухина о замене зональной системы узкой специализацией членов вышестоящих судов, из которых одни рассматривали бы, например, дела о преступлениях против личности, другие – о хищениях и так далее. При такой организации труда обеспечивалось бы более квалифицированное руководство деятельностью судов и весьма затруднялась «нивелировка» показателей работы, так как по разным категориям дел (с учетом различий в степени их сложности) показатели (проценты отмены и изменения решений и приговоров) будут разные[21].

Более того, при такой специализации судьи вышестоящих судебных инстанций рассматривают жалобы (протесты) на решения любого нижестоящего суда. Следствием этого является затруднение установления неформальных контактов между судьями различных звеньев судебной системы, что способствует усилению самостоятельности судей нижестоящих судов при принятии ими решений. Предложенная специализация означает также, что судья нижестоящего суда заранее может не знать, кто будет докладчиком в вышестоящем суде при обжаловании (опротестовании) его решения. Судей, специализирующихся на определенной категории дел, в вышестоящем суде может быть несколько, поэтому роль и значение их консультаций уменьшится, характер этих консультаций станет менее императивным и более рекомендательным.

Представляется, что обязательность предложенной специализации следует установить в Кодексе о судоустройстве и статусе судей.

3. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ДЕЛ В ОБЩИХ СУДАХ

В соответствии с абзацем 1 пункта 2.1 Положения о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда данное должностное лицо с учетом категорий сложности дел, их объема, а также квалификации судей, опыта работы, степени загруженности распределяет уголовные, гражданские, административные дела и иные материалы; в необходимых случаях (болезнь, отпуск, учеба и другие уважительные причины длительного отсутствия судьи) незамедлительно передает судьям для рассмотрения числящиеся за отсутствующими судьями уголовные, гражданские, административные дела и иные материалы. Анализ этого полномочия позволяет говорить о его неоднозначности.

С одной стороны, председатель суда имеет реальную возможность для злоупотреблений. Например, он, руководствуясь какими угодно мотивами, может распределять дела таким образом, что одним будут доставаться относительно легкие, а другим сложные и неоднозначные, вероятность отмены (изменения) решений по которым достаточно высока. При этом, как уже отмечалось ранее, процент отмененных (измененных) решений играет важную роль при оценке работы судьи.

Кроме того, какая-либо сторона по делу может быть заинтересована в том, чтобы оно попало к конкретному судье. С этой целью данная сторона может как-то повлиять на председателя суда и добиться желаемого. Стоит отметить, что на необходимость недопущения подобных действий обращено внимание в пункте 2е принципа 1 Рекомендации № R(94)12, согласно которому на распределение дел не должны влиять желания любой из сторон в деле или любые лица, заинтересованные в исходе этого дела. Такое распределение может, например, проводиться с помощью жеребьевки или системы автоматического распределения в алфавитном порядке или каким-либо аналогичным образом.

Здесь также следует упомянуть пункт 12 Заключения № 1(2001). В нем указано, что судебная власть должна пользоваться доверием не только со стороны сторон в конкретном разбирательстве, но и со стороны общества в целом. И судья должен не только быть реально свободным от любой несоответствующей связи, предубеждения или влияния, но он или она должны быть свободными от этого и в глазах разумного наблюдателя. В ином случае доверие к независимости судебной власти будет подорвано. А распределение дел председателем суда, являющееся беспристрастным и не нарушающим принципа независимости судей и подчинения их только закону, на самом деле может выглядеть совершенно по-другому в глазах данного разумного наблюдателя.

---

[20] Судоустройство / А.А. Данилевич [и др.]; под ред. А.А. Данилевича, И.И. Мартинович. Минск: Амалфея, 2002. С. 147.

[21] Теоретические основы эффективности правосудия. С. 221.

Несколько уходя в сторону от вопроса о распределении дел в судах, подчеркнем, что проблеме соблюдения приведенного выше международного стандарта уделяется значительное внимание в европейских государствах. В качестве доказательства можно привести следующие правила, содержащиеся в Кодексе судейской этики Латвии (принят 20.04.1995 на конференции судей Латвийской Республики)[22]:

- судья не должен допускать, чтобы создалось впечатление, что какое-то лицо находится в особом положении, позволяющем влиять на судью (абзац 10 канона 2);
- судья воздерживается от слов и речей, жестов и других действий, которые могут быть восприняты как выражение необъективности или предубеждений (абзац 9 канона 3);
- судья организовывает внесудебную деятельность таким образом, чтобы она не служила основанием для сомнений по поводу способности судьи исполнять обязанности судьи объективно, не срамить институт суда и не препятствовать точному исполнению обязанностей судьи (абзац 2 канона 4);
- судья не может вступать в финансовые или хозяйственные сделки, которые могут быть восприняты злоупотреблением служебным положением судьи, а также участвовать в сделках с юристами, которые могли бы принимать участие в процессе (абзац 8 канона 4);
- судья может получать компенсацию, а также возмещение расходов за внесудебные действия, дозволенные Кодексом, если источник таких платежей не создает впечатления, что это может повлиять на исполнение судопроизводственных обязанностей судьи или другим образом создать впечатление несоответствующего поведения (абзац 16 канона 4).

С другой стороны, «профессионализм многих судей оставляет желать лучшего, некоторые из них с определенными категориями дел могут и не справиться»[23]. Председателю суда приходится работать и с такими судьями, при этом он обязан эффективно организовать их деятельность. Возможно, со временем качественный уровень судейского корпуса станет настолько высоким, что вопрос о его профессионализме перестанет быть актуальным. Однако в настоящее время, распределяя поступившие в суд дела, его председатель вынужден в полной мере учитывать уровень квалификации, способности и пристрастия отдельных судей с тем, чтобы обеспечить бесперебойную и качественную работу вверенного ему суда. В связи с этим председателю суда просто необходимо обладать рассматриваемым правом. Поэтому следует сразу оговориться, что вносимые далее предложения, касающиеся порядка распределения дел в общих судах, рассчитаны на перспективу и предполагают высокий уровень подготовки всех без исключения судей.

Рассмотрим зарубежный опыт. В целях написания настоящего доклада были изучены два способа распределения дел: компьютерный, используемый в Австрии и Латвии, и алфавитный, применяемый в Германии.

В Австрии имеет место следующая процедура. Поступающее в суд дело регистрируется в специальной компьютерной программе, выбирающей по принципу случайных чисел судью, которому оно будет передано на рассмотрение. В случае наличия заранее установленной специализации судей программа будет ее учитывать, и если в суд поступит относящееся к соответствующей категории дело, оно поступит именно к судье-специалисту. Программа не учитывает объем поступающего дела, поэтому если имеет место перегрузка судьи, он в установленном порядке временно исключается из числа тех, которым могут распределяться дела. Данная компьютерная программа имеет специальную защиту, исключающую возможность для подтасовок, централизованно обслуживается Министерством юстиции и применяется на всей территории Австрии. Схожая процедура применяется и в Латвии.

Алфавитный порядок предполагает распределение дел между судьями (с учетом их специализации) в зависимости от первых букв фамилий ответчиков или обвиняемых. План распределения дел утверждается президиумом суда на очередной календарный год и разрабатывается с учетом статистики рассмотренных данным судом дел. Например, в участковом суде г.Бонна такая статистика берется за последние два года. В случае, если распределение дел оказывается неравномерным, президиум суда может в течение года забрать закрепленную за перегруженным судьей букву и передать ее другому судье.

Оба рассмотренных способа обеспечивают высокий уровень защиты от незаконного вмешательства в процесс распределения дел в судах. Вместе с тем компьютерный способ, безусловно, предполагает значительные затраты, связанные с покупкой необходимого оборудования, оплатой работы специалистов и так далее. В этом смысле алфавитный способ является более вы-

[22] Кодекс судейской этики Латвии: принят на конференции судей Латвийской Республики 20 апреля 1995 г. // Верховный Суд Латвийской Республики [Электронный ресурс]. 2007–2009. Режим доступа: http: // www.at.gov.lv/files/archive/department1/latvijas_tiesnesu_etikas_kodekss_rus.doc. Дата доступа: 28.02.2009.

[23] Колоколов Н.А. Распределение, перераспределение дел в многосоставных судах: некоторые проблемы правового регулирования // Российский судья. 2004. № 10. С. 8.

игрышным с точки зрения возможности его внедрения в белорусских судах, что и предлагается сделать. При этом такой способ будет иметь место при рассмотрении дел по первой инстанции и по вновь открывшимся обстоятельствам. В судах иных инстанций, как уже было сказано ранее, распределение дел будет осуществляться в зависимости от узкой специализации судей, которая также должным образом защищает от противоправного влияния на процедуру распределения дел. Распределение дел председателем суда будет осуществляться лишь в исключительных случаях с обязательным учетом степени загруженности судей и иных ограничений (см. приложение).

4. СУДЕЙСКАЯ ЭТИКА

Согласно части 1 статьи 94 Кодекса о судоустройстве и статусе судей кандидатом на должность судьи общего или хозяйственного суда может быть лицо, помимо прочего, сдавшее квалификационный экзамен на должность судьи. При этом в соответствии с частью 1 статьи 96 Кодекса этот экзамен проводится в целях оценки уровня профессиональных знаний, умений и навыков лиц, претендующих на занятие должности судьи, их деловых и морально-психологических качеств. Рассмотрим далее порядок проведения квалификационного экзамена на должность судьи общего суда экзаменационной комиссией при Верховном Суде Республики Беларусь.

Согласно пункту 3.3 Положения о порядке подготовки и проведения квалификационных экзаменов на должности судей общих судов (утверждено приказом Председателя Верховного Суда Республики Беларусь № 4 от 12.01.2007) экзамен проводится в виде индивидуального собеседования по экзаменационным вопросам из примерного перечня, утвержденного экзаменационной комиссией, по различным отраслям права. По усмотрению экзаменационной комиссии претенденту могут быть заданы дополнительные вопросы.

Вопросы квалификационного экзамена для кандидатов в судьи утверждены Председателем Верховного Суда Республики Беларусь 15.02.2007 и включают в себя вопросы по:

1) уголовному праву;
2) уголовно-процессуальному праву;
3) административному и административно-процессуальному праву;
4) гражданскому праву;
5) гражданскому процессу;
6) земельному законодательству;
7) трудовому законодательству;
8) жилищному законодательству и праву собственности;
9) брачно-семейному законодательству;
10) делам интеллектуальной собственности.

Таким образом, вопросы, касающиеся знания норм судейской этики (если быть точным, норм, содержащихся в Кодексе чести судьи Республики Беларусь, принятом на 1-м съезде судей Республики Беларусь 05.12.1997[24]), в перечень вопросов квалификационного экзамена не включены.

Согласно Приложению 2 к Положению о порядке подготовки и проведения квалификационных экзаменов на должности судей общих судов обязательному отражению в протоколе заседания экзаменационной комиссии подлежат формулировка каждого вопроса (полностью), характеристика ответа («ответ полный», «ответ неполный» и тому подобное), а также формулировка дополнительных вопросов (если они задавались), характеристика ответа.

Изучение протоколов заседаний экзаменационной комиссии Верховного Суда Республики Беларусь по приему квалификационных экзаменов у кандидатов на должности судей общих судов № 1 от 17.01.2008, № 2 от 14.03.2008, № 3 от 11.04.2008, № 4 от 02.05.2008, № 5 от 02.06.2008, № 6 от 08.07.2008, № 7 от 28.08.2008, № 8 от 05.09.2008, № 9 от 02.10.2008, № 10 от 27.11.2008 показало, что все дополнительные вопросы, задаваемые претендентам, направлены на установление уровня знания действующего законодательства. Вопросов, имеющих отношение к судейской этике, среди них нет.

Таким образом, можно сделать вывод, что оценка деловых и морально-психологических качеств лиц, претендующих на должность судьи общего суда, экзаменационной комиссией при Верховном Суде Республики Беларусь не производится. Кроме того, значение уровня знания претендентом правил, содержащихся в Кодексе чести судьи, необоснованно принижается. И это притом, что отступление от этих правил может иметь достаточно серьезные последствия для судьи в виде привлечения его к дисциплинарной ответственности (абзац 3 части 1 статьи 111 Кодекса о судоустройстве и статусе судей).

[24] Кодекс чести судьи Республики Беларусь: принят на 1-м съезде судей Республики Беларусь 5 декабря 1997 г. // Судовы веснік. 1998. № 1. С. 16–17.

Исходя из вышеизложенного, следует внести следующее предложение. В качестве обязательного элемента квалификационного экзамена на должность судьи необходимо включить проверку знания претендентом Кодекса чести судьи. Эта проверка должна подразумевать решение задач, подготовленных по результатам практики рассмотрения квалификационными коллегиями судей Республики Беларусь дисциплинарных производств, возбужденных вследствие нарушения судьями данного Кодекса. Представляется, что предложенный порядок не только позволит выяснять уровень знания кандидатами на должности судей норм судейской этики, но и в процессе обсуждения задач даст возможность оценить их морально-психологические качества, о которых говорится в части 1 статьи 96 Кодекса о судоустройстве и статусе судей.

При рассмотрении настоящего вопроса возможно внесение еще одного предложения, основанного на изучении опыта Латвии.

В апреле 2008 г. в данном государстве была создана Комиссия по вопросам судейской этики, к компетенции которой относится дача ответов на обращения судей по поводу того, будет ли являться этичным то или иное деяние судьи, если оно будет совершено. Представляется, что наделение такими полномочиями квалификационных коллегий судей Республики Беларусь или специально созданного органа будет способствовать уменьшению количества случаев привлечения отечественных судей к дисциплинарной ответственности за нарушение Кодекса чести судьи Республики Беларусь.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРОЕКТ

Закон Республики Беларусь «О внесении дополнений и изменений в Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей»

Внести в Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей от 29 июня 2006 г. следующие дополнения и изменения:

1. Дополнить Кодекс статьей 28-1 следующего содержания:

«Статья 28-1. Порядок распределения дел в общих судах

Распределение между судьями гражданских дел, рассматриваемых по первой инстанции и по вновь открывшимся обстоятельствам, осуществляется в зависимости от первых букв фамилий или наименований истцов (заявителей, взыскателей).

Распределение между судьями уголовных дел, рассматриваемых по первой инстанции и по вновь открывшимся обстоятельствам, осуществляется в зависимости от первых букв фамилий обвиняемых.

Распределение между судьями дел об административных правонарушениях, рассматриваемых по первой инстанции, осуществляется в зависимости от первых букв фамилий или наименований лиц, в отношении которых ведется административный процесс.

Распределение между судьями дел, рассматриваемых в апелляционном порядке, в кассационном порядке и в порядке надзора (за исключением дел, рассматриваемых президиумами областных (Минского городского), Белорусского военного судов, Верховного Суда Республики Беларусь), осуществляется в зависимости от их категорий (жилищные, семейные, трудовые, о преступлениях против жизни и здоровья, собственности, порядка осуществления экономической деятельности и так далее).

Порядок распределения дел между судьями общего суда на очередной календарный год устанавливается председателем суда и подлежит утверждению судьями данного суда посредством тайного голосования. Решение об утверждении предложенного председателем суда порядка распределения дел считается принятым, если за него проголосовало более половины судей данного суда. Аналогичным образом осуществляется внесение изменений и дополнений в утвержденный порядок.

В случае, если дело может быть рассмотрено несколькими судьями (судебными составами), председатель суда, принимая во внимание степень загруженности этих судей (судебных составов), передает данное дело одному из них.

Отступление от существующего в общем суде порядка распределения дел допускается лишь в случае невозможности рассмотрения дела надлежащим в соответствии с данным порядком судьей (судебным составом) вследствие:

– заявления судьей (судьями) самоотвода;

– удовлетворения заявления (заявлений) об отводе судьи (судей);

– болезни судьи (судей);

– пребывания судьи (судей) в отпуске.

При отступлении от существующего в общем суде порядка распределения дел решение о передаче дела тому или иному судье (судебному составу) принимается председателем суда с учетом степени загруженности судей данного суда.».

2. Часть 1 статьи 32 изложить в следующей редакции:

«Председатели районного (городского), межгарнизонного военного и специализированного судов избираются тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании председателя суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного суда. Одно и то же лицо не может быть председателем районного (городского), межгарнизонного военного или специализированного суда более двух сроков подряд.».

3. Часть 1 статьи 33 изложить в следующей редакции:

«Заместители председателя районного (городского), межгарнизонного военного и специализированного судов избираются тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании заместителя председателя суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного суда. Одно и то же лицо не может быть заместителем председателя районного (городского), межгарнизонного военного или специализированного суда более двух сроков подряд.».

4. Часть 1 статьи 37 изложить в следующей редакции:

«Председатели областного (Минского городского), Белорусского военного судов избираются тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании председателя суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного суда. Одно и то же лицо не может быть председателем областного (Минского городского) или Белорусского военного суда более двух сроков подряд.».

5. Часть 1 статьи 38 изложить в следующей редакции:

«Заместители председателя областного (Минского городского), Белорусского военного судов избираются тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании заместителя председателя суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного суда. Одно и то же лицо не может быть заместителем председателя областного (Минского городского) или Белорусского военного суда более двух сроков подряд.».

6. Часть 1 статьи 47 изложить в следующей редакции:

«Председатель Верховного Суда Республики Беларусь назначается Президентом Республики Беларусь с согласия Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь из числа судей Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Одно и то же лицо не может быть Председателем Верховного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

7. Часть 1 статьи 48 изложить в следующей редакции:

«Первый заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь избирается тайным голосованием судьями Верховного Суда Республики Беларусь по представлению Председателя Верховного Суда Республики Беларусь из числа судей Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании первого заместителя Председателя Верховного Суда Республики Беларусь считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей Верховного Суда Республики Беларусь. Одно и то же лицо не может быть первым заместителем Председателя Верховного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

8. Часть 1 статьи 49 изложить в следующей редакции:

«Заместители Председателя Верховного Суда Республики Беларусь избираются тайным голосованием судьями Верховного Суда Республики Беларусь по представлению Председателя Верховного Суда Республики Беларусь из числа судей Верховного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании заместителя Председателя Верховного Суда Республики Беларусь считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей Верховного Суда Республики Беларусь. Одно и то же лицо не может быть заместителем Председателя Верховного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

9. Часть 1 статьи 63 изложить в следующей редакции:

«Председатель хозяйственного суда области (города Минска), специализированного хозяйственного суда избирается тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному

представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании председателя хозяйственного суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного хозяйственного суда. Одно и то же лицо не может быть председателем хозяйственного суда области (города Минска) или специализированного хозяйственного суда более двух сроков подряд.».

10. Часть 1 статьи 64 изложить в следующей редакции:

«Заместители председателя хозяйственного суда области (города Минска), специализированного хозяйственного суда избираются тайным голосованием судьями соответствующего суда по совместному представлению Министра юстиции Республики Беларусь и Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании заместителя председателя хозяйственного суда считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей данного хозяйственного суда. Одно и то же лицо не может быть заместителем председателя хозяйственного суда области (города Минска) или специализированного хозяйственного суда более двух сроков подряд.».

11. Часть 1 статьи 70 изложить в следующей редакции:

«Председатель Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь назначается Президентом Республики Беларусь с согласия Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь из числа судей Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Одно и то же лицо не может быть Председателем Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

12. Часть 1 статьи 71 изложить в следующей редакции:

«Первый заместитель Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь избирается тайным голосованием судьями Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь по представлению Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь из числа судей Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании первого заместителя Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. Одно и то же лицо не может быть первым заместителем Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

13. Часть 1 статьи 72 изложить в следующей редакции:

«Заместители Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь избираются тайным голосованием судьями Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь по представлению Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь из числа судей Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь сроком на два года. Решение об избрании заместителя Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь считается принятым, если за предложенную кандидатуру проголосовало более половины судей Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. Одно и то же лицо не может быть заместителем Председателя Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь более двух сроков подряд.».

14. Часть 3 статьи 113 изложить в следующей редакции:

«По истечении шести месяцев со дня наложения взыскания по представлению лица, возбудившего дисциплинарное производство, а также по инициативе председателя соответствующего суда оно может быть снято досрочно при безупречном поведении судьи и добросовестном отношении его к исполнению своих обязанностей.».

15. Часть 1 статьи 114 изложить в следующей редакции:

«Дисциплинарное производство в отношении судей общих и хозяйственных судов Республики Беларусь за совершение ими дисциплинарных проступков осуществляется квалификационными коллегиями судей.».

16. Часть 6 статьи 114 изложить в следующей редакции:

«Дисциплинарное производство в отношении судей общих и хозяйственных судов Республики Беларусь за несоблюдение правил внутреннего трудового распорядка осуществляется в соответствии с законодательством Республики Беларусь о труде.».

17. Части 1–3 статьи 118 изложить в следующей редакции:

«Квалификационная коллегия может принять заключение, имеющее обязательный характер, о:

– наложении дисциплинарных взысканий, предусмотренных абзацами вторым–четвертым части первой статьи 112 настоящего Кодекса;

– прекращении дисциплинарного производства.

Квалификационная коллегия судей может принять заключение, имеющее рекомендательный характер, о наличии оснований для понижения судьи в квалификационном классе на срок до шести месяцев или освобождения судьи от должности.

В случае принятия заключения, предусмотренного частью второй настоящей статьи, соответствующая квалификационная коллегия судей направляет его вместе с материалами дисциплинарного производства лицам, уполномоченным вносить соответствующее представление Президенту Республики Беларусь в порядке, установленном настоящим Кодексом.».

18. Статью 118 дополнить частью 8 следующего содержания:

«Копия заключения по результатам дисциплинарного производства в трехдневный срок с момента его принятия направляется судье, в отношении которого принято указанное заключение, а также лицу, возбудившему дисциплинарное производство. Копия заключения приобщается к личному делу судьи.».

19. Статью 119 исключить.

20. Статью 121 изложить в следующей редакции:

«Статья 121. Обжалование заключений по результатам дисциплинарного производства

Заключения, принятые квалификационными коллегиями судей областных (Минского городского) судов и квалификационной коллегией судей военных судов по результатам дисциплинарного производства, могут быть обжалованы судьями, в отношении которых они приняты, а также лицами, возбудившими дисциплинарное производство, в Квалификационную коллегию судей Верховного Суда Республики Беларусь.

Заключения, принятые Квалификационной коллегией судей Верховного Суда Республики Беларусь и квалификационной коллегией судей хозяйственных судов по результатам дисциплинарного производства, могут быть обжалованы судьями, в отношении которых они приняты, а также лицами, возбудившими дисциплинарное производство, соответственно в президиум Верховного Суда Республики Беларусь, президиум Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.».

21. Абзац 8 статьи 172 изложить в следующей редакции:

«о возможности назначения (избрания) лица на должность заместителя Председателя и судьи Верховного Суда Республики Беларусь, председателя и заместителя председателя областного (Минского городского), Белорусского военного судов;».

22. Абзац 2 статьи 174 изложить в следующей редакции:

«рассматривают представления в отношении лиц, назначаемых (избираемых) на должность председателя, заместителя председателя суда, а также судьи соответствующего суда;».

23. Абзац 8 статьи 174 изложить в следующей редакции:

«о возможности назначения (избрания) лиц на должности судей соответствующих судов, председателей и заместителей председателей судов».

Отчет национального эксперта в области информатизации деятельности судов Бобцова А. В.[25]

СОСТОЯНИЕ ИНФОРМАТИЗАЦИИ СУДОВ

Успешная реализация судебно-правовой реформы с учетом международного опыта является одним из обязательных условий для дальнейшего развития Республики Беларусь как демократического социального правового государства и нашего гражданского общества. Одна из важнейших задач этой реформы – формирование самостоятельной и независимой судебной ветви власти, способной в полной мере гарантировать защиту прав и свобод граждан, собственности, общественного порядка и конституционного строя Республики Беларусь.

Определяющей целью реформы является создание высокоэффективной системы судопроизводства (справедливой, оперативной, экономичной), при этом особое значение приобретает возможность быстрого, объективного и принципиального анализа допускаемых ошибок, изучение и распространение положительного опыта судов и судей, обеспечение гласности и открытости судебных разбирательств.

Данная цель может быть достигнута только на базе комплексных мер (правовых, кадровых, экономических, организационно-технических и т.д.). Особое место среди таких мер отведено решению вопросов повышения уровня информатизации судов, их компьютеризации, расширения применения информационных технологий, создания на этой базе современных и надежных систем сбора, хранения и анализа судебной информации, доступа к ней, а также ее использования и распространения. Тем более что в наше время информационно-коммуникационные технологии стали одним из важнейших факторов, влияющих на развитие не только конкретных государственных институтов, но и общества в целом. Их воздействие касается экономической, правовой, социальной сфер, науки и образования, культуры и образа жизни людей. Кроме того, международный опыт экономического и социального развития свидетельствует, что современные информационные технологии и системы телекоммуникаций являются важными составляющими в процессе достижения экономического и социального прогресса.

Уже очевидно, что использование данных технологий в деятельности практически любой организации в значительной степени позволяет повысить уровень и качество управления самыми сложными, комплексными процессами, поэтому применение данных технологий в деятельности судов является актуальным вопросом.

В связи с этим с начала 1990-х годов в Республике Беларусь начата активная работа по формированию и внедрению большого количества различных информационных систем, в результате чего накоплен значительный опыт их проектирования, создания и эксплуатации в области науки, образования, медицины, социального обеспечения, правоохранительной деятельности, правовой информации. Судебная система не осталась в стороне от этих процессов.

Прежде всего на эффективность деятельности судов оказывает влияние их информационно-правовое обеспечение. Эти вопросы рассматриваются в рамках правовой информатизации, история развития которой в Республике Беларусь также берет свое начало, как и во многих странах на постсоветском пространстве, с начала 1990-х годов прошлого века.

Одновременно с началом судебных реформ впервые была сформулирована идея государственной системы правовой информации как основы развития в Республике Беларусь правовой информатизации. Определяющим в развитии данного процесса стало создание Национального центра правовой информации Республики Беларусь (НЦПИ).

Сегодня создана и функционирует государственная система правовой информации Республики Беларусь. В рамках указанной системы функционирует комплексный механизм сбора, обработки, систематизации и оперативного предоставления в пользование государственным органам, юридическим и физическим лицам актуальной, достоверной и полной правовой информации.

Ее неотъемлемыми компонентами являются:

• Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь (НРПА) как единая система учета, регистрации и официального опубликования правовых актов. Его печатная версия подлежит свободному распространению, в том числе и по подписке.

• Эталонный банк данных правовой информации как государственный нормативный информационно-правовой ресурс, электронные копии которого в настоящее время установлены и функционируют во всех судах нашего государства.

[25] Бобцов Александр Владимирович, заместитель директора Национального центра правовой информации Республики Беларусь.

• Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь – основной государственный информационный ресурс в глобальной сети Интернет в области права и правовой информатизации.

• Тематические банки данных правовой информации и другие информационные и технологические ресурсы и составляющие.

Весь этот комплексный механизм, созданный на основе современных информационно-телекоммуникационных технологий, позволяет каждому судье Республики Беларусь получать полную, своевременную и актуальную информацию о нашем законодательстве.

В настоящее время одним из основных информационно-правовых ресурсов государственной системы правовой информации Республики Беларусь является эталонный банк данных правовой информации (ЭБДПИ). Формирование и ведение ЭБДПИ осуществляется НЦПИ на основе созданной им технологии, которая позволяет проводить юридическую обработку поступающих непосредственно от государственных органов юридических документов и поддерживать их в контрольном состоянии.

На основе ЭБДПИ НЦПИ разработана и распространяется информационно-поисковая система «Эталон» (далее – ИПС «Эталон»), которая включает в себя точную электронную копию информационного массива документов, содержащихся в ЭБДПИ и иных банках данных, формируемых НЦПИ, а также комплекс программно-технологических средств, позволяющих осуществлять эффективный поиск необходимой правовой информации, обеспечивающий высокий уровень его интеллектуализации.

В состав ИПС «Эталон» (содержит более 100 000 документов) входят банки данных правовой информации: «Законодательство Республики Беларусь»; «Международные договоры»; «Решения органов местного управления и самоуправления»; «Судебная практика». Кроме того, в ИПС «Эталон» включаются экспресс-бюллетень законодательства Республики Беларусь, справочник государственных органов Республики Беларусь, финансовая и справочная информация.

Банк данных «Законодательство Республики Беларусь» состоит из декретов, указов Президента Республики Беларусь, законов Республики Беларусь и правовых актов палат Национального собрания Республики Беларусь, постановлений Правительства Республики Беларусь, заключений и решений Конституционного Суда Республики Беларусь, постановлений пленумов Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, правовых актов Национального банка Республики Беларусь, а также правовых актов министерств и иных республиканских органов государственного управления.

Банк данных «Международные договоры» состоит из:

• двусторонних международных договоров Республики Беларусь;

• многосторонних договоров Республики Беларусь, в том числе заключенных Республикой Беларусь в рамках различных интеграционных образований (Содружество Независимых Государств, Евразийское экономическое сообщество);

• правовых актов Союза Беларуси и России.

Банк данных «Решения органов местного управления» включает правовые акты, принятые областными исполнительными комитетами и областными Советами депутатов, а также Минским городским исполнительным комитетом и Минским городским Советом депутатов, местных Советов депутатов, исполнительных и распорядительных актов местного базового уровня.

Каждый правовой акт, включенный в ЭБДПИ, содержит карточку документа и текст документа. В карточке документа содержится полная информация о правовом акте (его наименование, вид, наименование государственного органа (должностного лица), принявшего (издавшего) правовой акт, его номер и дата принятия, регистрационный номер НРПА и дата включения в него). Кроме того, в карточке содержится информация о дате вступления в силу правового акта, об источнике официального опубликования, о ключевых словах и словосочетаниях и кодах рубрик документа по Единому правовому классификатору Республики Беларусь.

В тексте документа содержится последняя его редакция с информацией обо всех изменениях, которые данный документ претерпел, а также имеется возможность просмотреть текст в его предыдущих редакциях.

Поскольку для судов особое значение имеет правовая информация, касающаяся правоприменительной деятельности судов, в рамках второго съезда судей Республики Беларусь перед НЦПИ была поставлена задача по информационно-правовому обеспечению судов в виде разработки и внедрения интегрированного банка данных «Судебная практика». В настоящее время такой информационно-правовой ресурс создан и распространяется в рамках судебной системы в составе ИПС «Эталон».

Информационное наполнение указанного информационно-правового ресурса составляют:

• постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь по вопросам применения законодательства Республики Беларусь, возникающим при рассмотрении судебных дел;

- постановления президиума и Председателя Верховного Суда Республики Беларусь;
- определения и решения судебных коллегий Верховного Суда Республики Беларусь (Судебной коллегии по гражданским делам, Судебной коллегии по уголовным делам, Судебной коллегии по патентным делам, Военной коллегии);
- обзоры судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь;
- постановления президиумов Минского городского суда и областных судов Республики Беларусь;
- постановления пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь по вопросам применения хозяйственного законодательства на территории Республики Беларусь;
- постановления президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь;
- приказы Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь;
- письма и разъяснения Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.

Вместе с тем вести речь о создании эффективного механизма правовой информатизации судебной деятельности преждевременно. Несмотря на определенную положительную динамику процесса развития банка данных «Судебная практика», его нельзя признать информационно-правовым ресурсом, способным оказать существенное позитивное влияние на формирование единообразной практики применения судами норм законодательства.

Сведения о прецедентах судебной практики, научно-практическая и справочная информация достаточно востребованы при осуществлении правосудия не только в виде обобщенных сведений, вырабатываемых на уровне высших органов судебной власти, но и в виде конкретных решений на других уровнях судебной системы. Доступ судей к информации о судебных решениях, принимаемых другими судами, также крайне затруднен по техническим причинам. Независимость и самостоятельность судей при вынесении решений по конкретным делам не исключает, а скорее предполагает знание судебной практики по конкретной категории дел. Анализ судебной практики, проводимый и публикуемый Верховным Судом Республики Беларусь, не удовлетворяет в полной мере потребность в информации. Неопытные судьи почти всегда в своей профессиональной деятельности ориентируются на практику, сложившуюся в данном регионе; опытные судьи со стажем, как правило, хранят в своих личных архивах копии судебных решений, которые прошли проверку в вышестоящих инстанциях. Но и те, и другие судьи лишены реальной возможности беспрепятственно ознакомиться с судебной практикой других судов с помощью информационных технологий.

В результате работ, проведенных при активном участии Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Хозяйственного Суда и Министерства юстиции, можно сформулировать следующие концептуальные требования к совершенствованию банка данных «Судебная практика».

На основании проведенного опроса практикующих работников судов, прокуратур и адвокатур основу информационного массива этого ресурса должна составлять прежде всего информация о правоприменительной деятельности судов Республики Беларусь (постановления судов первой, кассационной и надзорной инстанций, обзоры обобщений судебной практики, разъяснения практики применения законодательства высших судов). Кроме того, высказаны пожелания размещения в нем информации о правоприменительной деятельности судебных органов, не входящих в судебную систему Республики Беларусь (решения Республиканского трудового арбитража, решения Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате, решения и рекомендации Экономического Суда СНГ).

Логичным представляется включение в банк данных «Судебная практика» научно-правовой информации (статьи, обзоры, аналитические материалы, освещающие проблемы применения законодательства при рассмотрении различных категорий дел, научно-практические комментарии к основным законодательным актам) и справочной информации (словарь терминов и определений законодательства Республики Беларусь, образцы процессуальных документов, используемых в судах, статистические данные о работе судебных органов, справочные сведения об адресах и телефонах судебных и правоохранительных органов Республики Беларусь, а также иные документы, связанные с вопросами судопроизводства).

Предоставление доступа судьям к вышеназванным информационным ресурсам позволит обеспечить более эффективное влияние высших судов на формирование единообразной практики применения нижестоящими судами законодательства. Вместе с тем обеспечить такое положительное влияние на формирование судебной практики возможно только при тесном взаимодействии НЦПИ с Конституционным, Верховным и Высшим Хозяйственным судами Республики Беларусь. В этом взаимодействии роль НЦПИ сводится к технологическому и техническому обеспечению работ по сбору, обработке и последующему распространению названной информации. Определяющую роль в подборе материалов должны играть именно высшие органы судебной власти.

Учитывая, что НЦПИ имеет опыт создания, технологии формирования и ведения эталонного и иных банков данных правовой информации, возможна разработка специальной технологии

формирования и ведения банков данных информации о практике применения судами законодательства.

При использовании подобной технологии высшие суды получат возможность самостоятельно формировать банки данных правовой информации, включающие в электронном виде тексты судебных постановлений и принимаемых (издаваемых) ими правовых актов, иных юридических документов, а также использовать их в своей работе. При этом предполагается использовать форматы хранения информации, аналогичные форматам, используемым при ведении в НЦПИ эталонного и иных банков данных правовой информации.

Источниками данных по судебным решениям для подобных систем могут являться только высшие судебные органы, которые проверили в установленном законом порядке законность и обоснованность вынесенных судебных постановлений и приняли решение о размещении их в банке данных.

В соответствии с Положением о порядке распространения правовой информации в Республике Беларусь, утвержденным Указом Президента Республики Беларусь от 1 декабря 1999 года № 565 «О порядке распространения правовой информации в Республике Беларусь» [1], все суды в государстве обеспечены НЦПИ ИПС «Эталон».

Очень серьезное влияние на информатизацию судов оказало принятие в декабре 2002 года на уровне Совета Министров Республики Беларусь Государственной программы информатизации Республики Беларусь на 2003–2005 годы и на перспективу до 2010 года «Электронная Беларусь» [2]. В рамках реализации данного документа начата и осуществляется реализация ряда значимых для судебной системы проектов: «Разработать и внедрить автоматизированную интегрированную систему управления органов, учреждений юстиции и судов, в том числе разработать и внедрить автоматизированную информационную систему Верховного Суда (АИС Верховного Суда)»; «Разработать и внедрить информационно-аналитическую систему Конституционного Суда».

Эти работы были ориентированы на автоматизацию ведения баз данных судебного и общего делопроизводства, получения справок, отчетов и поиска данных, протоколирования судебных заседаний, унификацию сбора и обработки информации, представление данных по запросам, создание банков данных судебных постановлений, электронных архивов.

В рамках названных проектов созданы и функционируют сайты высших судов, при помощи которых обеспечивается информационное сопровождение их деятельности. На них содержится информация для посетителей, о правоприменительной практике, органах судейского сообщества, статистические данные о дисциплинарной практике в отношении судей и др.

Серьезное внимание техническому обеспечению деятельности судов общей юрисдикции уделяется Министерством юстиции Республики Беларусь. Так, по состоянию на начало января 2009 года в 149 судах имелось 3 590 компьютеров, 3 305 принтеров, а 85 судов оборудовано локальными вычислительными сетями, приобретен комплект программ «Электронное дело», система обработки входящей корреспонденции, программно-технический комплекс криптографической защиты информации.

К сожалению, информатизация системы судов общей юрисдикции продолжает оставаться на достаточно низком уровне, что обусловлено отсутствием должного внимания к данной проблеме со стороны компетентных государственных органов, в том числе и осуществляющих государственную политику в сфере информатизации, а также необходимого финансового и организационного подкрепления. Необходимо отметить, что парк компьютеров, установленный в судах, серьезно устарел и не соответствует современным требованиям. Обеспечения локальными вычислительными сетями требуют все без исключения здания судов, а также подключения их к глобальной компьютерной сети Интернет.

Анализ проводимых работ в последние годы по информатизации судов показывает, что они выполняются непоследовательно в условиях отсутствия единой концепции и стратегии, разработанной на республиканском уровне. Невысокая эффективность использования разрозненных средств информатизации судов обусловливает остроту проблемы выработки системного подхода в данной сфере.

Недостаточное внимание уделяется вопросам разработки и внедрения механизмов формирования единой информационной инфраструктуры судов, в частности организационно-правового и методического обеспечения работ по внедрению и эксплуатации компьютерных средств в судах, механизмов формирования целостной системы классификации, кодирования и унификации судебной информации, а также доступа к ней заинтересованных.

Работы по информатизации проводятся в условиях отсутствия документов, определяющих идеологию информатизации судов. Недостаточное внимание уделяется вопросам приоритетной разработки системообразующих механизмов формирования единой информационной инфраструктуры

судов, в частности разработки механизмов организационно-правового и методического обеспечения работ по внедрению и эксплуатации компьютерных средств в судах.

Унификация системы первичных информационных ресурсов является одним из важных условий эффективного информационного взаимодействия судов разных инстанций, следственных органов и органов прокуратуры. Отсутствие межведомственных соглашений по унификации электронных форм документов и методических материалов по обеспечению целостной структуры информационного поля первичной судебной информации затрудняет получение агрегированных аналитических и прогнозных оценок, необходимых председателям судов для принятия управленческих решений.

Оснащение судов разрозненными средствами вычислительной техники затрудняет унификацию процессов обмена информацией в электронной форме, а устаревший компьютерный парк не дает возможности судам использовать современные информационные технологии в полной мере. Фактически значительная часть судов, оснащенных морально устаревшими компьютерами, не имеет возможности использовать средства новых информационных технологий.

Как отмечалось ранее, обеспечение судов правовой информацией находится на удовлетворительном уровне и затруднено в основном недостаточным техническим обеспечением судов, прежде всего локальными сетями.

В настоящее время в Республике Беларусь один судья приходится на 9,8 тысячи человек населения государства (во Франции – на 6, в ФРГ на – 4, в Англии – на 3 тысячи человек). На уровень информатизации судов существенное влияние оказывает отсутствие надлежащего финансирования. Анализ сложившейся ситуации показывает, что компьютеризация и информатизация судов является стратегическим направлением повышения оперативности судопроизводства в Беларуси. Разработка средств автоматизации процессов судопроизводства, судебного делопроизводства и судебной статистики направлена на создание типовой информационной системы для судов. Помимо повышения качества процессов судопроизводства эта система должна позволить руководителям судов, оснащенных соответствующими средствами автоматизации, своевременно получать объективную информацию о состоянии рассмотрения уголовных и гражданских дел, нагрузке судей, календарных планах работы судей, качестве рассмотрения дел в судах первой инстанции и другую справочную информацию.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВОПРОСОВ ИНФОРМАТИЗАЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДОВ И ЕЕ ПОНЯТИЕ

Как процесс информатизация судов имеет достаточно сложную структуру и является особым правовым объектом во всех своих составных частях и элементах. И если сказать, что информатизация в целом является совершенно новой предметной сферой правового регулирования, то это будет не совсем верно. Информация, средства связи, научно-технические разработки в этих областях всегда привлекали внимание ученых-правоведов. Проблематика сложного и многогранного процесса информатизации прошла длинный путь включения в механизмы социальной и политической жизни.

Вопросам информатизации судебной деятельности национальным законодателем не уделяется достаточного внимания. В связи с этим возможен анализ правового регулирования данного процесса и формирование понятийного аппарата по принципу от общего к частному или, иными словами, от информатизации вообще к информатизации деятельности судов непосредственно.

Одним из первых нормативных правовых актов, принятых в нашем государстве в данной сфере, явилось постановление Совета Министров Республики Беларусь от 27 ноября 1991 г. № 444 «О программе информатизации Республики Беларусь», которым в целях ускорения информатизации республики и создания информационной сети как составной части инфраструктуры рыночной экономики была одобрена программа информатизации Республики Беларусь на 1991–1995 годы и на период до 2000 года [3]. Названной программой предусматривалась информатизация трех основных сфер: социальной, материального производства и управления.

Возникла объективная необходимость в правовом регулировании процессов в этой области. В результате был разработан и в сентябре 1995 года принят Закон Республики Беларусь «Об информатизации», который действует и в настоящее время [4]. Сейчас акценты правотворчества в области информатизации заметно изменились – внимание уделяется каждому компоненту информационной среды, информационным ресурсам и средствам коммуникаций, которые обретают новое качество в связи с созданием сетевых механизмов приема–передачи информации самого разного назначения и содержания. В связи с этим разработан и 10 ноября 2008 года принят Закон Республики Беларусь «Об информации, информатизации и защите информации», который вступил в силу в мае текущего года и признал утратившим силу действующий [5].

Указом Президента Республики Беларусь от 6 апреля 1999 г. № 195 «О некоторых вопросах информатизации в Республике Беларусь» одобрена концепция государственной политики в области информатизации в качестве основы для разработки государственной программы информатизации [6], и уже 27 декабря 2002 г. постановлением Совета Министров Республики Беларусь № 1819 утверждена Государственная программа информатизации Республики Беларусь на 2003–2005 годы и на перспективу до 2010 года «Электронная Беларусь» [2], основной целью которой является формирование единого информационного пространства как одного из этапов перехода к информационному обществу, что создаст условия для повышения эффективности функционирования экономики, государственного и местного управления, обеспечения прав на свободный поиск, передачу, распространение информации о состоянии экономического и социального развития общества.

Самостоятельным участком в области формирования информационных ресурсов является такой предмет деятельности и правового регулирования, как документирование информации, разработка стандартов в этой области, включая стандарты на электронный документ, его подпись, на документооборот в управленческой и деловой сферах [7]. Безусловно, серьезным шагом на этом пути явилось принятие 10 января 2002 года Закона Республики Беларусь «Об электронном документе» [8], в котором определены правовые основы применения электронных документов, основные требования, предъявляемые к ним, права, обязанности и ответственность участников правоотношений, возникающих в сфере обращения электронных документов.

Подспорьем в организации работы по обеспечению сопровождения сайтов судов явилось постановление Совета Министров Республики Беларусь от 11 февраля 2006 г. № 192 «Об утверждении Положения о сопровождении интернет-сайтов республиканских органов государственного управления, иных государственных организаций, подчиненных Правительству Республики Беларусь» [9].

Существенную роль в обеспечении судов компьютерной и множительной техникой сыграло постановление Совета Министров Республики Беларусь от 15 июля 1998 г. № 1111 «Об утверждении Программы строительства и реконструкции зданий, материально-технического, кадрового обеспечения судов Республики Беларусь» [10].

Таким образом, можно сделать вывод, что законодателем уделяется если и не совсем достаточное внимание информатизации судов, но он реально видит проблемы и перспективы развития информатизации в государстве в целом.

В соответствии с Законом Республики Беларусь от 10 ноября 2008 года «Об информации, информатизации и защите информации» информатизация определена как организационный, социально-экономический и научно-технический процесс, обеспечивающий условия для формирования и использования информационных ресурсов и реализации информационных отношений [5]. В связи с этим под информатизацией судов представляется целесообразным понимать организационный, социально-экономический и научно-технический процесс, обеспечивающий условия для формирования и использования информационных ресурсов судов и реализации информационных отношений при осуществлении судебной деятельности. При этом информационным ресурсом является организованная совокупность документированной информации, включающая базы данных, другие совокупности взаимосвязанной информации в информационных системах, а информационными отношениями – отношения, возникающие при поиске, получении, передаче, сборе, обработке, накоплении, хранении, распространении и (или) предоставлении информации, пользовании информацией, защите информации, а также при применении информационных технологий.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ И РЕКОМЕНДАЦИИ В СФЕРЕ ИНФОРМАТИЗАЦИИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДОВ

При формировании норм правового регулирования в сфере информатизации, а также информатизации деятельности судов необходимо принимать во внимание многие акты международного права, в том числе осуществляющие регулирование межгосударственных отношений в области информатизации, а также уже существующие в отдельных странах национальные нормативные правовые акты, которыми урегулирована эта область правоотношений. В международном праве организациями, входящими в структуру ООН и Европейского союза, уже проделана огромная работа в данном направлении. Разработан и принят целый комплекс международных нормативных актов (модельные законы UNCITRAL, многочисленные директивы Европейского союза и др.), выработаны рекомендации и соответствующие предложения, направленные на оказание помощи странам в деле совершенствования их национального законодательства, которые по своей сути представляют согласованную позицию мирового сообщества по проблемам и перспективам правового регулирования правоотношений, возникающих в рассматриваемой сфере.

Так, Декларацией «О европейской политике в области новых информационных технологий» (Будапешт, 6–7 мая 1999 г.) [11], принятой Комитетом министров Совета Европы по случаю 50-й го-

довщины Совета Европы в ответ на решение Второй встречи Совета Европы на высшем уровне о разработке европейской политики в отношении применения новых информационных технологий в целях обеспечения уважения прав человека, содействия развитию культурного многообразия, свободы слова и информации, засвидетельствованы глубокие изменения, происходящие в результате перехода информационных сетей на цифровой стандарт, их конвергенции и продолжающейся глобализации. В Декларации Комитет министров Совета Европы настоятельно призывает правительства государств-членов, действуя, когда это необходимо, совместно с государственными и частными партнерами (в том, что касается доступа к новым информационным технологиям и участия в них), дать возможность всем лицам играть более активную роль в жизни общества на национальном, региональном и местном уровнях посредством использования новых информационных технологий в целях обеспечения беспрепятственного доступа к информации о местных, региональных и национальных административных и юридических службах и прямых связей с ними; обеспечения доступа к официальным текстам местных, региональных и национальных законов и нормативных актов, международных договоров и решений национальных и международных судебных органов.

Важной для использования на территории Республики Беларусь представляется Рекомендация № Rec(2001)3 Комитета министров государствам-членам по распространению судебной и иной юридической информации путем использования новых технологий (принята Комитетом министров Совета Европы 28 февраля 2001 г.) [12].

Данной Рекомендацией предусмотрено максимально упростить связь граждан с судом и иными правовыми организациями при помощи новых технологий.

При условии, что соблюдены требования безопасности и сохранности частной информации, это предполагает возможность:

- инициировать судебное разбирательство при помощи электронных средств;
- предпринимать дальнейшие действия в ходе рассмотрения дела в суде в электронной среде;
- получать сведения о состоянии дела при наличии доступа к судебной информационной системе;
- получать информацию о результатах судебного процесса в электронной форме;
- доступа к любой информации, необходимой для достижения эффективности выполнения судебных решений (писаные законы, прецедентное право и судебные процедуры).

Электронная форма информации о судебных процессах должна быть общедоступной.

Информация должна распространяться при помощи наиболее широко используемых технологий (в настоящее время — Интернет).

Государству следует при любой возможности гарантировать аутентичность и полноту распространяемой информации.

В отношении судебной информации определен ряд следующих критериев.

Лица, имеющие доступ к судебным системам, могут рассчитывать на то, что доступ к данной услуге не будет ограничен служебными часами суда. Государственным органам необходимо принять решение о технической и финансовой возможности данной услуги.

Для достижения эффективности правовые информационные системы должны своевременно обновляться.

Следует ввести процедуры проверки точности, удостоверяющие, что опубликованные в электронной форме тексты идентичны принятым законам и опубликованным судебным решениям.

Аутентичность электронного текста должна быть подтверждена соответствующими средствами, такими, как электронная цифровая подпись.

Судебные процедуры обычно являются платными. То же самое может применяться и к их электронной версии.

В разных странах действуют разнообразные принципы применения законов защиты личной информации в судебных слушаниях. Стандарты Конвенции по защите личности с учетом автоматической обработки личной информации должны быть приняты во внимание. В отношении судебных процедур – доступ к информации запрещен для задействованных в процессе сторон. Применимы стандартные правила защиты частной информации.

Последовательность процесса должна быть понятна для пользователя. Там, где это возможно, пользователю в ходе процесса должна быть оказана помощь либо автоматически системой, либо служащим суда.

Судебные решения, которые нельзя квалифицировать в качестве источников прецедентного права, если они были зарегистрированы в электронной форме, следует сделать общедоступными при учете требований конфиденциальности и сохранности информации.

Стратегия применения программы должна обеспечивать согласованное взаимодействие всех элементов системы и снабжать общество узнаваемыми и понятными средствами доступа, исполь-

зуя стандарты, такие, как глобальная информационная сеть Интернет. Следует учитывать необходимость обеспечения единого всеобщего межсетевого интерфейса и межсетевого перехода на национальном уровне, который должен давать пользователям возможность получить доступ к правовым информационным источникам других стран, а также других европейских и международных организаций.

Интересным в сфере информатизации деятельности судов представляется опыт Российской Федерации, где 29 октября 1999 года Советом судей Российской Федерации была одобрена Концепция информатизации судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента. Ее основной целью было обеспечение единства подходов к разработке методов и средств информатизации судов.

Концепция послужила основой: определения приоритетных задач и работ по информатизации судов и системы Судебного департамента; формирования технической политики информатизации в данной сфере; обоснования вопросов кадрового обеспечения процессов информатизации в судах и органах Судебного департамента; решения концептуальных вопросов проектирования баз данных в судах и органах Судебного департамента на единых принципах; обоснования необходимого финансирования работ по информатизации; разработки целевых программ в этой области.

В рамках Концепции определена стратегия кадрового, финансового, технического обеспечения работ по информатизации судов, а также базовые принципы государственной информационной политики в данной области:

1. Принцип открытости политики – все основные мероприятия политики Судебного департамента в информационной сфере открыто обсуждаются специалистами, и органы Судебного департамента учитывают их мнение.

2. Принцип равенства интересов – политика в равной степени учитывает интересы всех участников информационной деятельности вне зависимости от их положения в обществе, формы собственности и государственной принадлежности (единые для всех правила игры).

3. Принцип системности – предусматривает декомпозицию системы на составные части (компоненты), которые дают возможность их автономной разработки и внедрения при обеспечении единства технической политики.

4. Принцип приоритетности отечественного производителя – при равных условиях приоритет отдается конкурентоспособному отечественному производителю информационно-коммуникационных средств, продуктов и услуг.

5. Принцип социальной ориентации – основные мероприятия политики Судебного департамента должны быть направлены на обеспечение социальных интересов граждан России.

Приоритетным направлением российской государственной политики в сфере информатизации судебных органов является создание и развитие Единой информационной инфраструктуры судов (ЕИИС), под которой понимается совокупность взаимосвязанных систем связи, комплексов средств автоматизации, телекоммуникационных и информационных ресурсов, доступных судам и органам Судебного департамента. Кроме того, создание и развитие информационной инфраструктуры в судебной системе объективно предполагает тесное сотрудничество центров информатизации с научно-производственными и научно-исследовательскими учреждениями, обладающими необходимым кадровым, научным и материальным потенциалом.

Основными задачами в области создания новых информационных технологий и формирования электронных информационных ресурсов в рамках ЕИИС являются:

- обеспечение сбора информации для судов по вопросам судебного разбирательства от первоисточников в электронной форме;
- подготовка, согласование, изготовление и передача информации в электронной форме, поддерживающие и регистрирующие документы судопроизводства по единым правилам во всех инстанциях;
- организация внутреннего и внешнего электронного документооборота (обеспечение движения, поиска, хранения и использования документов);
- систематизация архивного хранения электронных документов по единым правилам хранения, поиска и использования в системе федеральных судов общей юрисдикции, аппарата мировых судей и органах Судебного департамента;
- информационная поддержка принятия решений председателей судов и руководства Судебного департамента;
- автоматизированный сбор и обработка судебной статистики;
- обобщение информации по судебной практике;
- передача и обработка электронных данных в сферах организационного, финансового, материально-технического, кадрового и иного обеспечения деятельности судов;
- контроль исполнения директивных документов в системе Судебного департамента.

Сегодня на территории Российской Федерации разработано и осуществляется внедрение системы ГАС «Правосудие», которая предназначена для информационной и технологической поддержки судопроизводства, предоставления информационных и телекоммуникационных услуг работникам судов и органов Судебного департамента (СД) при Верховном Суде (ВС) Российской Федерации (РФ), взаимодействующим организациям. По виду автоматизированной деятельности ГАС «Правосудие» относится к территориально распределенным информационно-телекоммуникационным системам обработки и передачи информации.

ГАС «Правосудие» обеспечивает автоматизацию процессов сбора, обработки, накопления, хранения, выдачи на средства отображения и передачи по каналам связи следующих данных:

об органах судебной власти, действующих на территории;

о сроках и состоянии хода рассмотрения уголовных, гражданских дел административного правонарушения в судах различных уровней;

об оформлении судебных документов уголовных дел в процессе регистрации, ознакомления, подготовки, рассмотрения дел, вынесения приговоров, определений, приостановлении производства по делу, направлении дела по подсудности, прекращении дела, передачи в архив и представление материалов хода судебного заседания на уровне архива фонограммы и оформленного протокола заседания;

об оформлении документов в ходе работы коллегии по гражданским, уголовным делам и делам административных правонарушений (регистрация жалоб и обращений, работа с материалами, принятие дела в производство и его регистрация, рассмотрение дела с вынесением определения или постановления, передача дел в канцелярию и архив, хранение дела в архиве);

о результатах обработки судебной статистики с обеспечением объективного анализа правоприменительной практики и структуры правонарушений;

о состоянии кассационных уголовных и гражданских дел и дел по административным правонарушениям;

о нерассмотренных уголовных и гражданских жалобах, жалобах по административным правонарушениям, истребованных делах и протестах, рассматриваемых в надзорном порядке;

о составе уголовных и гражданских коллегий;

о нагрузках судей уголовных и гражданских коллегий;

о правовой информации по действующему законодательству РФ из автоматизированных правовых баз данных;

об административном управлении судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента (информационные сведения об использовании финансовых, материально-технических, кадровых и других видов ресурсов; аналитические сведения о ситуациях, выявленных тенденциях; материалы планирования, принятые решения, контроль хода выполнения решений);

об организационном обеспечении (информация о единой системе классификации и кодирования, принятая в ГАС «Правосудие», нормативно-справочная информация, организационно-распорядительная информация, регламентирующая делопроизводство и деятельность работников судов, информация территориально-объектового контроля; каталогизированная и библиотечная информация);

о планах и проектах финансирования судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента, о формировании бюджетных ассигнований, об исполнении расходной части федерального бюджета;

об организации системы финансового контроля и результатах контрольно-ревизионной деятельности;

о кадровом обеспечении деятельности судов и органов Судебного департамента, включая потребности, аттестацию кадров, отбор и профессиональную подготовку, формирование резерва, вопросы социального обеспечения, персонального учета;

о судебной практике, включая базу данных (БД) судебных решений, информационно-аналитическую поддержку судебного делопроизводства;

о делопроизводстве и документообороте, включая вопросы контроля исполнения документов и поручений, организации оперативного и архивного хранения;

о материально-технических ресурсах (МТР);

о вопросах профессионального образования кадров судебной системы;

о материалах по взаимодействию с федеральными органами управления и власти;

о координации и развитии международных связей в интересах обеспечения деятельности судебной системы;

об обобщении и распространении опыта деятельности органов судейского сообщества;

об организации освещения в средствах массовой информации материалов судебной системы и материалов мониторинга средств массовой информации по ключевым вопросам деятельности судов;

об обращении граждан по вопросам форм и методов работы судебной системы;

о взаимодействии центральных национальных органов обеспечения деятельности судов (в первую очередь в рамках СНГ) с ведущими международно-правовыми и судебными организациями (Международным судом, Советом Европы и другими зарубежными организациями).

Для обеспечения баланса требований открытости информации и ее защиты в ГАС «Правосудие» имеются следующие контуры обработки информации:

защищенный информационный контур для обработки информации ограниченного доступа, содержащей сведения, составляющие государственную тайну;

ведомственный информационный контур для обработки конфиденциальной информации;

публичный информационный контур для обработки и представления открытой информации в сетях международного информационного обмена.

Достаточно интересным в сфере информатизации судебной деятельности представляется опыт Латвийской Республики, где создана централизованная судебная информационная система, которая в настоящее время используется во всех судах. Данная система имеет государственное значение, является распределенной и функционирует в Интернете.

Цель ее создания – автоматизация цикла судебного делопроизводства посредством обеспечения регистрации данных по делам, их обработки, хранения, передачи и доступности, что делает возможным оперативный контроль продвижения дела в ходе процесса, эффективный обмен необходимой информацией (данными) между судами и учреждениями судебной системы, автоматизацию подготовки статистических обзоров.

За ее администрирование ответственно Министерство юстиции, соответственно на местах отвечают судебные администрации. В системе регистрируются такие данные, как данные о судьях, классификация дел, участники процессов, процессуальные действия суда, данные о судебных заседаниях и повестки, меры пресечения, статьи обвинения, судебные постановления, заявления в деле, жалобы, сопряженные с рассматриваемым делом, сведения об исполнении судебных постановлений.

Информационная система имеет два контура: открытый для всех граждан и доступный без авторизации в Интернете и закрытый, который обеспечивает доступ к системе только работников судов. В открытом доступе находятся данные о судебном заседании, его краткая суть и информация о том, на какой стадии рассмотрения находится дело. Ко второй части системы доступ имеют только авторизованные пользователи на основании соответствующих паролей и в объеме прав, предоставленных администратором системы.

Обращает на себя внимание механизм формирования банка данных судебной практики. В свободном доступе в Интернете доступен только банк данных, формируемый Верховным Судом и не содержащий персональных данных сторон. При этом во втором контуре автоматизированной системы судьям доступны все судебные постановления в полном объеме.

В рамках указанной системы распределение дел для их рассмотрения происходит автоматически, но у председателей судов имеется возможность в случае каких-то технических сбоев распределять дела в обычном порядке.

Интерес для изучения и использования опыта практической работы в сфере информатизации судов представляет сайт Верховного Суда Латвии, который также является двухконтурным и содержит информацию о деятельности, структуре, руководстве, истории, международном сотрудничестве Верховного Суда, дисциплинарной практике в отношении судей судов Латвии (доступны конкретные дисциплинарные производства), а также достаточно подробную информацию для посетителей, в том числе и о судебных заседаниях Верховного Суда. Второй контур содержит как информацию, касающуюся обеспечения судебной деятельности, так и сведения, позволяющие поддерживать здоровый морально-психологический климат в коллективе.

РЕКОМЕНДАЦИИ

Структурно судебная система состоит из Конституционного Суда Республики Беларусь, являющегося органом судебного контроля за конституционностью нормативных правовых актов в государстве; общих судов, осуществляющих правосудие посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства; хозяйственных судов, осуществляющих правосудие посредством хозяйственного и административного судопроизводства.

Статьей 6 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей определено, что Конституционный Суд Республики Беларусь призван обеспечивать верховенство Конституции Республики Беларусь и ее непосредственное действие на территории Республики Беларусь, соответствие нормативных правовых актов государственных органов Конституции Республики Беларусь, утверждение законности в нормотворчестве и правоприменении, а общие и хозяйственные суды призваны защищать гарантированные Конституцией и иными актами законодательства лич-

ные права и свободы, социально-экономические и политические права граждан, конституционный строй Республики Беларусь, государственные и общественные интересы, права организаций, индивидуальных предпринимателей, а также обеспечивать правильное применение законодательства при осуществлении правосудия, способствовать укреплению законности и предупреждению правонарушений [13].

В силу такой структуры судебной системы, сложившейся в Республике Беларусь, были сформулированы достаточно разные подходы к ее информатизации, которые обусловлены прежде всего различием задач, стоящих перед судами в соответствии с законодательством, а также тем, что часть проектов в данной сфере уже реализована.

Кроме того, сложность выработки согласованных подходов в области информатизации судов обусловлена очень широким перечнем субъектов, осуществляющих управление в данной сфере информатизации. В соответствии со статьей 8 Закона Республики Беларусь «Об информации, информатизации и защите информации» государственное регулирование и управление в области информации, информатизации и защиты информации осуществляются Президентом Республики Беларусь, Советом Министров Республики Беларусь, Национальной академией наук Беларуси, Оперативно-аналитическим центром при Президенте Республики Беларусь, Министерством связи и информатизации Республики Беларусь, иными государственными органами в пределах их компетенции [5].

Сложности обусловлены также отсутствием единства организационного и материально-технического обеспечения деятельности судов. Так, в соответствии со статьей 183 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судов в пределах предоставленных полномочий осуществляется:

секретариатом Конституционного Суда Республики Беларусь – в отношении Конституционного Суда Республики Беларусь;

аппаратом Верховного Суда Республики Беларусь – в отношении Верховного Суда Республики Беларусь;

аппаратом Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь – в отношении Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, хозяйственных судов областей (города Минска) и специализированных хозяйственных судов;

Министерством юстиции Республики Беларусь – в отношении областных (Минского городского), районных (городских) и специализированных судов;

управлениями юстиции областных (Минского городского) исполнительных комитетов – в отношении районных (городских) и специализированных судов.

Организационное обеспечение деятельности военных судов осуществляется Министерством юстиции Республики Беларусь, материально-техническое обеспечение деятельности Военной коллегии Верховного Суда Республики Беларусь и военных судов осуществляется Министерством обороны Республики Беларусь за счет средств, предусмотренных в республиканском бюджете на содержание органов судебной власти и выделяемых на эти цели Министерству обороны Республики Беларусь.

1. В связи с этим в целях выработки и реализации единой государственной политики в сфере информатизации судов целесообразно создание межведомственной комиссии (далее – Комиссия), которая будет состоять из представителей Министерства юстиции, Конституционного, Верховного, Высшего Хозяйственного судов Республики Беларусь, НЦПИ, Оперативно-аналитического центра при Президенте Республики Беларусь, Министерства связи и информатизации Республики Беларусь.

2. На уровне Комиссии разработать и принять Концепцию, которая четко определит компетенцию каждого субъекта, входящего в Комиссию, обеспечит единство подходов к разработке методов и средствам информатизации судов с учетом имеющегося опыта и созданных информационных систем, а также определит стратегию в области кадрового, финансового, технического обеспечения работ по информатизации судов, базовые принципы в данной сфере.

В названном документе необходимо четко определить состав судебной информации, круг лиц, которым будет предоставлен доступ к судебной информации, объем их прав и условия доступа, а также периодичность обновления судебной информации.

3. Обеспечить системное финансирование оснащения судов информационно-коммуникационной техникой, локальными сетями и доступа к глобальной компьютерной сети Интернет.

4. Разработать и принять Комиссией технические требования по созданию автоматизированной информационной судебной системы, в рамках которых предусмотреть механизмы организационно-правового и методического обеспечения работ по внедрению и эксплуатации компьютерных средств в судах, формирования целостной системы классификации, кодирования и унификации судебной информации, а также доступа к ней заинтересованных.

В документе следует раскрыть функции автоматизации:

- документооборота;
- правового обеспечения деятельности судов;
- обеспечения эксплуатации и сервисного обслуживания системы;
- доступа к системе заинтересованных;
- управления и контроля функционирования системы;
- обучения пользователей и специалистов системы;
- информационно-справочного обслуживания пользователей системы;
- представления информации о судах в сети Интернет и на средствах отображения коллективного пользования;
- формирования протокола хода судебного заседания на базе системы;
- обеспечения защиты информации.

5. После подготовки и принятия данного документа требуется обеспечить практическую реализацию проекта информатизации судов.

6. Комиссии, и прежде всего Верховному, Высшему Хозяйственному, Конституционному судам Республики Беларусь, Национальному центру законодательства и правовых исследований, необходимо совместно с НЦПИ выработать и реализовать согласованный механизм, обеспечивающий наполнение банка данных «Судебная практика» информацией о правоприменительной деятельности судов Республики Беларусь, включающей постановления судов первой, кассационной и надзорной инстанций, обзоры обобщений судебной практики, разъяснения практики применения законодательства высших судов, научно-правовой информацией (статьи, обзоры, аналитические материалы, освещающие проблемы применения законодательства при рассмотрении различных категорий дел, научно-практические комментарии к основным законодательным актам) и справочной информацией (словарь терминов и определений законодательства Республики Беларусь, образцы процессуальных документов, используемых в судах, статистические данные о работе судебных органов, справочные сведения об адресах и телефонах судебных и правоохранительных органов Республики Беларусь, а также иные документы, связанные с вопросами судопроизводства).

7. Обеспечение повсеместного внедрения системы должно осуществляться на основании соответствующего документа, подготовленного и принятого Комиссией или органом, уполномоченным Комиссией.

8. С целью обеспечения бесперебойного функционирования системы предусмотреть дополнение Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей положениями, касающимися обязанности председателей соответствующих судов обеспечивать функционирование автоматизированной информационной судебной системы.

Полагаю, что реализация комплексного механизма, который будет включать в себя эталонный банк данных правовой информации, автоматизированную информационную судебную систему, практически постатейный банк данных судебных решений, должна стать серьезным шагом, направленным на повышение эффективности деятельности судов.

Источники:

1. Указ Президента Республики Беларусь от 1 декабря 1999 г. № 565 «О порядке распространения правовой информации в Республике Беларусь» // Собрание декретов, указов Президента и постановлений правительства Республики Беларусь. 1998. № 34. С. 858.

2. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 27 декабря 2002 г. № 1819 «О Государственной программе информатизации Республики Беларусь на 2003–2005 годы и на перспективу до 2010 года «Электронная Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 3, 5/11734.

3. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 27 ноября 1991 г. № 444 «О программе информатизации Республики Беларусь» // Собрание постановлений правительства Республики Беларусь. 1991. № 33. С. 408.

4. Закон Республики Беларусь от 6 сентября 1995 г. № 3850 «Об информатизации» // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1995. № 33. С. 428.

5. Закон Республики Беларусь от 10 ноября 2008 года № 455-З «Об информации, информатизации и защите информации» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2008. № 279, 2/1552.

6. Указ Президента Республики Беларусь от 6 апреля 1999 г. № 195 «О некоторых вопросах информатизации в Республике Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 28, 1/231.

7. Бачило И.Л. Глобальная информатизация и право // Факт. 1999. № 5.

8. Закон Республики Беларусь от 10 января 2000 года №357-З «Об электронном документе» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. №7, 2/132 / Звязда. 2000. №11. 18 янв.

9. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 11 февраля 2006 г. № 192 «Об утверждении Положения о сопровождении интернет-сайтов республиканских органов государственного управления, иных государственных организаций, подчиненных правительству Республики Беларусь» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 27, 5/18837.

10. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 15 июля 1998 г. № 1111 «Об утверждении Программы строительства и реконструкции зданий, материально-технического, кадрового обеспечения судов Республики Беларусь» // Собрание декретов, указов Президента и постановлений правительства Республики Беларусь. 1998. № 20. С. 544.

11. Декларация «О европейской политике в области новых информационных технологий» // Будапешт, 6–7 мая 1999 г.

12. Рекомендация № Rec(2001)3 Комитета министров государствам-членам по распространению судебной и иной юридической информации путем использования новых технологий // Принята Комитетом министров Совета Европы 28 февраля 2001 г.

13. Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей от 29 июня 2006 г. № 139-З // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236.

Комментарии к двум отчетам по теме «Судоустройство и статус судей» международного эксперта проекта Дж. МакБрайда[26]

ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящие комментарии сделаны к отчетам, подготовленным г-ном А. Бобцовым (отчет Бобцова) и г-ном Е. Дубровиным (отчет Дубровина) в рамках проекта ПРООН «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» (далее – Проект).

2. Оба отчета посвящены одной широкой теме, а именно, судебной системе и статусу судей. Тем не менее они серьезно отличаются в подходах к данной теме. Так, в отчете Бобцова акцент делается на информатизацию, тогда как в отчете Дубровина рассматриваются полномочия председателей судов, принцип «зональности», распределение дел и судейская этика.

3. Все эти аспекты играют важную роль в отправлении правосудия. Отчет Дубровина посвящен существующей в настоящее время организации работы судов, применяемым подходам к соответствующей подготовке судей. В отчете Бобцова внимание уделяется распространению правовой информации, что означает не просто опубликование правовых актов и судебных решений, но и возможность содействия принятию более правильных и последовательных решений в будущем.

4. Оба отчета важны, так как в них предлагается пересмотреть сложившуюся практику с позиции более четкого понимания того, какие требования предъявляются к судебной системе международными стандартами. Сам факт применения определенного подхода в течение длительного времени не должен служить основанием для отказа в его пересмотре и внесении возможных изменений. Безусловно, разумность такого подхода была в полной мере обоснована в свое время, но это не значит, что продолжение использования соответствующих методов будет уместно в свете изменившихся обстоятельств или оценки важности некоторых их последствий.

5. В комментариях прежде всего проводится анализ соответствующих международных стандартов, касающихся обозначенной тематики. Затем непосредственно рассматриваются вопросы, содержащиеся в отчетах, начиная с отчета Дубровина, так как он касается результатов работы судов, в то время как отчет Бобцова посвящен тому, как используются указанные результаты. В ходе рассмотрения сделаны комментарии к предложениям о реформировании и осуществлении иных шагов, которые могут быть предприняты с целью обеспечения соответствия судебной системы и статуса судей требованиям международных стандартов. Не делалось никаких комментариев относительно уместности проекта изменений в законодательство, включенного в отчет Дубровина в качестве приложения, в связи с отсутствием возможности изучить соответствующие положения нормативных правовых актов.

ПРИМЕНИМЫЕ СТАНДАРТЫ

6. Не существует договоров, непосредственно посвященных вопросам, рассмотренным в двух отчетах. Тем не менее для них имеет значение гарантия права на справедливое публичное разбирательство согласно статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – Пакт) и статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека (далее – Конвенция) наряду с теми положениями данных документов, которые напрямую затрагивают средства судебной защиты: статьями 2(3), 9(3), 9(4) и 13 Пакта, статьями 5(3), 5(4) и 13 Конвенции, статьями 1 и 2 Седьмого протокола к ней, а также подразумеваемыми требованиями других положений, согласно которым судебные процедуры должны обеспечивать защиту от произвола и контроль над правонарушениями.

7. Особую значимость для обоих отчетов представляет требование справедливого публичного разбирательства, направленное на то, чтобы суды были независимыми и беспристрастными и чтобы решения становились общеизвестными согласно Пакту и публично оглашались в соответствии с Конвенцией. Часть прецедентного права, применяющего указанные положения, а именно практика Европейского суда по правам человека, представляет особый интерес с точки зрения вопросов, рассмотренных в обоих отчетах, и на него будут делаться ссылки в процессе их анализа.

8. Два указанных требования и договоры, из которых они следуют, не были прямо упомянуты в отчетах. Это прискорбно, так как они не только расширяют сферу обсуждения по существу, но и подчеркивают важность соблюдения международных стандартов, обеспечивая положительную реакцию на предложения, сделанные в обоих отчетах.

---

[26] Джереми МакБрайд (Великобритания), Барристер в Monckton Chambers, г.Лондон; приглашенный профессор Центрально-Европейского Университета, г.Будапешт; член научного комитета агентства Европейского союза по основополагающим правам человека.

9. Другие применимые стандарты нужно искать в различных правовых инструментах, принятых на международном и региональном уровнях. Так, согласно отчету Дубровина самыми важными являются Бангалорские принципы поведения судей[27], Рекомендация № R(94)12 Комитета министров Совета Европы странам-членам организации о независимости, эффективности работы и роли судей[28], Европейская хартия о статусе судей[29], Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей[30], а также основополагающие принципы ООН о независимости судей[31].

10. Первые два и четвертый из указанных инструментов вполне правильно были приведены в отчете Дубровина, а пропуск двух других не является существенным недостатком, так как они лишь подчеркивают то, что было сказано в приведенных.

11. Анализ отчета Дубровина показал, что может иметь место определенная польза от ряда мнений Европейской комиссии по развитию демократии через верховенство закона (Венецианской Комиссии), которая рассматривала схожие проблемы в законодательстве других стран[32].

12. В отчете Бобцова должным образом упомянут лишь один важный стандарт – Рекомендация Rec(2001)3 Комитета министров Совета Европы странам – членам организации об оказании судебных и других правовых услуг гражданам посредством использования новых технологий[33].

ОТЧЕТ ДУБРОВИНА

13. Как уже было сказано, данный отчет посвящен четырем отдельным, но связанным между собой моментам в работе судов и судебной власти, а именно: полномочиям председателей судов, принципу «зональности», распределению дел и судейской этике, которые рассматриваются по порядку. Все указанные моменты могут оказать серьезное влияние как на обеспечение независимости и объективности судебной системы, так и на поддержание уверенности общественности в соблюдении этих требований, что также является важным по мнению Европейского Суда по правам человека[34].

Полномочия председателей судов

14. Во всех судебных системах существует потребность в том, чтобы кто-то играл ведущую роль в организации работы суда. Без этого, вероятно, возникнут проблемы с обеспечением должного осуществления судебных функций, что является важным с точки зрения гарантий соблюдения права на судебное разбирательство в разумные сроки согласно статье 14(1) Пакта и статье 6(1) Конвенции, а также защиты независимости суда от давления, оказываемого извне.

15. Тем не менее также признается, что данная роль может быть причиной проблем в некоторых случаях:

«66. Консультативный Совет (CCJE) указал на наличие потенциальной угрозы независимости судебной системы, которая может исходить из внутренней судебной иерархии. Признается, что независимость судебной системы зависит не только от свободы от неправомерного воздействия извне, но и от свободы от ненадлежащего влияния, причиной которого в ряде случаев является позиция других судей. У судей должна быть полная свобода для рассмотрения дел беспристрастно, в соответствии с их совестью и толкованием фактов, а также нормами действующего права (Рекомендация № R(94)12, Принцип I (2)(d). Это означает самостоятельность отдельных судей»[35].

16. Поэтому неудивительно, что в отчете отмечается аналогичная озабоченность в связи с возможностью председателя суда осуществлять контроль за качеством рассмотрения дел. При этом

---

[27] Проект Бангалорского Кодекса поведения судей 2001 г., принятый Судейской группой по усилению чистоты судейского корпуса, в редакции, принятой на встрече председателей судов за круглым столом, Гаага, 25–26 ноября 2002 г.

[28] Принята Комитетом министров Совета Европы 13 октября 1994 г. на 518-м заседании заместителей министров.

[29] DAJ/DOC (98) 23.

[30] CCJE (2001) Мнение № 1.

[31] Приняты на 7 Конгрессе ООН по предотвращению преступности и обращению с преступниками, Милан, 26 августа – 6 сентября 1985 г. и утверждены Резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г.

[32] См., в частности, *Мнение о законопроекте об изменении судебной системы в Болгарии* (CDL-AD (2002) 15), *Мнение о законопроектах о судебной системе и статусе судей Украины* (CDL-AD(2007)003), *Мнение о законе о дисциплинарной ответственности и наказаниях судей общих судов Грузии* (CDL-AD(2007)009) и *Мнение о проекте изменений в конституционный закон о Верховном и местных судах Кыргызстана* (CDL-AD(2008)041).

[33] Принята Комитетом министров Совета Европы 28 февраля 2001 г. на 743-м заседании заместителей министров.

[34] См., например, *Borgers v Belgium*, № 12005/86, 30 октября 1991 г.

[35] *Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей.*

наличие такого контроля явно несовместимо с внутренней независимостью согласно международным стандартам, регулирующим судебный процесс[36].

17. Вмешательство с целью обеспечения качественного рассмотрения дел рассматривается как следствие специфических функций, предоставленных председателям судов законодательством. Однако в отчете недостаточно детально описаны данные функции, поэтому довольно трудно определить их реальную спорность, при этом было бы полезным развить указанный вопрос в новой редакции отчета.

18. Тем не менее в отчете проявляется определенная озабоченность, которая касается мер, направленных на предотвращение необоснованных задержек в судопроизводстве. Здесь важно помнить, что процедура обжалования таких задержек может быть эффективным средством[37].

19. До тех пор пока меры, направленные против задержки в судопроизводстве, не оказывают влияния на рассмотрение дела по существу, нет противоречия между существованием полномочий для таких действий и международными стандартами, касающимися независимости судей. Конечно, если оказывается давление с целью получения определенного результата (независимо от источника влияния), то с этим мириться нельзя и такую возможность следует устранить.

20. Возможность для такого злоупотребления властью, а также впечатление, что оно происходит, несомненно, имеют место в ситуации, когда председатель суда наделен правом дисциплинарного воздействия на отдельных судей – в отличие от случаев, когда он возбуждает дисциплинарное производство. И по этой причине все чаще роль дисциплинарного органа выполняет независимая организация – совет судей, в котором судьи составляют не менее половины членов, а не предложенный в отчете исключительно судебный орган[38].

21. Даже если проблема вмешательства в рассмотрение дел не является серьезной, было бы уместным принять соответствующие меры, так как это не только исключит угрозу беспристрастности, но и обеспечит лучшую реализацию гарантий справедливого разбирательства, связанных с дисциплинарным производством в отношении судей, которые, несомненно, существуют[39].

22. Более того, в отчете высказано предположение о том, что председатели судов иногда могут попытаться отложить дела с целью получения доказательств, что, несомненно, не соответствует международным стандартам, так как данные попытки явно будут определять ответ на вопрос, который должен быть адресован судьям или судье, рассматривающему конкретное дело.

23. Предложение о периодической смене председателей судов может преследовать достойные похвалы цели, связанные не только с решением проблемы необоснованного влияния на судей при рассмотрении дел, но и с более активным их вовлечением в дела и открытостью к новым идеям. Это не представляет проблемы в плане соблюдения требований международных стандартов.

24. Однако такая реформа сама по себе вряд ли станет эффективной мерой для решения проблемы, приведенной в отчете. Ее лучше всего решить путем лишения председателей всех полномочий, связанных с вмешательством в рассмотрение дел, что, впрочем, не должно мешать им реагировать на жалобы, связанные с задержкой рассмотрения дел, и перераспределять нагрузку для решения этой проблемы. Следует также передать дисциплинарные полномочия независимому органу, созданному по принципу советов судей, действующих во многих странах Европы.

Принцип зональности

25. В отчете обращается внимание на проблему, вытекающую из установленной между вышестоящими и нижестоящими судами связи, где судьи вышестоящих судов прикрепляются к конкретным местным судам для оказания им помощи. Они также играют важную роль при рассмотрении жалоб на решения этих судов.

26. Такая система, несомненно, отражает попытку обеспечить последовательность решений нижестоящих и вышестоящих судов, однако данную проблему лучше решить путем повышения качества юридического образования и правовых процедур. Следует улучшить распространение решений вышестоящих судов, что обсуждается ниже, а также ввести полномасштабную систему апелляции в противовес простому пересмотру в кассационном порядке. Это необходимо для более четкого понимания того, какое решение следует принять в конкретной ситуации.

27. В отчете обоснованно выражается озабоченность возможностями зонального судьи, который, консультируя, влияет на рассмотрение дел судьями нижестоящего суда; будет естественным

---

[36] Такое якобы имевшее место давление переполнило чашу терпения при принятии Европейским Судом по правам человека решения по делу *Kudeshkina v Russia*, № 29492/05 от 26 февраля 2009 г., которое касалось свободы самовыражения судей.

[37] См., например, *Sürmeli v Germany* [GC], № 75529/01 от 8 июня 2006 г.

[38] См., например, *Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей* и проект Рекомендации № R (94) 12 с изменениями (CDCJ(2008) 10).

[39] См., например, *Olujić v Croatia*, № 22330/05 от 5 февраля 2009 г.

считаться с мнением кого-то, кто позднее будет осуществлять функцию пересмотра примененного подхода.

28. Является ли это лишь уважением со стороны судов низшей инстанции или более прямыми попытками влиять на принятие ими решений, но роль, которую играют зональные судьи, пусть и действующие из самых лучших побуждений, конечно, несовместима с международными стандартами относительно независимости и беспристрастности судей. На самом деле это роль, напоминающая ту, которую играет главный адвокат в слушаниях в Кассационном Суде Бельгии. Он или она присутствует на совещаниях суда, выступая в роли советника для содействия обеспечению согласованности с ранее принятыми решениями. Тем не менее Европейский Суд по правам человека посчитал это несовместимым с принципами беспристрастности и равенства сторон в судебном процессе, несмотря на то, что эта практика долгое время была присуща судебной системе Бельгии[40].

29. В отчете поддерживается замена текущей зональной системы большей специализацией в вышестоящих судах прежде всего потому, что это означало бы, что нижестоящий суд, вероятно, не будет знать о личности судьи вышестоящего суда, действующего в качестве докладчика по жалобе, и повышение числа таких судей снизило бы возможности для оказания влияния. Однако на самом деле это не кажется достаточно надежным решением потенциально серьезной проблемы ненадлежащего влияния, несмотря на то, что поводы действительно могут быть исполнены благими намерениями. Следует четко разграничить соответствующие роли нижестоящих и вышестоящих судов, иначе нет никакого смысла в любой форме обращения первых за помощью к последним. Любая возможность вышестоящих судов повлиять на результат слушаний в суде низшей инстанции, кроме как через специальные постановления (будь то по конкретному делу или другим), противоречит требованию о независимости нижестоящего суда и может также привести к несоблюдению требования о беспристрастности в любых последующих слушаниях в вышестоящем суде.

30. Как следствие, единственным средством является отказ от принципа зональности полностью и поиск других средств, чтобы повысить уровень согласованности постановлений нижестоящего суда с подходом, установленным вышестоящим судом и являющимся уместным при применении определенного правового предписания. Есть, как уже отмечалось, значительное число средств для достижения желаемой цели, которые не нарушают международные стандарты относительно независимости и беспристрастности. Сам факт, что в настоящее время есть реальная проблема с обеспечением хорошего качества принимаемых судебных решений, не является оправданием игнорирования некоторых из самых фундаментальных аспектов принципа верховенства права.

Распределение дел

31. Третий вопрос, поднятый в отчете, касается полномочия председателя суда по распределению дел между другими судьями, что является способом подорвать независимость последних и привести к появлению обоснованных опасений, что слушание конкретных дел не будет осуществляться лицами, которые являются беспристрастными.

32. Европейский Суд по правам человека, безусловно, установил нарушение беспристрастности посредством распределения дел. Так, по делу *Дактарас против Литвы* он заявил:

«33. …председатель коллегии Верховного Суда по уголовным делам обратился к судьям коллегии с ходатайством об отмене решения Апелляционного Суда по представлению судьи суда первой инстанции, которого не удовлетворило это решение. Так, председатель коллегии предложил отменить решение Апелляционного Суда и подтвердить решение суда первой инстанции. Тот же самый председатель затем назначил судью-докладчика и назначил состав для рассмотрения дела. В ходе слушания ходатайство председателя было поддержано обвинением и, в конечном счете, было поддержано Верховным Судом…

35. …такое мнение не может считаться нейтральным с точки зрения сторон. Рекомендуя принять или отменить конкретное решение, председатель коллегии обязательно становится союзником обвиняемого или его противником… В данном обращении председатель на самом деле занял позицию обвинения, так как в ходе слушания истец оспаривал ходатайство председателя, а обвинение его поддержало, хотя самостоятельно апелляцию не подавало…

36. К тому же, несмотря на то что председатель не участвовал в заседании как член суда, рассматривавшего ходатайство, он, в действительности, назначил судью-докладчика и членов состава из числа судей коллегии по уголовным делам, которую он возглавляет.

… когда председатель коллегии по уголовным делам не только занимает сторону обвинения, но также и, в дополнение к его организационным и управленческим функциям, назначает состав суда, с объективной точки зрения нельзя сказать, что есть достаточные гарантии для исключения любого обоснованного сомнения в отсутствии ненадлежащего давления. Тот факт, что вмешательство председателя было инициировано судьей суда первой инстанции, лишь ухудшает ситуацию.

[40] См., например, *Borgers v Belgium*, № 12005/86 от 30 октября 1991 г.

38. В свете данных обстоятельств… можно сказать, что сомнения истца о беспристрастности Верховного Суда были объективно оправданными. Поэтому имело место нарушение статьи 6 § 1 Конвенции»[41].

33. В отчете предполагается возможность использования полномочий, чтобы дать некоторым судьям легкие дела, а другим более сложные, с возможностью последующей отмены решений по ним. Поскольку последнее – реальный мотив, это, несомненно, противоречит рассмотренному выше требованию независимости, поскольку председатель суда фактически узурпирует судейскую функцию принятия решения по делу. Однако следует также проявить озабоченность в связи с намеком в этой части отчета на то, что некоторые судьи не готовы рассматривать, по крайней мере, определенные дела, которые, по-видимому, находятся в сфере их юрисдикции. Если это фактически имеет место, тогда следует уделить внимание процессу отбора и обучения судей, а также возможности недопущения рассмотрения судьями с определенным опытом и уровнем компетентности некоторых категорий дел.

34. Во избежание ненадлежащего влияния на процесс распределения дел в отчете обращается внимание на Рекомендацию R(94)12, где предлагается использовать определенную форму автоматической системы распределения дел, и делается ссылка на опыт Австрии и Германии, использующих компьютерную жеребьевку и распределение дел в алфавитном порядке.

35. Европейский Суд по правам человека не давал указаний по использованию какой-либо определенной системы, однако в деле *Моисеев против Российской Федерации* было отмечено, что:

«176. …национальные суды должны функционировать таким образом, чтобы обеспечить надлежащее отправление правосудия… Распределение дела конкретному судье или суду находится в пределах компетенции национальных властей в этой сфере. Есть широкий круг факторов, например, доступные ресурсы, квалификация судей, конфликт интересов, доступность места слушаний для сторон и т. д., которые власти должны принять во внимание при распределении дела…»[42].

36. Система распределения дел в алфавитном порядке рекомендуется в отчете как наиболее подходящая для Республики Беларусь из-за расходов, связанных с компьютеризацией. Однако последнее не будет препятствием, каким кажется, в случае более широкого использования компьютерных ресурсов в других сферах деятельности судов, особенно при распространении судебных решений, что будет рассмотрено далее.

37. В любом случае при выборе системы следует учесть ее пригодность для фактической структуры соответствующих судов и число вовлеченных судей. При всей желательности некоторой формы автоматической системы было бы неуместным принимать замысловатую систему, использование которой повлечет за собой непропорциональные усилия. Поэтому есть необходимость тщательно проконсультироваться с теми, кто будет вовлечен в работу, о соответствующих преимуществах специфических систем с тем, чтобы независимо от того, какая система в конечном счете будет выбрана, она была осуществимой на практике.

38. Кроме того, помимо учета издержек важно, чтобы любая система распределения полностью учитывала рабочую нагрузку судей, ибо полностью автоматическая система может привести к перегрузке некоторых судей. Поэтому было бы желательным, чтобы система оценивала объем работы по делу, а распределение происходило только после проверки степени загрузки конкретного судьи в связи с рассмотрением дел, уже переданных ему или ей. Последнее требование, возможно, и не должно соблюдаться в связи с болезнью, а также вследствие того, что в конкретном деле появились сложности, не предполагаемые первоначально. При таких обстоятельствах распределение дел конкретному судье не должно носить автоматический характер.

39. Это, конечно, можно делать автоматически вместо того, чтобы требовать вмешательства председателя суда, как предлагается в отчете, однако должен существовать порядок сбора соответствующих данных. Без принятия таких мер автоматическое распределение дел может привести к необоснованной задержке рассмотрения ряда дел и, таким образом, нарушению обязательства о гарантировании справедливого слушания дел и вынесения решений в пределах разумного срока.

40. В отчете высказана обоснованная озабоченность в связи с распределением дел, однако удивительно, что там не рассматривается вопрос о перераспределении, который, как показало дело *Моисеев против Российской Федерации,* также может быть проблемным. В связи с этим Европейский Суд по правам человека по данному делу отметил:

«178. После того, как дело было передано и начались слушания, закон требует, чтобы дело рассматривалось в том же самом составе суда до принятия окончательного решения. Этот принцип, известный как правило неизменности состава суда, был изложен в свое время в статье 241 УПК РСФСР… Правило неизменности предусматривало возможность замены судьи, который больше не был в состоянии принимать участие в судопроизводстве, другим судьей. Это было в равной мере

[41] № 42095 от 10 октября 2000 г.

[42] № 62936/00 от 9 октября 2008 г.; сейчас дело рассматривается в Большой коллегии суда.

применимо к профессиональным судьям и присяжным, ибо при отправлении правосудия статус присяжных идентичен статусу профессиональных судей…

179. При повторном рассмотрении дела истца в составе суда было одиннадцать замен судей. В ходе рассмотрения дела четверо судей последовательно были председательствующими. Каждая замена председательствующего сопровождалась заменой присяжных. Кроме того, в одном случае был вызван замененный присяжный для участия в деле, а в другом пришлось искать нового присяжного, чтобы заменить выбывшего из дела. Каждый раз, когда новый член присоединялся к составу, слушания должны были начинаться снова.

180. Правительство не объяснило, как столь чрезмерное число изменений состава суда, поразительное по сравнению с другими уголовными делами в Российской Федерации, поступившими в суд, сочетается с правилом о неизменности состава суда, фундаментальную важность которого подчеркнуло само правительство. Для суда самую серьезную озабоченность вызвал не только факт особенно частых замен в деле истца, но и то, что о причинах для таких замен сообщалось только в двух случаях. Во-первых, дело было передано от судьи Губанова судье Ковалю из-за недомогания первого судьи, реальность и тяжесть которого оспорил истец. Во-вторых, присяжный А.А., заседавший с судьей Комаровой, отказался по семейным причинам, и присяжный А.М. заменил его. Как правительство признало на предварительном этапе, в отчете суда не было никакого упоминания причин для других замен…

181. Суд отмечает, что в статье 241 УПК РСФСР лишь упоминалась возможность замены судьи, который был «не способен принять участие в слушаниях», не излагая обстоятельств, при которых такая замена была возможна или действительно необходима… Хотя можно предположить, что статья 241 охватывает такие ситуации, как, например, добровольный уход судьи, отвод стороной или внешние обстоятельства, которые препятствуют продолжению его работы (например, прекращение статуса судьи квалификационной коллегией), однако не было ни одного признака, что такие обстоятельства имели место в ходе рассмотрения дела истца. Ни один из замененных судей не выразил желание уйти с заседания по делу, не был успешно отведен, их статус судьи не был приостановлен или прекращен… По мнению суда, замена судьи из состава суда без приведения какой-либо причины может быть расценена исключительно как произвольная.

182. Суд далее отмечает, что, как и в случае с распределением среди судей поступающих в суд дел, полномочие перераспределять другому председательствующему судье рассматриваемое уголовное дело обычно осуществлялось председателем суда. Было выявлено, что в данном деле две передачи дела произошли по прямому распоряжению председателя или исполняющего обязанности председателя городского суда… Как установил суд ранее, закон не определял с какой-либо степенью точности обстоятельства, при которых такая передача могла бы произойти. Слабая предсказуемость применения статьи 241 привела к тому, что председатель суда г.Москвы получил полную свободу сменять судей и передавать уголовное дело истца. В связи с этим суд подчеркивает, что статья 241 не содержит никаких процессуальных гарантий против произвольного использования права замены. Таким образом, отсутствовало требование известить стороны о причинах передачи дела или дать возможность прокомментировать это… Кроме того, о замене члена суда не было сказано ни в одном процессуальном решении, подлежащем судебному надзору со стороны вышестоящего суда. Суд полагает, что отсутствие любых процессуальных гарантий в тексте закона сделало членов суда уязвимыми для внешнего давления.

184. Приняв во внимание вышеупомянутые соображения, суд находит, что в деле истца российское уголовное право было не в состоянии обеспечить достаточные гарантии, чтобы исключить любое объективное сомнение относительно отсутствия ненадлежащего давления на судей при выполнении ими судейских обязанностей… При этих обстоятельствах можно сказать, что сомнения истца в независимости и беспристрастности судебного разбирательства объективно оправданы в связи с неоднократными и частыми заменами членов суда в его уголовном деле, которые произошли по неустановленным причинам и не были ограничены никакими процессуальными гарантиями.

185. Поэтому имело место нарушение статьи 6 § 1 как следствие недостаточной независимости и беспристрастности суда первой инстанции»[43].

41. Поэтому было бы уместно, чтобы предложенные реформы коснулись также и перераспределения дел.

Судейская этика

42. Учитывая важность той роли, которую судьи играют в применении закона и определении прав и обязанностей лиц, необходимым является наличие у судей соответствующей подготовки, которая бы делала их пригодными для этой роли.

43. Необходимые знания и навыки для указанной роли включают, конечно, хорошее образование в области права – нормативные правовые акты и их толкование в постановлениях суда, но, как

[43] № 62936/00 от 9 октября 2008 г.; сейчас дело рассматривается в Большой коллегии суда.

и во всех профессиях, это также означает существование таких личных качеств, как честность, независимость мнений и ощущение приличия[44].

44. Несмотря на то что последние качества бывают врожденными, их можно приобретать, и они всегда должны развиваться и укрепляться с тем, чтобы их должное выражение на практике было в полной мере оценено.

45. Вот почему внимание к требованиям этики есть особенность профессионального образования в целом, и в отчете правильно обращается внимание на то, что это не присутствует в системе обучения судей в Республике Беларусь.

46. Конечно, удивительно, что экзамены, которые сдают судьи, не включают потребность рассмотреть любой аспект судейской этики.

47. В связи с этим в отчете предлагается, чтобы будущие судьи прошли проверку знания Кодекса чести судьи. Однако предложение, возможно, слишком скромное, так как предложено делать акцент на делах, которые были предметом дисциплинарных разбирательств. Это может воспрепятствовать будущим судьям вести себя несоответствующим образом, хотя это касается проблем, которые привели к таким разбирательствам, но не касается трудных вопросов, которые не привели к ним вследствие того, что пробелы в дисциплине не были отмечены – это весьма вероятно с учетом того, что рассмотренные выше вопросы независимости и беспристрастности не считаются проблемными или потому, что проблема только начинает проявляться.

48. Таким образом, расширение возможностей для изучения судейской этики будущими судьями было бы уместным, чтобы стимулировать их чувствовать то, что может быть проблематичным, и определять, как решать такую проблему соответствующим образом, а не только учиться следовать утвержденным моделям поведения.

49. Кроме того, изучение этики не следует считать завершенным с назначением на должность судьи. Этические проблемы, несомненно, возникнут в различных формах по мере карьерного роста судьи, и судей нужно поощрять размышлять над дилеммами, связанными с работой судей во время исполнения служебных обязанностей. Поэтому судейская этика должна быть компонентом дальнейшего обучения всех судей в течение их карьеры.

50. Важным элементом изучения этики являются хорошие примеры коллег и старших, оказывающие, вероятно, самое существенное влияние наряду с личной честностью на обеспечение подобающего поведения судей, поэтому судьи должны знать о своей обязанности подавать хороший пример, и личная честность должна быть основным фактором при назначении судей и дальнейшем продвижении по службе.

51.

ОТЧЕТ БОБЦОВА

52. Данный отчет касается использования информационных технологий для улучшения распространения постановлений суда.

53. Доступ к таким постановлениям очень важен по двум причинам. Во-первых, это может быть средством объявления или обнародования решений и выполнения таким образом важного требования о гарантии справедливого разбирательства. Во-вторых, это способ сделать толкование закона судами известным более широкому кругу лиц, дать гарантии предсказуемости требований действующих норм права (особенно тех, которые не являются четкими) и тем самым гарантировать, что ограничения прав и свобод действительно осуществляются согласно закону[45].

54. Важность распространения также признает Рекомендация Rec (2001) 3 Комитета министров Совета Европы государствам-членам об оказании судебных и других юридических услуг гражданам с помощью новых технологий[46]. Там, в частности, государству рекомендуется обеспечить доступность для публики текстов введенных в действие и собранных вместе законов в электронном виде. Кроме того, и что особенно уместно в нынешнем контексте, рекомендуется, чтобы доступ к сети национальных государственных регистров в юридической области был возможен для надлежащих организаций и лиц с учетом необходимости соблюдения требований о безопасности и конфиденциальности.

55. Целесообразно отметить неправительственную инициативу, касающуюся использования правовых информационных технологий, а именно Декларацию о свободном доступе к закону, принятую под эгидой Всемирного института правовой информации, в который подчеркивается:

---

[44] См., проект Бангалорского Кодекса поведения судей 2001 г., принятый судейской группой по усилению чистоты судейства, в редакции после встречи председателей судов за круглым столом, Гаага, 25–26 ноября 2002 г.

[45] См., например, *Steel and Others v United Kingdom*, № 24838/94 от 23 сентября 1998 г. в отношении концепции нарушения мира.

[46] Принята Комитетом министров Совета Европы 28 февраля 2001 г. на 743-й встрече заместителей министров.

«Всемирный институт правовой информации на заседании в Монреале заявляет:

общественная правовая информация всех стран и международных учреждений есть часть общего наследия человечества. Обеспечение максимального доступа к этой информации содействует укреплению правосудия и правовых норм;

общественная правовая информация – общая цифровая собственность и должна быть доступна всем на некоммерческой основе и бесплатно;

организации, например институты правовой информации, вправе издавать общественную правовую информацию, и правительственные органы, которые ее готовят или контролируют, должны обеспечить доступ к ней так, чтобы ее могли опубликовать другие участники.

К общественной правовой информации относится правовая информация, которую разработали государственные органы, уполномоченные принять закон и сделать его публичным. Она включает первичные источники права (например, законодательство, прецедентное право и договоры), различные вторичные (пояснительные) общественные источники (например, отчеты о подготовительной работе и правовой реформе), результаты работы комиссий по расследованию, а также юридические документы, появившиеся благодаря государственному финансированию.

Публично финансируемые вторичные (пояснительные) юридические материалы должны быть доступными бесплатно, но разрешение на переиздание не всегда представляется уместным или возможным. В частности, свободный доступ к изучению права можно обеспечить банками данных правовой информации, институтами правовой информации или другими средствами.

Институты правовой информации:

публикуют в Интернете общественную правовую информацию, происходящую более чем из одного государственного органа;

обеспечивают свободный и анонимный открытый доступ к такой информации;

не препятствуют другим в получении общественной правовой информации из их источников и ее опубликовании;

поддерживают цели, изложенные в настоящей Декларации.

Все институты правовой информации призваны участвовать в обеспечении свободного доступа к региональным или глобальным сетям правовой информации.

В связи с этим институты правовой информации соглашаются:

содействовать и поддерживать свободный доступ к общественной правовой информации во всем мире, преимущественно через Интернет;

признать первичную роль местных инициатив в обеспечении свободного доступа к опубликованию их собственной национальной правовой информации;

сотрудничать для достижения этих целей и, в частности, помочь организациям развивающихся стран достичь этих целей, признавая взаимные преимущества, получаемые всеми от доступа к законодательству друг друга;

помогать друг другу и поддерживать в пределах имеющихся средств другие организации, которые разделяют эти цели относительно:

– содействия правительствам и другим организациям в проведении государственной политики, которая способствует обеспечению доступа к общественной правовой информации;

– технической помощи, рекомендаций и обучения;

– разработки открытых технических стандартов;

– обмена результатами академических исследований;

встречаться не реже одного раза в год и приглашать другие организации, которые являются институтами правовой информации, чтобы присоединить их к настоящей Декларации и обеспечить участие в этих встречах согласно процедурам, которые будут установлены сторонами настоящей Декларации;

передавать конечным пользователям общественной правовой информации четкую информацию относительно любых условий повторного использования такой информации в случаях, где это выполнимо»[47].

56. В отчете должным образом определяются различные источники правовой информации, которые можно было бы включить в правовую базу данных, особое внимание уделяется постановлениям судов. Что касается последних, то здесь акцент делается на вышестоящие суды, хотя в перспективе следует рассмотреть возможность включения с учетом обоснованной секретности и проблем, связанных с конфиденциальностью, постановлений всех судов, поскольку это ослабит физическое давление на канцелярии судов. Также разумно предлагается внести в такую базу академические статьи, процессуальные документы, статистические данные и контактную информацию.

[47] This declaration was made by legal information institutes meeting in Montreal in 2002, as amended at meetings in Sydney (2003), Paris (2004) and Montreal (2007).

57. Можно не сомневаться, что наличие доступа к такому материалу не только повысит производительность судов, но и качество их постановлений, так как суды будут намного лучше информированы о соответствующем подходе к толкованию и применению правовых положений.

58. Чтобы такая база данных несла реальную практическую пользу, важно наличие соответствующего руководства по ее созданию и возможностям поиска, но это должно быть доступным, поскольку подобные системы уже были созданы и использовались в других странах. Было бы печально, если бы принцип приоритета внутреннего изготовителя, упомянутый в отчете при обсуждении инициатив Российской Федерации, состоял бы в разработке программы базы данных с нуля, так как это приведет к существенным задержкам ввода системы в эксплуатацию.

59. Столь же важной для базы данных будет ее доступность для судей и других лиц, работающих в судах. В отчете приводятся подробности внушительных планов по программам компьютеризации, но и справедливо обращается внимание на существующие недостатки. Их следует преодолеть при наличии желания достичь реальных успехов в этой области. Установка компьютеров должна сопровождаться соответствующим обучением, поскольку современные средства и оборудование не окажут серьезной помощи, если большинство судей не будут знать, как использовать базу данных. Более того, акцент не должен делаться лишь на оснащении судов оборудованием; судьи должны иметь возможность получить доступ к базе данных с их домашних компьютеров, чтобы они могли работать более гибко и более эффективно.

60. В отчете определяются различные правовые меры содействия использованию информационных технологий, но не ясно, какое практическое воздействие они имели или есть какие-нибудь пробелы в правовой системе, которые могли бы препятствовать созданию и работе базы данных, предусмотренной согласно отчету. Было бы желательно, чтобы после внесения изменений в отчет было представлено разъяснение, есть ли такие пробелы и как лучше всего исправить их так, чтобы это не привело к необоснованной отсрочке реализации.

61. Можно считать, что отчет сконцентрирован лишь на базе данных для судебной власти, поскольку он был подготовлен в связи с судебной системой и статусом судей. Однако большая часть материала, включаемого в предлагаемую базу данных, будет одинаково полезна для работы юристов в государственном и частном секторах, а также общественности. В связи с этим при подготовке базы данных следует уделить внимание обеспечению ее более широкой доступности. Действительно, это будет очень полезно непосредственно для судов, поскольку доступ к материалам базы данных поможет улучшить качество представляемых юристами документов. Конечно, к материалу, который касается только судей, можно ввести ограничение доступа.

62. Такая возможность была бы важным вкладом в достижение одной из ключевых целей Рекомендации Rec (2001) 3:

«3. Взаимодействие служб суда с общественностью

Оно должно быть настолько легким, насколько возможно общаться с судами и другими юридическими организациями (регистратурами и т. д.), используя новые технологии.

При условии соблюдения требований необходимой безопасности и конфиденциальности это подразумевает возможность:

начала судопроизводства с использованием электронных средств;

предпринять дальнейшие действия в судопроизводстве, обеспечив документооборот в электронной среде;

получения информации о состоянии слушаний при наличии доступа к информационной системе суда;

получения результатов слушаний в электронной форме;

доступа к любой информации, имеющей отношение к эффективному течению слушаний (статутное право, прецедентное право и судебные процедуры).

Информация о судебных процедурах должна быть доступна для общественности в электронном виде.

Распространение информации следует вести с использованием наиболее доступных технологий (в настоящее время Интернет).

Государство должно, насколько это возможно, гарантировать подлинность и целостность информации, распространяемой таким образом среди общественности или поставщиков для частного сектора».

63. Предложение Комиссии разработать стратегию относительно правовой базы данных, содержащееся в отчете, кажется надлежащей отправной точкой. Однако, учитывая полезность такой базы данных для юристов и других лиц, было бы уместно включать данных лиц в состав этой Комиссии и консультироваться с ними по поводу ее развития.

64. Создание базы данных, вероятно, приведет к повышению эффективности в долгосрочной перспективе. Вполне возможно, что на начальных этапах ее создания она будет значительным бре-

менем для судов и других лиц. Это бремя не должно привести к задержкам в работе судов, и поэтому в течение этого этапа им нужно предоставить дополнительные ресурсы.

65. Желательно размещение материала в отчете на английском языке, ибо не всегда ясно, что является авторским текстом, а что было процитировано из международных источников.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

66. Оба отчета касаются важных проблем в сфере судебной системы и статуса судей. Полученные результаты нуждаются в некотором разъяснении и отработке, но суть рекомендаций находится в русле требований международных стандартов, касающихся отправления правосудия. Выполнение рекомендаций, пересмотренных с учетом сделанных выше комментариев, внесет существенный вклад в улучшение качества и эффективности отправления правосудия в Беларуси.

II. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС АДВОКАТОВ

Отчет о вводном семинаре

15 октября 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Судоустройство и статус адвокатов». Семинар состоялся в Минском международном образовательном центре (IBB).

В семинаре приняли участие 70 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

Министерство юстиции Республики Беларусь;

Конституционный Суд Республики Беларусь;

Республиканская коллегия адвокатов;

областные коллегии адвокатов;

Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;

юридический факультет Белорусского государственного университета;

юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;

Академия управления при Президенте Республики Беларусь;

Государственное научное учреждение «Институт государства и права Национальной академии наук Беларуси»;

Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;

Международный институт трудовых и социальных отношений;

РОО «Белорусская ассоциация юрисконсультов»;

ОО «Белорусская ассоциация молодых христианских женщин».

Работу семинара открыли выступления Александра Сергеевича Петраша, первого заместителя Министра юстиции Республики Беларусь, и Татьяны Владимировн ы Матусевич, заместителя председателя Республиканской коллегии адвокатов. Первая часть семинара была отведена выступлениям белорусских экспертов в области проблем адвокатуры, посвященным международным стандартам в области деятельности адвокатов, а также проблемам статуса адвокатов в Беларуси и гарантий его профессиональной деятельности. Во второй половине дня участники обсудили в малых группах наиболее насущные проблемы профессиональной деятельности адвокатов в Республике Беларусь.

В результате дискуссии участниками семинара были рассмотрены следующие вопросы, связанные с проблемами статуса адвокатов в Беларуси и гарантий его профессиональной деятельности:

О НЕЗАВИСИМОСТИ АДВОКАТОВ

1. Существующий порядок лицензирования адвокатской деятельности, включая выдачу лицензий органом исполнительной власти и ограниченный срок действия лицензии, создает предпосылки ограничения принципа независимости адвокатской деятельности.

2. Право Министерства юстиции Республики Беларусь отзывать адвокатские лицензии не соответствует принципам независимости адвокатов. Лицензия должна отзываться только по решению суда.

3. В целях дальнейшего развития принципа независимости адвокатов следует предусмотреть, чтобы более 50 процентов состава Квалификационной комиссии адвокатов Республики Беларусь составляли адвокаты.

4. Необходимость переоформления лицензии на занятие адвокатской деятельностью при смене адвокатом места жительства создает препятствия для осуществления принципа свободного осуществления профессии адвоката.

5. У адвокатов должно быть право обжалования любого дисциплинарного взыскания в суд.

ОБ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЕ

1. Понятие «адвокатская тайна» является неодинаковым по содержанию в ряде нормативно-правовых актов, что существенным образом влияет на правоприменительную практику.

2. Несмотря на наличие в действующем законодательстве запрета на допрос в качестве свидетеля адвоката, ответственность работников правоохранительных органов за нарушение данного положения не предусмотрена. Следовательно, случаи вызова на допрос и допроса в качестве свидетелей адвокатов имеют место на практике.

3. Действующим законодательством также предусмотрено, что свидания адвоката со своим подзащитным должны проходить в условиях конфиденциальности. Однако ответственность работников правоохранительных органов за нарушение данного положения не предусмотрена, что оказывает негативное влияние на правоприменительную практику по данному вопросу.

4. Не разрешен вопрос о том, может ли адвокат в определенных случаях раскрыть информацию, полученную от клиента, в объеме, который он считает необходимым (например, для предотвращения готовящегося особо опасного преступления, в случаях, которые касаются финансирования терроризма, легализации доходов, полученных незаконным путем).

5. Действующее законодательство, закрепляющее обязательную цензуру переписки обвиняемого или подозреваемого, содержащихся под стражей, и осужденного, не делает исключений для переписки указанных субъектов с адвокатом.

6. Не установлен особый порядок проведения оперативно-розыскных и следственных действий в случаях, когда они касаются адвокатов либо с ними связаны (например, прослушивание телефонных переговоров подозреваемого или обвиняемого, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия, в случаях его общения посредством телефонной связи с защитником). Кроме того, отсутствуют препятствия для использования в последующем таких материалов в качестве доказательств в уголовном процессе.

О РОЛИ АДВОКАТА В ПРОЦЕССЕ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ И РАВЕНСТВЕ СТОРОН

1. В отличие от сотрудников правоохранительных органов на практике у адвокатов отсутствует доступ к документам, представляющим предмет врачебной и банковской тайны, которые могут быть необходимы для подготовки к защите клиента.

2. В связи с тем что слова, сказанные адвокатом в суде, часто становятся объектом необоснованных жалоб на адвоката, следует усилить гарантии свободы слова адвоката при осуществлении им профессиональной деятельности.

3. Следует пересмотреть существующий разрешительный порядок допуска адвоката к свиданию с задержанным клиентом, при котором адвокат вынужден получать разрешение на свидание у сотрудников правоохранительных органов, и рассмотреть возможность введения уведомительного порядка допуска.

4. В связи с тем что ограниченный объем прав адвоката в гражданском процессе по сбору документов не способствует обеспечению должной защиты клиента, следует предоставить адвокату-представителю такие же права по сбору документов, какие предоставлены адвокату-защитнику.

5. Информация, полученная адвокатами в ходе адвокатского расследования, прикрепляется к делу в качестве сведений, а не доказательств и соответственно не может быть положена в основу судебного решения. Более того, у адвоката в отличие от стороны обвинения отсутствует право представлять сведения и свидетелей на любой стадии процесса.

6. В связи со сложностью процедуры и необоснованными задержками со стороны правоохранительных органов необходимо рассмотреть возможность упрощения процедуры запроса адвоката в правоохранительные органы.

7. В настоящее время ходатайства адвоката о назначении судебных экспертиз должны направляться в органы, ведущие уголовный процесс. В связи с тем что такие ходатайства не являются обязательными для органов, ведущих уголовный процесс, они часто необоснованно отклоняются, что не позволяет адвокату получить достоверные доказательства для защиты клиента.

8. Адвокатам должно быть предоставлено право представлять интересы лиц, дающих объяснения на стадии возбуждения уголовного дела.

9. В связи с неэффективностью практики использования в процессе справки о результатах расследования предлагается рассмотреть вопрос о возвращении к обвинительному заключению.

10. В целях обеспечения принципа равенства сторон следует рассмотреть вопрос об обязательном участии адвоката в надзорном и кассационном производстве, а также при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговоров.

11. Расширить процессуальные возможности адвоката потерпевшего и адвоката свидетеля.

12. Отсутствие четкого определения права адвоката, участвующего в качестве представителя при допросе свидетеля, на практике приводит к невозможности эффективного выполнения своих функций адвокатом при таком допросе.

13. Следует внести изменения в Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» с целью повысить роль адвоката при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий.

14. На сегодняшний день правоохранительные органы обладают широкими полномочиями по определению случаев, когда в отношении свидетеля требуются особые меры защиты. «Защищенный» свидетель в суд не является, адвокатом не допрашивается, а его показания просто зачитыва-

ются в судебном процессе. Такие широкие полномочия правоохранительных органов по использованию показаний «защищенных» свидетелей иногда приводят к фальсификации показаний и даже самих свидетелей. Также известны случаи, когда суды выносили свои решения исключительно на основании показаний «защищенных» свидетелей. Следует строго ограничить случаи защиты свидетелей и предоставить адвокату право допрашивать «защищенных» свидетелей в суде посредством аудиосвязи.

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Матусевич Т. В.[48]

О НЕЗАВИСИМОСТИ АДВОКАТОВ

Весь опыт развития человечества доказал, что без обеспечения прав и свобод гражданина невозможно достигнуть демократии, построить правовое государство и обеспечить социально-экономическое процветание.

Реальное обеспечение прав и свобод человека, провозглашенных Всеобщей Декларацией прав человека, Международным пактом о гражданских и политических правах и другими международными документами, принятыми во многих странах мира, гарантировано и в Конституции Республики Беларусь.

Функционирование адвокатуры Беларуси – основная гарантия реализации статьи 62 Конституции Республики Беларусь, в соответствии с которой каждый имеет право на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде, иных государственных органах, органах местного управления, на предприятиях, в учреждениях, организациях, общественных объединениях и в отношениях с должностными лицами и гражданами. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается за счет государственных средств.

Противодействие оказанию правовой помощи в Республике Беларусь запрещается.

Институт адвокатуры в Беларуси как важнейший инструмент современного гражданского общества способствует охране прав и законных интересов граждан Беларуси, и все более актуальным становится вопрос о новой роли адвокатуры в жизни общества и государства.

Деятельность адвокатуры в Республике Беларусь регулировалась Законом СССР от 30 ноября 1979 г. «Об адвокатуре в СССР» и Положением от 21 мая 1981 г. «Об адвокатуре в Белорусской ССР». Этими нормативными актами адвокатура Беларуси руководствовалась до 1993 г. С принятием 15 июня 1993 г. Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» (далее – Закон) адвокатура приобрела статус независимого института.

Настоящий отчет подготовлен по результатам вводного семинара на тему: «Судоустройство и статус адвокатов», проведенного в рамках проекта ПРООН «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

Предметом исследования настоящего отчета являются следующие вопросы:

лицензирование адвокатской деятельности в Республике Беларусь, продление, отзыв, переоформление и лишение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью;

Квалификационная комиссия по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь;

квалификационный экзамен на право занятия адвокатской деятельностью;

право адвоката на обжалование дисциплинарных взысканий в судебном порядке.

1.

На основе анализа законодательства Республики Беларусь рассмотрим вопросы приобретения статуса адвоката Республики Беларусь. В первую очередь мы ответим на вопрос, кто может быть адвокатом в Республике Беларусь, а также остановимся на ограничениях права на осуществление адвокатской деятельности, установленных Законом.

В соответствии со статьей 7 Закона адвокатом Республики Беларусь может быть гражданин Республики Беларусь, имеющий высшее юридическое образование, стаж работы по специальности не менее трех лет или не имеющий такого стажа, но прошедший стажировку сроком от шести месяцев до одного года в адвокатуре, сдавший квалификационный экзамен и получивший лицензию на право осуществления адвокатской деятельности.[49] Эта норма с 1993 года претерпела лишь незначительные редакционные изменения.

К адвокатской деятельности не допускаются лица, признанные в установленном порядке недееспособными или ограниченно дееспособными; ранее совершившие умышленные преступления; исключенные (уволенные) из коллегий адвокатов, а также уволенные из правоохранительных и других органов по компрометирующим обстоятельствам, – в течение пяти лет со дня принятия соответствующих решений, если иное не предусмотрено законодательными актами (статья 10 Закона).

Сравним вышеназванные нормы с законодательством об адвокатуре зарубежных государств.

---

[48] Матусевич Татьяна Владимировна, адвокат с 1982 г., заместитель председателя Республиканской коллегии адвокатов.

[49] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1993. № 20. С. 242.

Согласно статьям 2 и 9 Федерального Закона Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»[50] в Российской Федерации адвокатом является лицо, получившее в установленном указанным Федеральным законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Статус адвоката в Российской Федерации вправе приобрести лицо, которое имеет высшее юридическое образование, полученное в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, либо ученую степень по юридической специальности. Указанное лицо также должно иметь стаж работы по юридической специальности не менее двух лет либо пройти стажировку в адвокатской конторе 1–2 года.

Не вправе претендовать на приобретение статуса адвоката и осуществление адвокатской деятельности лица:

1) признанные недееспособными или ограниченно дееспособными в установленном законодательством Российской Федерации порядке;

2) имеющие непогашенную или неснятую судимость за совершение умышленного преступления.

В силу статьи 2 Закона «Об адвокатуре», принятого Верховной радой Украины 19 декабря 1992 г., адвокатом может быть лицо, имеющее высшее юридическое образование, подтвержденное дипломом Украины или в соответствии с международными договорами Украины дипломом другой страны, стаж работы в области права не менее двух лет, владеющее государственным языком, сдавшее квалификационные экзамены, получившее в Украине свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью и принявшее присягу адвоката Украины. Адвокатом не может быть лицо, имеющее судимость[51].

В соответствии со статьей 4 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности», принятого 21 октября 1999 г.,[52] адвокатом может быть гражданин Кыргызской Республики, имеющий лицензию на право занятия адвокатской деятельностью. К занятию адвокатской деятельностью не допускаются лица:

признанные недееспособными или ограниченно дееспособными в установленном законом порядке;

имеющие судимость за умышленное преступление;

уволенные из правоохранительных и других государственных органов по компрометирующим обстоятельствам.

К экзаменам на получение лицензии допускаются лица, имеющие высшее юридическое образование; опыт юридической работы не менее одного года или опыт работы в качестве помощника адвоката не менее одного года.

В соответствии с Законом Литовской Республики «Об адвокатуре», принятым в 2004 г., различают две ступени получения статуса адвоката: признание адвокатом и включение в список практикующих адвокатов.

Для признания статуса адвоката гражданин должен иметь литовское гражданство, высшее юридическое образование, безупречную репутацию, владеть литовским языком и иметь двухлетний стаж практики в качестве помощника адвоката либо пятилетний стаж работы по юридической специальности. Кроме того, должна быть представлена справка о состоянии здоровья претендента[53].

Для получения адвокатской лицензии в Норвегии требуется, как минимум, двухгодичный стаж работы в качестве стажера у практикующего адвоката, судьи или уполномоченного судьи, юриста полиции, в функции которого входит рассмотрение судебных дел; преподавателя юридических дисциплин в университете. В стаж засчитывается и прочая юридическая практика, но только половина фактически отработанного времени и в общей сложности не более шести месяцев. Однако по ходатайству претендента может быть учтен стаж большей продолжительности. Кроме того, требуется документ, подтверждающий достойное поведение кандидата, и то, что кандидат не находится под опекунством и не является банкротом или душевнобольным.

Кандидаты на получение лицензии в Норвегии должны также пройти курсы, состоящие из двух обязательных сессий (каждая продолжительностью три дня), где кандидатам предлагаются лекции по темам практического характера, тренировочный судебный процесс и редактирование процессуальных документов. В программу курсов входит дистанционное обучение по Интернету (особенно по вопросам этики). Курсы завершаются письменным экзаменом на дому, проводятся восемь раз в год и одновременно насчитывают примерно 70 слушателей.

Если кандидат работал стажером, то Наблюдательный совет требует, чтобы он провел, как минимум, три дела в суде первой инстанции. Это оказывается проблематичным для стажеров в боль-

[50] http://base.consultant.ru

[51] Закон Украины «Об адвокатуре». Харьков юридический, 2008.

[52] Закон Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности». Бишкек, 2001.

[53] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

ших адвокатских фирмах, которые в основном занимаются консалтингом и редко выступают в судах. Кроме того, требуется документ, подтверждающий достойное поведение кандидата, и то, что он не находится под опекунством и не является банкротом или душевнобольным.

В Норвегии установлен возрастной ценз для кандидатов на получение адвокатской лицензии – кандидат должен быть не моложе 20 лет. Кроме того, кандидат должен иметь средства для уплаты страхового платежа в размере не менее 5 млн крон (1 крона = 335 бел. руб.).[54]

Следует заметить, что для ведения дел в Верховном Суде Норвегии требуется специальная лицензия, которая выдается адвокату после ведения не менее трех дел в Верховном Суде Норвегии.

Условия доступа к адвокатской профессии во Франции довольно жесткие и определены Декретом 1972 г. Прежде всего необходимо иметь французское гражданство либо быть гражданином одного из государств общего рынка при наличии условий взаимного признания дипломов о высшем образовании, а также иметь диплом по специальности высшего учебного заведения (как минимум, магистра права). Кроме того, лицо не должно иметь судимости, а также взысканий за серьезные дисциплинарные или административные проступки, а также не быть соучастником банкротства по линии какой-либо фирмы или предприятия. Лицо, соответствующее указанным требованиям, должно пройти вступительные экзамены в Центре профессиональной подготовки (два письменных и устный), проучиться там год, пройти теоретический курс и практическую стажировку, а затем сдать выпускные экзамены (один письменный и три устных)[55].

При соблюдении этих условий юрист принимается в ассоциацию адвокатов. После этого он уже в качестве адвоката проходит двухгодичную стажировку по специальности и получает свидетельство.

Адвокатом в Италии может быть гражданин Италии или государств Европейского союза, имеющий высшее юридическое образование и стаж юридической деятельности или стажировки у адвоката в течение двух лет.

Таким образом, общим условием получения статуса адвоката как в странах СНГ, так и в странах дальнего зарубежья является наличие высшего юридического образования и отсутствие судимости. Гражданство как обязательное условие допуска к адвокатской профессии предусмотрено в Республике Беларусь, Литве, Кыргызстане, Франции, Италии, Бельгии (бельгийский гражданин или гражданин государства – члена Европейского Экономического Сообщества).

Следует заметить, что в соответствии со статьей 10 Основных принципов, касающихся роли юристов, принятых восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушениями в 1990 г., требование, согласно которому адвокат должен являться гражданином соответствующей страны, не рассматривается как дискриминационное.

Сравнительный анализ норм, регулирующих допуск к адвокатской деятельности, позволяет сделать вывод о том, что государства по-разному подходят к установлению сроков стажа работы по юридической специальности для получения доступа к адвокатской профессии. Этот срок колеблется от одного года в Кыргызстане, двух лет – в России, Украине, Норвегии, Италии, трех лет – в Беларуси, до пяти лет – в Литве. Стажировка как ступень к получению статуса адвоката закреплена в законах Беларуси, России, Норвегии, Италии и Франции.

На дееспособность гражданина как на условие получения статуса адвоката прямо указано в белорусском, российском, кыргызском и норвежском законах. В Украине с признанием гражданина недееспособным либо ограниченно дееспособным связано приостановление статуса адвоката.

Лица, признанные в установленном порядке недееспособными либо ограниченно дееспособными, не могут быть адвокатами во всех государствах, законодательство которых изучалось.

Ограничения прав на осуществление адвокатской деятельности можно разделить на две группы: относящиеся к психическому состоянию гражданина и относящиеся к поведенческим моментам гражданина.

Что касается ограничения права на осуществление адвокатской деятельности по поведенческим моментам, то подходы государств здесь различны. В России и Кыргызстане не вправе претендовать на приобретение статуса адвоката лица, имеющие судимость за совершение умышленного преступления, в Украине и Франции – имеющие судимость за совершение любого преступления, в Беларуси – вне зависимости от того, погашена либо снята судимость лица, ранее совершившего умышленное преступление, в Литве – вне зависимости от погашения судимости лица, ранее совершившего любое преступление (как умышленное, так и неосторожное).

К ограничениям допуска к адвокатской профессии, связанным с поведением гражданина, относятся и следующие ограничения, установленные в Республике Беларусь, – лица, исключенные

[54] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации Норвегии.

[55] Материалы научно-практической конференции во Франции // Адвокат. 2002. № 3. С.6.

(уволенные) из коллегий адвокатов, а также уволенные из правоохранительных и других органов по компрометирующим обстоятельствам, не могут быть допущены к адвокатской деятельности в течение пяти лет со дня принятия соответствующих решений, если иное не предусмотрено законодательными актами. В Кыргызстане – лица, уволенные из правоохранительных и других государственных органов по компрометирующим обстоятельствам, в Литве – лица, лишенные статуса адвоката, уволенные из суда и прокуратуры по компрометирующим обстоятельствам – в течение трех лет после увольнения.

Представляется, что ограничения права на осуществление адвокатской деятельности, связанные с поведением лица, установленные в Беларуси, наиболее полно отражают требования к репутации претендента на допуск к адвокатской профессии, так как профессия адвоката является профессией, основанной на верховенстве закона, доверии и независимости.

Нормы статей 7 и 10 Закона «Об адвокатуре» соответствуют пункту 10 Основных принципов, касающихся роли юристов, согласно которому правительства, профессиональные ассоциации юристов обеспечивают отсутствие дискриминации в ущерб какому-либо лицу в отношении начала или продолжения профессиональной практики по признаку расы, цвета кожи, пола, этнического происхождения, религии, политических или иных взглядов, национального или социального происхождения, имущественного, сословного, экономического или иного положения.

В целях обеспечения независимости адвоката при выполнении им профессиональных обязанностей и в связи с тем, что он является одним из участников осуществления правосудия, некоторые виды деятельности признаются несовместимыми с его статусом (п. 2.5.1 Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского сообщества).

Этому международному принципу в полной мере соответствует норма части 2 статьи 7 Закона, в соответствии с которой адвокаты и стажеры не могут состоять на службе в государственных, общественных и иных организациях, за исключением лиц, занимающихся научной или педагогической деятельностью. Практика работы адвокатов Беларуси свидетельствует о неукоснительном соблюдении данной нормы. Ряд адвокатов успешно совмещают свою профессиональную деятельность с научной и педагогической работой.

В России адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные.

В Украине адвокату запрещено работать в суде, прокуратуре, государственном нотариате, органах внутренних дел, службы безопасности, государственного управления.

Адвокаты и помощники адвокатов в Кыргызстане не могут находиться на государственной службе. Адвокатам, помощникам адвокатов разрешается заниматься преподавательской, научной и иной творческой деятельностью.

В Бельгии профессия адвоката несовместима с постом полностью занятого члена судебной власти, секретаря и государственного служащего; функциями нотариуса и помощника шерифа; производственной или коммерческой деятельностью; вознаграждаемой занятостью или деятельностью в публичном или частном секторе, подвергающими опасности независимость адвоката или компрометирующими авторитет Адвокатской палаты (статья 437 Судебного кодекса)[56].

В Литве адвокат может заниматься научной, педагогической работой, быть антикризисным управляющим, исполнителем завещания, патентным поверенным, арбитром, медиатором, экспертом права при разрешении коммерческих споров, на общественных началах членом управления органа юридического лица[57].

Значительная часть адвокатов Норвегии работает на предприятиях, в банках, страховых компаниях и т.п. Норвежским адвокатам никогда не запрещалось вступать в трудовые отношения и получать заработную плату у лиц, не являющихся адвокатами. Однако судьи, прокуроры, полицейские, аппарат судов, муниципалитетов, прокуратуры и полиции в соответствии с законом лишены права заниматься адвокатской деятельностью[58].

Адвокаты Италии не могут заниматься предпринимательской или коммерческой деятельностью. Однако им разрешено выполнять обязанности судьи в ином округе.

Ограничения в осуществлении иной профессиональной деятельности, установленные для адвокатов Беларуси, соответствуют нормам, регулирующим сходные правоотношения в России и Бельгии, а также международным стандартам, в соответствии с которыми независимость юридической профессии представляется существенной гарантией для осуществления защиты прав че-

---

[56] http://www.rosregistr.ru

[57] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

[58] Гуннар Нердрум. Об адвокатах и адвокатской деятельности в Норвегии // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. 2008. № 1.

ловека и является необходимой для получения качественной правовой помощи и соответствует стандартам независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов (приняты на конференции МАЮ, Нью-Йорк, сентябрь 1990 г.).

Осуществлять адвокатскую деятельность в Беларуси может только физическое лицо, получившее в установленном порядке лицензию на срок не менее пяти лет и не более десяти лет, которая выдается Министерством юстиции Республики Беларусь по решению коллегии Министерства юстиции Республики Беларусь на основании заключения Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь.

Вопросы лицензирования адвокатской деятельности в Беларуси регулируются не только статьей 12 Закона, но и Положением о лицензировании отдельных видов деятельности, утвержденным Декретом Президента Республики Беларусь № 17 от 14 июля 2003 г.[59], а также Положением о лицензировании адвокатской деятельности, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 20 октября 2003 г. № 1363[60].

Положение о лицензировании отдельных видов деятельности (далее – Положение) является систематизированным нормативным актом, устанавливающим единые подходы к лицензированию разных видов деятельности, в том числе и адвокатской. В нем предусмотрено право лицензирующего органа (Министерства юстиции Республики Беларусь) приостановить действие лицензии и аннулировать ее за грубое нарушение лицензиатом законодательства о лицензировании или установленных требований и условий осуществления адвокатской деятельности.

В государствах, законодательство которых изучалось при подготовке настоящего отчета, вопросы лицензирования адвокатской деятельности урегулированы специальными законами, декретами, регламентирующими деятельность адвокатуры либо суда.

Республиканская коллегия адвокатов последовательно возражала против включения в Положение о лицензировании адвокатской деятельности. При этом приводились доводы, что адвокатская деятельность не является коммерческой, и к ней ни в коей мере не могут быть применены даже общие правила лицензирования предпринимательской деятельности, изложенные в Положении.

В связи с тем что адвокатура является неотъемлемой частью судебной системы, а адвокат – равноправным с прокурором участником процесса, лицо, претендующее на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью, должно соответствовать определенным профессиональным и нравственным критериям. В связи с этим доступ к адвокатской деятельности в Республике Беларусь, как и во всех цивилизованных странах, осуществляется в особом порядке, установленном законом прямого действия – Законом Республики Беларусь «Об адвокатуре».

Этот порядок содержит ряд условий, только при соблюдении которых может быть выдана лицензия на право осуществления адвокатской деятельности. Так, для претендента на получение лицензии на право осуществления адвокатской деятельности необходимо наличие высшего юридического образования, гражданства Республики Беларусь, наличие стажа работы по специальности не менее трех лет либо прохождение стажировки в коллегии адвокатов сроком от шести месяцев до двух лет, сдача квалификационного экзамена, безупречные характеризующие данные о личности.

Адвокатура представляет собой профессиональный правозащитный институт. Вопросы дисциплинарной ответственности адвокатов решают органы адвокатского самоуправления, что соответствует международным стандартам, и такое положение всегда существовало в Республике Беларусь. Именно на основе решений органов адвокатского самоуправления происходит отчисление из коллегий адвокатов, что влечет аннулирование лицензии на право осуществления адвокатской деятельности.

Представляется, что ввиду специфики адвокатской деятельности вопросы ее лицензирования должны быть урегулированы в специальном законе – Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре».

Следует заметить, что лицензии на осуществление адвокатской деятельности помимо Беларуси получают адвокаты Норвегии и Кыргызстана. Адвокаты Украины и Франции профессиональную деятельность осуществляют на основе свидетельства на право осуществления адвокатской деятельности. В России адвокаты работают на основании решения о присвоении статуса адвоката, в Италии – на основе принятия решения о включении в реестр адвокатов,[61] в Литве – на основе принятия решения о включении в списки практикующих адвокатов[62].

2.

Для решения вопросов о допуске к адвокатской деятельности в Республике Беларусь функци-

[59] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 79. С. 5.

[60] Там же. № 121. С. 78.

[61] Материалы научно-практической конференции МС(С)А в Италии // Адвокат. 2008. № 10. С. 4.

[62] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

онирует в соответствии с Положением о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утвержденным постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 29 октября 2003 г. № 27 (в редакции постановления Министерства юстиции от 24 марта 2008 г. № 2)[63], Квалификационная комиссия по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь (далее – Комиссия). Комиссия создается Министерством юстиции Республики Беларусь сроком на три года в составе не менее девяти членов из числа представителей государственных органов, адвокатов, имеющих стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет, и иных специалистов в области права. Председателем Комиссии является заместитель Министра юстиции Республики Беларусь. В состав действующей Квалификационной комиссии, состоящей из 15 человек, входят 6 адвокатов, в том числе и председатель Республиканской коллегии адвокатов, 5 представителей Министерства юстиции Республики Беларусь, двое судей и двое ученых-юристов.

Проверка соответствия возможностей соискателя лицензии лицензионным требованиям и условиям осуществляется в форме квалификационного экзамена. Экзамен состоит из проверки знаний соискателей лицензии в письменной (тестирование) и устной формах. Экзамен может состоять из ответов на письменные и устные вопросы по материальному и процессуальному праву, в том числе с использованием билетов и тестов, решением практических задач и составлением правовых документов.

Каждый тест содержит не менее 20 вопросов. Перечень вопросов, включаемых в экзаменационные тесты, разрабатывается Министерством юстиции в соответствии с программой, которая утверждается Министром юстиции.

Количество правильных ответов, являющееся основанием для признания результатов тестирования положительными, должно составлять не менее 80 процентов от количества вопросов, содержащихся в экзаменационных тестах. Правильным считается ответ, при котором из предложенных вариантов ответа выбраны все верные и не выбрано ни одного неверного варианта ответа. Соискатели лицензии, набравшие необходимое количество правильных ответов в результате тестирования, допускаются к устному экзамену, в ходе которого могут задаваться вопросы либо предложено дать ответы на вопросы экзаменационного билета. Знания соискателя лицензии оцениваются Комиссией исходя из полноты и правильности данных им ответов на вопросы. Соискатели лицензии, не прошедшие тестирование, к сдаче устного экзамена не допускаются. В случае отрицательных результатов тестирования или устного экзамена выносится заключение о несоответствии соискателя лицензии лицензионным требованиям и условиям.

Поскольку по результатам экзамена, который принимается Комиссией, решается вопрос о выдаче лицензии на осуществление адвокатской деятельности, а следовательно, предрешается вопрос о приеме в коллегию адвокатов, количество адвокатов в Комиссии должно составлять не менее половины ее членов. В связи с этим пункт 3 Положения о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь следует дополнить частью: «Количество адвокатов в Комиссии должно составлять не менее половины ее членов».

На основе лицензий, выдаваемых Министерством юстиции Кыргызстана, осуществляют профессиональную деятельность адвокаты Кыргызстана. Лицензия выдается после приема экзаменов Квалификационной комиссией при Министерстве юстиции, которая состоит из 5 членов. Возглавляет комиссию статс-секретарь Министерства юстиции. Лицам, желающим заниматься адвокатской деятельностью и имеющим пятилетний стаж адвокатской деятельности, работы в прокуратуре, МВД, МНБ, суде, юридических отделах Администрации Президента Кыргызской Республики, аппаратов Премьер-министра Кыргызской Республики, Законодательного собрания и Собрания народных представителей Жогорку Кенеша Кыргызской Республики, депутатам-юристам Жогорку Кенеша Кыргызской Республики, лицензия выдается без сдачи экзаменов. В Квалификационной комиссии адвокатское сообщество представляет только один адвокат, что вызывает серьезную озабоченность со стороны адвокатского корпуса Кыргызстана. Об этом, в частности, заявляла член правления коллегии адвокатов Кыргызстана Г.А.Скрипкина на международном семинаре в г.Москве в июне 2008 г.[64] . Лицензия выдается на неопределенный срок.

Решение о присвоении статуса адвоката в России принимает Квалификационная комиссия адвокатской палаты субъекта Российской Федерации после сдачи лицом, претендующим на приобретение статуса адвоката, квалификационного экзамена, который состоит из письменных ответов на вопросы (тестирование) и устного собеседования. Статус адвоката присваивается претенденту на неопределенный срок. О присвоении претенденту статуса адвоката Квалификационная комиссия в семидневный срок со дня принятия соответствующего решения уведомляет территориаль-

[63] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 125. С. 58.

[64] Скрипкина Г.А. Проблемы адвокатуры Кыргызстана: материалы междунар. семинара. М., 2008. С. 17.

ный орган юстиции, который вносит сведения об адвокате в региональный реестр и выдает адвокату соответствующее удостоверение.

Квалификационная комиссия согласно статье 33 Федерального Закона формируется на два года в количестве 13 членов комиссии по следующим нормам представительства:

1) от адвокатской палаты – семь адвокатов, включая президента адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. При этом адвокат – член комиссии должен иметь стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет;

2) от территориального органа юстиции – два представителя;

3) от законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации – два представителя. При этом представители не могут быть депутатами, государственными или муниципальными служащими. Порядок избрания указанных представителей и требования, предъявляемые к ним, определяются законами субъектов Российской Федерации;

4) от Верховного Суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа – один судья;

5) от арбитражного суда субъекта Российской Федерации – один судья.

Председателем Квалификационной комиссии является президент адвокатской палаты по должности. Квалификационная комиссия считается сформированной и правомочна принимать решения при наличии в ее составе не менее двух третей от числа членов Квалификационной комиссии. Заседания Квалификационной комиссии созываются ее председателем по мере необходимости, но не реже четырех раз в год. Квалификационная комиссия создается для приема квалификационных экзаменов у лиц, претендующих на присвоение статуса адвоката, а также для рассмотрения жалоб в отношении адвокатов.

В Украине для определения уровня профессиональных знаний лиц, которые намерены заниматься адвокатской деятельностью, решения вопросов о дисциплинарной ответственности адвокатов в Республике Крым, областях, городах Киеве и Севастополе образуются сроком на 3 года квалификационно-дисциплинарные комиссии адвокатуры. Эти комиссии образуются в составе двух палат – аттестационной и дисциплинарной. Формирование квалификационно-дисциплинарных комиссий адвокатуры и организационное обеспечение их деятельности возлагается на Совет Министров Республики Крым, областные, Киевский и Севастопольский городские Советы народных депутатов. Аттестационная палата образуется в составе 11 членов, в нее входят 4 адвоката, 4 судьи и по одному представителю от Совета Министров Республики Крым, областного Киевского и Севастопольского городских Советов народных депутатов, управления юстиции Совета Министров Республики Крым, областной, Киевской и Севастопольской городской государственной администрации, отделения Союза адвокатов Украины. Решение о выдаче свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью или об отказе в выдаче свидетельства принимается открытым голосованием большинством голосов от общего количества членов палаты. Лицо, не сдавшее квалификационные экзамены, имеет право сдавать их повторно через год. В работе квалификационно-дисциплинарной комиссии с правом совещательного голоса могут участвовать ученые-юристы и депутаты. Решения об отказе в выдаче свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью или привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности могут быть обжалованы в Высшую квалификационную комиссию адвокатуры, порядок деятельности которой определяется Положением о ней, утверждаемым Президентом Украины.

Высшая квалификационная комиссия адвокатуры рассматривает жалобы на решения квалификационно-дисциплинарных комиссий. Она вправе отменять или изменять решения квалификационно-дисциплинарных комиссий. Высшая квалификационная комиссия адвокатуры образуется при Кабинете Министров Украины. В состав Высшей квалификационной комиссии адвокатуры входят по одному представителю от каждой квалификационно-дисциплинарной комиссии адвокатуры, Верховного Суда Украины, Министерства юстиции Украины, Союза адвокатов Украины.

Квалификационная комиссия в Литве состоит из 7 человек. Трое назначаются советом адвокатов Литвы, 4 человека – Министерством юстиции, при этом двое обязательно должны иметь научную степень доктора наук. В Законе об адвокатуре Литвы закреплено, что в составе комиссии должно быть два адвоката. Возглавляет комиссию адвокат. До 2008 года председателем комиссии являлся преподаватель права. Экзамен состоит из двух этапов: письменного и устного. Программа и процедура экзамена утверждается Министерством юстиции по согласованию с Советом адвокатуры. Проходной бал – 7 баллов. Практика показывает, что из 10 претендентов экзамен на присвоение статуса адвоката сдают 1–3 человека. Претендент допускается к повторному экзамену через 6 месяцев. На практике имел место случай, когда экзамен сдавался 6 раз.[65]

[65] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

После успешной сдачи квалификационного экзамена совет адвокатуры включает претендента в список признанных адвокатов (пожизненно). После этого лицо должно заявить себя в качестве практикующего адвоката. Для этого также необходимы определенные условия: наличие надлежащего рабочего места, уплата страхового взноса.

В Норвегии с 1995 года и по сегодняшний день адвокатские лицензии выдаются Наблюдательным советом, который является независимым управляющим органом и состоит из трех членов, назначенных королем. Руководителем Совета назначается адвокат, а один из его членов должен быть аудитором.

Решения Совета можно обжаловать в Комитет по лицензированию адвокатов, который также состоит из трех назначенных королем членов (судья, адвокат и ученый юрист). По мнению исполнительного директора Союза норвежских адвокатов, такой состав Совета приводит к сложностям при принятии решений. Высказываются предложения об увеличении численности Совета.[66]

Квалификационный экзамен на получение звание адвоката в Италии состоит из трех письменных тестов (по уголовному, гражданскому праву, а также составление письменного документа) и устного экзамена, к которому допускают лишь тех претендентов, которые успешно сдали все письменные тесты. После успешной сдачи экзамена претендент должен зарегистрироваться в профессиональном реестре при местном совете ассоциации адвокатов[67].

3.

Законодательству Республики Беларусь об адвокатуре с 1997 года известен институт «продление срока действия лицензии на осуществление адвокатской деятельности».

Продление срока действия лицензии производится Министерством юстиции по заявлению лицензиата с учетом соблюдения им законодательства об адвокатской деятельности по результатам аттестации, проведенной соответствующей коллегией адвокатов. Аттестация адвокатов производится в соответствии с Инструкцией о порядке проведения аттестации адвокатов, утвержденной постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 27 июня 2006 г. № 32[68]. Состав аттестационной комиссии формируется из числа не менее пяти квалифицированных адвокатов, имеющих стаж работы в адвокатуре не менее пяти лет. Председателем аттестационной комиссии является по должности председатель президиума коллегии адвокатов. На каждого адвоката, подлежащего аттестации, составляется характеристика и представляется в аттестационную комиссию. Адвокаты за несколько месяцев до истечения срока действия лицензии приглашаются на заседание аттестационной комиссии. В случае, если у адвоката за время осуществления им профессиональной деятельности не имелось нарушений Закона «Об адвокатуре», Правил профессиональной этики адвоката, законодательства о лицензировании, комиссия принимает решение об аттестации адвоката. В случае, сели у адвоката за истекший период его профессиональной деятельности имелись нарушения, недочеты в профессиональной деятельности, комиссия, принимая решение об аттестации адвоката, дает определенные рекомендации адвокату.

Материалы аттестации направляются в Квалификационную комиссию по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, которая принимает решение продлить срок действия лицензии адвоката на 5 лет. Несмотря на то что срок действия лицензии продлевается по результатам аттестации адвокатов, которая проводится адвокатским сообществом, представляется, что лицензия на осуществление адвокатской деятельности не должна быть ограничена определенным сроком. Анализ законодательства России, Украины, Кыргызстана, Франции, Бельгии, Норвегии, Литвы, Италии и других государств свидетельствует о том, что допуск к адвокатской профессии не ограничивается определенными сроками. В части 3 статьи 12 Федерального Закона Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» прямо указано, что статус адвоката присваивается претенденту на неопределенный срок.

В связи с этим представляется необходимым в Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» внести норму о том, что лицензия на осуществление адвокатской деятельности выдается без ограничения срока.

4.

Основополагающим принципом деятельности адвокатуры является применение мер дисциплинарного воздействия к адвокатам органами адвокатского самоуправления. Данный принцип в Основных принципах, касающихся роли юристов, сформулирован так: дисциплинарные меры в отношении юристов рассматриваются беспристрастным, дисциплинарным комитетом, создаваемым юристами, в независимом органе, предусмотренном законом, или в суде и подлежат независимому судебному контролю.

---

[66] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации Норвегии.

[67] Материалы научно-практической конференции МС(С)А в Италии // Адвокат. 2008. № 10. С. 4.

[68] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 142. С. 89.

Статья 24 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» предусматривает, что членство в коллегиях адвокатов прекращается в результате отчисления либо исключения из коллегии адвокатов. Отчисление производится по заявлению адвоката; при обнаружившейся невозможности исполнения адвокатом своих обязанностей по состоянию здоровья; в случае осуществления адвокатской деятельности вне коллегии адвокатов. Исключение адвокатов из состава коллегии адвокатов производится в случаях:

совершения проступка, несовместимого со званием адвоката;

систематического нарушения Закона «Об адвокатуре», Правил профессиональной этики или недобросовестного выполнения своих обязанностей, если за указанные нарушения ранее уже применялись меры дисциплинарного воздействия;

выявления обстоятельств, свидетельствующих о незаконных действиях адвоката при получении лицензии на право осуществления адвокатской деятельности.

Аннулирование лицензии на право осуществления адвокатской деятельности производится Министерством юстиции Республики Беларусь по представлению президиума коллегии адвокатов либо Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, либо Министерством юстиции Республики Беларусь самостоятельно.

Постановление президиума областной, Минской городской коллегии адвокатов об исключении из коллегии адвокатов, равно как и о применении иного дисциплинарного взыскания (порицание, выговор, строгий выговор), адвокат может обжаловать в апелляционную комиссию Республиканской коллегии адвокатов, а также в суд.

В апелляционную комиссию Республиканской коллегии адвокатов за период 2004–2008 гг. поступило и рассмотрено 4 жалобы адвокатов на постановления президиумов областных, Минской городской коллегии адвокатов о применении к адвокатам дисциплинарных взысканий. 2 жалобы удовлетворены, отменены постановления президиумов коллегий адвокатов о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности. Кроме того, поступила 1 жалоба на решение аттестационной комиссии Витебской областной коллегии адвокатов. Данная жалоба также удовлетворена. При повторной аттестации принято решение об аттестации адвоката.

Статус адвоката в России в силу статьи 17 Федерального Закона прекращается советом адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения об адвокате, по следующим основаниям:

подача адвокатом заявления о прекращении статуса адвоката в совет адвокатской палаты;

вступление в законную силу решения суда о признании адвоката недееспособным или ограниченно дееспособным;

смерть адвоката или вступление в законную силу решения суда об объявлении его умершим;

вступление в законную силу приговора суда о признании адвоката виновным в совершении умышленного преступления;

выявление обстоятельств, предусмотренных пунктом 2 статьи 9 настоящего Федерального Закона;

осуществления адвокатской деятельности адвокатом, статус которого приостановлен.

2. Статус адвоката может быть прекращен по решению совета адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения об адвокате, на основании заключения квалификационной комиссии при:

неисполнении или ненадлежащем исполнении адвокатом своих профессиональных обязанностей перед доверителем;

нарушении адвокатом норм кодекса профессиональной этики адвоката;

неисполнении или ненадлежащем исполнении адвокатом решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции;

установлении недостоверности сведений, представленных в квалификационную комиссию;

отсутствии в адвокатской палате в течение четырех месяцев со дня присвоения статуса адвоката, внесения сведений об адвокате в региональный реестр после изменения им членства в адвокатской палате, либо возобновления статуса адвоката сведений об избрании адвокатом формы адвокатского образования.

Дисциплинарная палата в Украине образуется в составе 9 членов, в нее входят 5 адвокатов, двое судей, по одному представителю от управления юстиции Совета Министров Республики Крым, областной, Киевской и Севастопольской городской государственной администрации, отделения Союза адвокатов Украины. Решение о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности принимается открытым голосованием двумя третями голосов от общего количества членов палаты. Дисциплинарное производство в отношении адвокатов осуществляется дисциплинарной палатой, которая рассматривает жалобы граждан, частные определения судов, постановления, представления следственных органов, заявления адвокатских объединений, предприятий, учреждений, ор-

ганизаций на действия адвокатов, решает вопрос о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности.

К адвокату могут быть применены такие дисциплинарные взыскания, как предупреждение, приостановление на срок до одного года действия свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью или его аннулирование (это может произойти только в случае осуждения адвоката за совершение преступления после вступления приговора в законную силу), в случае ограничения дееспособности или признания адвоката недееспособным, потери гражданства Украины, грубого нарушения требований Закона «Об адвокатуре», других актов законодательства, которые регулируют деятельность адвокатуры, присяги адвоката. Решение о наложении дисциплинарного взыскания может быть обжаловано в течение трех месяцев с момента вынесения в Высшую квалификационную комиссию адвокатуры или в судебном порядке.

Лишение адвоката лицензии на право занятия адвокатской деятельностью может быть осуществлено органом, уполномоченным правительством Кыргызской Республики, в случаях: сложения адвокатом своих полномочий по собственному желанию; утраты гражданства Кыргызской Республики; грубого нарушения Закона «Об адвокатской деятельности» и иных законодательных актов Кыргызской Республики, нарушения адвокатом требований, предусмотренных статьей 5 Закона (ограничения адвокатской деятельности). Квалификационная комиссия при Министерстве юстиции Кыргызстана вправе привлечь адвоката к дисциплинарной ответственности.

В соответствии с Законом «Об адвокатуре» Литвы дисциплинарное дело в отношении адвоката может быть возбуждено Советом адвокатов либо Министерством юстиции (в практике не было ни одного случая возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката Министром юстиции). Проверка проводится дисциплинарной комиссией, которая составляет справку о нарушениях, допущенных адвокатом, либо об отсутствии таких нарушений. Дисциплинарное дело рассматривается Судом чести, состоящим из 5 адвокатов (трое избираются Советом адвокатов, двое назначаются Министром юстиции Литвы). Решения Суда чести можно обжаловать в суде[69].

Высшим органом в дисциплинарных делах адвокатов в Норвегии является дисциплинарная комиссия, которая учреждается Союзом адвокатов. Самая большая дисциплинарная комиссия, состоящая из 8 отделов, находится в городе Осло (в столице работает около половины всех адвокатов Норвегии). Кроме того, существует 6 региональных комиссий, каждая из которых насчитывает 5–9 членов. Дисциплинарные комиссии состоят только из адвокатов. Жалоба на члена Союза адвокатов может быть подана только в дисциплинарную комиссию. Решение комиссии можно обжаловать в Дисциплинарный комитет, учрежденный на основании закона о судоустройстве, и состоящий из пяти членов, назначенных королем: один судья в качестве руководителя комитета, два адвоката и два других члена, не являющихся ни судьями, ни адвокатами. При рассмотрении жалоб на адвокатов, не являющихся членами Союза адвокатов, Дисциплинарный комитет является первой и последней инстанцией. Реакция Дисциплинарного комитета выражается в форме порицания, выговора или предупреждения. Решения Дисциплинарного комитета не могут быть обжалованы в суде.[70] О более серьезных случаях Дисциплинарный комитет может доложить Комитету по лицензированию адвокатов, который может лишить адвоката лицензии. Адвокат может быть лишен лицензии, если его признают «виновным в поведении, которое делает его негодным или недостойным заниматься адвокатской деятельностью или которое ведет к тому, что он теряет доверие, необходимое в этой профессии». Это правило действует и в тех случаях, если адвокат не предоставил заверение аудитора, не заплатил назначенный страховой взнос или если он вообще некорректно сотрудничает с органами контроля. Банкротство, совершение преступления, назначение опекунства и психическое расстройство адвоката также ведут к лишению лицензии. Адвокат может быть лишен лицензии за совершение действий, угрожающих финансам клиента (например, адвокат дал в долг деньги клиента).

Решение Комитета по лицензированию о лишении адвоката может быть обжаловано в суде.

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов Италии осуществляется дисциплинарной комиссией Ордена адвокатов конкретной провинции (в Италии 26 Орденов адвокатов). Дисциплинарная комиссия может объявить порицание, отстранить от работы на определенный срок и исключить из реестра адвокатов[71].

5.

Законодательство Республики Беларусь предусматривает основания приостановления действия лицензии только за виновные действия лицензиата. В частности, согласно Положению о лицензировании при выявлении лицензирующим органом нарушений лицензиатом законодательства о лицензировании или установленных требований и условий осуществления лицензируемого вида

[69] Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

[70] The courts of law act, art. 227.

[71] Научно-практическая конференции МС(С)А в Италии // Адвокат. 2008. № 10. С. 3.

деятельности лицензирующий орган выносит лицензиату предписание об устранении выявленных нарушений и устанавливает срок их устранения. Этот срок не может превышать шести месяцев.

Если указанные в предписании нарушения лицензиатом в установленный срок не устранены, лицензирующий орган по своей инициативе принимает решение о приостановлении действия лицензии на срок до шести месяцев.

В случае, если лицензиатом в установленный срок не устранены нарушения, повлекшие за собой приостановление действия лицензии, либо лицензирующим органом нарушения выявлены повторно в течение 12 месяцев после их устранения, лицензирующий орган, выдавший лицензию, принимает решение о ее аннулировании.

Законодательство Украины не содержит норм, предусматривающих возможность приостановления адвокатской деятельности.

Законы России и Кыргызстана содержат нормы о приостановлении статуса адвоката в связи с избранием адвоката в орган государственной власти или орган местного самоуправления на период работы на постоянной основе, призыва адвоката на военную службу, признании безвестно отсутствующим.

Следует заметить, что Положением о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, принятым 4 июня 1997 г.[72] и действовавшим до принятия Положения о лицензировании (2003 г.), предусматривалась возможность приостановления действия лицензии на право занятия адвокатской деятельностью в случае перехода адвоката на работу на судебную или иную должность, время работы на которой засчитывается в стаж службы в государственном аппарате, в иную организацию, предприятие, учреждение, а также при поступлении на очную форму обучения. В этих случаях действие лицензии приостанавливалось со дня возникновения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления действия лицензии. Действие лицензии приостанавливалось Министерством юстиции Республики Беларусь по заявлению адвоката, поданному им в месячный срок со дня его отчисления из коллегии адвокатов. К заявлению прилагался подлинник лицензии на право занятия адвокатской деятельностью.

Со дня отпадения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления лицензии, действие лицензии возобновлялось по заявлению заинтересованного лица на период до окончания срока ее действия. В случае совершения лицом действия, несовместимого со званием адвоката либо иных правонарушений в период приостановления действия лицензии, Квалификационная комиссия имела право отказать в возобновлении лицензии.

Представляется, что положения о приостановлении лицензии на осуществление адвокатской деятельности, действовавшие до 2003 г., в большей мере соответствуют сущности адвокатской профессии.

Таким образом, основные предложения по совершенствованию законодательства по теме: «Судоустройство и статус адвокатов» сводятся к следующему:

1. Ввиду специфики адвокатской деятельности вопросы ее лицензирования должны быть урегулированы в специальном законе – Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре».

2. В Закон «Об адвокатуре» следует внести норму о том, что лицензия на осуществление адвокатской деятельности выдается без ограничения срока.

3. Пункт 3 Положения о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утвержденного постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 29 октября 2003 г. № 27, следует дополнить частью следующего содержания: «Количество адвокатов в Комиссии должно составлять не менее половины ее членов».

Список литературы, используемой при подготовке отчета:

Всеобщая Декларация прав человека.

Международный пакт о гражданских и политических правах.

Основные принципы, касающиеся роли юристов, приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990 г.

Стандарты независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов. Приняты на конференции МАЮ, Нью-Йорк, сентябрь 1990 г.

Общий кодекс правил для адвокатов стран Европейского сообщества, принят 28 октября 1988 года Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге.

Конституция Республики Беларусь.

Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь.1993. № 20. С. 242.

Декрет Президента Республики от 14 июля 2002 г. № 24 «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 79. С. 5.

[72] Бюллетень нормативно-правовой информации. 1997. № 14.

Положение «О лицензировании видов деятельности, выдаче специальных разрешений (лицензий), которые осуществляет Министерство юстиции», утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 20 октября 2003 г. № 1363. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2003. № 79, ч. 78.

Положение о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утвержденное постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 29 октября 2003 г. № 27. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 125. С. 58.

Инструкция о порядке проведения аттестации адвокатов, утвержденная постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 27 июня 2006 г. № 32. Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 142. С. 89.

Федеральный Закон Российской Федерации «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». http://base.consultant.ru

Закон Украины «Об адвокатуре». Харьков юридический, 2008.

Закон Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности». Бишкек, 2001.

Судебный кодекс Бельгии. www.rosregistr.ru

Гуннар Нердрум. Об адвокатах и адвокатской деятельности в Норвегии // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. 2008. № 1.

Скрипкина Г. А. Проблемы адвокатуры Кыргызстана: Материалы международ. семинара. М., 2008. С.17.

Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации литовских адвокатов.

Материалы встречи с руководством Национальной ассоциации норвежских адвокатов.

Материалы научно-практической конференции МС(С)А в Италии // Адвокат. 2008. № 10. С. 4.

Материалы научно-практической конференции во Франции // Адвокат. 2002. № 3. С. 6.

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус адвокатов» международного эксперта проекта Смирнова А. В.[73]

Предметом данного предварительного отчета явились следующие вопросы:

1. Лицензирование адвокатской деятельности в Республике Беларусь, продление, отзыв, переоформление и лишение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью.

2. Квалификационная комиссия по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь.

3. Квалификационный экзамен на право занятия адвокатской деятельностью.

4. Право адвоката на обжалование дисциплинарных взысканий в судебном порядке.

• Автором по результатам анализа законодательства об организации и деятельности адвокатуры Республики Беларусь и ряда других государств были сделаны следующие предложения:

• Ввиду специфики адвокатской деятельности вопросы ее лицензирования должны быть урегулированы в специальном законе – Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре».

• В Закон «Об адвокатуре» следует внести норму о том, что лицензия на осуществление адвокатской деятельности выдается без ограничения срока.

• Пункт 3 Положения о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утвержденного постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 29 октября 2003 г. № 27, следует дополнить частью следующего содержания: «Количество адвокатов в Комиссии должно составлять не менее половины ее членов».

По поставленным вопросам необходимо отметить следующее:

1. ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ, ПРОДЛЕНИЕ, ОТЗЫВ, ПЕРЕОФОРМЛЕНИЕ И ЛИШЕНИЕ ЛИЦЕНЗИИ НА ПРАВО ЗАНЯТИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Допуск к адвокатской деятельности в Республике Беларусь регулируется Положением о лицензировании отдельных видов деятельности, утвержденным Декретом Президента Республики Беларусь № 17 от 14 июля 2003 г., а также Положением о лицензировании адвокатской деятельности, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 20 октября 2003 г. № 1363.

Положение о лицензировании отдельных видов деятельности устанавливает единые подходы к лицензированию разных видов деятельности, в том числе и адвокатской. В нем предусмотрено право лицензирующего органа (Министерства юстиции Республики Беларусь) приостановить действие лицензии и аннулировать лицензию за грубое нарушение лицензиатом законодательства о лицензировании или установленных требований и условий осуществления адвокатской деятельности.

Представляется, что автором отчета делается правильный вывод о том, что ввиду специфики адвокатской деятельности вопросы ее лицензирования должны быть урегулированы в специальном законе – Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре».

Продление срока действия лицензии производится Министерством юстиции по заявлению лицензиата с учетом соблюдения им законодательства об адвокатской деятельности по результатам аттестации, проведенной соответствующей коллегией адвокатов. Аннулирование лицензии на право осуществления адвокатской деятельности производится по представлению президиума коллегии адвокатов либо Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь Министерством юстиции Республики Беларусь либо Министерством юстиции Республики Беларусь самостоятельно.

В порядке сравнительно-правового анализа следует указать на то, что в России (ст. 17 ФЗ от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации») статус адвоката прекращается без государственного участия – Советом адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, в региональный реестр которого внесены сведения об адвокате. Решение Совета адвокатской палаты может быть обжаловано в суде. Территориальный орган юстиции, располагающий сведениями об обстоятельствах, являющихся основаниями для прекращения статуса адвоката, направляет представление о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату. В случае, если Совет адвокатской палаты в трехмесячный срок со дня поступления такого представления не рассмотрел его, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката.

На основе анализа законодательства России, Украины, Кыргызстана, Франции, Бельгии, Норвегии, Литвы, Италии и иных государств представляется, что допуск к адвокатской профессии не

[73] Смирнов Александр Витальевич (Россия), доктор юридических наук, профессор, советник Конституционного Суда Российской Федерации, государственный советник юстиции Российской Федерации 1-го класса.

ограничивается определенными сроками, автор отчета приходит к выводу о том, что, несмотря на продление срока действия лицензии по результатам аттестации адвокатов, которая проводится адвокатским сообществом, лицензия на осуществление адвокатской деятельности не должна быть ограничена определенным сроком. В связи с этим предлагается ввести в Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» норму о том, что лицензия на осуществление адвокатской деятельности выдается без ограничения срока.

Однако нам представляется, что более демократическим решением вопроса была бы не только отмена ограничений срока выполнения адвокатами своих полномочий, но упразднение самого института лицензирования адвокатской деятельности. Лицензия (от *лат.,* licentia – свобода, право) понимается как выдаваемое специально уполномоченным органом государственного управления или местного самоуправления разрешение осуществлять виды деятельности, которые согласно закону подлежат лицензированию. Можно определить лицензирование и как метод административно-правового регулирования общественных отношений, осуществляемый органами исполнительной власти в порядке реализации разрешительной политики государства, направленный на контроль за определенным видом социальной деятельности. Вместе с тем не отрицая преимуществ разрешительного порядка регулирования, не следует чрезмерно расширять сферу его применения. Среди ученых и практиков во многих странах сейчас все более укрепляется мнение о том, что в законодательстве должны устанавливаться критерии определения лицензируемых видов деятельности, согласно которым к ним могут быть отнесены лишь те виды деятельности, осуществление которых может нанести ущерб правам, законным интересам, здоровью граждан (например, охранной, частно-детективной), обороне и безопасности государства, культурному наследию народов, регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием. На сегодняшний день лицензирование выступает как один из наиболее эффективных механизмов государственного регулирования рыночных отношений, он обеспечивает сбалансированное функционирование рынка путем осуществления «фильтрации» потенциальных предпринимателей с целью недопущения вхождения в экономическую сферу недобросовестных хозяйствующих субъектов. Однако адвокатская деятельность не относится к числу предпринимательских. Будучи направлена на защиту законных интересов населения, она не может причинять ущерб правам и здоровью граждан, а тем более обороне и безопасности государства.

В Российской Федерации в 2001 году рабочей группе (руководитель – в то время заместитель главы президентской администрации Дмитрий Козак) был предложен проект концепции, предусматривающий, в частности, введение института аттестации и лицензирования адвокатской деятельности. Для этого предлагалось создать специальные лицензирующие органы, в состав которых должны были войти представители научной общественности и органов государственной власти. Но данная инициатива была отвергнута Федеральным Собранием РФ.

В Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод предусматривается право на справедливое судебное разбирательство. Этого нельзя обеспечить без подлинно профессиональных и независимых адвокатов. «Основные положения (принципы), касающиеся роли адвокатов» (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 27 августа – 7 сентября 1990 г. в Нью-Йорке) устанавливают, что правительства должны обеспечить адвокатам возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства (пункт 16). Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суд. Все дисциплинарное производство должно осуществляться в соответствии с кодексом профессионального поведения и другими признанными стандартами и этическими нормами адвокатской профессии в свете настоящих Положений (пункты 28–29).

В этом же направлении осуществляется деятельность Совета Европы в отношении профессии адвоката. Главным юридическим документом здесь является Рекомендация Комитета Министров 2000 г. № 21 «О свободе профессиональной деятельности адвокатов» (принята Комитетом министров Совета Европы 25 октября 2000 г. на 727-м заседании на уровне заместителей министров). В этой Рекомендации устанавливается ряд основополагающих общих принципов: государства – члены Совета Европы должны принимать все меры для того, чтобы адвокаты могли осуществлять свою профессиональную деятельность без дискриминации и без препятствий как со стороны общественности, так и со стороны властей. Принцип свободы осуществления профессии адвоката предполагает, в частности, что разрешение практиковать в качестве адвоката должно выдаваться независимым органом. Министерство юстиции и другие органы исполнительной власти, как известно, к таковым не принадлежат. Однако согласно Положению о лицензировании адвокатской деятельности, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь 20 октября 2003 г. № 1363 (пункты 13–14), для продления срока действия лицензии лицензиат обязан в сро-

ки и порядке, установленные Декретом, подать в Минюст заявление о продлении срока действия лицензии с приложением документа об уплате государственной пошлины за продление срока действия лицензии. Продление срока действия лицензии производится Минюстом по заявлению лицензиата с учетом соблюдения им законодательства об адвокатской деятельности по результатам аттестации, проведенной соответствующей коллегией адвокатов.

Автор отзыва указывает также на то, что аннулирование лицензии на право осуществления адвокатской деятельности (что, по существу, может пониматься как наибольшее дисциплинарное взыскание) производится по представлению президиума коллегии адвокатов либо Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь *Министерством юстиции Республики Беларусь либо Министерством юстиции Республики Беларусь самостоятельно*. Из сказанного следовало, на наш взгляд, сделать вывод о том, что порядок приобретения и сохранения адвокатского статуса в Республике Беларусь нуждается в приведении в соответствие с указанными международно-правовыми документами.

При этом независимый орган, который должен выдавать разрешение на адвокатскую практику, может быть профессиональным органом или органом, составленным из членов независимой судебной власти, представителей широкой общественности и т.п. Решения такого органа во всяком случае подлежат контролю со стороны суда (Пояснительный меморандум к Рекомендации Комитета министров (2000 г.) № 21 «О свободе профессиональной деятельности адвокатов», пункт 23).

2. КВАЛИФИКАЦИОННАЯ КОМИССИЯ ПО ВОПРОСАМ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Как указано в отчете, Квалификационная комиссия по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь функционирует в соответствии с Положением о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утвержденным постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 29 октября 2003 г. № 27 в редакции постановления Министерства юстиции от 24 марта 2008 г. № 2. Комиссия создается Министерством юстиции Республики Беларусь сроком на три года в составе не менее девяти членов из числа представителей государственных органов, адвокатов, имеющих стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет, и иных специалистов в области права. Председателем комиссии является заместитель Министра юстиции Республики Беларусь. В состав действующей Квалификационной комиссии, состоящей из 15 человек, входят 6 адвокатов, в том числе и председатель Республиканской коллегии адвокатов, 5 представителей Министерства юстиции Республики Беларусь, двое судей и двое ученых-юристов.

Таким образом, можно заключить, что в составе Комиссии адвокатское сообщество представлено в Республике Беларусь в меньшинстве, что вряд ли может быть признано верным. Так, например, в Российской Федерации Квалификационная комиссия согласно ч. 2 ст. 33 ФЗ от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» формируется на срок два года в количестве 13 членов комиссии по следующим нормам представительства:

от адвокатской палаты – семь адвокатов, включая президента адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. При этом адвокат – член комиссии, должен иметь стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет;

от территориального органа юстиции – два представителя;

от законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации – два представителя. При этом представители не могут быть депутатами, государственными или муниципальными служащими. Порядок избрания указанных представителей и требования, предъявляемые к ним, определяются законами субъектов Российской Федерации;

от Верховного Суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа – один судья;

от арбитражного суда субъекта Российской Федерации – один судья.

Председателем квалификационной комиссии является президент адвокатской палаты по должности.

В связи с этим надо признать обоснованным предложение автора отчета дополнить пункт 3 Положения о Квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь положением следующего содержания: «Количество адвокатов в Комиссии должно составлять не менее половины ее членов».

3. КВАЛИФИКАЦИОННЫЙ ЭКЗАМЕН НА ПРАВО ЗАНЯТИЯ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Автор отчета отмечает, что проверка соответствия возможностей соискателя лицензии лицензионным требованиям и условиям осуществляется в форме квалификационного экзамена. Эк-

замен состоит из проверки знаний соискателей лицензии в письменной (тестирование) и устной формах. Экзамен может состоять из ответов на письменные и устные вопросы *по материальному и процессуальному праву.*

В то же время следует учитывать, что в Пояснительном меморандуме к Рекомендации Комитета министров 2000 г. № 21 «О свободе профессиональной деятельности адвокатов» (пункт 36) говорится о том, что юридическое образование адвокатов должно быть разработано так, чтобы развивать в дополнение к профессиональной компетентности понимание этических норм, порожденных юридической профессией, прав человека и фундаментальных свобод. И хотя этот принцип не может рассматриваться как требование к государствам осуществлять такое обучение, очевидно, что названные вопросы должны фигурировать при сдаче квалификационных экзаменов на профессию адвоката.

4. ПРАВО АДВОКАТА НА ОБЖАЛОВАНИЕ ДИСЦИПЛИНАРНЫХ ВЗЫСКАНИЙ В СУДЕБНОМ ПОРЯДКЕ

В отчете указано, что постановление президиума областной, Минской городской коллегии адвокатов об исключении из коллегии адвокатов, равно как и о применении иного дисциплинарного взыскания (порицание, выговор, строгий выговор), адвокат может обжаловать в апелляционную комиссию Республиканской коллегии адвокатов, а также в суд. Вместе с тем ничего не сказано о судебном порядке обжалования отказа в выдаче лицензии на адвокатскую деятельность. Согласно же пункту 45 Декрета Президента Республики Беларусь от 14 июля 2003 г. № 17 «О лицензировании отдельных видов деятельности» решения, принимаемые лицензирующими органами при осуществлении лицензирования, могут быть обжалованы соискателями лицензий или лицензиатами в судебном порядке в месячный срок со дня их принятия. Это соответствует названным выше требованиям Рекомендации Комитета министров 2000 г. № 21 «О свободе профессиональной деятельности адвокатов».

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Савич О. Д.[74]

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ПРАКТИЧЕСКАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ИНСТИТУТА АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ

Предметом исследования выступали положения действующего законодательства Республики Беларусь, практики его применения по вопросам гарантий обеспечения адвокатской деятельности, в частности, адвокатской тайны. Рассматривались границы указанного понятия, его содержание, возможность раскрытия конфиденциальной информации и другие; применимые международно-правовые акты и судебные решения в указанной области; положения действующего законодательства ряда зарубежных стран по вопросам соблюдения адвокатской тайны.

1. СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЯ «АДВОКАТСКАЯ ТАЙНА»

При рассмотрении данного вопроса в полном объеме анализируется понятие содержания «адвокатская тайна», в том числе и входящие в круг более узкие вопросы, которые будут рассматриваться далее (право на конфиденциальное общение с защитником, право раскрыть конфиденциальную информацию и т.д.), поскольку все перечисленные вопросы и образуют в совокупности содержание адвокатской тайны и гарантии осуществления адвокатской деятельности. В то же время, при рассмотрении последующих вопросов повторно приводятся уже более узкие и основные положения законодательства об адвокатской тайне.

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В Республике Беларусь понятие «адвокатская тайна» раскрывается в следующих нормативно-правовых актах:

- в ст. 16 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» понятие адвокатской тайны определяется следующим образом:

Предметом адвокатской тайны являются *вопросы, по которым лицо обратилось за помощью, суть консультаций, советов и разъяснений, полученных этим лицом от адвоката*.

Указывается также, что запрещено вмешательство в профессиональную деятельность адвоката, требование от него сообщения каких-либо сведений, составляющих предмет адвокатской тайны, а также требование подобных сведений от должностных лиц и технических работников органов адвокатского самоуправления и адвокатских объединений. Сведения, составляющие предмет адвокатской тайны, не могут быть получены от адвоката и использованы в качестве доказательств в гражданском, административном и уголовном процессах;

- развернутая регламентация содержания адвокатской тайны содержится в главе 3 *Правил профессиональной этики адвоката* (утв. постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь 27.06.2001 г., № 15 в ред. постановления Минюста от 11.12.2002 г., № 35, 26.08.2004 г., № 30), где указывается:

Адвокат не вправе:

• разглашать сведения, составляющие адвокатскую тайну (*факт обращения клиента к адвокату, содержание бесед, изученных и составленных документов и иную информацию, касающуюся оказания юридической помощи, а также сведения о личной жизни клиента*), в течение всего времени как во время оказания юридической помощи, так и после того, как отношения с клиентом прекращены;

• давать свидетельские показания и объяснения по вопросам, составляющим адвокатскую тайну;

• совершать какие-либо действия, создающие угрозу доверительным отношениям с клиентом.

Адвокат может раскрыть доверенную клиентом информацию в объеме, который он считает обоснованно необходимым, в случаях:

• согласия на это самого клиента, если раскрытие такой информации необходимо для оказания юридической помощи;

• для обоснования позиции адвоката при решении спора между ним и клиентом либо для обоснования личной защиты по делу, возбужденному против него и основанному на действиях, в которых принимал участие клиент;

---

[74] Савич Ольга Дмитриевна, кандидат юридических наук, адвокат юридической консультации № 2 Центрального района г. Минска.

• проведения консультаций с другими адвокатами, если клиент не возражает против таких консультаций.

- п. 3 ч. 2 ст. 60 УПК Республики Беларусь говорит о том, что «не подлежат допросу в качестве свидетелей адвокаты, их стажеры, работники президиумов коллегий адвокатов, юридических консультаций для получения *каких-либо сведений, которые могут быть им известны в связи с оказанием юридической помощи при производстве по уголовному делу*»;

- Одной из гарантий конфиденциальности отношений адвоката и клиента является также исключение адвоката из круга субъектов, подлежащих уголовной ответственности за недонесение о преступлении. Так, в Примечании к ст. 406 *УК Республики Беларусь* указывается, что *не подлежит уголовной ответственности за недонесение о преступлении в т.ч. защитник, узнавший о преступлении во время исполнения своих профессиональных обязанностей.*

Как возможно проследить из проанализированных выше нормативно-правовых актов, понятие «адвокатская тайна» является неодинаковым по содержанию в различных законодательных источниках. Что соответственно является причиной разночтений и, как следствие, может влечь и в ряде случаев влечет нарушение законодательно закрепленных гарантий адвокатской деятельности.

Так, закрепление в ст. 16 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» предмета адвокатской тайны только как «вопросов, по которым лицо обратилось за помощью, суть консультаций, советов и разъяснений, полученных этим лицом от адвоката», *существенно сужает предмет адвокатской тайны* и сведения, которые ни при каких условиях не могут и не должны быть получены от адвоката.

В частности, Законом «Об адвокатуре» в содержание адвокатской тайны не включены:

- сам факт обращения конкретного лица за помощью к адвокату, включая имена и данные доверителей;

- информация о доверителе, его личной жизни, иные сведения, ставшие известными адвокату в процессе оказания юридической помощи;

- условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем;

- все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу.

В полной мере конкретизируют понятие содержания адвокатской тайны Правила профессиональной этики адвоката, которые все указанные положения включают в состав сведений, составляющих адвокатскую тайну. Вместе с тем представляется, что конкретизации предмета адвокатской тайны только в Правилах профессиональной этики в отсутствие такой конкретизации в самом Законе «Об адвокатуре», явно недостаточно. Так, очевидно, что в соответствии с положениями Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах» в случае расхождения положений нескольких законодательных актов будут действовать положения не Правил профессиональной этики (документа, утвержденного постановлением Министерства юстиции), а Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» как законодательного акта, обладающего большей юридической силой.

Нет сомнения, что в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 60 УПК Республики Беларусь, адвоката нельзя допросить по любым обстоятельствам, которые могут быть ему известны в связи с оказанием юридической помощи. Но, во-первых, указанная статья распространяется только на сведения, которые могут быть известны адвокату в связи с производством по уголовному делу (что исключает круг гражданских дел, консультационную работу и т.д.), во-вторых, очевидно, что, при необходимости получить от адвоката какие-либо сведения, касающиеся его профессиональной деятельности, совсем не обязательно его допрашивать, а достаточно просто запросить из юридической консультации необходимые сведения. В такой ситуации и возникнет вопрос в толковании действующего законодательства относительно того, как широко следует понимать адвокатскую тайну, и какие сведения органом адвокатского сообщества могут и должны быть представлены. Для этого и необходимо расширить содержание понятия «адвокатская тайна» в самом Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре» как основополагающем документе, касающемся адвокатской деятельности.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Конфиденциальность беседы адвоката с подзащитным установлена *Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными* (одобренными резолюцией Экономического и Социального Совета ООН 31.07.1957 г., часть 2 «с», п. 93), *Сводом принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*, утвержденным Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 09.12.1988 г. (принцип 18, п. 4). Эти акты предоставляют находящемуся под стражей лицу право на посещение адвокатом, консультации и связь с ним «без промедления и цензуры, в условиях полной конфиденциальности». Причем это право «не может быть временно отменено или ограничено».

Кодекс поведения для юристов в Европейском сообществе (принят 28.10.1988 г. Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге) относит гарантии конфиденциальности к сущностным признакам адвокатской деятельности.

Согласно *Основным принципам, касающимся роли адвокатов* (приняты 07.09.1990 г. восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями), правительствам надлежит признавать и обеспечивать конфиденциальный характер любых консультаций и отношений, складывающихся между адвокатами и их клиентами в процессе оказания профессиональной юридической помощи. Согласно п. 8 всем арестованным, задержанным или заключенным в тюрьму лицам предоставляются надлежащие возможности, время и условия для посещения юристом, сношения и консультации с ним без задержки, вмешательства или цензуры и с соблюдением полной конфиденциальности. Такие консультации могут проводиться в присутствии должностных лиц по поддержанию правопорядка, но без возможности быть услышанными ими.

Убедительные аргументы в защиту конфиденциальности отношений адвоката с клиентом, а также способы такой защиты содержит *Рекомендация Rec(2000)21 Комитета министров государствам – членам Совета Европы о свободе осуществления профессии адвоката* (принята Комитетом министров СЕ 25.10.2000 г.). Например, в пунктах 4, 5 и 6 принципа 1 указывается, что «адвокаты не должны страдать от последствий или подвергаться опасности любых санкций или давлению», они «должны иметь доступ к своим клиентам, включая, в особенности, лиц, лишенных свободы, чтобы иметь возможность проводить консультации при закрытых дверях и представлять своих клиентов в соответствии с установленными профессиональными стандартами». «Следует принять все необходимые меры для того, чтобы обеспечить уважение к конфиденциальности отношений адвоката и клиента». В пункте 2 принципа 3 указывается, что адвокаты «должны уважать профессиональные секреты» и далее: «Любое разглашение таких секретов без согласия клиента должно подвергаться соответствующим санкциям». Наконец, пункт 5 принципа 5 устанавливает для ассоциаций адвокатов обязанность «принимать любые необходимые меры, включая защиту интересов адвокатов в любых соответствующих органах, в случае: в) любого обыска самих адвокатов или их собственности; г) любого изъятия документов или материалов, находящихся во владении адвокатов».

Аналогичные положения закреплены в *Брюссельской декларации о системах уголовного правосудия* (принята ОБСЕ 05.12.2006 г.).

В соответствии со *Стандартами независимости юридической профессии международной ассоциации юристов* (приняты на конференции МАЮ, сентябрь 1990 г.), п. 13 юристам должны быть предоставлены такое оборудование и возможности, которые необходимы для эффективного выполнения ими профессиональных обязанностей, в том числе: а) обеспечение конфиденциальности отношений между адвокатом и клиентом, включая защиту обычной и электронной системы всего адвокатского делопроизводства и документов адвоката от изъятия и проверок, а также обеспечение защиты от вмешательства в используемые электронные средства связи и информационные системы.

В соответствии с *Общим кодексом правил для адвокатов стран Европейского сообщества* (принят 28 октября 1988 г. Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге), п. 2.2 доверительные отношения между адвокатом и клиентом могут возникнуть лишь в случае отсутствия у последнего сомнений относительно порядочности, честности и добросовестности адвоката.

Пункт 2.3 Конфиденциальность «2.3.1 Особенность профессии адвоката заключается в том, что он получает от клиента сведения, которые тот не станет сообщать какому-либо другому лицу, а также другую информацию, которую ему следует сохранять в тайне. Доверие к адвокату может возникать лишь при условии обязательного соблюдения им принципа конфиденциальности. Таким образом, конфиденциальность является первостепенным и фундаментальным правом и обязанностью адвоката.

2.3.2. Адвокат обязан в одинаковой степени сохранять в тайне как сведения, полученные им от клиента, так и информацию о клиенте, предоставленную ему в процессе оказания услуг клиенту.

2.3.3. На обязанность соблюдения конфиденциальности не распространяется действие срока давности».

Вопросы адвокатской тайны раскрываются в **решениях Европейского Суда по правам человека**, основными из которых являются:

• Дело «Нимитц против Германии».

Указанное решение касается обыска адвокатской конторы, однако, проведенного не в связи с профессиональной деятельностью адвоката, и не в связи с желанием получить какую-либо информацию, связанную с оказанием адвокатом юридической помощи определенным лицам. Гражданин Нимитц, помимо работы адвокатом, являлся председателем местной политической партии, в составе которой действовала антиклерикальная рабочая группа, и проведение обыска было обу-

словлено стремлением найти информацию о члене указанной группы, якобы отправившем письмо с угрозами в адрес судьи. Несмотря на то что проведение обыска не было связано с профессиональной деятельностью адвоката, Европейский суд тем не менее пришел к выводу, что *сам по себе обыск в адвокатской конторе в принципе посягает на профессиональную тайну*; он мог оказать негативное воздействие на профессиональную репутацию адвоката.

• «Кэмпбелл и Фелл против Соединенного Королевства».

Помимо иных оснований в решении рассматривался вопрос о нарушении права заключенного под стражу лица на конфиденциальное общение с адвокатом (последнее было предоставлено в присутствии тюремного офицера). Комиссией было указано, что, несмотря на то что *могут существовать соображения безопасности, которые бы оправдывали некоторые ограничения на условия посещения заключенного его адвокатами*, тем не менее имело место нарушение права на конфиденциальное общение с адвокатом.

Анализ зарубежного опыта

В соответствии с Законом **Республики Армения** «Об адвокатской деятельности» (ст. 8) адвокатской тайной *считаются сведения, переданные доверителем адвокату на основе секретности, а также сведения и доказательства, добытые адвокатом самостоятельно в ходе осуществления адвокатской деятельности и неизвестные общественности*. Адвокат вправе опубликовать адвокатскую тайну, если:

на то имеется согласие доверителя;

по его мнению, вследствие неопубликования тайны могут быть такие противозаконные деяния, которые смогут повлечь смерть лица, тяжкие телесные повреждения, имущественный ущерб в особо крупных размерах;

это необходимо для обоснования требований, возникших между ним и доверителем, или для его защиты.

Обязанность соблюдения адвокатской тайны не ограничивается во времени.

Согласно ч. 1 ст. 8 Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в **Российской Федерации**» под адвокатской тайной понимаются *любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю*. Согласно п. 5 ст. 6 Кодекса профессиональной этики адвоката правила сохранения профессиональной тайны распространяются на *факт обращения к адвокату, включая имена и названия доверителей; все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу; сведения, полученные адвокатом от доверителей; информацию о доверителе, ставшую известной адвокату в процессе оказания юридической помощи; содержание правовых советов, данных непосредственно доверителю или ему предназначенных; все адвокатское производство по делу; условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем; любые другие сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи*. К сказанному также следует добавить, что согласно подпункту 5 п. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат не вправе разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя. В целях сохранения профессиональной тайны адвокат должен вести делопроизводство отдельно от материалов и документов, принадлежащих доверителю. Материалы, входящие в состав адвокатского производства по делу, а также переписка адвоката с доверителем, должны быть ясным и недвусмысленным образом обозначены как принадлежащие или исходящие от адвоката.

В соответствии с Законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»:

1. Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю.

2. Адвокат не может быть *вызван* и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

3. Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения.

Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Фактически каждая адвокатская палата в РФ имеет и собственный Кодекс чести адвоката, в котором также возможно почерпнуть нормы, касающиеся соблюдения адвокатской тайны: в соответствии с Кодексом чести *Санкт-Петербургской* объединенной коллегии адвокатов:

п. 6.8. Неразглашение информации о клиенте, его личных и деловых качествах, образе жизни и коммерческой деятельности составляет основание адвокатской тайны, является правом адвоката в отношениях с компетентными органами, их должностными лицами, коллегами и иными субъектами и обязанностью (долгом) относительно клиента.

п. 6.9. Действие принципа конфиденциальности не ограничивается во времени, пространстве и кругом лиц.

п. 6.10. Адвокат не имеет права принимать поручения, если его выполнение может даже в отдаленной перспективе повлечь за собой разглашение конфиденциальной информации.

п. 6.11. Разглашение сведений, ставших доступными адвокату в связи с выполнением данного клиентом поручения, возможно только с его письменного предварительного согласия. При этом адвокат обязан разъяснить клиенту все последствия (в первую очередь юридического характера) такого разглашения.

п. 6.12. В случаях, когда обязанность раскрытия конфиденциальной информации о клиенте возложена на адвоката Конституцией Российской Федерации, действующим на территории России международным договором, федеральным конституционным или федеральным законом, адвокат освобождается от соблюдения конфиденциальности в объеме, предусмотренном указанными актами.

п. 6.13. Если разглашение конфиденциальной информации предусмотрено иным актом, в том числе ненормативного характера, и (или) содержится в не основанном на перечисленных в п. 6.12 актах требовании любых органов и (или) должностных лиц, адвокат может придать гласность указанной информации только с разрешения Президиума и соблюдения всех условий, перечисленных в п. 6.11 и 6.12 настоящего Кодекса.

п. 6.14. Адвокат обязан обеспечить такие условия хранения документов, которые исключали бы доступ к ним и содержащейся в них информации посторонних лиц.

В соответствии с Типовыми правилами профессиональной этики ***американских*** адвокатов (правило 1.6) адвокат не должен раскрывать информацию, относящуюся к представлению клиента, если только клиент не соглашается на это после консультации с адвокатом, за исключением тех случаев, когда адвокат уполномочен на раскрытие информации, необходимой для осуществления юридического представления интересов клиента, а также за исключением иных случаев, предусмотренных Типовыми правилами профессиональной этики.

При этом законодательство США сам предмет адвокатской тайны трактует относительно узко. Адвокатская тайна представляет собой the attorney-client privilege, а ее границы очерчиваются различными судебными решениями.

Например, в деле United States v. United Shoe Machinery Corp. 89 F Supp/357 (D.Mass. 1950) было указано 5 требований, при соблюдении которых законом защищается полученная адвокатом от клиента информация: 1) привилегия клиента будет действовать в том случае, когда лицо общалось с адвокатом именно как его клиент (либо лицо, намеревающееся стать таковым), а не как знакомый; 2) лицо, которому была предоставлена информация, являлось адвокатом; 3) речь идет исключительно об общении адвокат-клиент в отсутствие посторонних (при этом подлежит охране устное, письменное (посредством электронной почты) общение, общение жестами); 4) целью общения являлось получение консультации, но не консультации о нарушении закона и совершении преступления; 5) указанная привилегия (право на раскрытие информации) может быть отменена только клиентом.

В то же время, иногда даже в случае наличия всех 5 перечисленных выше оснований, суды принимают решения о том, что раскрытие конфиденциальной информации адвокатом необходимо. В данном случае указанная позиция опирается на Правило 501 Федеральных правил доказывания, в котором говорится, что «признание привилегий на основе конфиденциальных отношений… должно определяться на индивидуальной основе. При этом при изучении привилегии на индивидуальной основе суды должны взвесить, какие выгоды могут быть получены путем поддержания привилегии (т.е. сохранение доверия между адвокатом и клиентом), и соотнести их с тем вредом, который может быть причинен при сохранении привилегии (потеря ценной информации)».

Суды объявили, что сам факт общения конкретного лица с адвокатом не является адвокатской тайной (National Union Fire Insurance Co. Of Pittsburgh v. Aetna Casualty & Surety Co. 384 F. 2d 316, 1967), в то же время он может быть признан привилегий клиента, если факт обращения к адвокату может быть уличающим для клиента. Кроме того, в понятие адвокатской тайны в большинстве своем не включаются имя и фамилия клиента; сумма, оплаченная адвокату (Wirtz v. Fowler 372 F. 2d 315 1966).

Согласно Правилам адвокатской этики ***Международного Союза (Содружества) адвокатов*** (пункт 1.5) адвокат обязан соблюдать профессиональную тайну, предметом которой является сам *факт обращения к адвокату, сведения о содержании его бесед с клиентом и иная информация, касающаяся оказания юридической помощи*. Адвокат, как и предписывает закон, не вправе давать свидетельские показания об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением профессиональных обязанностей. Он обязан хранить тайну и после того, как отношения между ним и клиентом закончились.

В соответствии с законодательством **Украины** (статья 9 Правил адвокатской этики) соблюдение принципа конфиденциальности является необходимой и наиважнейшей предпосылкой доверительных отношений между адвокатом и клиентом, без которых является невозможным должное предоставление правовой помощи. Поэтому сохранение конфиденциальности *любой информации, полученной адвокатом от клиента, а также о клиенте (в частности, относительно его личности) или других лицах в процессе осуществления адвокатской деятельности*, является правом адвоката в отношениях со всеми субъектами права, которые могут требовать разглашения такой информации, но долгом относительно клиента и тех лиц, кого эта информация касается.

(2) Действие принципа конфиденциальности не ограничено во времени.

(3) Конфиденциальность определенной информации, которая охраняется правилами этой статьи, может быть отменена только лицом, заинтересованным в ее соблюдении (или наследниками такого физического лица или правопреемниками юридического лица), в письменной или другой фиксированной форме.

(4) Адвокат не отвечает за нарушение этого принципа в случаях допроса его в установленном законом порядке как свидетеля тех обстоятельств, которые выходят за границы предмета адвокатской тайны, определенного действующим законодательством, хотя и охватывается предметом конфиденциальности информации, предусмотренным этими Правилами.

(5) При всех других обстоятельствах при определении объема сведений, на которые распространяется долг сохранения конфиденциальности, адвокат должен исходить из норм этих Правил.

(6) Разглашение сведений, которые составляют адвокатскую тайну, запрещено при любых обстоятельствах, включая незаконные попытки органов дознания, предварительного следствия и суда допросить адвоката об обстоятельствах, которые составляют адвокатскую тайну.

(7) Адвокат (адвокатское объединение) обязан обеспечить понимание и соблюдение принципа конфиденциальности его помощниками и членами технического персонала.

(8) Адвокат (адвокатское объединение) обязан обеспечить такие условия хранения документов, переданных ему клиентом, адвокатских досье и других материалов, находящихся в его распоряжении и содержащих конфиденциальную информацию, которые исключали бы доступ к ним посторонних лиц.

В соответствии со ст. 9 Закона Украины «Об адвокатуре», предметом адвокатской тайны являются вопросы, по которым гражданин или юридическое лицо обратилось к адвокату, сущность консультаций, советов, разъяснений и иных сведений, полученных адвокатом при осуществлении своих профессиональных обязанностей.

Достаточно детально и прогрессивно закреплены гарантии адвокатской деятельности в Законе Украины «Об адвокатуре»: в частности, предусмотрено, что адвокаты и работники адвокатских объединений не могут быть допрошены в качестве свидетелей по вопросам, составляющим адвокатскую тайну. Документы, связанные с исполнением адвокатом поручения, не подлежат досмотру, разглашению или изъятию без его согласия. Запрещается прослушивание телефонных переговоров адвокатов в связи с оперативно-розыскной деятельностью без санкции Генпрокурора Украины, его заместителей, прокуроров Республики Крым, области, г.Киева. Уголовное дело в отношении адвоката также может быть возбуждено только указанными лицами.

В соответствии с Кодексом поведения адвоката *(принят Советом* ***Шведской ассоциации адвокатов*** *9 ноября 1984 г.),* § 19 адвокат должен соблюдать конфиденциальность в отношении дел своего клиента и без его разрешения не может, кроме случаев, когда закон обязывает адвоката раскрывать информацию, разглашать никакие сведения, доверенные ему как правовому консультанту или ставшие известными ему в связи со сведениями клиента. Адвокат должен требовать от своих подчиненных обязательного соблюдения конфиденциальности информации своих клиентов.

В соответствии с Правилами надлежащего профессионального поведения для адвокатов, принятыми коллегией адвокатов **Финляндии** 9 июня 1972 г., § 19 в дополнение к правовым положениям, касающимся обязанности соблюдать конфиденциальность, адвокат обязан сохранять конфиденциальность *в отношении всего, что в силу его отношений с клиентом ему становится известным о клиенте и его обстоятельствах*. Адвокат обязан вменить эту же обязанность соблюдения конфиденциальности сотрудникам свой фирмы и контролировать выполнение ими этой обязанности.

В законе «О практикующем адвокате» **Японии** (Practicing attorney law) от 10.06.1949 г. (в редакции от 27.11.2000 г.), статье 23 практикующий адвокат или лицо, практиковавшее ранее в качестве адвоката, обязан соблюдать обязанность по сохранению конфиденциальности относительно *любых фактов, которые стали ему известны в силу профессии.*

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Представляется, что конкретизации предмета адвокатской тайны только в Правилах профессиональной этики в отсутствие такой конкретизации в самом Законе «Об адвокатуре», явно недостаточно. Целесообразно расширить содержание понятия «адвокатская тайна» в самом Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре» как основополагающем документе, касающемся адвокатской деятельности.

2. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ РАБОТНИКОВ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ЗА НАРУШЕНИЕ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ, В ЧАСТНОСТИ, ЗА ВЫЗОВ АДВОКАТА НА ДОПРОС В КАЧЕСТВЕ СВИДЕТЕЛЯ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В действующем законодательстве Республики Беларусь ответственность работников правоохранительных органов за нарушение адвокатской тайны не закреплена.

Содержатся только общие положения о том, что указанные нарушения недопустимы: ст. 16 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» – «запрещено вмешательство в профессиональную деятельность адвоката, требование от него сообщения каких-либо сведений, составляющих предмет адвокатской тайны…; сведения, составляющие предмет адвокатской тайны, не могут быть получены от адвоката и использованы в качестве доказательств в гражданском, административном и уголовном процессах». Формально указание на недопустимость подобных доказательств (т.е. невозможность их использования для доказывания вины) и может расцениваться как правовое последствие нарушения законодательства об адвокатской тайне, хотя очевидно, что ответственностью как таковой конкретного сотрудника правоохранительных органов, нарушившего права адвоката, это не является. Пункт 3 ч. 2 ст. 60 УПК Республики Беларусь устанавливает запрет на допрос в качестве свидетелей (не указывая о запрете на вызов на допрос) адвокатов, их стажеров, работников президиумов коллегий адвокатов, юридических консультаций для получения сведений, которые могут быть им известны в связи с оказанием юридической помощи при производстве по уголовному делу.

Таким образом, существенным недостатком ряда регулятивных уголовно-процессуальных норм является отсутствие именно процессуальных санкций за их нарушение, что и влечет в ряде случаев их нарушение. В связи с этим непонятно, с какой целью вводится такая детальная регламентация правовых норм (в данном случае института адвокатской тайны), если за их процессуальное нарушение не наступает процессуальная ответственность (так, дисциплинарная ответственность следователя, дознавателя процессуальной санкцией не является и уголовно-процессуальных последствий не влечет). Указанное обстоятельство и порождает ситуации, при которых казалось бы четкая норма закона о том, что адвокат не подлежит допросу в качестве свидетеля, тем не менее нарушается на практике.

Анализ зарубежного опыта

В постсоветских государствах, как и в Республике Беларусь, возможно говорить в большинстве своем только о дисциплинарной ответственности должностных лиц за нарушение адвокатской тайны, и настаивать на привлечении к ответственности виновных. Хотя в законодательстве указанных стран и закрепляется четко положение о том, что сведения, составляющие адвокатскую тайну, не могут использоваться в качестве доказательств, в ряде случаев, ссылки на сведения, полученные с нарушением института адвокатской тайны, тем не менее фигурируют как доказательство виновности лица и имеются в материалах уголовного дела.

В странах англо-саксонской системы права, закрепленные в законе положения о том, что полученные таким образом доказательства являются недопустимыми, применяются в безусловном порядке, в этом и выражается как таковая ответственность за нарушение адвокатской тайны, помимо того, что можно требовать денежной компенсации за нарушенное право.

В Законе *Украины* «Об адвокатуре» предусмотрено, что адвокаты и работники адвокатских объединений не могут быть допрошены в качестве свидетелей по вопросам, составляющим адвокатскую тайну.

В соответствии с Законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» адвокат не может быть *вызван* и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему извест-

ными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием.

Процессуальные санкции за попытку допроса адвоката в качестве свидетеля в законодательстве указанных стран не предусмотрены.

В Российской Федерации примеры грубого нарушения закона со стороны правоохранительных органов являются предметом рассмотрения в Комиссии по защите прав адвокатов при Гильдии российских адвокатов. Применительно к нарушению законодательства об адвокатской тайне можно привести пример Юридического заключения по обращению адвоката Гришина Ю.И. о нарушении его прав при посещении осужденного (при посещении им подзащитного, отбывающего наказание в учреждении ЯК 7/4, он был подвергнут досмотру сотрудниками указанного учреждения. Кроме того, при свидании с осужденным были нарушены его права на конфиденциальное общение с его подзащитным, поскольку свидание проходило в общей комнате через две решетчатые перегородки). По результатам рассмотрения обращения адвоката было принято решение о подготовке и направлении сообщения в Генеральную прокуратуру РФ для решения вопроса о принятии мер прокурорского реагирования к должностным лицам учреждения ЯК-7/4, допустивших грубые нарушения прав адвоката Гришина Ю.И. при осуществлении им своих профессиональных обязанностей.

Советами Адвокатских палат Российской Федерации, кроме того, вырабатываются конкретные рекомендации, направленные на недопущение нарушения действующего законодательства об адвокатской тайне. В частности, поскольку в РФ, несмотря на запрет в законе не просто на допрос адвоката, но и даже на его вызов на допрос (т.е. наличие законодательного барьера), тем не менее на практике положения законодательства нарушаются, решением Совета Федеральной Палаты адвокатов РФ от 10.12.2003 г. выработаны конкретные рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности. При этом вызов адвоката на допрос назван среди одних из наиболее распространенных нарушений прав адвокатов, и указано, что в случае такого вызова необходимо потребовать повестку о вызове на допрос; выяснить причины и основания вызова. Кроме того, информировать Совет соответствующей адвокатской палаты о вызове для принятия ею решения о запрете явки на такой допрос.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Целесообразно совершенствовать действующее законодательство, предусмотрев, по возможности, конкретную ответственность должностных лиц за нарушение законодательства об адвокатской тайне; контролировать вышестоящими инстанциями соблюдение на практике действующих положений законодательства о недопустимости использования информации, полученной с нарушением закона об адвокатской тайне, в качестве доказательств по уголовным и гражданским делам.

3. ПРАВО НА КОНФИДЕНЦИАЛЬНОЕ ОБЩЕНИЕ ПОДЗАЩИТНОГО СО СВОИМ АДВОКАТОМ

5. ПЕРЕПИСКА ОБВИНЯЕМОГО, ПОДОЗРЕВАЕМОГО, СОДЕРЖАЩИХСЯ ПОД СТРАЖЕЙ, И ОСУЖДЕННОГО С АДВОКАТОМ*

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 48 *УПК* защитник имеет право беспрепятственно общаться со своим подзащитным наедине и конфиденциально без ограничения количества и продолжительности бесед.

Указанные положения также дублируются в:

- Законе Республики Беларусь «О порядке и условиях содержания лиц под стражей»;
- постановлении МВД Республики Беларусь от 13 января 2004 г. № 3 «Об утверждении правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы МВД Республики Беларусь»;
- Правилах внутреннего распорядка ИВС ОВД;
- *Правилах внутреннего распорядка в следственных изоляторах органов государственной безопасности Республики Беларусь;*
- *Правилах внутреннего распорядка исправительных учреждений*.

---

* Вопросы объединены, поскольку переписка с адвокатом выступает одной из разновидностей общения адвоката с клиентом.

В частности, законодательные акты указывают, что встречи лиц, содержащихся под стражей, с защитником осуществляются наедине и конфиденциально без ограничения количества и продолжительности бесед. Встречи проводятся в условиях, позволяющих сотруднику мест содержания под стражей *видеть* лицо, содержащееся под стражей, и его защитника, *но не слышать* их.

Отдельно оговаривается, что в случае попытки передачи каких-либо сведений, которые могут препятствовать установлению истины по уголовному делу, способствовать совершению преступления, а также использования условных сигналов, шифров и других способов передачи информации свидания прекращаются досрочно.

Указывается, что вся переписка лиц, содержащихся под стражей, подвергается цензуре.

Существует две основные проблемы при нарушении права на конфиденциальное общение:

1) разрешительный порядок реализации закрепленного в законе права;

2) нарушение указанного права на практике при его полном закреплении в законе.

В соответствии с ч. 4 ст. 25 вышеупомянутого Закона Республики Беларусь «О порядке и условиях содержания лиц под стражей» лицам, содержащимся под стражей, с участвующим в деле в качестве защитника адвокатом встреча предоставляется по предъявлении ордера (соглашения) юридической консультации. Вместе с тем, несмотря на указанную норму и отсутствие в уголовно-процессуальном законе какой-либо регламентации беспрепятственного общения с защитником, на практике действует не заявительный, а так называемый разрешительный порядок предоставления свиданий с адвокатом. Это означает, что для реализации своего права, указанного в п. 2 ч. 1 ст. 48 УПК, защитник должен получить письменное разрешение на свидание у следователя. В немалой степени этому способствовало и письмо председателя Республиканской коллегии адвокатов № 01-22-02 от 04.01.2006 г. (не опубликованное, но разосланное в Президиумы коллегий адвокатов), в котором предписывалось, что, «…посещая своего подзащитного, адвокат должен представить документ, подтверждающий факт своего участия по конкретному уголовному делу. Таким документом является справка органа, ведущего уголовный процесс, свидетельствующая о том, что данный адвокат допущен в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого…».

При этом указанный разрешительный порядок позволяет создавать ряд препятствий для беспрепятственного общения с защитником; позволяет затянуть срок такого конфиденциального общения. Так, ряд следователей для того чтобы предоставить адвокату разрешение на посещение, требуют письменное ходатайство, которое рассматривается в течение 3 дней. Ответ на него направляется защитнику по почте, что является одним из способов лишить заключенного под стражу подозреваемого, обвиняемого возможности своевременного общения с защитником наедине и в любой момент производства по делу. Кроме того, в случае, если уголовное дело, возбужденное одним следственным органом, в последующем будет передано для расследования в другой следственный орган, адвокат будет вынужден вновь получать разрешение на посещение подозреваемого, обвиняемого уже у нового следователя; а после поступления дела в суд – у судьи; некоторые судьи дают адвокату только однократные разрешения на посещение обвиняемого, требуя дополнительного обращения к ним за получением разрешения на последующее посещение.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

В соответствии с п. 93 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, принятых 30 августа 1955 г. в Женеве на Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, одобренных Экономическим и Социальным Советом в его резолюциях 663 C (XXIV) от 31 июля 1957 г. и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 г., *свидания заключенного с его юридическим советником должны происходить на глазах, но за пределами слуха сотрудников полицейских или тюремных органов*.

Право задержанного или находящегося в заключении лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним *без цензуры и в условиях полной конфиденциальности* предусмотрено Сводом принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденным Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г., № 43/173 (принцип 18); иными международными документами, проанализированными в вопросе 1).

Европейским Судом по правам человека право обвиняемого на конфиденциальность свиданий со своим защитником рассматривается в качестве одного из основных требований справедливого судебного процесса в демократическом обществе, вытекающих из положений подп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В частности, в *решении Европейского Суда по делу С.* отмечается, что если адвокат не имеет возможности связаться со своим клиентом и получить от него конфиденциальные инструкции, не подвергаясь надзору, то его помощь в значительной степени утрачивает свою полезность, в то время как Конвенция призвана гарантировать право, которое носит практический и действенный характер. Это положение касается любого лица, независимо от тяжести предъявляемого ему обвинения, в том числе и в терроризме (*Судебное решение по делу «С. против Швейцарии» от 28 ноя-*

бря 1991 г., Series A, N 220, p. 48. См. также решение по делу «Кан против Австрии» от 30 сентября 1985 г., Series A, N 96).

В другом решении Европейский Суд по правам человека указал на ряд принципиальных положений, касающихся вскрытия и прочтения администрацией мест лишения свободы писем заключенного, адресованных им своему адвокату и адвокатом заключенному, заключающихся в следующем:

- вскрытие и чтение писем, направляемых С. своему адвокату и полученных от него, составляло вмешательство в осуществление его права на тайну переписки;

- хотя определенные меры контроля над перепиской заключенных могут быть допустимы, регулярная перлюстрация переписки заключенного (особенно лицами, которые могут быть непосредственно заинтересованы в ее содержании) не соответствует принципам конфиденциальности и того иммунитета, которым пользуются профессиональные отношения между адвокатом и его клиентом, при этом не имеет значения, что переписка непосредственно не связана с судебным процессом;

- следовательно, такие письма могут быть вскрыты, но только если существует обоснованное подозрение, что они содержат недозволенные вложения, и могут быть прочитаны, только если существуют основания подозревать, что их содержание создает угрозу режиму безопасности в тюрьме или по иным причинам носит преступный характер;

- поскольку сохранение конфиденциальности в отношениях между адвокатом и его клиентом имеет приоритет перед абстрактной возможностью злоупотреблений этой конфиденциальностью, вскрытие и прочтение переписки С. с его адвокатом не было необходимым в демократическом обществе и представляет собой нарушение ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод;

- поскольку не было настоятельной нужды вскрывать эти письма, их вскрытие не было необходимым в демократическом обществе и представляет собой нарушение ст. 8 Конвенции *(судебное решение по делу «Кэмпбелл (Campbell) против Великобритании» 1992 г.)*.

В деле *«Эрдем против Германии»* от 5 июля 2001 г. Европейский Суд по правам человека еще раз указал на то, что конфиденциальность корреспонденции между заключенным и его защитником является основным правом личности и напрямую затрагивает ее право на защиту. Вот почему, как было провозглашено Европейским Судом ранее, исключение из этого принципа может допускаться лишь в исключительных случаях и должно сопровождаться адекватными и достаточными гарантиями против злоупотреблений.

В решении ЕС по делу *«Кэмпбелл и Фелл против Соединенного Королевства»* (рассматривалось ранее) также было отмечено, что могут существовать соображения безопасности, которые бы оправдывали некоторые ограничения на условия посещения заключенного его адвокатами (речь шла о конфиденциальности). Однако по указанному делу такое ограничение не было признано оправданным.

Анализ зарубежного опыта

Право на конфиденциальное общение с адвокатом закреплено в законодательстве большинства стран мира. В ряде случаев, в силу его важности, оно даже фигурирует в Основном Законе страны, в других случаях – закрепляется в уголовно-процессуальном законодательстве.

Конституционный Суд *Российской Федерации* в своем постановлении от 25.10.2001 г. признал неконституционным положение законодательства Российской Федерации п. 15 ч. 2 ст. 16 Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления», аналогичное проанализированному ранее «разрешительному порядку» предоставления права на общение с защитником в Республике Беларусь, и указал, что ситуация, при которой реализация возможности свиданий подозреваемого, обвиняемого с адвокатом (защитником) ставится в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, служит основанием неправомерного ограничения конституционного права на помощь адвоката.

В РФ ст. 91 Уголовно-исполнительного кодекса в качестве дополнительной гарантии обеспечения сохранности адвокатской тайны указывает, что «переписка осужденного с защитником или иным лицом, оказывающим юридическую помощь на законных основаниях, цензуре не подлежит». При этом сделана оговорка о том, что при наличии отдельных оснований по мотивированному постановлению руководителя исправительного учреждения или его заместителя в ряде случаев такая переписка все же может подлежать цензуре.

Бесцензурная переписка адвоката с клиентом закреплена и в Кодексе исполнения судебных решений *Азербайджана*.

После событий сентября 2001 года в законодательство *США* были внесены изменения, позволяющие нарушать право адвоката на конфиденциальное общение с клиентом. Закон «USA Patriot

Act» закрепил, среди прочего, более широкие законодательные полномочия для проведения обысков и наблюдения за деятельностью без судебного вмешательства. Правило «Бюро тюрем» (Bureau of Prisons) предоставило право Генеральному прокурору по приказу Директора тюрем контролировать или просматривать любое общение между заключенным и адвокатом с целью сдерживания будущих действий, последствием которых могут быть смерть, телесные повреждения иным лицам, повреждение собственности. Все, что требуется для начала такого контроля, – «обоснованные подозрения в том, что заключенный может использовать общение с адвокатом для способствования акту терроризма».

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Необходимо обязать орган, ведущий уголовный процесс, *немедленно уведомлять* администрацию места предварительного заключения о допуске конкретного защитника к участию в деле и его возможности на беспрепятственное общение с подзащитным. Полагаем в этой связи, что ч. 5 ст. 44 УПК необходимо изложить в следующей редакции: «Защитник должен немедленно по принятии на себя защиты уведомить об этом орган, ведущий уголовный процесс. После получения указанного уведомления орган, ведущий уголовный процесс, в тот же день сообщает администрации места предварительного заключения подозреваемого или обвиняемого об обязанности предоставления указанному защитнику возможности беспрепятственного общения со своим подзащитным».

С целью недопущения злоупотреблений при «прослушивании» разговоров адвоката и подзащитного следует установить конкретную ответственность за допускаемые нарушения сотрудников правоохранительных органов и контролировать соблюдение на практике невозможности использования «прослушанной» информации в качестве доказательств.

Также следует внести изменения в действующее законодательство о недопущении цензуры применительно к переписке обвиняемого (подозреваемого, осужденного) с адвокатом.

4. ОБЯЗАННОСТЬ АДВОКАТА ПРЕДОСТАВЛЯТЬ В ОСОБЫХ СЛУЧАЯХ В ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ КОНФИДЕНЦИАЛЬНУЮ ИНФОРМАЦИЮ, ПОЛУЧЕННУЮ ОТ КЛИЕНТА

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре» сведения, связанные с профессиональной деятельностью адвоката, которые бы исключались из содержания понятия «адвокатская тайна», не указаны. Законом не возлагается обязанность на адвоката сообщать даже о ставшем известном ему готовящемся особо тяжком преступлении.

В Правилах профессиональной этики (п. 19) указано 3 случая, при которых адвокат может раскрыть доверенную клиентом информацию в объеме, который он считает обоснованно необходимым:

- согласия на это самого клиента, если раскрытие такой информации необходимо для оказания юридической помощи;

- для обоснования позиции адвоката при решении спора между ним и клиентом либо для обоснования личной защиты по делу, возбужденному против него и основанному на действиях, в которых принимал участие клиент;

- проведения консультаций с другими адвокатами, если клиент не возражает против таких консультаций.

В то же время согласно Закону Республики Беларусь от 19 июля 2000 г. «О мерах по предотвращению легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансирования террористической деятельности» на адвоката налагается обязанность довести до сведения компетентных органов отдельную, ставшую ему известной информацию.

В частности, адвокаты признаны лицами, осуществляющими финансовые операции, в том случае, если ими совершаются от имени или по поручению клиента финансовые операции, связанные с куплей-продажей недвижимого имущества, управлением денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом; распоряжением банковскими счетами и (или) счетами «депо»; созданием организаций или их обособленных подразделений либо участием в управлении ими; приобретением или продажей предприятия как имущественного комплекса. При этом указано, что в случае выявления операции, подлежащей особому контролю, адвокат обязан письменно сообщить об этом заведующему консультацией, заполнить соответствующие документы, часть которых должна быть передана в Департамент финансового мониторинга Комитета государственного контроля Республики Беларусь.

Операциями, подлежащими особому контролю, названы:

• подозрения, что финансовая операция совершается в целях легализации доходов, полу-

ченных преступным путем, либо финансирования террористической деятельности, в том числе не соответствует целям деятельности лица, в том числе финансовая операция не соответствует целям деятельности лица, совершающего финансовую операцию, установленным учредительными документами; совершается неоднократно в целях уклонения от регистрации в специальном формуляре;

• если в отношении лица, совершающего финансовую операцию, имеются сведения о его участии в террористической деятельности либо если лицо, совершающее финансовую операцию, находится под контролем лиц, занимающихся террористической деятельностью;

• если лицо, совершающее финансовую операцию, зарегистрировано, имеет место жительства или место нахождения в государстве (на территории), которое (которая) не участвует в международном сотрудничестве в сфере предотвращения легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансирования террористической деятельности, либо по нему имеются сведения об осуществлении операций через счет в банке, небанковской кредитно-финансовой организации, зарегистрированных в указанном государстве (на указанной территории);

• если сумма финансовой операции равна или превышает 2 000 базовых величин для физических лиц либо равна или превышает 20 000 базовых величин для организаций и индивидуальных предпринимателей и при этом относится к одному из следующих видов финансовых операций: финансовой операции с наличными денежными средствами; финансовой операции по банковским счетам и вкладам (депозитам) клиентов; финансовой операции по международным расчетам и денежным переводам (почтовым, телеграфным, электронным); финансовой операции с движимым и недвижимым имуществом; финансовой операции с ценными бумагами; финансовой операции по займам и кредитам, связанной с международными переводами; финансовой операции по переводу долга и уступке требования.

•

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

По Римскому протоколу в Европе существует правило, что адвокат вправе раскрыть сведения, если существует угроза жизни человека.

Анализ зарубежного опыта

В соответствии с ФЗ РФ от 07.08.2001 г. (в редакции ФЗ от 28.07.2004 г.) «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» адвокат, осуществляя от имени или по поручению клиента: сделки с недвижимым имуществом, управлением денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом клиента, управлением банковскими счетами или счетами ценных бумаг, привлечением денежных средств для создания организаций, создания организаций, обеспечения их деятельности или управления ими, а также куплей-продажей организаций, при определенных условиях должен уведомить об указанных операциях уполномоченный орган лично либо через соответствующую адвокатскую палату. В частности, указывается, что адвокат обязан уведомить об этом уполномоченный орган при наличии у него любых оснований полагать, что такие сделки или финансовые операции осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. На организации, осуществляющие операции с денежными средствами или иным имуществом, возложена обязанность сообщать в правоохранительные органы об операциях клиентов с денежными средствами на сумму более 600 000 руб. и недвижимым имуществом на сумму свыше 3 000 000 руб.

В то же время согласно позиции Конституционного Суда РФ (постановление от 14 мая 2003 г., № 8-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 14 ФЗ «О судебных приставах») ограничения конституционных прав, сопряженные с отступлениями от адвокатской тайны, допустимы лишь при условии их адекватности и соразмерности конституционно значимым ценностям и могут быть оправданы лишь необходимостью обеспечения указанных в Конституции целей защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Указанные нормативные акты как в Республики Беларусь, так и в РФ были приняты во исполнение международных обязательств по борьбе с международной коррупцией и терроризмом, Россией – в связи с вступлением в Международную комиссию по борьбе с отмыванием денег (ФАТФ). Таким образом, аналогичные положения закреплены в законодательстве и ряда иных стран, взявших на себя международные обязательства по борьбе с международной коррупцией и терроризмом (членами ФАТФ являются Аргентина, Австралия, Австрия, Бельгия, Бразилия, Канада, Китай, Дания, Финляндия, Франция, Германия, Греция, Ирландия, Италия, Япония, Нидерланды, Мексика, Новая Зеландия, Норвегия, Португалия, Испания, Швеция, Швейцария, Турция, Великобритания, США).

В соответствии с Законом *Республики Армения* «Об адвокатской деятельности» (статья 8) адвокат вправе опубликовать адвокатскую тайну, если:

– на то имеется согласие доверителя;

– по его мнению, вследствие неопубликования тайны будут иметь место такие противозаконные деяния, которые могут повлечь смерть лица, тяжкие телесные повреждения, имущественный ущерб в особо крупных размерах;

– это необходимо для обоснования требований, возникших между ним и доверителем, или для его защиты.

В соответствии с Типовыми правилами профессиональной этики *американских* адвокатов (правило 1.6) адвокат может раскрывать конфиденциальную информацию в объеме, который адвокат обоснованно считает необходимым:

- для недопущения совершения клиентом преступных действий, могущих, по мнению адвоката, привести к смерти или тяжким телесным повреждениям;

- для обоснования претензий или защиты от лица адвоката в споре между адвокатом и клиентом, для обоснования защиты по уголовному обвинению или гражданскому иску против адвоката, основанных на действиях, в которых принимал участие клиент, или же для ответа на заявления в любом судебном разбирательстве, относящиеся к представлению клиента адвокатом (аналогичные положения закреплены и в Правилах профессиональной этики каждого конкретного штата – например, приказ Верховного Суда штата *Аляска* № 1332 об утверждении Правил профессионального поведения в редакции 09.07.1999 г.).

При этом следует отметить, что в различных штатах вопрос о допустимых и требуемых границах сообщения информации, полученной от клиента, варьируется. Действительно, фактически во всех штатах указывается, что право на раскрытие конфиденциальной информации наступает, когда у адвоката есть обоснованные предположения о том, что клиент может совершить убийство или причинить серьезные телесные повреждения; может нанести существенный вред финансовым интересам или собственности кого-либо; пользуется (намерен воспользоваться) помощью (советом) адвоката для совершения преступления. Однако при этом в одних штатах раскрытие указанной информации с целью предотвращения планируемых противоправных действий отнесено на субъективное усмотрение адвоката, в других (например, *Нью Джерси, Вирджиния*) – это является безусловной обязанностью адвоката. В некоторых штатах отдельно закрепляется, что адвокат должен попытаться переубедить клиента не нарушать закон перед раскрытием указанной конфиденциальной информации.

Однако указанные исключения из понятия адвокатской тайны не распространяются на те преступления, которые уже совершены (даже в ряде случаев и убийства), но не раскрыты, и о них было сообщено адвокату.

В *Калифорнии* длительный период времени существовали самые жесткие ограничения на раскрытие конфиденциальной информации, полученной от клиента, адвокаты обязаны были соблюдать конфиденциальность даже при любой опасности в отношении как иных лиц, так и себя самого (в том числе и планируемом убийстве). Только после ряда террористических актов в 2004 году в законодательство Калифорнии были внесены изменения в указанной части.

Применительно к борьбе с отмыванием денег в 1990-е годы федеральное правительство США стало требовать от адвокатов раскрывать сведения о клиентах, совершающих сделки на сумму свыше 10 000 долларов США. В деле United States v. Leventhal 961 F. 2d 936 (1992) Роберт Левенталь, адвокат из Флориды, пытался отстоять в суде право на неразглашение данных о клиенте, который заплатил ему более 10 000 долларов США, однако суд указал, что адвокатской тайной является содержание бесед адвоката и клиента, а не информация о последнем как таковая.

Заслуживают внимания судебные прецеденты по вопросу о времени, в течение которого должна сохраняться адвокатская тайна. В большинстве штатов указывается, что адвокатская тайна должна сохраняться в том числе и после смерти клиента. В *Северной Каролине* имел место случай, когда в 2002 году совершил самоубийство Джерри Кашел, отбывавший наказание за двойное убийство; он был осужден за совершение преступления в группе с другим лицом, которое также было осуждено к пожизненному заключению. Перед смертью Д.Кашел сообщил своему адвокату, что убийство совершил только он один. Ли Хант, второй осужденный, продолжал отбывать наказание. Ассоциация адвокатов Северной Каролины категорически протестовала против дачи показаний адвокатом Джерри Кашела о сведениях, которые он узнал от своего клиента. Следует отметить, что, несмотря на то что такие показания адвокатом были даны, они не были приняты во внимание, были оценены как основанные на «слухах», и Верховный Суд Северной Каролины отказал в апелляции.

В то же время фактически по аналогичному случаю, но – с одной лишь разницей – у адвокатов лица, который умер в местах лишения свободы, было его разрешение на разглашение конфиденциальной информации после его смерти – второй осужденный, после дачи соответствующих пока-

заний адвокатами, по делу после 26 лет отбывания наказания за убийство был освобожден и приговор был пересмотрен.

В *Израиле* адвокат, получивший информацию о возможном будущем преступлении, обязан сообщить об этом в полицию. В противном случае к нему может быть предъявлен иск о непредотвращении преступления.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Анализ действующего законодательства Республики Беларусь, международно-правовых актов о роли адвокатуры и месте в этом правовом институте адвокатской тайны однозначно свидетельствует о приоритете последней перед интересами правоохранительных органов. Если сегодня можно признать какие-либо сведения, сообщаемые клиентом своему адвокату, не подлежащими защите, как охраняемые сведения адвокатской тайны, то уничтожается смысл адвокатской профессии и возможность каких бы то ни было доверительных отношений между адвокатом и клиентом. Открывая возможность исключить из адвокатской тайны одни сведения (по финансовым операциям, в то время как, как было указано, ставшие известным сведения о готовящемся преступлении из адвокатской тайны не исключаются), появляется возможность не ограничиваться этими сведениями в будущем, а расширить их, исключив и другие сведения из адвокатской тайны, и может сложиться ситуация, когда постепенно сама суть адвокатской тайны будет вычеркнута.

Освобождение адвоката от обязанности свидетельствовать об обстоятельствах и сведениях, которые ему стали известны или были доверены в связи с его профессиональной деятельностью, служит обеспечению права каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени и является гарантией того, что информация о частной жизни, конфиденциально доверенная лицом в целях собственной защиты только адвокату, не будет вопреки воле этого лица использована в иных целях, в том числе как свидетельство против него самого.

Если адвокату становится известно о том, что его клиент намерен преступить закон либо существует иная угроза общественной безопасности, следует максимально разъяснить доверителю, какими могут оказаться последствия нарушения закона, попытаться настоять на необходимости доверителя воздержаться от уголовно наказуемого деяния или на необходимости его предотвратить.

Исключение из адвокатской тайны каких-либо сведений с нашей точки зрения не оправдано.

6. ПОРЯДОК ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ, СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В СЛУЧАЯХ, КОГДА ОНИ КАСАЮТСЯ АДВОКАТОВ ЛИБО С НИМИ СВЯЗАНЫ, И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ПОСЛЕДУЮЩЕМ ТАКИХ МАТЕРИАЛОВ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» допускает возможность проведения в отношении отдельных граждан ряда оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ). К числу последних относится прослушивание телефонных переговоров. При этом очевидно, что в тех случаях, когда осуществляется прослушивание телефонных переговоров подозреваемого, обвиняемого, наряду с иными разговорами, в сферу прослушивания попадают и разговоры указанных лиц с адвокатом. Аналогичным образом лица, в отношении которых уголовное дело не возбуждено, но в отношении которых тем не менее проводятся оперативно-розыскные мероприятия, также могут общаться по телефону с адвокатом, оказывающим им юридическую помощь в виде дачи консультаций правового характера. Данное общение с точки зрения Закона «Об адвокатуре» и Правил профессиональной этики должно подпадать под защиту от незаконного вмешательства со стороны любых лиц как институт адвокатской тайны, однако, в свою очередь, Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон «Об ОРД») таких оговорок не делает.

В то же время если проследить логику законодателя в отношении отдельных категорий граждан, которые находятся под особой защитой от рядового проведения в отношении них оперативно-розыскных мероприятий в силу своей профессиональной деятельности в случаях, когда прослушивание разговоров с ними может произойти в силу проведения ОРМ в отношении иных лиц, от такого вмешательства со стороны лиц, осуществляющих ОРМ они ограждены дополнительным барьером. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 13 указанного Закона, оперативно-розыскные мероприятия, указанные в пунктах 8 – 12 части первой статьи 11 Закона, в отношении лица, должность которого включена в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь, депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, судьи, прокурорского работника в случае, если уголовное дело в отношении такого лица не было возбуждено или

такое лицо не было привлечено в качестве подозреваемого или обвиняемого по уголовному делу, возбужденному в отношении других лиц либо по факту совершенного преступления, могут проводиться только с санкции Генерального прокурора Республики Беларусь или лица, исполняющего его обязанности. В отношении адвокатов Законом «Об ОРД» никаких оговорок не сделано.

Более того, в случае, если оперативно-розыскные мероприятия были проведены в соответствии с Законом «Об ОРД» и, например, в сферу прослушивания телефонных переговоров все же попала беседа подозреваемого, обвиняемого с его защитником, нет никаких препятствий для использования в последующем таких материалов в качестве доказательств в уголовном процессе.

Анализ зарубежного опыта

В большинстве стран реальной гарантией права на конфиденциальное общение между адвокатом и доверителем выступает судебный контроль при вмешательстве государства в адвокатскую тайну. То есть проведение любых оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвокатов допускается только на основании судебного решения.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ относит адвоката к категории лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам (глава 52, ст. 447). Решение о возбуждении уголовного дела принимается прокурором с согласия судьи районного суда по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления (ст. 448 УПК РФ).

Согласно ч. 3 ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности» проведение оперативными и следственными органами оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий в отношении адвоката допустимо только на основании *судебного решения*.

Согласно Закону *Украины* «Об адвокатуре» запрещается прослушивание телефонных переговоров адвокатов в связи с оперативно-розыскной деятельностью без санкции Генпрокурора Украины, его заместителей, прокуроров Республики Крым, области, г.Киева. Уголовное дело в отношении адвоката также может быть возбуждено только указанными лицами.

В *Израиле* проведение обыска в жилище адвоката допустимо только в присутствии представителя адвокатской конторы. Возможность допросить адвоката также требует дополнительных согласований.

В соответствии с Законом *Республики Узбекистан* от 27.12.1996 г. «Об адвокатуре» статьей 10 гарантией адвокатской деятельности названо и то обстоятельство, что уголовное дело в отношении адвоката может быть возбуждено Генеральным прокурором Республики Узбекистан, прокурором Республики Каракалпакстан, прокурорами области, города Ташкента и приравненными к ним прокурорами.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

В законодательстве Республики Беларусь целесообразно закрепить положения, допускающие проведение любых оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвокатов только с согласия президиума коллегии адвокатов (при его отсутствии – на основании решения суда) и с санкции лиц, указанных в ч. 3 ст. 13 Закона «Об ОРД»; также следует разработать особый порядок производства по такого рода уголовным делам.

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус адвокатов» международного эксперта проекта Калиновского К.Б.[75]

В отчете, подготовленном экспертом Савич Ольгой Дмитриевной, представлен достаточно полный анализ законодательного регулирования и практики применения института адвокатской тайны в Республике Беларусь, проведенный на основе изучения международных стандартов и зарубежного опыта. При этом каждый раздел доклада хорошо структурирован, включает в себя подробное освещение норм международного права, решений Европейского Суда по правам человека, практики зарубежных стран и завершается обоснованными рекомендациями по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения.

Вместе с тем описание законодательного опыта зарубежных стран и рекомендаций международных организаций само по себе еще не обосновывает необходимости совершенствования законодательства Республики Беларусь и практики его применения. В связи с этим представляется важным указать на юридические предпосылки, которые могут определять приоритетные направления развития белорусского законодательства в исследуемой сфере.

Согласно статье 62 Конституции Республики Беларусь каждый имеет право на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде, иных государственных органах, органах местного управления, на предприятиях, в учреждениях, организациях, общественных объединениях и в отношениях с должностными лицами и гражданами. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается за счет государственных средств. Противодействие оказанию правовой помощи в Республике Беларусь запрещается.

Право на юридическую помощь служит неотъемлемой гарантией осуществления других прав, закрепленных в Конституции Республики Беларусь – на судебную защиту прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки (статья 60), на осуществления правосудия на основе состязательности и равенства сторон в процессе (статья 115), на судебную проверку законности задержания или ареста (статья 25), на защиту от незаконного вмешательства в его личную жизнь, в том числе от посягательства на тайну корреспонденции, телефонных и иных сообщений, на честь и достоинство (статья 28), на ознакомление с материалами, затрагивающими права и законные интересы (статья 34).

Конституция Республики Беларусь указывает, что Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им своего законодательства (статья 8).

Право на юридическую помощь и помощь защитника является общепризнанным принципом международного права и относиться к основным правам и свободам человека. Международный пакт о гражданских и политических правах (подпункт «b» пункта 3 статьи 14) и Конвенция о защите прав человека и основных свобод (подпункт «c» пункта 3 статьи 6) гарантируют каждому право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника.

Согласно Конституции Республики Беларусь, ее статей 2 и 21 человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью, а обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства. Статья 59 Конституции Республики Беларусь обязывает государство принимать все доступные ему меры для создания внутреннего и международного порядка, необходимого для полного осуществления прав и свобод граждан Республики Беларусь, предусмотренных Конституцией.

Из приведенных взаимосвязанных положений следует, что право на юридическую помощь обеспечивается государством как основополагающее право человека и гражданина, и его более полная реализация является высшей ценностью. При этом в силу приоритета общепризнанных норм международного права, регулирующих оказание юридической помощи, Республика Беларусь должна обеспечить соответствие им своего законодательства.

Наиболее эффективным средством оказания юридической помощи является деятельность профессионального юриста – адвоката. Гарантии конфиденциальности отношений адвоката с клиентом являются необходимой составляющей права на получение квалифицированной юридической помощи как одного из основных прав человека, признаваемых международно-правовыми нормами (статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, статьи 5 и 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

---

[75] Калиновский Константин Борисович (Россия), кандидат юридических наук, доцент, советник Управления конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российской академии правосудия, доцент кафедры уголовного права РГПУ имени А.И. Герцена.

Таким образом, общепризнанные международные стандарты обеспечения адвокатской тайны, в том числе выявленные Европейским Судом по правам человека путем толкования положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в силу требований статьи 8 Конституции Республики Беларусь являются для нее обязательными.

Высокое значение адвокатской тайны всегда подчеркивалось и в юридической науке. Так, И. Я. Фойницкий писал, что закон поступается интересами правосудия и ставит выше их этические интересы адвокатской тайны, поэтому без адвокатской тайны нет и надлежащего правосудия[76].

По содержанию исследования представляется необходимым отменить следующее.

1. СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЯ «АДВОКАТСКАЯ ТАЙНА»

В отчете приводится подробный анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь о содержании адвокатской тайны и делается вывод о том, что в различных нормативных актах ее объем определяется неодинаково. В Законе Республики Беларусь «Об адвокатуре» (статья 16) предмет тайны значительно сужен по сравнению с Правилами профессиональной этики адвоката. В связи с этим сделан вывод о необходимости внесения соответствующих изменений в вышеназванный закон.

В отчете также приводятся полные данные о международных стандартах в этой области и опыт значительного количества государств[77]. Учитывая, что общепризнанные международные стандарты обеспечения адвокатской тайны в силу требований статьи 8 Конституции Республики Беларусь являются для нее обязательными, предложения автора по совершенствованию Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» являются обоснованными.

Вместе с тем автор не приводит статистических данных или примеров из правоприменительной практики (об обысках или выемках у адвокатов, прослушивании их переговоров, допросах их в качестве свидетелей и т.д.), свидетельствующих о нарушении гарантий адвокатской деятельности. Без такой аргументации предложение о необходимости корректировки закона остается несколько голословным, так как на практике возможно его расширительное толкование на основе Правил профессиональной этики адвоката. В таком случае адвокатская тайна будет вполне защищена.

2. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ РАБОТНИКОВ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ЗА НАРУШЕНИЕ АДВОКАТСКОЙ ТАЙНЫ, В ЧАСТНОСТИ, ЗА ВЫЗОВ АДВОКАТА НА ДОПРОС В КАЧЕСТВЕ СВИДЕТЕЛЯ

Конституция Республики Беларусь закрепляет необходимую основу для регулирования ответственности работников правоохранительных органов за нарушение адвокатской тайны. Согласно статьям 59 и 60 Конституции Республики Беларусь государство обязано принимать все доступные ему меры для создания внутреннего и международного порядка, необходимого для полного осуществления права граждан на получение юридической помощи. Государственные органы, должностные и иные лица, которым доверено исполнение государственных функций, несут ответственность за действия, нарушающие право на юридическую помощь и конфиденциальность ее оказания.

В соответствии со статьей 27 Конституции Республики Беларусь доказательства, полученные с нарушением Закона «Об адвокатуре», не имеют юридической силы. В связи с этим процессуальное законодательство должно предусматривать эффективные механизмы, позволяющие исключать из рассмотрения дела доказательства, содержащие адвокатскую тайну. В докладе указано, что таких механизмов в настоящее время нет.

Юридическая ответственность должностных лиц за нарушение норм, гарантирующих адвокатскую тайну, по юридико-техническим причинам не может быть регламентирована в специализированном законодательстве об адвокатуре. Эти вопросы должны регулироваться в иных нормативных актах. В частности, представляет интерес исследование уголовного законодательства, предусматривающего преступления в виде различного рода злоупотреблений властью, халатности, т. к. установление специальных преступлений в виде посягательства на законную деятельность адвоката уголовному праву, как правило, не известно. Распространенной законодательной практикой является установление дисциплинарной ответственности за нарушения адвокатской тайны должностными лицами, а также процессуальной ответственности в виде отстранения прокурором следователя от ведения дела. Так, прокурор в Республике Беларусь наделен правом отстранять ниже-

[76] Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / под ред. А.В.Смирнова. СПб.: Альфа, 1996. Т. 2. С. 250 – 251. См. также: Стецовский Ю.И. Принцип профессиональной тайны адвоката // Адвокат. 2008. № 3.

[77] Как представитель российской правовой науки, также отмечу, что вместо ссылки автора на Кодекс чести Санкт-Петербургской объединенной коллегии адвокатов было бы более уместно ссылаться на имеющий большую силу и признание Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003.

стоящего прокурора, следователя, руководителя органа дознания и дознавателя от производства предварительного расследования по данному уголовному делу, если ими были допущены нарушения законности при его расследовании (пункт 11 статьи 34 УПК Республики Беларусь). Оценка эффективности такого законодательства, а также масштабов нарушений адвокатской тайны должна опираться на социологические, в том числе статистические методы исследования.

В связи с этим представляют интерес приведенные автором доклада примеры грубого нарушения гарантий адвокатской тайны правоохранительными органами Российской Федерации. Полагаем, что подобные примеры и статические данные имеются и в Республике Беларусь.

3, 5. ПРАВО НА КОНФИДЕНЦИАЛЬНОЕ ОБЩЕНИЕ ПОДЗАЩИТНОГО СО СВОИМ АДВОКАТОМ. ПЕРЕПИСКА ОБВИНЯЕМОГО, ПОДОЗРЕВАЕМОГО, СОДЕРЖАЩИХСЯ ПОД СТРАЖЕЙ, И ОСУЖДЕННОГО С АДВОКАТОМ

1. В отчете отмечено, что в Республике Беларусь существует две основные проблемы, связанные с нарушением права на конфиденциальное общение содержащегося под стражей гражданина со своим адвокатом-защитником: 1) разрешительный порядок реализации закрепленного в законе права; 2) нарушение указанного права на практике при его полном закреплении.[78]

Автор отчета справедливо указывает на недопустимость разрешительного порядка реализации права на свидания адвоката со своим подзащитным и проводит убедительные доказательства существования такого порядка. В отчете предлагается путем внесения изменений в статью 44 УПК Республики Беларусь обязать орган, ведущий уголовный процесс, немедленно уведомлять администрацию места предварительного заключения о допуске конкретного защитника к участию в деле и его возможности на беспрепятственное общение с подзащитным. Однако это решение не свободно от недостатков.

Во-первых, оно не обеспечивает оказание лицам, содержащимся под стражей, юридической помощи в целом, в том числе не в связи с защитой от уголовного обвинения. Во-вторых, допуск защитника в процесс осуществляется органом уголовного преследования – его процессуальным противником, что не соответствует конституционному принципу состязательности. В-третьих, подобное изменение законодательства не решает обозначенной автором проблемы № 2 – нарушение на практике закрепленных в законе гарантий.

Представляется, что действующее законодательство Республики Беларусь уже в нынешнем виде не освобождает следователя от обязанности немедленно уведомлять администрацию места предварительного заключения о допуске конкретного защитника к участию в деле и его возможности на беспрепятственное общение с подзащитным. Согласно статье 62 Конституции Республики Беларусь *каждый имеет право пользоваться помощью адвокатов в любой момент* (курсив мой. – **К.К.**), а противодействие оказанию правовой помощи в Республике Беларусь запрещается. Из данных конституционных положений следует, что задержанный вправе в любой момент, в том числе и незамедлительно, воспользоваться услугами адвоката, а следователь не вправе этому противодействовать. Наоборот, закрепление в законе права гражданина одновременно означает возложение на соответствующее должностное лицо обязанности, обеспечивающей это право, иначе конституционные права окажутся декларативными, а государство не выполнит своей высшей цели – обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь (статья 21 Конституции Республики Беларусь). Сказанное позволяет путем внесения изменений в соответствующие подзаконные акты закрепить необходимый порядок реализации права задержанного на свидания со своим адвокатом.

Кроме того, представляется плодотворным подход к решению этой проблемы, использованный в Российской Федерации. Как верно указано в отчете, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал позицию о том, что возможность свиданий обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом (защитником) не должна ставиться в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело. Эта позиция обеспечивает не только защиту по уголовному делу, но и право задержанного на получение юридической помощи в целом.

Данная позиция соответствует общепризнанным международным нормам. Так, Европейский Суд по правам человека, разъясняя содержание Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в своем решении от 16 октября 2001 г. по делу «Бреннан против Соединенного Королевства» указал, что для оказания квалифицированной юридической помощи необходимо обеспечить не только конфиденциальность, но и своевременность свидания адвоката с подзащитным, содержащимся под стражей.

---

[78] К сожалению, вторая проблема недостаточно подтверждена в отчете фактическим материалом.

2. В отчете на основе анализа международных стандартов и зарубежного опыта сделан обоснованный вывод о том, что в действующее белорусское законодательство следует внести изменения, запрещающие цензуру переписки обвиняемого (подозреваемого, осужденного) с адвокатом. Поддерживая данный вывод, полагаем необходимым указать дополнительные аргументы, подтверждающие его правильность.

Как уже было отмечено, гарантии конфиденциальности отношений адвоката с клиентом являются необходимой составляющей права на получение квалифицированной юридической помощи как одного из основных прав человека, признаваемых международно-правовыми нормами (статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, статьи 5 и 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод), которые в силу требований статьи 8 Конституции Республики Беларусь имеют приоритет и обеспечиваются в Республике Беларусь.

Европейский Суд по правам человека распространительно толкует положения статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, применяя их и к адвокату (постановление от 4 мая 2002 г. по делу «Ротару против Румынии»). Подчеркивая необходимость сохранения конфиденциальности переписки адвоката с клиентом Суд указывает, что разрешение на прочтение писем, адресованных заключенным адвокату или полученных от него, должно даваться лишь в исключительных случаях, когда у властей есть основания полагать, что имеет место злоупотребление данной привилегией и что содержание письма создает угрозу безопасности учреждений или иных лиц или является преступным в другом отношении. «Правдоподобность» мотивов зависит от совокупности обстоятельств, но она предполагает наличие фактов или сведений, способных убедить объективного наблюдателя, что имеет место злоупотребление особым правом на общение (постановление Европейского Суда по правам человека от 5 июля 2001 г. по делу «Эрдем против Германии»).

4. ОБЯЗАННОСТЬ АДВОКАТА ПРЕДОСТАВЛЯТЬ В ОСОБЫХ СЛУЧАЯХ В ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ КОНФИДЕНЦИАЛЬНУЮ ИНФОРМАЦИЮ, ПОЛУЧЕННУЮ ОТ КЛИЕНТА

В отчете указано, что в связи с противодействием терроризму и организованной преступности, легализацией преступных доходов становится заметной тенденция ограничения адвокатской тайны и все большего возложения на адвоката участвовать в борьбе с легализацией преступных доходов. Законом Республики Беларусь от 19 июля 2000 года «О мерах по предотвращению легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансирования террористической деятельности» на адвоката налагается обязанность довести до компетентных органов отдельную, ставшую ему известной информацию. Аналогичная проблема существует и в Российской Федерации.

Заслуживает поддержки вывод автора о недопустимости ограничения адвокатской тайны таким способом. Данный вывод подкрепляется рядом теоретических аргументов. Фактическое возложение на адвоката обязанности по его негласному сотрудничеству с правоохранительными органами в виде сообщения им сведений о своих подозрительных клиентах способно превратить адвоката из защитника в сотрудника спецслужб, что коренным образом подрывает право граждан на юридическую помощь.[79]

6. ПОРЯДОК ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ, СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ В СЛУЧАЯХ, КОГДА ОНИ КАСАЮТСЯ АДВОКАТОВ ЛИБО С НИМИ СВЯЗАНЫ, И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ПОСЛЕДУЮЩЕМ ТАКИХ МАТЕРИАЛОВ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

В отчете представлены положения белорусского законодательства об оперативно-розыскной деятельности, регламентирующие производство оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвоката, указано на отсутствие при этом специальных гарантий, проанализирован опыт ряда стран в регулировании данных вопросов и сделан вывод о том, что в законодательстве Республики Беларусь целесообразно закрепить положения, допускающие проведение любых оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвокатов только с согласия президиума коллегии адвокатов (при его отсутствии – на основании решения суда) и с санкции лиц, указанных в ч. 3 ст. 13 Закона «Об ОРД», а также следует разработать особый порядок производства по такого рода уголовным делам.

Такой вывод в целом представляется правильным. Вместе с тем для его обоснования было бы целесообразно привести общепризнанные международные стандарты в этой сфере и правоприменительную практику Республики Беларусь, подтверждающие возможное ограничение прав ад-

[79] См.: Адвокатская тайна / под ред. В.Н. Буробина. М.: Статут, 2006.

вокатов. Кроме того, конкретные гарантии обеспечения прав адвокатов (согласие президиума коллегии адвокатов и т. д.) относятся к компетенции национального законодателя и нуждаются в дополнительном обосновании.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод в ее истолковании Европейским Судом по правам человека распространяет на профессиональную деятельность адвоката положения статьи 8, гарантирующей недопустимость вмешательства со стороны публичных властей в осуществление права на уважение личной и семейной жизни, его жилища и корреспонденции, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц (постановление по делу «Нимитц против Германии»). Суд указал, что нет принципиальных оснований, чтобы понимание личной жизни исключало деятельность профессионального и делового характера и отметил, что в некоторых государствах-участниках слово «жилище» может распространяться на деловой офис типа адвокатского. Принимая решение, Суд напомнил, что «посягательство на профессиональную тайну адвоката может иметь последствия при отправлении правосудия и тем самым нарушать права, гарантированные статьей 6 Конвенции».

Также широко трактуется понятие «корреспонденция». Хотя телефонные переговоры конкретно не названы в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в решении по названному делу Суд прямо указал: телефонные разговоры входят в понятия «личная жизнь» и «корреспонденция», которые содержатся в пункте 1 ст. 8 Конвенции.

В Российской Федерации также возникла проблема, связанная с тем, что адвоката при его входе на территорию места содержания под стражей подвергали личному досмотру, который как обеспечивающее режим административное действие не относится ни к следственным, ни к оперативно-розыскным. Представляется, что такие меры также не должны нарушать адвокатскую тайну.

III. СУДОУСТРОЙСТВО И СТАТУС ПРОКУРОРОВ

Отчет о вводном семинаре

18 декабря 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Судоустройство и статус прокуроров». Семинар состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 98 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- прокуратура города Минска;
- районные прокуратуры всех областей Республики Беларусь;
- Государственное учреждение «Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь»;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- районные суды всех областей Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Минская областная и городская коллегия адвокатов;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного экономического университета;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Международного института трудовых и социальных отношений;
- юридический факультет Брестского государственного университета;
- юридический факультет Гродненского государственного университета;
- юридический факультет Полоцкого государственного университета.

Работу семинара открыл Александр Владимирович Ивановский, заместитель Генерального прокурора Республики Беларусь, выступив с докладом о роли и статусе прокуроров в системе отправления правосудия в Республике Беларусь. С докладом о роли прокурора в современном судопроизводстве выступил Виктор Адамович Ракитский, судья Верховного Суда Республики Беларусь. По вопросам деятельности прокуроров в уголовном и гражданском процессе выступили Федор Алексеевич Шедов, начальник управления по обеспечению участия прокуроров в рассмотрении судами уголовных дел, и Николай Александрович Леонов, начальник отдела по обеспечению участия прокуроров в гражданском процессе Генеральной прокуратуры Республики Беларусь. Людмила Львовна Зайцева, заведующая кафедрой прокурорской деятельности ИППК судей, работников судов, прокуратуры и учреждений юстиции БГУ, осветила международные стандарты, касающиеся деятельности прокуроров и представила анализ действующего белорусского законодательства. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили более двадцати актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике, касающихся статуса прокуроров, и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных со статусом прокуроров в Республике Беларусь:

1. В целях обеспечения участия прокуроров в рассмотрении дел судами, а также в целях повышения качества расследования и подготовки к делу государственных обвинителей следует увеличить штатное количество прокуроров Республики Беларусь как минимум на 63 единицы.
2. Рассмотреть возможность введения квалификационного экзамена для прокуроров.
3. Рассмотреть необходимость введения обязательной годичной стажировки для прокуроров до начала выполнения ими своих функций.
4. При подготовке молодых прокуроров следует обратить особое внимание на развитие практических навыков оценки доказательств и ведения дела в суде.
5. Разработать и принять кодекс профессиональной этики прокуроров.
6. Расширить круг дел с частным и частно-публичным обвинением.
7. Сократить круг дел по ускоренному производству, где участие прокурора обязательно.

8. Разработать четкий и закрытый круг критериев, по которым суд по своей инициативе может привлекать прокурора к участию в гражданском деле, по которому участие прокурора необязательно.

9. Необходимо тщательно изучить проблему использования качественных критериев при оценке эффективности деятельности прокуроров.

10. Тщательно рассмотреть вопрос разделения функций прокуроров по руководству расследованием и надзору за его выполнением. В частности, предлагается отказаться от функции расследования, сохранив при этом полномочия по надзору за расследованием.

11. Тщательно изучить вопрос о расширении круга прокурорских работников, наделенных правом поддерживать государственное обвинение в суде.

12. Предоставить Генеральному прокурору Республики Беларусь право направлять обращения в Конституционный Суд Республики Беларусь и наделить его правом законодательной инициативы.

13. Раскрыть содержание конституционно-правового термина «законность» в Решении Конституционного Суда Республики Беларусь или в постановлении пленума Верховного Суда Республики Беларусь. В таком решении или постановлении необходимо четко указать, что термин «законность» подразумевает соответствие не только букве, но и духу закона.

14. Закрепить за судом исключительное право на санкционирование меры пресечения в виде содержания под стражей.

15. Более детально регламентировать полномочия прокуроров по надзору за оперативно-розыскной деятельностью.

16. Следует более детально регламентировать дискреционные полномочия прокуроров по применению альтернатив судебному преследованию в делах, не представляющих особой общественной опасности, и при условии согласия обвиняемого.

17. Рассмотреть возможность сокращения перечня уголовно-наказуемых деяний.

18. Необходимо четко регламентировать порядок исключения недопустимых доказательств из материалов дела.

19. Изучить возможность введения предварительного слушания, на котором решался бы вопрос допустимости доказательств.

20. Исключить основание отмены приговора суда за неисследованностью судом доказательств, имеющих значение для правильного разрешения дела, о существовании которых было известно суду, сохранив при этом возможность отмены приговора, когда вследствие необоснованного отклонения ходатайства сторон (стороны) остались невыясненными такие обстоятельства, установление которых могло иметь существенное значение при постановлении приговора.

21. Установить персональную ответственность прокурора не только за необоснованный отказ от обвинения, но также и за необоснованное поддержание обвинения.

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса прокуроров Зайцевой Л. Л.[80]

Дальнейшее развитие белорусского законодательства и правоохранительной системы невозможно без соблюдения международных стандартов и общемировых тенденций функционирования институтов власти, а также изучения и использования опыта, накопленного в других странах. Тем более что в Республике Беларусь продолжается поиск оптимальных механизмов государственного управления, соответствующих историческим традициям, национальным интересам и потребностям общества. Все вышеизложенное относится и к прокуратуре – органу, прошедшему длительный путь эволюции от учрежденного Петром I «ока государева» до современного стража законности в демократическом правовом государстве.

Роль прокуратуры и органов обвинения во многих странах мира все в большей степени определяют современные международные стандарты прокурорской деятельности. Хотя вопросы организации правоохранительных органов целиком относятся к сфере внутренней компетенции государств, однако то место, которое занимает уголовное правосудие в системе защиты прав и свобод личности, заставляет мировое сообщество уделять все более пристальное внимание обеспечению единых высоких требований к реализации обвинительных и связанных с ними функций государства.

В настоящее время можно говорить о появлении уже целой системы международных норм рекомендательного характера, напрямую касающихся деятельности государственного обвинения. Наиболее активную роль в создании этой новой нормативной базы играют такие структуры, как ООН, Совет Европы и Международная ассоциация прокуроров. Таким образом, существует взаимодополняющее правовое регулирование различных аспектов прокурорской деятельности на универсальном, региональном и корпоративно-профессиональном уровне.

1. УСЛОВИЯ ПРИЕМА НА РАБОТУ В ОРГАНЫ ПРОКУРАТУРЫ (КВАЛИФИКАЦИОННЫЙ ЭКЗАМЕН, СТАЖИРОВКА И ДР.)

Международно-правовые стандарты определяют прежде всего требования к квалификации, отбору и профессиональной подготовке прокуроров. Эти требования закреплены в Руководящих принципах, касающихся роли лиц, осуществляющих судебное преследование[81] (далее – Руководящие принципы ООН). Согласно этому документу прокуроры должны иметь высокие моральные качества и способности, соответствующую подготовку и квалификацию, знать принципы и этические обязанности своей службы. Государство должно обеспечить единые и объективные критерии их отбора таким образом, чтобы принятие, повышения по службе и переводы прокуроров выполнялись в соответствии со справедливыми и беспристрастными процедурами.

Правовой статус прокуроров в большинстве случаев является производным от места, занимаемого прокуратурой в системе органов государственной власти соответствующей страны. Так, в странах «французской» модели прокуратуры статус прокуроров совпадает со статусом судей, и те, и другие принадлежат к одной профессиональной корпорации (Франция, Бельгия, Испания, Нидерланды, Греция). Весьма сходный с судейским статус имеют прокуроры в Андорре, Болгарии, Республике Корея. В Германии в отличие от судей прокуроры считаются гражданскими (государственными) служащими и обязаны исполнять указания своих начальников.

В государствах – участниках СНГ прокурорские работники имеют особый правовой статус, отличный от статуса судей. Помимо общего законодательства о государственной службе их статус определяется законами о прокуратуре, положениями о порядке прохождения службы в органах прокуратуры, другими законодательными актами.

Закон «О прокуратуре Республики Беларусь»[82] (далее – Закон) устанавливает следующие условия приема на службу в органы прокуратуры:

- гражданство Республики Беларусь;
- высшее юридическое образование, в исключительных случаях – иное высшее образование;
- необходимые профессиональные и моральные качества;
- общие требования, предъявляемые ко всем государственным служащим (ч. 1 ст. 48 Закона).

---

[80] Зайцева Людмила Львовна, заведующая кафедрой прокурорской деятельности Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Республики Беларусь.

[81] Приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшимся в Гаване (Куба) 27 августа –7 сентября 1990 г.

[82] Принят 8 мая 2007 г., № 220-З.

В соответствии с Положением о порядке прохождения службы в органах прокуратуры Республики Беларусь[83] (далее – Положение), лица, впервые поступающие на службу в органы прокуратуры, сдают квалификационный экзамен. Его целью является установление соответствия уровня их профессиональных знаний, умений и навыков современным требованиям службы в органах прокуратуры.

Квалификационный экзамен проводится комиссией Генеральной прокуратуры по кадровым вопросам. Персональный состав комиссии, порядок и форма проведения квалификационного экзамена (экзаменационные билеты, собеседование, тестирование) определяются Генеральным прокурором. Вопросы, единые для всех экзаменуемых, разрабатываются в Генеральной прокуратуре совместно с Академией управления при Президенте Республики Беларусь, Институтом переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета (далее – ИППК БГУ) и утверждаются Генеральным прокурором. Вопросы квалификационного экзамена составляются с учетом требований знания основ действующего законодательства, государственной службы, в том числе службы в органах прокуратуры, государственной кадровой политики, идеологии белорусского государства, информатики и делопроизводства (п. 7 Положения).

По результатам квалификационного экзамена комиссия выносит решение о сдаче либо несдаче экзаменуемым данного экзамена. При несогласии экзаменуемого с решением комиссии он вправе обратиться с апелляцией к Генеральному прокурору, решением которого рекомендуется (не рекомендуется) повторная сдача экзамена. Лицо, не сдавшее квалификационный экзамен, в том числе повторно, вправе обращаться по вопросу поступления на службу в органы прокуратуры не ранее чем через год. При занятии должности прокурорского работника на конкурсной основе квалификационный экзамен предшествует проведению конкурса (п. 8 и 9 Положения).

Лицо, сдавшее квалификационный экзамен, зачисляется для прохождения в течение шести месяцев стажировки в органах прокуратуры. При прохождении стажировки изучаются деловые, профессиональные и моральные качества данного лица в целях рационального исполнения обязанностей по соответствующей должности в органах прокуратуры. Стажировка включает в себя обучение в течение трех недель в ИППК БГУ и практическую подготовку в одной из прокуратур (п. 10 Положения).

После успешного прохождения стажировки лицо назначается на должность прокурорского работника, с ним заключается контракт на срок от одного года до пяти лет (п. 14 Положения). Лицо, впервые назначаемое на должность прокурорского работника, приносит присягу и ему присваивается классный чин в соответствии с занимаемой должностью (ст. 50 и 51 Закона).

На должность прокурора района, района в городе, города, межрайонного и приравненных к нему транспортного и межгарнизонного военного прокурора назначаются лица не моложе 25 лет, имеющие стаж службы в качестве прокурорского работника не менее трех лет, а на должность прокурора области, города Минска и приравненных к нему прокуроров – лица, имеющие стаж службы в качестве прокурорского работника не менее пяти лет (ч. 2 ст. 48 Закона).

Похожие требования для прокурорских работников и порядок приема на службу в органы прокуратуры установлены в России, Казахстане, Украине, Азербайджане, Армении и некоторых других государствах СНГ.

Генеральный прокурор Республики Беларусь назначается на должность Президентом Республики Беларусь с согласия Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь (ч. 1 ст. 18 Закона). Назначение Генерального прокурора Главой государства с согласия Верхней палаты парламента предусмотрено также в Бразилии, Германии, Казахстане, США, а с согласия однопалатного парламента – в Азербайджане, Албании, Киргизии, Туркменистане, Узбекистане, Украине.

В других случаях Генеральный прокурор назначается Верхней палатой парламента (Россия) или однопалатным парламентом (Грузия) по представлению Главы государства. Согласно Конституции Венгрии Генерального прокурора назначает парламент по предложению Президента Республики.

Генеральный прокурор Республики Беларусь назначает на должности и освобождает от должностей по согласованию с Президентом Республики Беларусь заместителей Генерального прокурора, прокуроров областей, города Минска и приравненных к ним прокуроров, руководителей государственных организаций, созданных в системе органов прокуратуры. Всех остальных прокуроров и их заместителей, работников Генеральной прокуратуры, начальников структурных подразделений прокуратур областей, города Минска и приравненных к ним прокуратур назначает Генеральный прокурор единолично по представлению соответствующего нижестоящего прокурора (ст. 23 Закона).

[83] Утверждено Указом Президента Республики Беларусь от 27.03.2008 г. № 181.

Такой порядок назначения нижестоящих прокуроров и остальных прокурорских работников характерен для всех государств, где действует принцип единства и централизации прокуратуры. Схема, при которой все нижестоящие прокуроры назначаются одним вышестоящим лицом или органом, действует в Венгрии, Вьетнаме, Грузии, Латвии, Молдове, где такое решение принимает самостоятельно Генеральный прокурор. Согласование этого решения с Президентом Республики предусмотрено в Азербайджане, а в Киргизии, Туркменистане, Албании нижестоящие прокуроры назначаются Президентом по предложению Генерального прокурора.

Во Франции и Турции жесткая централизация прокуратуры обеспечивается тем, что все прокуроры назначаются и освобождаются от должности Президентом Республики по рекомендации министра юстиции, а в Нидерландах – королем по представлению министра юстиции.

Таким образом, порядок назначения прокуроров в Республике Беларусь обусловлен действием принципа единства и централизации прокуратуры и соответствует тем тенденциям, которые действуют во многих странах.

В соответствии с Рекомендацией R(2000)19 «О роли государственных обвинителей в системе уголовного правосудия»[84] (далее – Рекомендация R(2000)19) государства должны предусмотреть, чтобы при выполнении своих обязанностей прокуроры были ограничены «кодексом поведения». Любое нарушение такого кодекса должно приводить к дисциплинарным санкциям в порядке внутреннего контроля (п. 35 Рекомендации R(2000)19).

В Кодексе чести прокурорского работника Республики Беларусь[85] устанавливаются этические требования к его профессиональной и внеслужебной деятельности, несоблюдение которых может повлечь применение к прокурорскому работнику как мер морального воздействия, так и дисциплинарных взысканий.

Оценка соблюдения прокурорским работником правил профессиональной этики дается при проведении аттестации, решении вопроса о повышении по службе, присвоении классного чина, подготовке характеристик или рекомендаций. Аттестация прокурорских работников проводится периодически каждые три года с целью объективной оценки их практической деятельности, уровня профессиональной подготовки, правовой культуры и определения служебной перспективы.

Кодекс чести прокурорского работника Республики Беларусь требует:

- поддерживать профессиональную честь и достоинство;
- быть независимым и самостоятельным, справедливым и объективным;
- не допускать дискриминации, проявлений коррупции и поведения, которое может навредить его репутации, действий, унижающих человеческое достоинство, использования доказательств, добытых незаконным путем;
- соблюдать принципы законности, презумпции невиновности и конфиденциальности информации;
- поддерживать надлежащие отношения с органами законодательной власти, местными исполнительными и распорядительными органами, работниками правоохранительных и контролирующих органов, судьями и другими участниками судопроизводства, коллегами и подчиненными, средствами массовой информации и гражданами.

Перечисленные требования соответствуют Европейским руководящим принципам по этике и поведению для прокуроров (далее – Будапештские принципы)[86] и Стандартам профессиональной ответственности, основным правам и обязанностям прокуроров[87] (далее – Стандарты МАП).

Таким образом, в Республике Беларусь установлены объективные критерии отбора кандидатов для службы в органах прокуратуры и их карьерного роста, предусмотрена беспристрастная процедура, позволяющая всем лицам, желающим стать работниками прокуратуры, проявить свои способности во время квалификационного экзамена и стажировки, регламентированы этические нормы профессиональной и внеслужебной деятельности прокурорских работников.

2. СИСТЕМА ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ И ПЕРЕПОДГОТОВКИ ПРОКУРОРСКИХ РАБОТНИКОВ

Рекомендация R(2000)19 указывает, что обучение – это обязанность и одновременно право всех прокурорских работников. Оно должно действовать как до их назначения на должность, так и после, и обеспечиваться государством. Кроме того, государства должны применять эффективные меры для обеспечения дополнительной подготовки по конкретным вопросам или в специфических

[84] Принята Комитетом министров государств – членов Совета Европы 6 октября 2000 г. на 724-м заседании заместителей министров.

[85] Принят 22 декабря 2007 г. на совместном заседании коллегии Генеральной прокуратуры Республики Беларусь и президиума Белорусской ассоциации прокурорских работников.

[86] Приняты на 6-й конференции Генеральных прокуроров Европы в Будапеште 31 мая 2005 г.

[87] Приняты 21 апреля 1999 г. Международной ассоциацией прокуроров.

областях. Специализация должна рассматриваться как приоритетность с точки зрения обучения и карьерного роста (п. 7 и 8).

Согласно ст. 57 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь» повышение квалификации является служебной обязанностью прокурорских работников. Для этого создаются надлежащие условия, включая при необходимости получение в установленном порядке второго высшего или иного специального образования, а также для стажировки и самообразования.

В целях обеспечения высокого уровня профессиональной подготовки прокурорских работников с сентября 1999 г. в Беларуси действует система их обучения и повышения квалификации в ИППК БГУ и иных учебных и научных учреждениях (Академии управления при Президенте Республики Беларусь и др.). Повышение квалификации прокурорских работников в ИППК БГУ организуется с учетом их специализации и осуществляется в течение трех недель. Свидетельство о повышении квалификации прокурорского работника приобщается к его личному делу.

Повышение квалификации является также служебной обязанностью прокуроров и следователей в Российской Федерации и Республике Молдова. В ч. 2 ст. 43.4 Федерального Закона «О прокуратуре Российской Федерации» указано, что отношение к учебе и рост профессионализма учитываются при решении вопросов о соответствии прокурора или следователя занимаемой должности, его поощрении и продвижении по службе. А согласно ст. 32 Закона Республики Молдова «О прокуратуре» прокурор обязан не реже одного раза в три года пройти обучение в соответствующих учебных заведениях или других учреждениях.

В связи с этим было бы целесообразным в ст. 57 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь» указать, что повышение квалификации осуществляется не реже одного раза в три года, а также в случае назначения прокурорского работника на должность с иной специализацией. В законе следует также предусмотреть, что результаты повышения квалификации учитываются при решении вопросов о соответствии прокурорского работника занимаемой должности, его поощрении и продвижении по службе.

3. ПРЕДЕЛЫ ПОЛНОМОЧИЙ ПРОКУРАТУРЫ И ИХ ОГРАНИЧЕНИЕ СФЕРОЙ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ И ЗАЩИТЫ ПУБЛИЧНЫХ ИНТЕРЕСОВ В СУДЕ

В настоящее время в мире сложились две основные модели прокуратуры, которые определяют ее функции в каждом государстве в соответствии с особенностями его правовой системы и структуры органов власти и управления. В первой модели прокуратура является прежде всего органом уголовного преследования и обвинения, а во второй – преимущественно органом надзора за законностью.

В соответствии с первой моделью функции прокуратуры включают в себя уголовное преследование лиц, совершивших преступные деяния, поддержание публичного обвинения в суде, надзор за законностью деятельности органов дознания и предварительного следствия, а также за содержанием лиц в местах лишения свободы. Такой модели придерживается абсолютное большинство стран романо-германской системы права. Ей в значительной степени соответствует институт атторнейской службы в США и Королевская служба преследования в Великобритании.

Согласно второй модели прокуратура выступает как многофункциональный орган, приоритетным направлением деятельности которого является надзор за исполнением законодательства. При этом прокуратура сохраняет за собой уголовное преследование, процессуальное руководство расследованием и поддержание обвинения в суде, которые осуществляет наряду с надзорными функциями. Такая модель существует в Беларуси, России, Казахстане, Болгарии, Венгрии, Румынии, Китае, Кубе, Вьетнаме, Бразилии, Колумбии, Венесуэле и некоторых других государствах.

Тем не менее в Рекомендации Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604(2003)1 «О роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве закона»[88], указано: «Полномочия и обязанности прокуроров должны быть ограничены преследованием уголовных преступлений и общей ролью в защите публичного интереса в системе уголовного правосудия, при наличии организационно обособленных, занимающих надлежащее место в системе государства и эффективных органов, учрежденных для выполнения любых прочих функций».

В ответе Комитета министров Совета Европы на данную рекомендацию ПАСЕ[89], напротив, подчеркивается многообразие моделей прокуратуры в разных странах, связанное с национальными правовыми традициями и различиями в организации систем уголовного правосудия. Каждая из систем имеет свои сдержки и противовесы, поэтому трудно рассматривать один отдельно взятый элемент – роль прокуратур – в отрыве от других элементов системы. Кроме того, Комитет министров не считает возможным одобрить некоторые идеи ПАСЕ, такие, как ограничение роли проку-

[88] Одобрена Постоянным комитетом, действующим от имени ПАСЕ, 27 мая 2003 г.

[89] Принят на 870-й встрече заместителей министров 4 февраля 2004 г.

ратуры рамками системы уголовного правосудия. Комитет министров не видит оснований требовать, чтобы прокурорский надзор за законностью был отменен в тех европейских странах, где он применяется, или запрещать прокурорам осуществлять иные функции, выходящие за рамки уголовного правосудия, как это принято во многих государствах (п. 3).

Таким образом, анализ существующих международно-правовых актов показывает, что развитие прокуратуры в современном мире характеризуется двумя основными чертами:

- стремлением к утверждению общих стандартов прокурорской деятельности;
- сохранением многообразия организационных и функциональных моделей прокуратуры, отражающего богатство и оригинальность национальных правовых систем.

В соответствии с указанными тенденциями и сложившимися традициями органы прокуратуры Республики Беларусь осуществляют от имени государства надзор за точным и единообразным исполнением нормативных правовых актов на территории Республики Беларусь, а также выполняют иные функции, установленные законодательными актами (ст. 1 Закона).

4. ПРАВО ГЕНЕРАЛЬНОГО ПРОКУРОРА НА ЗАКОНОДАТЕЛЬНУЮ ИНИЦИАТИВУ И ОБРАЩЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Задачами Прокуратуры Республики Беларусь являются обеспечение верховенства права, законности и правопорядка, защита прав и законных интересов граждан и организаций, а также общественных и государственных интересов (ч. 1 ст. 4 Закона). В целях выполнения этих задач Прокуратура Республики Беларусь участвует в нормотворческой деятельности и совершенствовании практики применения законодательства.

Так, Генеральная прокуратура Республики Беларусь принимает участие в подготовке проектов законов и иных нормативных правовых актов. Генеральный прокурор Республики Беларусь, его заместители, нижестоящие прокуроры территориальных и специализированных прокуратур и их заместители вправе в установленном порядке в пределах своей компетенции направлять предложения в нормотворческий орган (должностному лицу) о принятии (издании), изменении, дополнении, толковании или признании утратившими силу нормативных правовых актов (ст. 13 Закона).

Участие прокуратуры в совершенствовании законодательства (в правотворческой деятельности) предусмотрено законами о прокуратуре Казахстана (ст. 12), Киргизии (ст. 8), Таджикистана (ст. 11), Украины (ст. 5), Узбекистана (ст. 3). В Туркменистане этот вид деятельности возлагается на научно-методический совет при Генеральной прокуратуре, в обязанности которого входит рассмотрение проектов законов (ст. 43 Закона о прокуратуре).

В России участию прокуратуры в правотворческой деятельности посвящена отдельная статья закона о прокуратуре (ст. 9). В соответствии с этой статьей прокурор при установлении в ходе реализации своих полномочий необходимости совершенствования действующих нормативных правовых актов вправе вносить в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы, предложения об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов. Почти дословно такая же статья имеется в законе о прокуратуре Таджикистана.

Безусловно, возможность реализовать правотворческую функцию в значительной степени зависит от наличия у прокуратуры права законодательной инициативы. Однако это право, предусмотренное ранее Конституцией СССР и Конституциями союзных республик, встречается все реже. В настоящее время на территории бывшего СССР оно предусмотрено только в законодательстве Узбекистана (ст. 82 Конституции, ст. 13 Закона «О прокуратуре»), а также в законодательстве не признанных в международном сообществе Абхазии (ст. 46 Конституции) и Приднестровской Молдавской Республики (ст. 67 Конституции). В Молдове положение о праве законодательной инициативы прокуратуры исключено из Закона о прокуратуре в 1995 году.

Интересно, что в ряде субъектов Российской Федерации местные Конституции предусматривают наделение республиканского прокурора правом законодательной инициативы. Например, ст. 71 Конституции Адыгеи, ст. 129 Конституции Башкортостана, ст. 65 Конституции Ингушетии, ст. 58 Конституции Якутии.

Законотворческие функции у прокуратуры встречаются и в странах дальнего зарубежья. Например, согласно Конституции Перу 1993 года в задачи прокуратуры входит осуществление законодательной инициативы и уведомление Конгресса или Президента Республики о пробелах или дефектах в законодательстве. Право законодательной инициативы имеет Генеральный прокурор Бразилии (ст. 61). Традиционно это право сохраняется за прокурорами некоторых социалистических стран (ст. 87 Конституции Вьетнама, ст. 86 Конституции Кубы).

В Республике Беларусь право Генерального прокурора на законодательную инициативу было предусмотрено ст. 9 Закона о прокуратуре 1993 года. Однако в связи с принятием в 1994 году Кон-

ституции Республики Беларусь Генеральный прокурор был лишен этого важного права, что затрудняет его активное участие в нормотворчестве.

Негативно сказывается на деятельности Прокуратуры Республики Беларусь по совершенствованию законодательства и отсутствие права на обращение в Конституционный Суд о даче заключения на предмет соответствия нормативных актов Основному Закону государства и международным правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь.

Такое право предоставлено Генеральному прокурору Российской Федерации (ст. 6 Закона о прокуратуре), Республики Молдова (ст. 14 Закона о прокуратуре), Азербайджанской Республики (ст. 10 Закона о прокуратуре), Республики Таджикистан (ст. 43 Закона о прокуратуре), Республики Узбекистан (ст. 13 Закона о прокуратуре).

Учитывая вышеизложенное и существующие полномочия Прокуратуры Республики Беларусь по надзору за исполнением законодательства, участию в его совершенствовании и нормотворческой деятельности, считаем необходимым предоставить Генеральному прокурору право законодательной инициативы в Национальном собрании Республики Беларусь и право на обращение в Конституционный Суд Республики Беларусь с предложениями о даче заключений. С этой целью следует внести соответствующие дополнения в ч. 1 ст. 99 и ч. 4 ст. 116 Конституции Республики Беларусь.

5. КРИТЕРИИ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ПРОКУРОРА К УЧАСТИЮ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ПО ИНИЦИАТИВЕ СУДА

Во многих странах в соответствии с национальным законодательством к иным функциям прокуратуры относится участие в рассмотрении судами гражданских дел. Об этом говорит и ч. 4 ст. 4 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь». Такое же полномочие прокурора имеется в России, Армении, Казахстане и других государствах – участниках СНГ. Обладают указанной функцией и прокуроры Германии, Италии, Франции в отношении отдельных категорий гражданских дел в случаях, предусмотренных законом.

Участие прокурора в рассмотрении гражданских дел в судах первой инстанции – существенная гарантия всестороннего, полного и объективного исследования судом фактических обстоятельств дела, а также вынесения судом законного и обоснованного решения.

Согласно ст. 83 Гражданского процессуального Кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК) участие прокурора в судебном разбирательстве обязательно:

- в случаях, когда дело возбуждено по заявлению прокурора;
- если такое участие предусмотрено законом;
- если такое участие признано необходимым судом.

Прокурор имеет право обратиться в суд с заявлением о возбуждении гражданского дела, подведомственного суду, если это необходимо для защиты прав и охраняемых законом интересов Республики Беларусь, ее административно-территориальных единиц, а также юридических лиц и граждан (ст. 81 ГПК).

ГПК устанавливает обязательное участие прокурора при рассмотрении в судах дел:

- по жалобам на неправомерные действия избирательных комиссий (ст. 342 ГПК);
- о признании гражданина безвестно отсутствующим и объявлении гражданина умершим (ст. 370 ГПК);
- о признании гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным (ст. 375 ГПК);
- о признании гражданина дееспособным либо об отмене ограничения дееспособности (ст. 376 ГПК);
- о принудительном направлении гражданина на судебно-психиатрическую экспертизу по делу о признании его недееспособным (ст. 374 ГПК).

Кроме того, согласно ст. 80, 84, 85, 122 и 137 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС) дела о лишении родительских прав, восстановлении в родительских правах, отобрании ребенка, об усыновлении, отмене усыновления рассматриваются в суде с обязательным участием прокурора.

В приказе Генерального прокурора Республики Беларусь от 29 ноября 2001 г. № 38 «Об организации надзора за соответствием закону судебных решений по гражданским делам» указано, что прокуроры обязаны участвовать в разбирательстве гражданских дел о восстановлении на работе, выселении без предоставления жилого помещения, об освобождении имущества от ареста (исключении из акта описи).

Прокурор вправе по собственной инициативе принимать участие при рассмотрении судом гражданских дел иных категорий, исходя из их актуальности, сложности, общественной и социальной значимости. Тем более что ст. 81 ГПК предоставляет прокурору право вступить в дело в любой стадии процесса, если этого требуют интересы государства, а также с целью защиты прав и охраняемых законом интересов граждан.

Таким образом, прокурор вправе принять участие в рассмотрении судом любого гражданского дела, но в тоже время обязан это сделать, если такое участие предусмотрено законом либо признано необходимым судом (ст. 83 ГПК). В последнем случае суд выносит об этом специальное постановление, которое обязательно к исполнению прокурором. В случае неявки прокурора без уважительных причин суд сообщает об этом вышестоящему прокурору (ч. 12 ст. 282 ГПК).

Однако в законе не определены критерии, руководствуясь которыми суд вправе признать необходимым участие прокурора при рассмотрении какого-либо гражданского дела. Поэтому на практике имеют место случаи привлечения в процесс прокурора по инициативе суда без достаточных оснований для того, чтобы помочь молодому судье принять правильное решение.

Для того чтобы исключить такие случаи, следует установить в ст. 83 ГПК критерии привлечения прокурора к участию в гражданском процессе по инициативе суда.

6. ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОДСЛЕДСТВЕННОСТИ И ПОДСУДНОСТИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ КОМПЕТЕНТНЫМ ОРГАНАМ

В международно-правовых актах о прокурорской деятельности особое внимание уделяется роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия.

Государственные обвинители – это представители органов государственной власти, которые от имени государства и в его интересах обеспечивают применение права там, где нарушение закона влечет за собой уголовную санкцию, принимая во внимание как права граждан, так и необходимость эффективного действия системы уголовного правосудия (ст. 1 Рекомендации R(2000)19). Таким образом, государственные обвинители – это лица, осуществляющие судебное уголовное преследование.

В соответствии с ч. 1 ст. 34 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – УПК) прокурор является должностным лицом, в пределах своей компетенции осуществляющим от имени государства уголовное преследование и поддерживающим государственное обвинение в суде.

Прокуроры должны играть активную роль в уголовном преследовании, в том числе в возбуждении уголовного дела, расследовании преступлений и надзоре за законностью этого расследования (ст. 11 Руководящих принципов ООН).

В странах, где расследование производится государственным обвинением или под его надзором, государство должно принять эффективные меры для гарантии того, чтобы государственный обвинитель мог передавать дело тем органам полиции, которые, по его мнению, смогут лучше всего справиться с делом (п. 22 «b» Рекомендации R(2000)19).

Согласно ч. 1 ст. 25 УПК Республики Беларусь прокурор осуществляет надзор при разрешении заявлений и сообщений о преступлениях, в ходе предварительного расследования, за соответствием закону судебных решений по уголовным делам и их исполнением. В целях обеспечения более полного, всестороннего и объективного расследования уголовного дела прокурор вправе изымать и передавать из одного органа предварительного расследования в другой уголовное дело в соответствии с подследственностью, определенной ст. 182 УПК, а также изымать и передавать для производства предварительного следствия следователям прокуратуры уголовные дела независимо от подследственности (ч. 9 ст. 182 УПК).

Таким образом, прокурор не вправе передавать уголовное дело, которое согласно ч. 1 ст. 182 УПК подследственно исключительно следователям прокуратуры, другим органам предварительного следствия – органам внутренних дел, финансовых расследований или государственной безопасности. Полагаем, что данное положение следует закрепить в ст. 182 УПК.

Полномочия прокурора распространяются и на определение подсудности уголовного дела при направлении последнего в суд после окончания предварительного расследования (ч. 1 ст. 266 УПК). Если судья, разрешая вопрос о назначении судебного разбирательства, установит, что поступившее от прокурора уголовное дело не подсудно данному суду, то направляет его своим постановлением по подсудности в надлежащий суд (ст. 278 УПК). При этом несоблюдение правил подсудности уголовного дела, как и его рассмотрение незаконным составом суда, должно признаваться существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим безусловную отмену приговора, что следует отразить в п. 2 ч. 2 ст. 391 УПК.

Считаем, что несоблюдение предметного или персонального признака подследственности уголовного дела также должно считаться существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим признание полученных доказательств недопустимыми. К таким нарушениям, в частности, должно быть отнесено возбуждение и расследование уголовного дела, подследственного по предметному (статье Уголовного кодекса) или персональному (субъекту преступления) признаку исключительно следователям прокуратуры, другим органом предварительного расследования. В этом случае суд в приговоре при оценке представленных стороной обвинения доказательств

признает недопустимыми те из них, которые получены органами предварительного расследования с нарушением правил подследственности.

Таким образом, строгое соблюдение прокурором правил подследственности и подсудности уголовных дел является важным фактором, обеспечивающим допустимость полученных органами уголовного преследования доказательств и законность постановленного судом приговора.

7. СУБЪЕКТЫ САНКЦИОНИРОВАНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ВИДЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

Согласно п. 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке должно доставляться к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. Аналогичное требование содержится в п. 3 ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Таким образом, только суд вправе принять решение о заключении лица под стражу в качестве меры пресечения в стадии предварительного расследования. Указанный порядок действует в США, Великобритании, Германии, Франции и других государствах–членах Совета Европы.

В соответствии с ч. 2 ст. 119 УПК Республики Беларусь на стадии предварительного расследования заключение под стражу к подозреваемому или обвиняемому может применяться прокурором, его заместителем, а также органом дознания, следователем с санкции прокурора или его заместителя. Право давать санкцию на заключение под стражу принадлежит Генеральному прокурору Республики Беларусь, прокурорам областей, городов, районов, приравненным к ним прокурорам и их заместителям (ч. 4 ст. 126 УПК). Суд в стадии предварительного расследования лишь рассматривает жалобы на применение меры пресечения в виде заключения под стражу или продление срока содержания под стражей (ст. 143–145 УПК).

При решении вопроса о даче санкции на заключение под стражу прокурор или его заместитель обязаны тщательно ознакомиться со всеми материалами, содержащими основания для заключения под стражу, и в необходимых случаях лично допросить подозреваемого или обвиняемого, а несовершеннолетних – подозреваемого или обвиняемого – во всех случаях (ч. 3 ст. 126 УПК). Следовательно, решение о заключении под стражу взрослого лица прокурор вправе принять на основании лишь материалов дела без обязательного личного допроса подозреваемого или обвиняемого.

Аналогичный порядок в течение длительного времени существовал во всех бывших советских республиках. Однако за последнее десятилетие их законодательство претерпело существенные изменения и в большинстве постсоциалистических государств было принято принципиальное решение о передаче суду исключительного права санкционировать заключение под стражу. В ряде стран новый порядок закреплен в Конституциях (Армения, Молдова, Эстония, Латвия, Литва, Россия). В Российской Федерации заключение под стражу по судебному решению стало применяться только после введения в действие нового УПК в 2001 году, а в Украине – после внесения соответствующих изменений в ст. 14 и 165^2 также в 2001 году.

Переход к судебному контролю за арестами произошел почти во всех странах Восточной Европы, однако этот контроль осуществляется в разных формах. Так, в Румынии прокуроры могут выдавать ордер на арест самостоятельно и обязаны обращаться за получением санкции суда лишь в том случае, когда желают продлить действие ордера за пределы установленного 30-дневного срока. В течение 30 дней предварительного (досудебного) задержания судьи вправе принять постановление об освобождении арестованного подозреваемого только в том случае, если последний обжаловал законность задержания.

На территории бывшего СССР право прокурора (наряду с судом) санкционировать арест закреплено в конституциях Казахстана (п. 2 ст. 16) и Туркменистана (ст. 21). Конституции Таджикистана, Узбекистана и Кыргызстана вообще не освещают вопрос о том, кто дает санкцию на арест, но УПК этих стран сохраняют это полномочие за прокуратурой.

В КНР, КНДР, Кубе, Вьетнаме Конституции и законы по-прежнему относят санкционирование ареста к полномочиям и суда, и прокуратуры. Право прокуратуры санкционировать аресты известно и многим другим странам (ст. 102 Конституции Мексики, ст. 179 Конституции Мозамбика).

В Конституции Республики Беларусь также не указано должностное лицо или государственный орган, который имеет право санкционировать заключение под стражу. В ст. 25 Конституции лишь подчеркивается, что ограничение или лишение личной свободы возможно в случаях и порядке, установленных законом. Поэтому для приведения в соответствие с международными стандартами законодательства Республики Беларусь о заключении под стражу нет необходимости корректировать Конституцию, а следует внести изменения в УПК, предусмотрев применение такой меры пресечения только по судебному решению.

С этой целью следователь или дознаватель с согласия прокурора должны возбуждать перед судом соответствующее ходатайство. Оно подлежит рассмотрению единолично судьей районного (городского) или межгарнизонного военного суда по месту производства предварительного расследования в закрытом судебном заседании с обязательным участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника (если он участвует в уголовном деле). Прокурор обосновывает свое ходатайство, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Рассмотрев ходатайство, суд выносит одно из двух постановлений: об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, либо об отказе в удовлетворении ходатайства. В случае принятия второго решения суд вправе избрать в отношении лица иную меру пресечения. Такой порядок применяется в Российской Федерации (ст. 108 УПК), Украине (ст. 165-2 УПК) и может быть использован в Республике Беларусь.

8. ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО НАДЗОРУ ЗА ДОПУСТИМОСТЬЮ ПРЕДСТАВЛЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Государственные обвинители не должны использовать доказательства виновности подозреваемого, которые по их сведениям или на основании разумных предположений были получены незаконным путем. В случае сомнения прокуроры должны предоставить возможность суду решить вопрос о допустимости таких доказательств (п. 28 Рекомендации R(2000)19).

На эту обязанность прокурора обращается внимание и в Будапештских принципах, где указывается, что во время работы в рамках уголовного судопроизводства прокуроры обязаны исследовать добытые доказательства на предмет законности их получения (п. «u» ч. III). При этом прокуроры должны отказаться использовать доказательства, когда имеются веские основания полагать, что они были добыты незаконным способом, который стал причиной грубого нарушения прав подозреваемого или иных лиц, против кого-либо, кроме тех, кто подобный способ применил (п. «k» ч. III). Аналогичные правила содержатся в п. «e» и п. «f» ч. 4.3 Стандартов МАП.

Конституция Республики Беларусь устанавливает, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы (ст. 27). В ч. 3 ст. 8 и ч. 5 ст. 105 УПК Республики Беларусь указано, что такие доказательства не могут являться основанием для привлечения в качестве обвиняемого и постановления приговора, а также использоваться для доказывания любого обстоятельства, подлежащего установлению по уголовному делу.

Согласно ч. 1 ст. 105 УПК каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения допустимости. При этом допустимыми признаются доказательства, полученные органом, ведущим уголовный процесс, в установленном УПК порядке и из предусмотренных законом источников. Доказательство признается недопустимым, если оно получено с нарушением конституционных прав и свобод гражданина или требований УПК, связанных с лишением или ограничением прав участников уголовного процесса или нарушением иных правил уголовного процесса (ч. 4 ст. 105 УПК).

Как уже отмечалось, одним из направлений деятельности Прокуратуры Республики Беларусь является надзор за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, производстве дознания и предварительного следствия (ч. 1 ст. 4 Закона). Поэтому прокурор обязан на всех стадиях уголовного процесса своевременно принимать предусмотренные УПК меры по устранению нарушений закона, от кого бы эти нарушения не исходили (ч. 2 ст. 25 УПК).

Следовательно, прокурор обязан не допускать использование доказательств, полученных с нарушением закона, и устранять их из производства по уголовному делу. Об этом говорится и в Кодексе чести прокурорского работника Республики Беларусь, где указано, что последний не должен представлять суду доказательства, которые заведомо были получены с помощью незаконных методов (ст. 13). Таким образом, белорусское законодательство в данном вопросе полностью соответствует требованиям международно-правовых стандартов прокурорской деятельности.

9. ПРОЦЕДУРА ИСКЛЮЧЕНИЯ НЕДОПУСТИМЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Устанавливая запрет на использование доказательств, полученных с нарушением закона, УПК Республики Беларусь не определяет процедуру признания доказательств недопустимыми и их устранения из производства по уголовному делу, а также полномочия прокурора по возбуждению такой процедуры или участию в ней. В настоящее время признать доказательства недопустимыми может только суд в приговоре с указанием допущенных нарушений закона[90]. Полагаем, что сделать это суд вправе как по ходатайству сторон обвинения и защиты, так и по собственной инициативе.

[90] Пункт 4 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь «О приговоре суда» от 28 сентября 2001 г. № 9.

Выводы суда о недопустимости доказательств, представленных обвинением, должны содержать мотивы, по которым эти доказательства отвергнуты. При этом должно быть подробно мотивировано, какие нарушения требований УПК повлекли недопустимость доказательств[91].

Однако существует необходимость в признании доказательств недопустимыми на более ранних стадиях уголовного процесса. Такое решение должен иметь право принять прокурор по ходатайству подозреваемого, обвиняемого, их защитника, либо по собственной инициативе по уголовному делу, поступившему для направления в суд, возвратив его следователю или органу дознания со своими письменными указаниями. При этом доказательство, признанное прокурором недопустимым, подлежит исключению из справки о результатах проведенного по делу предварительного расследования. Подобный порядок действует в Российской Федерации и полностью вписывается в полномочия прокурора, предусмотренные п. 3 ст. 264 УПК Республики Беларусь. Поэтому полагаем, что указанными положениями следует дополнить названную статью УПК.

В тоже время полномочия по признанию доказательств недопустимыми следует предоставить суду не только при постановлении приговора, но и в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства. С этой целью целесообразно проводить предварительное слушание по инициативе суда или по ходатайству сторон об исключении доказательств.

Предварительное слушание должно проводиться судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон. В случае, если стороной заявлено ходатайство об исключении доказательства, судья должен выяснить у другой стороны, имеются ли у нее возражения против данного ходатайства. При отсутствии возражений судья удовлетворяет ходатайство и выносит постановление о назначении судебного заседания. В случае, если одна из сторон возражает против исключения доказательств, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами.

При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство.

Если суд принял решение об исключении доказательства, то оно теряет юридическую силу и не может исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства и при постановлении приговора. При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству сторон вправе повторно рассмотреть вопрос об исключении доказательства либо о признании исключенного доказательства допустимым.

Предлагаемая процедура действует в Российской Федерации (ч. 2 и 3 ст. 88, ст. 234–235 УПК РФ) и может быть использована в уголовном процессе Республики Беларусь, так как не противоречит его задачам и принципам и соответствует международно-правовым стандартам.

10. УЧАСТИЕ ПРОКУРОРА В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНО-ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ

Функция поддержания обвинения в суде от имени государства является универсальной для любого типа прокуратуры, независимо от того, к какой модели она относится (п. 2 Рекомендации R(2000)19).

Часть 8 ст. 34 УПК Республики Беларусь предусматривает обязательное участие прокурора в качестве государственного обвинителя при судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения, а также дел частного обвинения, возбужденных прокурором. Аналогичные нормы содержат ч. 2 ст. 246 УПК Российской Федерации, ст. 264 УПК Украины и ст. 317 УПК Казахстана.

Прокурор вправе сам возбудить уголовное дело о преступлениях частно-публичного и частного обвинения, если они затрагивают существенные интересы государства и общества или совершены в отношении лица, находящегося в служебной или иной зависимости от обвиняемого либо по иным причинам не способного самостоятельно защищать свои права и законные интересы (ч. 5 ст. 26 УПК). Кроме того, прокурор вправе в любой момент вступить в судебное разбирательство дела частного обвинения и поддерживать его в суде, если этого требует защита прав граждан, государственных или общественных интересов (ч. 6 ст. 26 УПК).

Следует отметить, что законодательство советского периода не считало поддержание государственного обвинения обязательным условием судебного разбирательства во всех без исключения случаях. УПК союзных республик предусматривали необходимость участия прокурора лишь в отдельных случаях как по его собственной инициативе, так и по инициативе суда. Согласно приказам

[91] Пункт 8 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь «О практике постановления судами оправдательных приговоров» от 28 сентября 2006 г. № 8.

Генерального прокурора СССР прокуроры должны были поддерживать государственное обвинение по всем делам о тяжких преступлениях, о преступлениях несовершеннолетних и по некоторым другим категориям уголовных дел с учетом их общественного значения, сложности, степени опасности преступления, а также состояния преступности в городе или районе.

УПК Республики Беларусь 1999 г., провозгласивший принцип состязательности правосудия, установил обязательное участие прокурора почти в каждом уголовном деле, подлежащем рассмотрению в суде. Дела частного обвинения – единственная категория дел, в которых прокурор, как правило, не участвует, – составляют незначительное число в общем объеме судебной деятельности.

Уже первые месяцы работы по новому белорусскому УПК показали, что для надлежащего осуществления принципа состязательности не хватает государственных обвинителей. Сегодня объем их работы по поддержанию государственного обвинения в суде по сравнению с 2000 годом увеличился в 3,4 раза! При этом штатная численность прокурорских работников осталась на прежнем уровне. В результате качество государственного обвинения нередко оставляет желать лучшего, поскольку у многих помощников прокурора отсутствует необходимое время для подготовки к судебному процессу. Вследствие этого они не во всех случаях полно и всесторонне исследуют доказательства по делу, иногда допускают необоснованные отказы от обвинения, ошибки при квалификации действий обвиняемых и предложении им мер наказания. Имеют место случаи, когда помощники прокурора, поддерживающие обвинение в суде, вынуждены в течение дня переходить из одного процесса в другой. Такие же трудности испытывают прокурорские работники и в Российской Федерации.

Следует отметить, что органами прокуратуры Республики Беларусь принимаются организационные и практические меры по повышению качества поддержания государственного обвинения, активизируются учебно-методическая и аналитическая работа. Об этом свидетельствуют решения коллегии Генеральной прокуратуры Республики Беларусь от 30 ноября 2005 г., приказ Генерального прокурора Республики Беларусь № 52 от 26.08.2008 г. «Об организации поддержания государственного обвинения и повышении эффективности надзора за соответствием закону судебных решений по уголовным делам», а также указание Генерального прокурора от 20 июня 2006 г. № 13 «О мерах по повышению качества поддержания государственного обвинения».

Тем не менее кардинально изменить нынешнее состояние этой сферы прокурорской деятельности в лучшую сторону иным путем, кроме как достаточным финансовым обеспечением состязательности и оптимизацией штатной численности государственных обвинителей, вряд ли возможно. Иначе другие, не менее важные направления деятельности прокуратуры, связанные с надзором за исполнением законодательства, перестанут осуществляться должным образом. С учетом вышеизложенного, поддержание государственного обвинения в суде в Республике Беларусь, являясь приоритетной функцией прокуратуры, остается в тоже время наиболее трудоемкой и проблемной в плане ее реализации.

11. ОПТИМИЗАЦИЯ КРУГА УГОЛОВНЫХ ДЕЛ С ОБЯЗАТЕЛЬНЫМ УЧАСТИЕМ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНИТЕЛЯ В СУДЕ

Для того чтобы в пределах имеющейся штатной численности прокурорских работников повысить качество поддержания государственного обвинения в Республике Беларусь, необходимо оптимизировать круг уголовных дел с обязательным участием прокурора в суде. С этой целью предлагается реформировать процессуальный институт частного и частно-публичного обвинения.

Статья 33 УК, давая перечень преступных деяний, влекущих уголовную ответственность по требованию потерпевшего, не дифференцирует их на дела о преступлениях, относящихся к частному или к частно-публичному обвинению. Такое размежевание, на наш взгляд, весьма произвольное, осуществляется в ч. 2, 3 и 4 ст. 26 УПК и не имеет под собой никаких материально-правовых оснований. Однако оно влечет за собой существенные процессуальные различия в порядке возбуждения, основаниях прекращения названных категорий уголовных дел, а также в субъектах поддержания обвинения в суде.

Так, дела частно-публичного обвинения возбуждаются органом уголовного преследования при наличии заявления пострадавшего, его законного представителя или представителя юридического лица и подлежат предварительному расследованию по общим правилам, установленным в законе (ст. 176 УПК). При рассмотрении таких дел в суде обязательно участие прокурора в качестве государственного обвинителя (ч. 8 ст. 34 УПК). Дела же частного обвинения возбуждаются путем подачи указанными лицами заявления в районный (городской) суд. По этим делам предварительное расследование не проводится, а обвинение поддерживает сам пострадавший, его законный представитель или представитель юридического лица, который является частным обвинителем (ст. 426 УПК).

Ежегодно количество лиц, обратившихся в органы уголовного преследования с заявлениями или сообщениями о преступлениях по делам частного обвинения, увеличивалось примерно на 1,5–2 тысячи человек и в 2007 году составило более 14,5 тысячи заявлений. Руководствуясь законом (п. 4 ч. 1 ст. 174 УПК), орган дознания, следователь или прокурор приняли по данным заявлениям решения о прекращении проверки и разъяснении заявителю права возбудить в суде уголовное дело частного обвинения в соответствии со ст. 426 УПК. Однако судами в 2007 году было принято немногим более 1,4 тысячи таких заявлений или материалов проверки.

Вывод очевиден: свыше 12 тысяч пострадавших, получив разъяснение органа уголовного преследования о праве обратиться в суд, не реализовали своего права на возбуждение уголовного дела в суде и поддержание частного обвинения. В свою очередь государственные органы, руководствуясь законом, фактически не приняли мер к виновным лицам. В связи с чем возникает закономерный вопрос о причинах отсутствия надежного правового механизма защиты личности от преступлений по делам частного обвинения.

Практика показывает, что реализация положений закона, устанавливающего обязательные требования к реквизитам и содержанию заявлений по делу частного обвинения (ч. 2 ст. 426 УПК), обязанность доказывания этого обвинения в суде самим пострадавшим (ч. 1 ст. 51, ч. 2 ст. 102 УПК) вызывает определенные сложности у граждан. Ведь они обычно не обладают необходимыми юридическими знаниями и навыками участия в осуществлении правосудия. Обратиться к адвокату за помощью в составлении заявления и представлении их интересов в суде многие граждане не могут из-за материальных трудностей. Поэтому количество дел частного обвинения, рассмотренных судами республики, невелико.

Кроме того, частный обвинитель далеко не всегда может представить суду необходимые доказательства, подтверждающие его позицию по делу, или даже просто указать на них. В связи с этим судье нередко приходится фактически выступать в роли дознавателя (следователя), проводить самостоятельно весь объем подготовки дела к судебному заседанию (истребовать необходимые документы и т. д.) для того, чтобы в дальнейшем самому же вынести приговор. Такая деятельность нарушает принцип состязательности и равноправия сторон, возлагает на суд несвойственные ему функции. Полагаем, что отказ от предварительного расследования по делам частного обвинения ущемляет в некоторой степени и права пострадавшего, который не может обойтись при собирании доказательств без помощи государственных органов уголовного преследования. Следовательно, установленный УПК порядок возбуждения уголовных дел частного обвинения лишает многих граждан доступа к правосудию и возможности судебной защиты своих нарушенных прав.

Поэтому считаем необходимым законодательно закрепить единый порядок возбуждения уголовных дел о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК, не иначе как по заявлению пострадавшего, которое должно подаваться в орган уголовного преследования и расследоваться в общем порядке. Тем самым будет обеспечиваться всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств уголовного дела, необходимое для правильного его разрешения в судебном заседании.

Заметим, что в системе уголовного судопроизводства некоторых государств ближнего зарубежья (например, Республика Узбекистан) закреплено правило, в соответствии с которым предварительное расследование обязательно по всем уголовным делам, в том числе и по делам частного обвинения (ч. 1 ст. 345 УПК РУ).

Еще одно различие между делами частного и частно-публичного обвинения заключается в том, что производство по первым может быть прекращено за примирением с обвиняемым, а по вторым – такое решение невозможно. По нашему мнению, этот запрет нарушает принцип диспозитивности, который выражается в свободе потерпевшего распоряжаться не только своими процессуальными правами, но – и это главное – самим предметом процесса, т. е. обвинением.

Кроме того, запрет на прекращение производства по делу частно-публичного обвинения за примирением с обвиняемым, установленный в ч. 4 ст. 26 УПК, противоречит п. 2 ч. 1 ст. 30 УПК и ст. 89 УК, которые позволяют принять такое решение по делам о преступлениях, не представляющих большой общественной опасности. К этой категории преступлений относятся многие из тех, производство по которым осуществляется в порядке частно-публичного обвинения. Например, ст. 151, 152, 155, ч. 2 ст. 178 УК и др.

На основании изложенного считаем, что прекращение производства по делу за примирением с обвиняемым должно применяться по всем уголовным делам о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК. Такое решение будет в полной мере соответствовать интересам лица, пострадавшего от преступления, и позволит сократить число дел, направляемых для рассмотрения в суд.

Представляется, что если по делам о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК, примирение с обвиняемым не достигнуто, то после окончания предварительного расследования и ознакомления с материалами дела потерпевший в состоянии самостоятельно поддерживать обвинение в суде на основании доказательств, полученных органами уголовного преследования. Однако такой порядок

применим лишь при наличии следующих условий: 1) обвиняемый полностью признает свою вину и предъявленный к нему гражданский иск; 2) его признание не вызывает сомнений у прокурора, который направляет дело в суд. В этом случае прокурор сообщает суду, что при рассмотрении дела будет участвовать частный обвинитель. Изложенные правила не должны применяться по делам о преступлениях несовершеннолетних, а также в случаях, когда хотя бы один из обвиняемых не признает своей вины и дело в отношении его невозможно выделить в отдельное производство.

Предложенную процедуру, по нашему мнению, следует распространить и на дела публичного обвинения, расследованные в порядке ускоренного производства. Сегодня в соответствии со ст. 459 УПК судебное разбирательство таких дел проводится по общим правилам с обязательным участием прокурора в качестве государственного обвинителя. Однако вряд ли участие последнего в суде является столь необходимым, если факт преступления очевиден и подозреваемый не отрицает своей причастности к его совершению (ч. 1 ст. 452 УПК). Ведь будущий обвиняемый уже в стадии предварительного расследования полностью признает свою вину, поэтому оно и проводится в ускоренном производстве.

В связи с этим предлагаем, чтобы после успешного завершения процедуры ускоренного предварительного расследования прокурор в своем постановлении о направлении дела в суд сообщал о его рассмотрении в судебном заседании без участия государственного обвинителя и указывал свою формулировку решения по вопросам, перечисленным в п. 1–16 ст. 352 УПК.

Между тем практика показывает, что органы дознания при наличии оснований для ускоренного производства, предусмотренных в ч. 1 ст. 452 УПК, не укладываются в установленный 10-дневный срок (ст. 453 УПК), и производство расследования и судебного разбирательства в таком случае осуществляется по общим правилам. Увеличение указанного срока до 15 суток позволит увеличить и количество рассмотренных судами дел ускоренного производства, в которых участие государственного обвинителя не вызывается необходимостью.

Думается, что участие последнего не оправданно и по многим делам, которые рассматриваются с использованием сокращенного порядка судебного следствия. Как известно, основанием для его применения является признание обвиняемым своей вины, которое не оспаривается сторонами и не вызывает сомнений у суда (ч. 1 ст. 326 УПК). Практика показывает, что больше половины таких дел – это дела о менее тяжких преступлениях и преступлениях, не представляющих большой общественной опасности (ч. 1 ст. 205, ст. 174, ч. 1 ст. 339 УК), которые расследуются в порядке ускоренного производства. Это значит, что по делам, рассмотренным с использованием сокращенного порядка судебного следствия, более 50 процентов обвиняемых признают свою вину еще в досудебных стадиях уголовного процесса. Следовательно, при направлении такого дела в суд прокурор, на наш взгляд, также должен иметь возможность сообщить о рассмотрении дела без его участия.

При этом вместе с уголовным делом в суд должна направляться справка о результатах проведенного по делу предварительного расследования. В случае рассмотрения дела без участия государственного обвинителя предъявленное лицу обвинение и справка о результатах расследования уголовного дела оглашаются судьей. Если в судебном заседании обвиняемый не признает свою вину либо сделанное им признание вызывает сомнения у суда, то рассмотрение дела должно быть отложено для вызова в суд государственного обвинителя.

Полагаем, что если в судебном разбирательстве прокурор не участвует, то процесс не перестает быть состязательным. В этом случае стороной обвинения является прокурор, который согласился с предъявленным обвинением, направил дело в суд и чье мнение подлежит тщательной и всесторонней проверке и оценке в судебном заседании. Если суд не разделяет мнение прокурора, то последний вызывается в судебное заседание для доказывания обвинения.

Следует отметить, что в последние десятилетия прошлого века ускорение и упрощение судопроизводства стало одним из приоритетных направлений в развитии уголовно-процессуального законодательства. Поэтому в настоящее время во многих государствах существуют судебные процедуры, где не требуется личного участия прокурора, если обвиняемый признает свою вину в преступлении, которое не является тяжким и наказание за которое не превышает установленный в законе предел.

Так, в Федеративной Республике Германия существует производство об издании судейского приказа о наказании по делам, подсудным участковому судье единолично. Реализуется данный порядок без судебного разбирательства по письменному ходатайству прокурора, где указывается предлагаемая им мера наказания. Вопрос об издании приказа о наказании участковый судья рассматривает на основании письменных материалов и без вызова обвиняемого в суд. Приказом о наказании могут быть назначены лишение свободы до одного года с возможностью отсрочки его исполнения, штраф, конфискация имущества и другие меры, не связанные с лишением свободы. Суд назначает ту меру, которую предлагает прокурор, если у него не возникают сомнения в возможности издания приказа о наказании. При наличии указанных сомнений или несогласии с мерой

наказания, предложенной прокурором, судья отказывает в выдаче приказа, назначает судебное разбирательство и проводит его в общем порядке.

Упрощенное судопроизводство в виде уголовного приказа действует и во Франции. Прокурор, сочтя целесообразным применить данную упрощенную процедуру, передает в полицейский суд материалы дела вместе со своим требованием. Если судья не видит никаких препятствий для выдачи уголовного приказа (в противном случае дело возвращается прокурору), то он без проведения судебного заседания и без вызова сторон заполняет бланк установленной формы: либо оправдать, либо осудить к наказанию в виде штрафа. Прокурор, получив уголовный приказ, и не будучи согласен с размером наказания (или оправданием), вправе в течение 10 суток обжаловать его. В таком случае уголовный приказ аннулируется, и дело слушается в обычном порядке с участием сторон. Если прокурор согласился с уголовным приказом, то решение доводится до сведения осужденного. Последний имеет 30 суток на то, чтобы или добровольно исполнить наказание (уплатить штраф), или подать апелляцию, которая аннулирует приказ и приведет к слушанию дела в общем порядке. Если осужденный не предпримет никаких действий, то приказ считается вступившим в законную силу и исполняется принудительно.

В Республике Польша по некоторым уголовным делам, по которым расследование было проведено в форме дознания и может быть назначено наказание в виде ограничения свободы или штрафа, суд также вправе выдать приговор о наказании без рассмотрения дела. Прокурор вправе опротестовать вынесенный приговор, что влечет его отмену и рассмотрение дела в общем порядке.

В Эстонии подобная процедура носит название суммарной и применяется по делам о преступлениях второй степени, если доказательства не вызывают сомнений, факт преступления очевиден, обвиняемый не является несовершеннолетним и прокурор считает необходимым назначить ему штраф. При наличии перечисленных условий прокурор обращается в суд с просьбой рассмотреть дело в порядке суммарного производства. Суд принимает решение на основании представленных прокурором материалов и обязан в течение трех дней с момента его вынесения направить копию решения прокурору.

В Литве вынесение судом приказа о наказании осуществляется также по делам о преступлениях, за совершение которых законом предусмотрен штраф. Если обвиняемый признает свою вину и согласен его уплатить, то прокурор в стадии досудебного производства принимает решение об окончании процесса путем вынесения судебного приказа о наказании. Для этого прокурор обращается с соответствующим ходатайством в суд, где указывает сумму штрафа. Решение принимается судом без проведения судебного заседания и без участия прокурора. Хотя с размером штрафа, предложенного прокурором, суд может и не согласиться.

Как показывает зарубежный опыт, приказ о наказании может быть издан судом в основном по делам о преступлениях, за которые законом предусмотрен штраф, ограничение свободы либо лишение свободы на небольшой срок. Однако из этого правила имеются исключения. Так, в Норвегии подобная упрощенная процедура применяется по делам о преступлениях, за совершение которых законом предусмотрено наказание до 10 лет лишения свободы! Для этого необходимо признание обвиняемым своей вины, сделанное добровольно и подтвержденное имеющимися в деле доказательствами, ходатайство прокурора и согласие суда на вынесение решения без судебного заседания.

Таким образом, изложенное убеждает, что предлагаемое нами дифференцированное участие прокурора в судебном разбирательстве в зависимости от характера и тяжести совершенного преступления, а также позиции самого обвиняемого и потерпевшего, позволит оптимизировать осуществление функции поддержания государственного и частного обвинения в Республике Беларусь, не нарушая при этом принцип состязательности правосудия и права и законные интересы сторон.

12. ПРАВО ПРОКУРОРА ИНИЦИИРОВАТЬ СОКРАЩЕННЫЕ СУДЕБНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

Принимая во внимание увеличение количества уголовных дел, передаваемых на рассмотрение судов, и проблемы, вызываемые продолжительными сроками судебного разбирательства, Комитет министров рекомендовал правительствам государств – членов Совета Европы принять неотложные меры для упрощения обычных судебных процедур. При этом должна применяться процедура «признания вины», согласно которой обвиняемый в начале процесса выступает в суде с публичным заявлением о том, признает ли он обвинение против себя. В таких случаях суд, выслушав обе стороны, должен иметь возможность полностью или частично отказаться от следствия и непосредственно рассматривать личные качества обвиняемого для постановления приговора и решения вопроса о компенсации причиненного вреда (п. 7 ч. III «а» Рекомендации R(87)18).

Законодательство Республики Беларусь развивается в указанном направлении и предусматривает возможность проведение сокращенного судебного следствия при наличии определенных

условий. Так, согласно ч. 1 ст. 326 УПК Республики Беларусь в случае признания обвиняемым своей вины, и когда сделанное признание не оспаривается какой-либо из сторон и не вызывает у суда сомнений, суд с согласия сторон после допроса обвиняемого и выяснения у него, не является ли его признание вынужденным, вправе ограничиться исследованием лишь тех доказательств, на которые укажут стороны, либо объявить судебное следствие законченным и перейти к судебным прениям. Аналогичная процедура в России называется особым порядком принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (глава 40 УПК), а в Казахстане – судебное разбирательство дела в сокращенном порядке (ст. 363 УПК).

Однако в белорусском законодательстве не указано, от кого должна или может исходить инициатива в проведении сокращенного порядка судебного следствия. Полагаем, что прокурор должен иметь право на проявление такой инициативы еще до начала судебного разбирательства. Если обвиняемый полностью признает свою вину и предъявленный к нему гражданский иск и его признание не вызывает сомнений у прокурора, то последний, направляя дело в суд, вправе ходатайствовать о проведении сокращенного порядка судебного следствия, получив на это согласие обвиняемого и потерпевшего. Суд может поддержать предложение прокурора, а может назначить судебное разбирательство в полном объеме.

В настоящее время судебное рассмотрение уголовных дел, по которым применяется сокращенный порядок судебного следствия, проводится с обязательным участием прокурора в качестве государственного обвинителя. Однако вряд ли участие последнего является столь необходимым, если обвиняемый еще в стадии предварительного расследования, а затем и в судебном заседании полностью признает свою вину. Следовательно, при направлении такого дела в суд прокурор, на наш взгляд, должен иметь возможность не только ходатайствовать о проведении сокращенного порядка судебного следствия, но и сообщить суду о рассмотрении дела без участия государственного обвинителя, изложив свою просьбу о виде и размере наказания обвиняемому. Подобная практика существует во многих странах и носит название «судебный приказ о наказании», процедура которого была описана нами выше в п. 11 настоящего отчета.

Следует отметить, что в некоторых странах действуют процедуры судебного разбирательства, когда уменьшается лишь срок рассмотрения дела, а порядок остается общим с вызовом всех участников процесса, включая прокурора. Например, в Латвии срок рассмотрения дел, расследованных в срочной процедуре, устанавливается по соглашению прокурора и суда и не может быть менее 3 дней и более 10 дней с момента направления копии данного решения обвиняемому.

В Эстонии в соответствии с альтернативной процедурой при наличии просьбы обвиняемого и согласия прокурора суд рассматривает материалы дела без вызова свидетеля и экспертов. Другая процедура называется договорной и заключается в выработке соглашения относительно правовой квалификации преступления, характера и размера причиненного вреда. В ходе переговоров между прокурором, обвиняемым и его защитником вырабатывается договоренность о виде и размере наказания, которые прокурор будет просить у суда. Данная процедура не применяется по делам об особо тяжких преступлениях, за совершение которых предусмотрено наказание не ниже 4 лет лишения свободы, а самым суровым является пожизненное заключение. Кроме того, для реализации указанной процедуры необходимо согласие потерпевшего или гражданского истца.

В Республике Польша в ускоренном процессе могут быть рассмотрены уголовные дела при наличии следующих условий: лицо было застигнуто на месте совершения преступления либо непосредственно после него; задержано; в течение 48 часов представлено полицией в распоряжение суда с предложением о рассмотрении дела с применением данной процедуры. В случае установления достаточных оснований для внесения такого предложения должностное лицо полиции направляет соответствующий документ прокурору, который утверждает данное предложение и направляет его в суд. Предложение прокурора о рассмотрении дела в ускоренном порядке заменяет обвинительный акт. В ускоренном порядке дело должно быть рассмотрено судом в течение 14 дней. В случае если суд установит, что дело не подлежит рассмотрению в ускоренном процессе либо за совершенное преступление может быть назначено наказание свыше 2 лет лишения свободы, то дело направляется прокурору для осуществления досудебного производства на общих основаниях.

Ускоренное производство в Германии применяется в случае обвинения в совершении малозначительного преступления, относящегося к ведению районного суда. Прокурор может инициировать главное судебное разбирательство без составления обвинительного акта и без прохождения через промежуточную процедуру путем применения ускоренного производства. Участие прокурора в рассмотрении дела в суде в порядке ускоренного производства является обязательным.

Таким образом, зарубежный опыт показывает, что инициирование прокурором сокращенных судебных процедур широко применяется во многих государствах, полностью соответствует требованиям международно-правовых актов и позволяет существенно повысить эффективность уголовного судопроизводства. На основании изложенного полагаем, что в УПК Республики Беларусь

следует предусмотреть полномочия прокурора по инициированию проведения сокращенного судебного следствия при наличии строго определенных законом оснований и условий.

13. ДИСКРЕЦИОННЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО ПРИМЕНЕНИЮ АЛЬТЕРНАТИВ УГОЛОВНОМУ ПРЕСЛЕДОВАНИЮ

В соответствии с национальным законодательством лица, осуществляющие судебное преследование, вправе рассматривать вопрос о его отмене, об условном или безусловном приостановлении разбирательства или отзыве уголовных дел из официальной системы правосудия, при этом в полной мере уважая права подозреваемых и жертв. В этих же целях государства должны полностью изучить возможность принятия программ отзыва дел не только для уменьшения чрезмерной загрузки судов, но и во избежание того бесчестия, с которым связаны задержание до суда, обвинение и осуждение, а также возможных негативных последствий тюремного заключения (п. 18 Руководящих принципов ООН). В данном случае речь идет о дискреционных полномочиях прокурора по выбору и применению альтернатив уголовному преследованию, на что обращается внимание и в Рекомендации R(2000)19 (п. 3), и в Стандартах МАП (п. «h» 4.3.). Применение альтернативных уголовному преследованию мер особенно актуально в отношении несовершеннолетних, что подчеркивается в п. 19 Руководящих принципов ООН, и должно действовать в рамках существующей национальной системы ювенальной юстиции.

О дискреционном судебном преследовании говорится и в Рекомендации R(87)18[92] относительно упрощения уголовного правосудия. При осуществлении дискреционных полномочий прокурор должен руководствоваться:

- тяжестью, характером, обстоятельствами и последствиями преступления;
- личностью обвиняемого;
- возможным приговором суда;
- воздействием приговора на обвиняемого;
- состоянием потерпевшего (п. 5 ч. I «a» Рекомендации R(87)18).

Отказ от уголовного преследования может быть безусловным (предупреждение) или условным (примерное поведение, выплата денежных сумм, компенсация потерпевшему, испытательный срок). При условном отказе от судебного преследования должно быть получено согласие подозреваемого (обвиняемого), данное свободно, со знанием дела и не подлежащее ограничению. Если обвиняемый (подозреваемый) выполнил свои обязанности, то прекращение преследования является окончательным. Такое решение должно квалифицироваться как осуждение (судимость), если обвиняемый (подозреваемый) признает свою вину (п. 6–9 ч. I «a» Рекомендации R(87)18).

Видами альтернативных мер являются:

- выплата денежной суммы государству или государственной или благотворительной организации;
- возмещение причиненного в результате уголовного правонарушения вреда и восстановление прав потерпевшего;
- предоставление потерпевшему соответствующей компенсации либо до урегулирования, либо в качестве его составной части (п. 2 ч. I «b» Рекомендации R(87)18).

Компетенция прокурора относительно внесения таких предложений и категории правонарушений должны определяться законом. При этом прокурор должен иметь право в интересах подозреваемого пересматривать свое предложение, если будет уведомлен о возможных возражениях последнего (п. 3 ч. II «b» Рекомендации R(87)18).

Соответствующие органы должны определить обстоятельства, при которых они имеют право на внесудебное урегулирование, разработать руководящие принципы и составить таблицы тарифов за внесудебное урегулирование для того, чтобы обеспечить максимальное соблюдение принципа равенства перед законом.

Подозреваемый правонарушитель, который не хочет принимать предложение прокурора о внесудебном урегулировании, всегда должен иметь полную свободу пренебречь данным предложением или отказаться от него. Согласие подозреваемого правонарушителя на внесудебное урегулирование и соблюдение им соответствующих условий делает окончательным отказ прокурора от права на судебное преследование (п. 5 и 6 ч. II «b» Рекомендации R(87)18).

Многие государства Европы уже давно идут по этому пути, применяя вместо традиционного уголовного преследования с целью наказания различные альтернативные меры воздействия. Условиями отказа государства от уголовного преследования служат добровольная уплата штрафа в государственную казну (применяемый в Бельгии и Нидерландах институт трансакции, шотландский «фискальный штраф», французская процедура «штрафа по соглашению»), выполнение работ

[92] Принята Комитетом министров государств – членов Совета Европы 17 сентября 1987 г.

в общественных интересах, испытательный срок с определенными условиями (английский институт «предупреждения» или пробация), возмещение причиненного преступлением вреда, примирение с потерпевшим (медиация).

Единственным условием для таких альтернатив является признание обвиняемым (подозреваемым) своей вины и его согласие на применение указанных мер. В случае нарушения или невыполнения им принятых на себя обязательств производство по уголовному делу возобновляется и осуществляется в общем порядке. Например, в Австрии около 25 процентов уголовных дел, которые подлежат рассмотрению в суде, заканчиваются отказом от уголовного преследования с применением альтернативных мер еще в досудебном производстве.

В ст. 30 УПК Республики Беларусь предусмотрена возможность прекращения прокурором производства по уголовному делу с освобождением лица от уголовной ответственности в связи с:

1) утратой деянием общественной опасности (ст. 87 УК);

2) деятельным раскаянием (ст. 88 УК);

3) добровольным возмещением причиненного ущерба (вреда) государственной собственности или имуществу юридического лица, доля в уставном фонде которого принадлежит государству (ст. 88^1 УК);

4) примирением с потерпевшим (ст. 89 УК);

5) применением мер административного взыскания (ст. 86 УК);

6) добровольным заявлением участника преступной организации или банды о ее существовании и его деятельностью, способствовавшей их разоблачению (ст. 20 УК);

7) передачей несовершеннолетнего под наблюдение родителей или лиц, их заменяющих (ст. 118 УК).

Прекращение производства по уголовному делу по п. 2, 4 и 5 не допускается, если обвиняемый или потерпевший против этого возражают.

Однако большинство из перечисленных мер (п. 1, 2, 4, 5 и 7) могут применяться только к лицам, совершившим преступления, не представляющие большой общественной опасности, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы не свыше двух лет или другое более мягкое наказание (ч. 2 ст. 12 УК). В связи с этим прекращение прокурором уголовных дел до суда на основании ст. 30 УПК носит единичный характер.

Выход в этой ситуации состоит в конструировании и внедрении в области уголовного судопроизводства наряду с карательными формами новых, социально-ориентированных технологий, позволяющих во все больших масштабах заменять традиционное уголовное преследование с целью наказания альтернативными способами воздействия. При этом преступное деяние не остается без последствий, но эти последствия наступают вне рамок традиционной уголовной юстиции. В то же время альтернативы уголовному преследованию могут существовать только тогда, когда последнее является правомерным, то есть для него имеются достаточные основания.

Если же преступление связано с наличием уголовно-правового конфликта между потерпевшим и правонарушителем, то основная цель уголовной юстиции должна состоять в снятии или хотя бы смягчении этого конфликта и достижении компромисса между его участниками с помощью альтернативных мер, не связанных с уголовной репрессией. Речь идет о преодолении вредных последствий преступного деяния и стремлении восстановить в той или иной мере (полностью или частично) состояние «до преступления».

Приоритет защиты интересов потерпевшего получил закрепление в новом УПК Республики Беларусь 1999 г. и последовательно проводится в постановлении пленума Верховного Суда № 6 от 30 июня 2005 г. «О практике применения норм УПК, регулирующих участие потерпевшего в уголовном процессе».

Подтверждением актуальности рассматриваемой проблемы служат материалы X Конгресса ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, проходившего в апреле 2000 года в Вене. В ходе итогового пленарного заседания участники сделали вывод, что «маятник правосудия все более смещается в направлении учета интересов потерпевших», причем свидетельством такого движения является растущий во всем мире интерес к расширению сферы так называемого реституционного или восстановительного правосудия.

В последние десятилетия XX века одновременно с ростом преступности возникло мощное международное движение по укреплению прав потерпевшего, ставшее одной из самых ярких тенденций развития уголовно-процессуального права. Осознание недостаточной эффективности существования лишь карательного правосудия послужило причиной появления движения за восстановительное правосудие (Restorative Justice), которое стало стремительно развертываться в таких странах, как Канада, США, Франция, ФРГ, Новая Зеландия, Великобритания. Программные идеи этого движения уже распространились и на Восточную Европу: Польшу, Чехию, Словакию, Украину и Россию.

Визитной карточкой этого движения является особый тип отношения к событию преступления и его участникам – обвиняемому, потерпевшему и обществу. Это отношение состоит в том, что преступление нуждается прежде всего не в наказании и каре обвиняемого, а в восстановлении нанесенного жертве морального, психологического и материального ущерба и социальной реабилитации преступника.

Центральным элементом восстановительного подхода к правосудию является посредничество (*mediation*) как специально организуемая процедура. В рамках Европейского комитета по проблемам преступности создан Комитет экспертов по организации посредничества в уголовных делах, который разработал Рекомендацию №R(99)19[93]. В ней освещаются основные принципы, правовая основа, вопросы организации и развития посредничества в уголовных делах. Последнее определяется как процесс, в котором жертва и правонарушитель (обвиняемый) имеют возможность добровольно участвовать в решении порожденных преступлением проблем с помощью беспристрастной третьей стороны (посредника). Если правонарушитель раскаялся и готов возместить ущерб, составляется примирительный договор, выполнение которого контролируется и влияет на решение по уголовному делу.

В этом документе под медиацией понимаются «любые процессуальные меры, позволяющие потерпевшему и лицу, подлежащему уголовному преследованию, активно участвовать в преодолении трудностей, вытекающих из факта совершения преступления, при непосредственном участии независимого третьего лица и при условии, что стороны конфликта добровольно соглашаются с применением этих мер».

В упомянутой Рекомендации №R(99)19 формулируется принцип доступности посредничества. Рекомендация призывает государства – члены Совета Европы способствовать развитию и признанию посредничества в качестве альтернативы официальному уголовному процессу.

8 декабря 2000 года состоялось официальное учреждение Европейского форума программ посредничества между жертвой и правонарушителем и восстановительной юстиции – первой в Европе международной организации, объединяющей исследователей, практиков, государственные и неправительственные организации, работающие в этой сфере.

В Венской декларации о преступности и правосудии[94] обращено внимание на «возможности реституционных подходов к правосудию, которые направлены на сокращение преступности и содействие исцелению жертв, правонарушителей и оздоровлению общин». Пункты 27 и 28 этого документа непосредственно посвящены вопросам посредничества в уголовном правосудии.

Комиссией ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию и Экономическим и Социальным Советом ООН принят в качестве проекта текст Декларации основных принципов использования программ восстановительного правосудия в уголовных делах[95]. В соответствии с регламентом этот документ направлен государствам – членам ООН для обсуждения и представления рекомендаций относительно дальнейших действий в области восстановительного правосудия.

Наиболее востребованным восстановительный подход стал в правосудии по делам несовершеннолетних. Об этом свидетельствует принятие в 1997 году Левенской декларации «О необходимости поддержки восстановительного подхода к подростковой преступности».

В уголовном процессе Беларуси имеются реальные предпосылки для развития начал восстановительного правосудия, поскольку в законе существует институт примирения. Он предусмотрен п. 5 ч. 1 ст. 29 и ч. 4 и 5 ст. 427 УПК по делам частного обвинения, перечисленным в ч. 2 и ч. 3 ст. 26 УПК. Именно по делам данной категории существенное значение имеет отношение потерпевшего и лица, совершившего преступление. Ведь само возбуждение уголовного дела возможно не иначе, как по жалобе потерпевшего, а производство по нему подлежит прекращению в случае примирения последнего с обвиняемым.

В то же время ст. 89 УК допускает возможность освобождения лица, совершившего преступление, не представляющее большой общественной опасности, от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим. В п. 2 ч. 1 ст. 30 УПК указано, что такое решение может принять как суд, так и прокурор. В данных нормах речь идет о преступлениях, не относящихся к категории частного обвинения. Однако «извечные» споры о соответствии института освобождения от уголовной ответственности до суда в его нынешнем варианте принципу презумпции невиновности, ставят под сомнение существование самого этого института и возможность его применения с использованием данного основания.

---

[93] Принята Комитетом министров Совета Европы 15 сентября 1999 г.

[94] Принята на десятом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Вена, 10–17 апреля 2000 г.

[95] Утвержден ESO SOC в качестве проекта резолюцией № 2000/14.

Если оставить в стороне указанные проблемы, то ст. 89 УК и п. 2 ч. 1 ст. 30 УПК могут рассматриваться в качестве базы для появления в Беларуси практики медиации. В объяснительной записке к Рекомендации № R(99)19 такая ситуация названа «неофициальной медиацией».

Но в самом тексте названой Рекомендации есть положение о том, что «законодательство должно способствовать проведению уголовно-правовой медиации». Однако указанные статьи УК и УПК способствуют ее проведению явно недостаточно. Основная их особенность, не позволяющая признать медиацией соответствующее основание освобождения от уголовной ответственности и прекращения уголовного дела, заключается в пассивности следователя, дознавателя, прокурора, которые индифферентно, т. е. безразлично (по закону), относятся к тому, подаст потерпевший соответствующее заявление о примирении или нет. Закон не требует даже разъяснения сторонам права на примирение.

Представляется, что данный институт при условии его направленного развития мог бы стать основой для реализации в уголовном процессе Республики Беларусь многих существенных элементов восстановительного правосудия. Оно необходимо прежде всего для несовершеннолетних обвиняемых и может быть создано сначала в рамках системы ювенальной юстиции.

Такое решение характерно для ряда государств Европы (Австрия, Германия, Финляндия, Польша), где нормы о посредничестве в уголовных делах содержатся в законах о ювенальной юстиции. В ряде европейских стран эти нормы содержатся в УПК (Австрия, Франция, Бельгия, Финляндия, Польша), а в Норвегии имеется специальный закон о посредничестве.

В связи с этим считаем целесообразным разместить приведенные ниже нормы, устанавливающие возможность применения в уголовном процессе восстановительных (примирительных) процедур, в первую очередь в главе 45 УПК, регулирующей производство по делам о преступлениях несовершеннолетних.

Казалось бы, что в качестве «третьей» примиряющей стороны могло бы выступать само лицо, ведущее производство по делу: оно разъясняет права, организует встречу потерпевшего с обвинителем и т. д. Такой вариант реалистичен, хотя назвать его классической медиацией нельзя. Рекомендация R(99)19 гласит, что службы медиации должны существовать обособленно и обладать достаточной автономией в рамках системы уголовной юстиции.

Применение примирительной процедуры с участием посредника целесообразно начинать с уголовных дел частного обвинения и дел о преступлениях, не представляющих большой общественной опасности. Постепенно такой порядок может быть распространен и на уголовные дела о менее тяжких преступлениях. Полагаем, что проведение примирительной процедуры на начальной стадии возможно лишь в отношении обвиняемых, к которым применены меры пресечения, не связанные с лишением свободы, и впервые совершившим указанные преступления. При наличии перечисленных условий дознаватель, следователь, прокурор разъясняют обвиняемому и потерпевшему право на проведение переговоров о примирении и возмещении вреда с участием посредника. Применение такой процедуры возможно лишь с согласия обеих сторон. Поэтому при получении ходатайства обвиняемого и согласия потерпевшего на проведение примирения должностные лица, ведущие уголовный процесс, предоставляют им для этого время и выносят мотивированное постановление о приостановлении производства по делу на срок не более 1 месяца.

Затем выносится постановление о привлечении посредника для организации переговоров о возмещении вреда и примирении, где указываются данные о посреднике, сути предъявленного обвинения, сведения о потерпевшем и обвиняемом, их законных представителях. Посредник – это лицо, прошедшее специальную подготовку и способное вести переговоры между потерпевшим и обвиняемым. В следственных органах должны существовать списки лиц, которым могут быть поручены посреднические функции. Из такого списка методом случайной выборки следует определить человека, выступающего посредником в конкретном деле.

Посредник знакомится с материалами уголовного дела, беседует с обвиняемым и потерпевшим сначала раздельно, чтобы выявить их готовность к переговорам и примирению. Он вправе также собирать необходимую информацию у родственников и близких обвиняемого и потерпевшего. Беседы с обеими сторонами могут проводиться неоднократно, пока не будет достигнуто примирение или пока не станет очевидно, что оно невозможно.

Условия примирения определяются потерпевшим и обвиняемым и закрепляются в примирительном договоре. К ним относятся: чистосердечное раскаяние обвиняемого и полное признание своей вины; принесение извинений потерпевшему; согласие потерпевшего на примирение; обязательство обвиняемого полностью возместить ущерб, причиненный им потерпевшему. Желательно, чтобы последнее было сделано при подписании соглашения или в установленный им срок. Соглашение составляется письменно и приобщается к материалам уголовного дела. К ним также приобщаются документы, подтверждающие возмещение вреда. Прокурор на основе примирительного

договора и других документов, фиксирующих результаты примирения, отказывается от уголовного преследования и прекращает производство по делу.

Согласие обвиняемого участвовать в примирении и любые его действия, направленные на возмещение вреда, не являются доказательствами признания своей вины. Переговоры между участниками примирения носят конфиденциальный характер и не должны предаваться огласке в ходе судопроизводства, за исключением случаев нарушения закона в процессе примирения.

Если процедура примирения была нарушена, то прокурор вправе признать соглашение недействительным и назначить новое примирительное производство с участием другого посредника. В случае, если примирение не достигнуто, производство по уголовному делу возобновляется и продолжается в общем порядке.

Прекращение производства по делу на основании примирительного договора имеет ряд преимуществ по сравнению с формальным прекращением дела органом уголовного преследования. Восстановительное правосудие рассчитано на внутреннюю перестройку сознания правонарушителя, его подлинное перевоспитание, осознание своей ответственности перед другим гражданином и обществом в целом. Кроме того, восстановительное правосудие исключает или минимизирует коррупцию в правоохранительной системе, а также экономит время следователя и суда, перегруженных делами о тяжких и особо тяжких преступлениях.

Однако в настоящее время в Беларуси нет достаточного количества компетентных независимых медиаторов – посредников: как конкретных специалистов, так и соответствующих государственных и общественных организаций. Поэтому лишь одними изменениями в законодательстве проблему внедрения восстановительных процедур в качестве альтернатив уголовному преследованию не решить. Для этого необходимы организационные, кадровые и учебно-методические мероприятия с соответствующим финансовым обеспечением. Только тогда такая прогрессивная и социально-ориентированная модель как восстановительное правосудие сможет стать одной из реальных альтернатив уголовному преследованию в Республике Беларусь.

Таким образом, отдельные элементы альтернативной реакции государства на уголовно-правовой конфликт уже действуют в белорусской правовой системе. Тем не менее представляется, что общество нуждается в создании научно обоснованной и адаптированной к национальным условиям целостной системы альтернативных мер, применение которых прокурором до суда позволит отказаться от уголовного преследования лиц, привлечение которых к уголовной ответственности нецелесообразно.

В начале такую процедуру, на наш взгляд, следует предусмотреть по делам о менее тяжких преступлениях и преступлениях, не представляющих большой общественной опасности, а в дальнейшем – распространить ее и на некоторые дела о тяжких ненасильственных преступлениях.

Думается, что это самый оптимальный и перспективный путь решения проблем, связанных как с обеспечением надлежащего уровня поддержания государственного обвинения, так и с перегруженностью судебной системы такими уголовными делами, в которых нередко затраты на правосудие во много раз превышают размер причиненного преступлением вреда.

РЕЗЮМЕ

Белорусское законодательство о статусе прокуроров в основном соответствует международно-правовым стандартам. Однако некоторые его положения не в полной мере отвечают требованиям норм международных договоров Республики Беларусь, определяющих права и свободы человека и гражданина, и международных актов, устанавливающих единые стандарты прокурорской деятельности. В связи с этим законодательство Республики Беларусь нуждается в совершенствовании в следующих направлениях:

1) дополнить ст. 57 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь» положением о том, что повышение квалификации прокурорских работников должно осуществляться не реже одного раза в три года, а также в случае назначения прокурорского работника на должность с иной специализацией;

2) предоставить Генеральному прокурору право законодательной инициативы в Национальном собрании Республики Беларусь и право на обращение в Конституционный Суд Республики Беларусь с предложениями о даче заключений. С этой целью следует внести соответствующие дополнения в ч. 1 ст. 99 и ч. 4 ст. 116 Конституции Республики Беларусь;

3) установить в ст. 83 ГПК критерии привлечения прокурора к участию в рассмотрении гражданского дела по инициативе суда;

4) предусмотреть в УПК применение заключения под стражу к подозреваемому или обвиняемому в стадии предварительного расследования только по судебному решению, которое должно приниматься на основании соответствующего ходатайства прокурора;

5) закрепить в ч. 9 ст. 182 УПК положение о том, что прокурор не вправе передавать уголовное дело, которое согласно ч. 1 ст. 182 УПК подследственно исключительно следователям прокуратуры, другим органам предварительного следствия;

6) считать несоблюдение правил предметного или персонального признаков подследственности уголовного дела существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим признание судом полученных органом предварительного расследования доказательств недопустимыми;

7) признать несоблюдение правил подсудности уголовного дела существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим безусловную отмену приговора, что следует отразить в п. 2 ч. 2 ст. 391 УПК;

8) наделить прокурора правом признания доказательств недопустимыми по уголовному делу, поступившему для направления в суд, и возвращения его следователю или органу дознания со своими письменными указаниями. При этом доказательство, признанное прокурором недопустимым, подлежит исключению из справки о результатах проведенного по делу предварительного расследования. Указанными положениями следует дополнить п. 3 ст. 264 УПК;

9) право признания доказательств недопустимыми следует предоставить суду не только при постановлении приговора, но и в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства, для чего проводить предварительное слушание с участием сторон. Указанными положениями следует дополнить главу 33 УПК;

10) установить в УПК единый порядок возбуждения уголовных дел о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК, не иначе как по заявлению пострадавшего, которое должно подаваться в орган уголовного преследования, и расследоваться в общем порядке;

11) прекращение производства по делу за примирением потерпевшего с обвиняемым должно применяться по всем уголовным делам о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК и возбужденных по заявлению пострадавшего;

12) возложить на потерпевшего самостоятельное поддержание обвинения в суде по делам, возбуждаемым не иначе как по его заявлению, при наличии следующих условий: а) обвиняемый полностью признает свою вину и предъявленный к нему гражданский иск; б) его признание не вызывает сомнений у прокурора, который направляет дело в суд. Изложенные правила не должны применяться по делам о преступлениях несовершеннолетних, а также в случаях, когда хотя бы один из обвиняемых не признает своей вины и дело в отношении его невозможно выделить в отдельное производство;

13) по делам, которые расследуются в форме ускоренного производства, увеличить срок его проведения до 15 суток (ст. 453 УПК) и предусмотреть рассмотрение таких дел в суде без участия государственного обвинителя. Об этом прокурор сообщает в постановлении о направлении дела в суд и указывает свою формулировку решения по вопросам, перечисленным в п. 1–16 ст. 352 УПК и подлежащим разрешению в приговоре;

14) при рассмотрении дела в суде без участия государственного обвинителя предъявленное лицу обвинение и справка о результатах расследования уголовного дела должны оглашаться судьей. Если в судебном заседании обвиняемый не признает свою вину либо сделанное им признание вызывает сомнение у суда, то рассмотрение дела должно быть отложено для вызова в суд государственного обвинителя;

15) наделить прокурора правом при направлении дела в суд инициировать проведение судебного следствия в сокращенном порядке, если: преступление не является тяжким или особо тяжким, обвиняемый полностью признает свою вину и предъявленный к нему гражданский иск; его признание не вызывает сомнений у прокурора; обвиняемый и потерпевший согласны на применение сокращенной процедуры;

16) по уголовным делам о менее тяжких преступлениях и преступлениях, не представляющих большой общественной опасности, предусмотреть право прокурора на стадии предварительного расследования отказаться от уголовного преследования подозреваемого или обвиняемого по мотивам нецелесообразности и применить к последнему с его согласия одну из альтернативных мер. Такими мерами могут быть уплата денежной суммы в государственный бюджет, общественные работы, испытательный срок с определенными условиями, возмещение причиненного преступлением вреда, примирение с потерпевшим;

17) применение прокурором альтернативных мер следует начинать с уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних, для чего необходимо внести соответствующие дополнения в главу 45 УПК. Затем постепенно распространить действие этих мер и на другие категории уголовных дел.

Комментарии к отчету по теме «Судоустройство и статус прокуроров» международного эксперта проекта Калиновского К. Б.[96]

Представленные уважаемым экспертом, Зайцевой Людмилой Львовной, рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и правоприменительной практики в области правового статуса прокуроров в Республике Беларусь представляются достаточно обоснованными как с точки зрения международных стандартов и передового зарубежного опыта, так и с позиций теории уголовного судопроизводства. В отчете содержится глубокий анализ законодательного опыта многих государств в сфере регулирования правового статуса прокуроров и прокуратуры в целом. При этом надо подчеркнуть системный подход к исследованию, автор анализирует нормы международного права, регулирующие прокурорскую деятельность, на универсальном, региональном и корпоративном уровнях.

По содержанию исследования представляется необходимым отменить следующее.

1. УСЛОВИЯ ПРИЕМА НА РАБОТУ В ОРГАНЫ ПРОКУРАТУРЫ (КВАЛИФИКАЦИОННЫЙ ЭКЗАМЕН, СТАЖИРОВКА И ДР.)

В отчете указано, что в Республике Беларусь в соответствии с международными стандартами установлены объективные критерии отбора кандидатов для службы в органах прокуратуры и их карьерного роста, предусмотрена беспристрастная процедура, позволяющая всем лицам, желающим стать работниками прокуратуры, проявить свои способности во время квалификационного экзамена и стажировки, регламентированы этические нормы профессиональной и внеслужебной деятельности прокурорских работников, а порядок назначения прокуроров в Республике Беларусь обусловлен действием принципа единства и централизации прокуратуры и соответствует тем тенденциям, которые действуют во многих странах.

Признавая обоснованным данные выводы в целом, представляется целесообразным указать на отдельные проблемы правового регулирования службы в органах Прокуратуры Республики Беларусь и предложить рекомендации по их разрешению.

1. В соответствии с нормами международного права государство обеспечивает единые и объективные критерии отбора прокуроров таким образом, чтобы принятие, повышения по службе и переводы прокуроров выполнялись в соответствии со справедливыми и беспристрастными правилами, что предохраняет от поддержания интересов определенных групп и исключает дискриминацию по любым основаниям, таким как пол, расовая принадлежность, цвет кожи, язык, религия, политические и иные взгляды, национальное или социальное происхождение, принадлежность к национальным меньшинствам, наличие собственности, место рождения и иным основаниям[97].

Согласно статье 39 Конституции Республики Беларусь граждане Республики Беларусь в соответствии со своими способностями, профессиональной подготовкой имеют право равного доступа к любым должностям в государственных органах, в том числе и в прокуратуре.

Для более полной реализации данных положений, на наш взгляд, необходимо усовершенствовать процедуру сдачи квалификационного экзамена лицами, впервые поступающими на службу в органы прокуратуры с тем, чтобы сделать эту процедуру более прозрачной для общественного контроля. Как видно из доклада, в настоящий момент экзамен принимается комиссией Генеральной прокуратуры по кадровым вопросам, и вся процедура сдачи экзамена контролируется Генеральной прокуратурой (например, экзамен может проводиться путем собеседования). При таких условиях существует скрытая возможность отказывать кандидатам в приеме на службу по дискриминационным мотивам. В связи с этим можно было бы ввести в состав комиссии значительное количество лиц, не являющихся сотрудниками прокуроры (ученых, преподавателей, представителей общественных организаций, возможно, даже адвокатов), а также регламентировать судебный порядок обжалования результатов сдачи экзамена.

2. Международные стандарты обязывают лиц, осуществляющих уголовное преследование, иметь соответствующее образование и подготовку. Государства должны принять эффективные меры для того, чтобы убедиться, что прокуроры имеют соответствующее образование и подготов-

---

[96] Калиновский Константин Борисович (Россия), кандидат юридических наук, доцент, советник Управления конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российской академии правосудия, доцент кафедры уголовного права РГПУ имени А.И. Герцена.

[97] Пункт 2 (подпункт «а») Руководящих принципов, касающихся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в Гаване, 27 августа – 7 сентября 1990 г.; Пункт 5 (подпункт «а») Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 6 октября 2000 г. №: R(2000)19 «Комитет министров государствам-членам о роли прокуратуры в системе уголовного правосудия». Рекомендация была принята Комитетом министров Совета Европы 6 октября 2000 г. на 724-м заседании представителей министров.

ку, до и после назначения на должность (пункты 1, 2 (подпункт «б») Руководящих принципов, и пункт 7 Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 6 октября 2000 г. № R (2000)19).

Обращает на себя внимание, что Закон «О прокуратуре Республики Беларусь» допускает в исключительных случаях прием на службу в прокуратуру лиц, имеющих иное (т.е. неюридическое) высшее образование. В связи с этим требует анализа вопрос о том, является ли иное образование достаточным. При ответе на этот вопрос следует учитывать, что не все сотрудники прокуратуры будут государственными обвинителями, возможна специализация таких прокурорских работников, например в сфере высоких технологий, поэтому само по себе отсутствие высшего юридического образования может и не снижать должный профессиональный уровень сотрудника. Тем не менее по смыслу закона остается формальная возможность назначения на должность прокурора или иного сотрудника прокуратуры, уполномоченного поддерживать обвинение, не обладающего должным уровнем юридических знаний. В связи с этим особое внимание законодателю надо уделить механизму, обеспечивающему соблюдение требований профессионализма и компетенции данной категории сотрудников прокуратуры.

3. Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 6 октября 2000 г. № R(2000)19 указывает, что условия работы прокуроров, такие как вознаграждение за работу, срок пребывания в должности и пенсия, а также возраст выхода на пенсию должны определяться законом (подпункт «d» пункта 5). Однако порядок прохождения службы в органах Прокуратуры Республики Беларусь регулируется не законом, а Указом Президента Республики Беларусь. Само по себе это не нарушает международные стандарты, тем более что Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, имеющие универсальный, а не региональный характер, допускают регулирования условий службы прокуроров как законом, так и иными опубликованными нормами или положениями (пункт 6). Вместе с тем, учитывая значение данного вопроса, а также опыт Российской Федерации, представляется более предпочтительным именно законодательное регулирование данных вопросов.

4. Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 6 октября 2000 г. № R(2000)19 содержит положения о том, что для обеспечения справедливой, согласованной и эффективной деятельности прокуроров государства должны стремиться делать основной упор на подчинение вышестоящему прокурору в организации прокуратуры, не допуская, однако, чтобы такие организационные методы привели к созданию неэффективных и создающих препятствия бюрократических структур (пункт 36 «a»). В связи с этим порядок формирования и деятельности Прокуратуры Республики Беларусь, подчиненный принципам единства и централизации прокуратуры, вполне соответствует международным стандартам. Однако анализ законодательства не позволяет выявить теоретически возможное наличие излишних бюрократических структур и неэффективность их деятельности, в связи с чем нужны социологические методы исследования данных вопросов.

2. СИСТЕМА ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ И ПЕРЕПОДГОТОВКИ ПРОКУРОРСКИХ РАБОТНИКОВ

Правовое регулирование данной системы соответствует международным стандартам. Предусматривая возможность получения сотрудниками прокуратуры второго высшего или иного специального образования, Закон «О прокуратуре Республики Беларусь» (статья 57) в какой-то степени компенсирует возможные проблемы, связанные с приемом на работу лиц, не имеющих юридического образования.

Предложения автора доклада законодательно закрепить трехгодичную периодичность повышения квалификации прокурорских работников, а также систему поощрения повышения квалификации заслуживают поддержки.

3. ПРЕДЕЛЫ ПОЛНОМОЧИЙ ПРОКУРАТУРЫ И ИХ ОГРАНИЧЕНИЕ СФЕРОЙ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ И ЗАЩИТЫ ПУБЛИЧНЫХ ИНТЕРЕСОВ В СУДЕ

Данный вопрос является ключевым для всей темы исследования. От ответа на него зависит решение большинства других вопросов, имеющих частный характер (статус прокурорских работников, их участие в рассмотрении гражданских дел, право законодательной инициативы прокуратуры, субъекты санкционирования арестов и т. д.). В докладе совершенно справедливо указывается, что мировой опыт знает две основные модели прокуратуры. В первой из них прокуратура является прежде всего органом уголовного преследования и обвинения, а во второй – преимущественно органом надзора за законностью.

Вопрос о сравнении этих моделей и об их соответствии современным международным стандартам являлся и до сих пор является предметом острой дискуссии в юридической науке.[98] Так,

98 См., например: Муравьев Н.В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. М., 1889. С. 7 – 9; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. Т. 1. С. 257, 542.

профессор И.Л. Петрухин пишет, что российская прокуратура (а в России также, как и в Республике Беларусь, прокуратура представлена как орган надзора) с ее функцией общего надзора – рудимент средневековья, оживший в странах с тоталитарным режимом (в прошлом — СССР, государства Восточной Европы) для всеобъемлющего контроля за государственными институтами, обществом, подданными. В XVIII веке Россия заимствовала у средневековой Германии всеобъемлющий прокурорский надзор, который был упразднен в результате судебной реформы 1864 года, в ходе которой прокуратура стала судебным учреждением. В советское время была восстановлена средневековая модель прокуратуры, которая постепенно превратилась в некоего монстра, осуществлявшего высший надзор за законностью деятельности органов исполнительной власти, в определенной мере – судов и даже общественных организаций и граждан (Конституция СССР 1936 года). Многие из этих черт прокуратура сохраняет и теперь при осуществлении так называемого общего надзора.[99] В связи с этим в российской юридической науке и практике предлагалось изменить роль и место прокуратуры в системе государственных институтов власти, возложив на нее единственную обязанность – уголовное преследование лиц, совершавших преступления, под судебным контролем.[100] Однако в современной России другая точка зрения одерживает верх. Признается и оправдывается возложение на прокуратуру общенадзорных полномочий.[101]

При этом как в Российской Федерации, так и Республике Беларусь возникает проблема определения места прокуратуры в системе разделения властей. Конституция Республики Беларусь провозглашает, что государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную (статья 6). При этом отнесение прокуратуры к исполнительной власти затрудняется в виду того, что прокуратура выполняет функцию надзора за законностью деятельности министерств, ведомств, должностных лиц и т. д. Вместе с тем она явно не относится и к судебной власти (хотя в российской Конституции статья, посвященная прокуратуре, расположена в главе о судебной власти). В связи с этим юристы говорят, что прокуратура является четвертой – особой ветвью власти, однако в Конституциях данных государств четвертая ветвь власти не указана.

Согласно статье 125 Конституции Республики Беларусь надзор за точным и единообразным исполнением законов, декретов, указов и иных нормативных актов министерствами и другими подведомственными Совету Министров органами, местными представительными и исполнительными органами, предприятиями, организациями и учреждениями, общественными объединениями, должностными лицами и гражданами возлагается на Генерального прокурора Республики Беларусь и подчиненных ему прокуроров. Прокуратура осуществляет надзор за исполнением законов при расследовании преступлений, соответствием закону судебных решений по гражданским, уголовным делам и делам об административных правонарушениях, в случаях, предусмотренных законом, проводит предварительное следствие, поддерживает государственное обвинение в судах. Данные положения реализуются и в законодательстве Республики Беларусь о прокуратуре и в УПК Республики Беларусь. Структура данных положений позволяет сделать вывод о том, что законодательство ставит на первое место именно надзорную функцию прокурора, а его роль по осуществлению уголовного преследования отводит как бы на второй план. Однако такой вывод был бы недостаточно точным.

Согласно статье 8 Конституции Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. Общепризнанные нормы международного права гарантируют каждому судебную защиту его прав и свобод. Согласно статье 14 (пункт 1) Международного пакта о гражданских и политических правах и статье 6 (пункт 1) Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Этим положениям корреспондируют нормы Конституции Республики Беларусь, гарантирующие каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки (статья 60). Наличие этого права предполагает обязанность государства обеспечить полное осуществление права на судебную защиту, которая должна быть справедливой, компетентной и эффективной. Данная обязанность вытекает из общепризнанных принципов и норм международного права, в частности, закрепленных в статьях 8 и 29 Всеобщей Декларации прав человека, а также в статье 2 (пункт 2 и подпункт «а» пункта 3) Международного пакта о гражданских и политических правах. В соответствии со статьями 2 и 21 Конституции Республики Беларусь человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства, а обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства.

---

[99] Петрухин И.Л. Прокурорский надзор и судебная масть. М., 2001. С. 17.

[100] Такое предложение, в частности, было официально сделано Советом судей Российской Федерации 16 декабря 1998.

[101] См.: Бессарабов В.Г. Прокурорский надзор. М., 2006. С. 76.; Сухарев А.Я. Прокурорский надзор. М., 2003.

Таким образом, из приведенных взаимосвязанных положений следует признание и обеспечение в Республике Беларусь основополагающего права граждан на судебную защиту, в механизме осуществления которой важнейшее место отводится прокуратуре как органу уголовного преследования. С этих позиций, на наш взгляд, следует выделять приоритетность различных функций прокуратуры. Прокуратура, как государственный орган, должна обеспечивать право граждан на судебную защиту, поэтому общий надзор прокуратуры не должен умалять ее роль как органа уголовного преследования с тем, чтобы обеспечить судебную защиту как потерпевших от преступлений, так и лиц, в отношении которых ведется уголовное преследование. Иными словами, осуществление прокуратурой уголовного преследования должно быть приоритетным направлением ее деятельности, обеспечивающим эффективное функционирование судебной власти, а общий надзор прокуратуры не должен каким бы то ни было образом ослаблять судебную власть.

Возвращаясь к вопросу о том, какая из моделей прокуратуры является более прогрессивной и соответствующей демократическому обществу, надо отметить следующее.

Комитет министров Совета Европы не согласился с рекомендацией Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604(2003) о том, что полномочия и обязанности прокуроров должны быть ограничены преследованием уголовных преступлений и общей ролью в защите публичного интереса в системе уголовного правосудия, признав многообразие моделей прокуратуры в разных странах. Тем не менее Комитет министров не отверг эту рекомендацию окончательно, а указал, что не считает возможным ее одобрить, по крайней мере, без дополнительного обсуждения. То есть вопрос о том, какая из моделей прокуратуры является более прогрессивной, остался без ответа. Как справедливо отмечено в докладе, «обвинительная модель» прокуратуры воспринята в абсолютном большинстве стран романо-германской и англосаксонской системы права. Другая – «надзорная модель» прокуратуры – реализуется в Беларуси, России, Казахстане, Болгарии, Венгрии, Румынии, Китае, КНДР, Кубе, Вьетнаме, Бразилии, Колумбии, Венесуэле и некоторых других государствах. В связи с этим нуждается в дополнительных исследованиях вопрос о том, опыт каких из этих стран следует считать передовым, перспективным, и за какой моделью будущее. В ответе на этот вопрос мог бы оказать помощь исторический анализ динамики изменения роли прокуратуры в данных государствах.

4. ПРАВО ГЕНЕРАЛЬНОГО ПРОКУРОРА НА ЗАКОНОДАТЕЛЬНУЮ ИНИЦИАТИВУ И ОБРАЩЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Право Генерального прокурора на законодательную инициативу и обращение в Конституционный Суд Республики Беларусь производно от той роли, которая возлагается на прокуратуру. «Обвинительная модель» не предполагает необходимости наличия такого права. Напротив, право прокуратуры участвовать в исправлении дефектов законодательства логично дополняет ее общенадзорные полномочия за соблюдением этого законодательства. Поскольку задачами Прокуратуры Республики Беларусь являются обеспечение верховенства права, законности и правопорядка, защита прав и законных интересов граждан и организаций, а также общественных и государственных интересов (ч. 1 ст. 4 Закона о прокуратуре), постольку вполне обоснованы предложения по закреплению соответствующих полномочий прокуратуры. Однако в докладе справедливо обращается внимание на тенденцию сокращения на постсоветском пространстве полномочий прокуратуры обращаться с правом законодательной инициативы. Думается, что причины такой тенденции нуждаются в дополнительном исследовании, в том числе представляет интерес их возможная связь с сокращением общенадзорных функций прокуратуры.

При этом важно отметить, что международные стандарты касаются роли прокуратуры как органа уголовного преследования и обвинения, а надзорная функция прокуратуры ими лишь допускается в пределах, не препятствующих этой обвинительной деятельности. Вместе с тем наличие у прокуратуры права законодательной инициативы само по себе не нарушает прав граждан.

По поводу права Генерального прокурора обратиться в Конституционный Суд надо отметить российский опыт. В соответствии с частью 6 статьи 35 Федерального Закона Российской Федерации от 17.01.1992 № 2202-1 «О Прокуратуре Российской Федерации» Генеральный прокурор Российской Федерации вправе обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации по вопросу нарушения конституционных прав и свобод граждан законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле. Из сопоставления этой нормы с положениями статьи 125 Конституции Российской Федерации и статей 3, 84, 88 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» следует, что Генеральный прокурор обращается в Суд не в порядке абстрактного нормоконтроля, а в защиту интересов конкретных граждан. В связи с этим в Российской Федерации Генеральный прокурор обращается в Суд как особый представитель гражданина, а само обращение называется жалобой (а не заключением). Такой порядок вполне соответствует роли прокуратуры как правозащитного органа. В практике работы Конституционного Суда Российской Федерации были единичные случаи, когда Генеральный прокурор воспользовался данным правом.

В некоторых странах СНГ Генеральный прокурор действительно обладает правом обращения в Конституционный Суд в порядке абстрактного нормоконтроля. Согласно статье 14 Закона о прокуратуре Республики Молдова Генеральный прокурор вправе обратиться в Конституционный Суд по вопросу конституционности законов, указов Президента Республики Молдова, постановлений и ордонансов правительства. Прокуратура Азербайджанской Республики в соответствии со статьей 130 Конституции Азербайджанской Республики дает запрос в Конституционный Суд Азербайджанской Республики (ст. 10 Закона о прокуратуре Азербайджанской Республики). Генеральный прокурор Республики Таджикистан вносит представления в Верховный Суд Республики Таджикистан и в Высший экономический суд Республики Таджикистан либо в Конституционный Суд Республики Таджикистан, если усматривает несоответствие законам руководящего разъяснения пленумов Верховного Суда и Высшего экономического суда Республики Таджикистан по вопросам применения законодательства (ст. 43 Закона о прокуратуре Республики Таджикистан).

Вместе с тем право прокуратуры обращаться в Конституционный Суд в ряде случаев обусловлено отсутствием конституционного судопроизводства по жалобам граждан (Азербайджан) или ограничено предметом опротестования (Таджикистан) и потому признать его наличие безусловно необходимым с точки зрения международных стандартов или передового зарубежного опыта вряд ли возможно. Следовательно, наделение Генерального прокурора Республики Беларусь таким правом требует какого-то иного обоснования, но и не противоречит международным стандартам.

5. КРИТЕРИИ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ПРОКУРОРА К УЧАСТИЮ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ ПО ИНИЦИАТИВЕ СУДА

Формы участия прокурора в гражданском процессе также зависят от его роли как органа надзора или как судебного представителя государства. Так, в советское время в России прокурор как орган, надзирающий за законностью, широко участвовал в гражданском процессе и претендовал на защиту в суде интересов не только общества и государства, но и частных лиц в порядке оказания частным лицам правовой помощи даже при отсутствии их согласия на это.

В современном демократическом государстве участие прокурора в рассмотрении гражданских дел в судах не должно умалять принципы независимости суда и состязательности сторон, являющиеся необходимыми условиями справедливого судебного разбирательства (п. 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Конституция Республики Беларусь также устанавливает требования: судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону (статья 110), правосудие осуществляется на основе состязательности и равенства сторон в процессе (статья 115).

Из этих принципов следует, что положения статьи 81 ГПК Республики Беларусь, позволяющие прокурору обратиться в суд с заявлением о возбуждении гражданского дела, подведомственного суду, а также право вступить в дело в любой стадии процесса, если это необходимо для защиты прав и охраняемых законом интересов Республики Беларусь, ее административно-территориальных единиц, а также юридических лиц и граждан нуждаются в таком применении, чтобы не нарушалось равноправие сторон в процессе. Представляется, что представления прокурором в гражданском суде интересов граждан в принудительном для них порядке, если эти граждане способны самостоятельно защищать свои интересы, быть не должно. Вступление прокурора в защиту таких граждан должно быть с их согласия. В этом плане представляет интерес норма, закрепленная в части 3 статьи 34 УПК Республики Беларусь, согласно которой прокурор вправе предъявить к обвиняемому или к лицу, которое несет материальную ответственность за его действия, иск в защиту интересов потерпевшего, находящегося в беспомощном состоянии либо по другим причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащим ему правом.

Аналогичным образом регулируется участие прокурора в рассмотрении гражданских дел в Российской Федерации. Согласно статье 45 ГПК Российской Федерации прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Заявление в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина может быть подано прокурором только в случае, если гражданин по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не может сам обратиться в суд (часть первая).

В докладе справедливо отмечено, что привлечение прокурора к участию в гражданском деле по инициативе суда способно привести к тому, что суд будет пользоваться таким правом без достаточных к тому оснований. Действительно, если требование суда не ограничено какими-либо критериями, то суд тем самым признает себя неспособным решить дело без прокурора, что не соответствует принципу независимости суда.

Так, например, российское законодательство предусматривает участие прокурора по делам, возникающим из публичных правоотношений (подраздел III ГПК), в порядке особого производства

(об усыновлении (удочерении) ребенка; о признании гражданина безвестно отсутствующим или об объявлении гражданина умершим; об ограничении дееспособности гражданина, о признании гражданина недееспособным; об ограничении или о лишении несовершеннолетнего в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет права самостоятельно распоряжаться своим заработком, стипендией или иными доходами; заявление об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным; о принудительной госпитализации гражданина в психиатрический стационар или о продлении срока принудительной госпитализации гражданина, страдающего психическим расстройством). Семейным кодексом Российской Федерации предусмотрено обязательное участие прокурора по делам о лишении родительских прав (ст. 70), о восстановлении в родительских правах (ст. 72), об ограничении в родительских правах (ст. 73). Федеральным Законом «О предупреждении распространения туберкулеза в Российской Федерации» предусмотрена принудительная госпитализация на основании решений суда с обязательным участием прокурора больных заразными формами туберкулеза, неоднократно нарушающих санитарно-противоэпидемический режим, а также умышленно уклоняющихся от обследования в целях выявления туберкулеза или от лечения туберкулеза.

6. ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОДСЛЕДСТВЕННОСТИ И ПОДСУДНОСТИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ КОМПЕТЕНТНЫМ ОРГАНАМ

Поддерживая вывод автора доклада о значении соблюдения правил подследственности и подсудности уголовных дел, необходимо отметить, что данные правила также обеспечивают признанные международным сообществам правила справедливого судебного разбирательства, определяя надлежащего судью. Конституция Республики Беларусь устанавливает, что система судов строится на принципах территориальности и специализации (статья 109). Следовательно, установление и соблюдение правил подсудности обеспечивает право гражданина на законный с точки зрения территории и специализации суд.

Дополнительно следует отметить, что не меньшее значение имеют правила подследственности, которые связаны с соблюдением прав потерпевшего и обвиняемого, поскольку они позволяют им правильно адресовать свои ходатайства и жалобы. В подобных случаях обеспечивается право обвиняемого, которое можно назвать правом на естественного (законного) следователя, подобное его праву на естественный (законный) суд. Как и при отказе в праве на естественный суд, произвольное нарушение правил подследственности порождает сомнения в беспристрастности органа расследования, который, возможно, назначен *ad hoc*, но пристрастность публичного обвинителя несовместима в состязательном процессе с принципом равенства сторон. Поэтому несоблюдение правил подследственности признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона и влечет признание полученных доказательств недопустимыми.

7. СУБЪЕКТЫ САНКЦИОНИРОВАНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ВИДЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

Заслуживает безусловной поддержки вывод автора о том, что для приведения в соответствие с международными стандартами законодательства Республики Беларусь о заключении под стражу следует внести изменения в УПК, предусмотрев применение такой меры пресечения только по судебному решению.

Согласно Конституции Республики Беларусь каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки (статья 60); признается приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивается соответствие им законодательства (статья 8). Положения о судебном санкционировании заключения под стражу являются общепризнанными мировым сообществом. Поэтому Конституция Республики Беларусь действительно дает все правовые основания для соответствующих изменений УПК.

В соответствии с Конституцией Республики Беларусь государство обеспечивает свободу, неприкосновенность и достоинство личности. Ограничение или лишение личной свободы возможно в случаях и порядке, установленных законом. Лицо, заключенное под стражу, имеет право на судебную проверку законности его задержания или ареста (статья 25). Из этой нормы следует необходимость законодательной регламентации особой незамедлительной проверки судебного решения о заключении лица под стражу вышестоящим судом. При этом действующая редакция статьи 144 УПК Республики Беларусь, регламентируя судебную проверку законности применения задержания, заключения под стражу, домашнего ареста или продления срока содержания под стражей, домашнего ареста, содержит норму о том, что для участия в рассмотрении жалобы судья вправе вызвать задержанного, лицо, содержащееся под стражей, домашним арестом лишь в необходимых случаях (часть 3). Буквальный смысл данной нормы позволяет проводить судебное разбира-

тельство заочно. Представляется, что это не соответствует международным стандартам. Согласно пунктам 3 и 4 стати 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый задержанный или заключенный под стражу незамедлительно доставляется к судье или к иному должностному лицу, наделенному согласно закону судебной властью, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Каждый, кто лишен свободы в результате ареста или заключения под стражу, имеет право на безотлагательное рассмотрение судом правомерности его заключения под стражу и на освобождение, если его заключение под стражу признано судом незаконным.

Европейский Суд по правам человека указывал в своих решениях, что право на справедливое судебное разбирательство, в частности принцип состязательности процесса и равенства сторон, требует, чтобы каждой стороне была предоставлена разумная возможность быть уведомленными о замечаниях или доказательствах, представленных противоположной стороной, и прокомментировать их, а также представить свои доводы в условиях, которые не ставили бы ее (сторону процесса) в менее благоприятные условия по сравнению с другой стороной («МакМайкл против Соединенного Королевства» § 17 и 27, «Ковалев против Российской Федерации» § 34). Поэтому необходимой гарантией судебной защиты и справедливого разбирательства дела является равно предоставляемая сторонам реальная возможность довести до сведения суда свою позицию относительно всех аспектов дела, поскольку только при этом условии в судебном заседании реализуется право на эффективную судебную защиту. Во всяком случае подвергаемое уголовному преследованию лицо – вне зависимости от его уголовно-процессуального статуса (подозреваемый, обвиняемый, подсудимый или осужденный), – если оно изъявляет желание участвовать в судебном заседании, не может быть лишено возможности заявлять отводы и ходатайства, знакомиться с позициями других участников судебного заседания и дополнительными материалами, давать объяснения по рассматриваемым судом вопросам. При этом в тех случаях, когда принимаются решения о применении к лицу мер уголовно-правового принуждения, или решения, связанные с ограничением его свободы и личной неприкосновенности, суд как орган правосудия призван обеспечить одинаковые по своей природе (независимо от стадии производства по уголовному делу) судебные гарантии защиты прав и законных интересов личности.

В связи с этим следует признать обязательным обеспечение права личного участия содержащегося под стражей подозреваемого или обвиняемого в судебном заседании не только суда первой, но и кассационной инстанции, рассматривающей его жалобу на незаконность ареста.

8. ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО НАДЗОРУ ЗА ДОПУСТИМОСТЬЮ ПРЕДСТАВЛЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В отчете представлен достаточно подробный анализ полномочий прокурора по надзору за допустимостью представленных доказательств. Представляется важным обратить внимание на то, что по смыслу Конституции Республики Беларусь, исключение недопустимых доказательств само по себе является важнейшим правом человека. Статья 27 Конституции Республики Беларусь гласит: никто не должен принуждаться к даче показаний и объяснений против самого себя, членов своей семьи, близких родственников. Доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы. Указывая на запрет принуждать к даче показаний, данные положения предусматривают право лица отказаться свидетельствовать против себя и своих родственников. Соответственно обязанность исключения недопустимых доказательств обеспечивает конституционное право граждан на их допустимость. Согласно статье 2 Конституции Республики Беларусь человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства, а обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства (статья 21 Конституции). Данным положениям корреспондирует статья 8 УПК Республики Беларусь, закрепляющая принцип законности в уголовном процессе. Согласно части 3 этой статьи, доказательства, полученные с нарушением порядка, установленного настоящим Кодексом, не имеют юридической силы и не могут являться основанием для привлечения в качестве обвиняемого и постановления приговора.

Вместе с тем обращает на себя внимание то обстоятельство, что УПК Республики Беларусь в отличие от ее Конституции не предусматривает в качестве основания для исключения доказательств нарушение иных, помимо УПК, законов при их получении (например, законодательства об оперативно-розыскной деятельности).

9. ПРОЦЕДУРА ИСКЛЮЧЕНИЯ НЕДОПУСТИМЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В докладе справедливо отмечено, что УПК Республики Беларусь не определяет процедуру признания доказательств недопустимыми и их устранения из производства по уголовному делу, а так-

же полномочия прокурора по возбуждению такой процедуры или участию в ней. Для решения этой проблемы предлагаются обоснованные поправки в закон.

Особенно следует обратить внимание на положения части 3 статьи 8 и части 5 статьи 105 УПК Республики Беларусь, согласно которым недопустимые доказательства не могут являться основанием для привлечения в качестве обвиняемого и постановления приговора, а также использоваться для доказывания любого обстоятельства, подлежащего установлению по уголовному делу. То есть по буквальному смыслу закона должна быть процедура исключения доказательств еще до привлечения лица в качестве обвиняемого.

Однако попытка ввести такую процедуру неизбежно столкнется со следующей проблемой: ни в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого, ни в постановлении о передаче уголовного дела прокурору для направления в суд не указываются их подтверждающие доказательства (ст. 241 и ч. 2 ст. 260 УПК Республики Беларусь). Такие доказательств указываются лишь в справке о результатах проведенного по делу предварительного расследования, которая не подлежит приобщению к уголовному делу (ч. 2 ст. 262 УПК Республики Беларусь). Следовательно, обвиняемый с этой справкой и перечнем доказательств не знакомится. Это затрудняет для обвиняемого заявление ходатайств о признании доказательств недопустимым и сохраняет неопределенность о допустимости доказательств вплоть до вынесения судом приговора, в котором должны быть приведены мотивы, по которым суд признал те или иные доказательства не имеющими юридической силы. В результате значительно затрудняется реализация прокурором своих полномочий в этой сфере.

10. УЧАСТИЕ ПРОКУРОРА В СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНО-ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ

В докладе сделан совершенно точный вывод о том, что поддержание государственного обвинения в суде в Республике Беларусь, являясь приоритетной функцией прокуратуры, остается в тоже время наиболее трудоемкой и проблемной в плане ее реализации. Как видно из содержания доклада, эти трудности связаны с нехваткой соответствующих ресурсов прокуратуры. Решение этой проблемы с точки зрения международных стандартов, признающих обвинительную деятельность прокуратуры приоритетной, как представляется, может состоять в сокращении общенадзорных полномочий прокуратуры и перераспределении за счет этого ее ресурсов.

Российский законодатель пытался решить эту проблему другим образом – закрепив в УПК Российской Федерации возможность выступать в качестве государственного обвинителя в суде дознавателям и следователям – по поручению прокурора. Однако этот эксперимент так и не начался. Генеральная прокуратура не разрешала давать такие поручения, а затем данная норма была упразднена.

11. ОПТИМИЗАЦИЯ КРУГА УГОЛОВНЫХ ДЕЛ С ОБЯЗАТЕЛЬНЫМ УЧАСТИЕМ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНИТЕЛЯ В СУДЕ

В докладе представлены обоснованные рекомендации по данному вопросу. Однако требуется уточнить ряд моментов.

1. Автор считает необходимым законодательно закрепить единый порядок возбуждения уголовных дел о преступлениях, перечисленных в ст. 33 УК, не иначе как по заявлению пострадавшего, которое должно подаваться в орган уголовного преследования и расследоваться в общем порядке. То есть по делам частного обвинения также должно проводиться расследование.

Вместе с тем в Рекомендации № 6 R(87)18 Комитета министров Совета Европы «Относительно упрощения уголовного правосудия» (принята 17.09.1987 г.) указано, что расследование до передачи дела в суд является гарантией для подзащитного, но не должно быть универсальным или обязательным. Такое предварительное расследование судебным органом должно быть ограничено случаями, когда они могут оказаться полезным для завершения дела и последующего установления вины или невиновности подозреваемых (раздел III). Предварительное расследование должно проводиться в таком порядке, чтобы исключить все излишние формальности, в частности, избежать официального заслушивания показаний свидетелей в случаях, когда обвиняемый не оспаривает факты. Данная рекомендация не в полной мере соответствует предложению в обязательном порядке проводить предварительное расследование. Однако при этом надо учесть, что в Рекомендации говорится о предварительном следствии как проводимом органом судебной власти, а не о дознании (полицейском расследовании).

Оценивая положительно данное предложение автора, направленное на защиту интересов потерпевшего, которое не лишает его права на примирение с обвиняемым и на прекращение дела, представляется важным высказать некоторые дополнения. Реализация данного предложения повлечет возложение дополнительных обязанностей на органы расследования, которые, вероятно,

попытаются избежать возможной перегрузки путем отказа в возбуждении дела потерпевшему. В итоге потерпевший по делу частного обвинения может потерять самое главное – возможность непосредственно обратиться в суд с уголовным иском, а органы уголовного преследования приобретают неограниченную монополию на возбуждение дела. В связи с этим можно предложить решать вопрос о возбуждении дела частного обвинения и его расследовании в зависимости от позиции самого потерпевшего, предоставив ему право выбора: или обратиться с заявлением в прокуратуру с требованием провести расследование (возможно, обосновав значимость дела или свою неспособность самостоятельно защищать права), или непосредственно в суд, лично выступая обвинителем. Тогда и интересы необеспеченных потерпевших будут защищены предоставлением гарантии официального расследования, и остальные граждане не будут лишены доступа к правосудию.

2. Тезис о том, что запрет на прекращение производства по делу частно-публичного обвинения за примирением с обвиняемым, установленный в ч. 4 ст. 26 УПК, противоречит п. 2 ч. 1 ст. 30 УПК и ст. 89 УК, которые позволяют принять такое решение по делам о преступлениях, не представляющих большой общественной опасности, представляется неточным. Такой запрет касается прекращения дела частно-публичного обвинения на основании «мирового соглашения» потерпевшего и обвиняемого, как это имеет место по делам частного обвинения, но не запрещает прокурору и суду освободить лицо от уголовного преследования в связи с примирением с потерпевшим. Примирение сторон по делу частного обвинения влечет безусловную обязанность суда прекратить дело, а примирение потерпевшего с обвиняемым по делу частно-публичного обвинения – дает «дискреционное право» прокурору и суду прекратить уголовное дело, если дальнейшее производство не целесообразно с точки зрения общественных интересов.

3. Круг дел, по которым участие прокурора в суде в качестве государственного обвинителя является необязательным, ограничивается ускоренным и упрощенным производством. В связи с этим для установления этого круга дел должны использоваться те же критерии и условия, что и для ускоренного и упрощенного производства.

12. ПРАВО ПРОКУРОРА ИНИЦИИРОВАТЬ СОКРАЩЕННЫЕ СУДЕБНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

В теории уголовного процесса большое внимание традиционно уделялось проблеме оптимальности уголовно-процессуальной формы. В рамках разрешения этой проблемы в юридической литературе продолжительное время велась дискуссия о допустимости дифференциации уголовного процесса[102]. В ее ходе многие ученые отвергали возможность дифференциации уголовного судопроизводства и предлагали усиливать ее унификацию[103]. Другие специалисты указывали на допустимость дифференциации уголовного процесса, возможность и даже необходимость существования различий в уголовно-процессуальных формах, регламентирующих производство по уголовным делам[104]. Как справедливо отмечено в докладе, введение в уголовном процессе различных ускоренных и упрощенных производств санкционировано международным сообществом, поскольку идея ускорения уголовного процесса как общемировая тенденция стала лейтмотивом всех программ по его реформированию.[105]

При этом мировому опыту известно значительное многообразие таких процедур, которые в целом называют целерантными (от лат. *celerantes* — быстрый, стремительный). Их можно разделить на три основных типа[106]: 1) основанные на принципе целесообразности уголовного преследования (им посвящен следующий раздел доклада); 2) суммарные производства – упрощенные формы судебного разбирательства по делам о малозначительных и очевидных преступлениях, когда дело рассматривается без производства формального предварительного расследования, по кратко сформулированному первоначальному обвинению и иногда без детального исследования доказательств (протокольная форма, немедленный привод, судебный приказ, непосредственный вызов

---

[102] Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учеб. пособие для вузов. М.: Приориздат, 2004; Нажимов В.П. К вопросу о дифференциации в советском уголовном процессе // Формы и методы борьбы с преступностью. Вильнюс, 1974. С. 55–57; Рустамов Х.У. Дифференциация форм уголовного процесса: автореф. … дис. д-ра юрид. наук. М., 1998.

Якимович Ю.К., Ленский А.В., Трубникова Т.В. Дифференциация уголовного процесса / под ред.М.К.Свиридова. Томск: ТГУ, 2001.

[103] См., например, Строгович М.С. Уголовно-процессуальная форма и обеспечение прав обвиняемого // Развитие и совершенствование уголовно-процессуальной формы. Воронеж, 1979. С. 83–92; Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Ленинград: изд- во ЛГУ, 1976. С. 68–85.

[104] См., например, Арсеньев В.Д., Метлин И.Ф., Смирнов А.В. О дальнейшей дифференциации порядка производства по уголовным делам // Правоведение. 1986. № 1. С. 78–83; Пашкевич П.Ф. Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства. М.: Юрид. лит., 1984. С. 8–48.

[105] Головко Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 37.

[106] Уголовный процесс / под ред. А.В. Смирнова. М., 2008. С. 548–550; Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 318–319, 323, 366–373.

в суд, английское суммарное производство); 3) различного рода сделки (о признании виновности, о сокращении судебной процедуры, медиационные соглашения).

Отличительной чертой всех целерантных форм в современном уголовном судопроизводстве является то, что упрощение и ускорение процедуры не покупается ценой отказа от таких фундаментальных начал состязательного процесса, как равенство сторон и право обвиняемого на защиту, включая его свободный доступ к правосудию. Как правило, упрощенные процедуры предоставляют участникам процесса не менее, а иногда даже более выгодные гарантии их прав и законных интересов, чем ординарный порядок судопроизводства. Целерантное производство обычно используется лишь при согласии обвиняемого и в качестве своей альтернативы имеет полное судебное разбирательство в условиях состязательности.[107]

Анализ международных стандартов и рекомендаций, а также передовой опыт зарубежных стран в сфере введения целерантных форм судопроизводства позволяют выделить три основных условия – гарантии производства в ускоренном порядке: 1) рассмотрение сравнительно менее опасных преступлений; 2) согласие обвиняемого (лица, привлекаемого к ответственности или альтернативным мерам); 3) доказанность его вины.

Так, в Рекомендации № 6 R(87)18 Комитета министров Совета Европы «Относительно упрощения уголовного правосудия» (от 17.09.1987) указано, что действия по ускорению и упрощению уголовного правосудия должны соответствующим образом учитывать требования, изложенные в статьях 5 и 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а ускоренные и упрощенные формы используются, когда речь идет о наказании за малозначимые и массовые преступления (преамбула); решение о дискреционном отказе от уголовного преследования принимается только тогда, когда судебные власти имеют достаточные свидетельства вины (пункт 3 раздела I); факты должны быть установленными и нет сомнений в том, что обвиняемый является лицом, совершившим правонарушение (пункт 1 подраздела «c» раздела II); согласие подозреваемого или обвиняемого на применение ускоренных или упрощенных форм является необходимым (пункт 7 раздела I, пункт 6 раздела II, и др.).

Согласно части первой статьи 326 УПК Республики Беларусь в случае признания обвиняемым своей вины и когда сделанное признание не оспаривается какой-либо из сторон и не вызывает у суда сомнений, суд с согласия сторон после допроса обвиняемого и выяснения у него, не является ли его признание вынужденным, вправе ограничиться исследованием лишь тех доказательств, на которые укажут стороны, либо объявить судебное следствие законченным и перейти к судебным прениям. При этом суд должен разъяснить сторонам, что отказ от исследования доказательств влечет недопустимость обжалования или опротестования приговора по этому основанию. Данная процедура является аналогом сделки об упрощении процедуры, однако не в полной мере, так как за признание свой вины и ходатайство об упрощении процедуры подсудимый не получает никаких льгот. В Италии и России в таком случае предусматривается скидка с наказания. В связи с этим представляет интерес статистика применения данной нормы судами Республики Беларусь.

По буквальному смыслу закона, государственный обвинитель вправе инициировать данную процедуру путем заявления суду соответствующего ходатайства (часть 6 ст. 34 УПК Республики Беларусь предоставляет право прокурору как государственному обвинителю при судебном разбирательстве уголовного дела заявлять ходатайства) и внесения каких-либо изменений в УПК Республики Беларусь не требуется.

Глава 47 УПК Республики Беларусь регламентирует ускоренное производство, по сути являющееся протокольной формой. Статья 452 УПК Республики Беларусь указывает условия для применения ускоренного производства, определяя круг преступлений, очевидность их совершения, и неотрицание причастности к совершению преступления потенциального обвиняемого. При этом прокурор не наделен полномочиями инициировать протокольное производство, а осуществляет контроль за его результатами и принимает решение о его дальнейшем движении (статья 455 УПК Республики Беларусь).

13. ДИСКРЕЦИОННЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПО ПРИМЕНЕНИЮ АЛЬТЕРНАТИВ УГОЛОВНОМУ ПРЕСЛЕДОВАНИЮ

Дискреционные полномочия прокурора по применению альтернатив уголовному преследованию нуждаются в развитии в Республике Беларусь, с таким выводом доклада вполне можно согласиться. Автор глубоко рассматривает международные стандарты в этой области, опыт зарубежных стран и приходит к заключению о том, что белорусское общество нуждается в создании научно обоснованной и адаптированной к национальным условиям целостной системы альтернативных мер, применение которых прокурором до суда позволит отказаться от уголовного преследования

[107] Уголовный процесс / под ред. А.В. Смирнова. М., 2008. С. 548.

лиц, привлечение которых к уголовной ответственности нецелесообразно. В настоящий момент в белорусском законодательстве имеются лишь предпосылки для развития системы восстановительного правосудия, заменяющего карательные уголовно-правовые меры и традиционное уголовное преследование социально-ориентированными альтернативными способами воздействия.

В связи с этим представляется необходимым указать на два момента.

1. В докладе указывается, что «извечные» споры о соответствии института освобождения от уголовной ответственности до суда в его нынешнем варианте принципу презумпции невиновности ставят под сомнение существование самого этого института и возможность его применения с использованием данного основания. Эта важная проблема с позиции международных стандартов и зарубежного опыта имеет свое решение. Так, Европейский Суд по правам человека по делу Адольфа против Австрии в решении от 26 марта 1982 года указал, что нарушений презумпции невиновности при освобождении лица от уголовной ответственности нет, потому что это решение является отказом от дальнейшего выяснения обстоятельств дела и уголовного преследования. Поэтому такое решение не является признанием лица виновным в совершении преступления и не нарушает презумпцию невиновности. Сходное решение принял Конституционный Суд Российской Федерации, указав, что прекращение уголовного дела в связи с изменением обстановки не означает установления виновности лица в совершении преступления.[108] Таким образом, можно сделать вывод, что сущность данного института состоит не в освобождении от уголовной ответственности, а в освобождении от дальнейшего уголовного преследования. По мнению профессора Л. В. Головко, освобождение от ответственности – это плод воображения законодательства и доктрины исключительно советской эпохи, а современная западная доктрина и дореволюционное русское правоведение не знали и не знают материально-правового института освобождения от ответственности, а использовали и используют различные механизмы освобождения от преследования и наказания.[109]

2. Дискреционные полномочия прокурора по применению альтернатив уголовному преследованию связаны с принципом целесообразности (удобства) уголовного преследования, когда продолжение или даже само начало уголовного процесса ставится в зависимость от наличия воли публичного обвинителя – прокурора вести уголовное преследование лица, совершившего преступление. В действующем законодательстве Республики Беларусь проводится принцип «законности» (официальности) уголовного преследования. Согласно части первой статьи 27 УПК Республики Беларусь орган уголовного преследования в пределах своей компетенции обязан возбудить уголовное дело в каждом случае обнаружения признаков преступления, принять все предусмотренные законом меры к установлению предусмотренного уголовным законом общественно опасного деяния, изобличению лиц, виновных в совершении преступления, и их наказанию, равно как принять меры по реабилитации невиновного. Часть седьмая статьи 293 УПК Республики Беларусь допускает отказ государственного обвинителя от обвинения, если только он придет к выводу, что оно не нашло подтверждения в судебном разбирательстве.

Вместе с тем начало целесообразности обвинения характерно для многих уголовно-процессуальных систем. Традиционно оно всегда преобладало в странах англосаксонской системы права, в которой органы уголовного преследования пользовались определенной свободой при решении вопроса о том, стоит ли начинать уголовное преследование. Однако в последнее время во многих странах континентального права также наблюдается сильная тенденция перехода при возбуждении уголовного преследования к началу общественной целесообразности.[110] Принцип общественной целесообразности в настоящее время законодательно либо фактически действует во Франции, Бельгии, Дании, Израиле, Исландии, Китае, Люксембурге, Нидерландах, Норвегии, в романских кантонах Швейцарии, Японии, во многих франкоязычных африканских государствах и арабских странах. В УПК Германии провозглашен принцип официальности (обязательности) при возбуждении публичного обвинения (§ 152), но тем не менее допускается отказ от уголовного преследования ввиду малозначительности деяния, если «преследование не вызвано публичным интересом» (п. 1 § 153), временный отказ от возбуждения обвинения при заглаживании обвиняемым причиненного вреда (§ 153a), отказ от обвинения при деятельном раскаянии обвиняемого (§ 153d) и др. В большинстве процессуальных систем целесообразность является критерием для решения вопроса о возбуждении уголовного преследования, а не его продолжении, однако следует иметь в виду, что в Германии публичное обвинение возбуждается уже по окончании предварительного расследования (§ 170 УПК), т. е. уже после фактического начала уголовного преследования. Согласно

---

[108] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 октября 1996 г., № 18-П по делу о проверке конституционности статьи 6 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина О.В. Сушкова // Российская газета. 1996. 6 ноября.

[109] Головко Л.В. Указ. соч. С. 336–337.

[110] Там же. С. 26–36.

ст. 198 УПК кантона Женева (Швейцария) прокурор Апелляционного суда вправе прекратить расследование на любом его этапе без какого-либо обоснования своего решения.

3. Как видно, распространение начала общественной целесообразности обвинения оказывается фактически связанным с моделью прокуратуры, в которой она выступает органом уголовного преследования, а не органом общего надзора за законностью. Теория общего надзора за законностью и концепция «социалистической законности» также не приветствует возможное усмотрение правоприменителя в вопросе о привлечении виновных лиц к ответственности. Поэтому взаимосвязь той или иной модели прокуратуры, принципа целесообразности обвинения и альтернатив уголовному преследованию нуждается в дальнейших исследованиях с тем, чтобы можно было представить комплексную программу совершенствования законодательства Республики Беларусь в сфере совершенствования статуса ее прокуратуры.

IV. СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Отчет о вводном семинаре

27 ноября 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Состязательность в уголовном процессе». Семинар состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 107 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- районные суды всех областей Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- районные и городские прокуратуры всех областей Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного экономического университета;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Национальная академия наук Украины;
- ОО «Белорусский республиканский союз юристов»;
- ОО «Белорусская ассоциация молодых христианских женщин».

В первой половине семинара с докладами по вопросам международных, европейских и национальных стандартов в области состязательности и равенства сторон выступили Валерий Леонидович Калинкович, заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, Лайонэл Блэкмэн, адвокат (Великобритания), Людмила Львовна Зайцева, заведующая кафедрой прокурорской деятельности ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета, а также Алина Станиславовна Пужевич, председатель Витебской областной коллегии адвокатов. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили более двадцати актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с осуществлением принципа состязательности в уголовном процессе в Республике Беларусь:

1. В отличие от сотрудников правоохранительных органов у адвокатов отсутствует доступ к документам, необходимым для подготовки к защите клиента, и представляющим предмет врачебной, банковской и почтовой тайны, а также к информации о телефонных разговорах и сделках с недвижимостью. Необходимо законодательно закрепить обязанность всех организаций любой формы собственности предоставлять такую информацию адвокатам наравне с прокурорами.

2. Следует законодательно закрепить право адвоката знакомиться с материалами дела с момента его допуска к защите, а не с момента окончания предварительного следствия. Для этого также необходимо пересмотреть содержание заключения о привлечении к ответственности, с целью включения в него списка доказательств, на которых основано обвинение.

3. Информация, полученная адвокатами в ходе адвокатского расследования, прикрепляется к делу в качестве «сведений», а не доказательств, и соответственно не может быть положена в основу судебного решения. Сведения, представленные адвокатом, могут быть закреплены в качестве доказательств лишь по решению следователя. Более того, у адвоката в отличие от стороны обвинения отсутствует право представлять сведения и свидетелей на любой стадии процесса.

4. Необходимо ввести законодательный запрет на использование в уголовном деле сведений, полученных на стадии возбуждения уголовного дела у лиц в ходе отобрания объяснений.

5. Необходимо рассмотреть вопрос о введении ответственности за нарушение требования конфиденциальности при общении адвоката с клиентом, находящимся в местах лишения свободы.

Более того, необходимо ввести запрет на использование информации, полученной с нарушением требования конфиденциальности, в качестве доказательств по делу.

6. В настоящее время, ходатайства адвоката о назначении судебных экспертиз должны направляться в органы, ведущие уголовный процесс. В связи с тем что такие ходатайства не являются обязательными для органов, ведущих уголовный процесс, они часто необоснованно отклоняются, что не позволяет адвокату получить достоверные доказательства для защиты клиента.

7. Предоставление адвокату результатов судебных экспертиз лишь в день окончания предварительного следствия не позволяет иметь достаточно времени для подготовки эффективной защиты.

8. Необходимо законодательно расширить круг полномочий адвоката, присутствующего при допросе свидетеля.

9. Необходимо рассмотреть проблему легализации данных оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания.

10. Необходимо усовершенствовать процедуру привлечения к ответственности прокурорских работников за грубое нарушение УПК на стадии предварительного следствия.

11. Следует пересмотреть положения Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь, предоставляющие судам право самостоятельно и по собственной инициативе собирать доказательства, с целью отмены или существенного ограничения такого права.

12. В целях обеспечения более четкого разделения функций между судом, обвинением и защитой необходимо рассмотреть вопрос о введении суда присяжных.

13. В связи с нехваткой прокурорских кадров качество подготовки прокуроров к делу зачастую остается очень низким. Это приводит к тому, что суд во время процесса берет на себя функции обвинения. В связи с этим необходимо рассмотреть вопрос о передаче функций государственного обвинителя надзирающему прокурору или следователю.

14. Предложить Верховному Суду Республики Беларусь издать постановление пленума о применении судами международных стандартов в области состязательности уголовного процесса.

15. С точки зрения принципа состязательности уголовного процесса является недопустимым рассмотрение дел в отсутствие обвиняемого или его адвоката (например, когда обвиняемый находится за границей и его местонахождение неизвестно).

16. В целях обеспечения достоверности протокола судебного заседания необходимо рассмотреть вопрос о ведении судом звукозаписи процесса либо о разрешении защите приобщать звукозапись к протоколу заседания.

17. На сегодняшний день правоохранительные органы обладают широкими полномочиями по определению случаев, когда в отношении свидетеля требуются особые меры защиты. «Защищенный» свидетель в суд не является, адвокатом не допрашивается, а его показания просто зачитываются в судебном процессе. Такие широкие полномочия правоохранительных органов по использованию показаний «защищенных» свидетелей иногда приводят к фальсификации показаний и даже самих свидетелей. Также известны случаи, когда суды выносили свои решения исключительно на основании показаний «защищенных» свидетелей. Следует строго ограничить случаи защиты свидетелей и предоставить право использовать показания таких свидетелей только с разрешения суда.

18. Оглашение показаний свидетелей в их отсутствие в зале заседания должно осуществляться исключительно с согласия защиты.

19. Следует ограничить право сторон ходатайствовать перед судом об истребовании доказательств.

20. Следует рассмотреть проблему распространенной практики использования формального и непоследовательного подхода судов к оценке доказательств.

21. Следует исключить такое основание отмены приговора, как невыполнение судом действий по самостоятельному сбору доказательств (ст. 183 ч. 1 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь).

22. У адвокатов отсутствует право собирать сведения в отношении заключенного. Следует закрепить в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Беларусь право осужденного на юридическую помощь.

23. Следует рассмотреть вопросы обеспечения принципа состязательности в кассационном производстве, при рассмотрении дел судами в порядке надзора, а также при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговоров.

Отчет национального эксперта в области состязательности в уголовном процессе Зайцевой Л. Л.[111]

Во второй половине XX века во всем мире чрезвычайно актуальным стал вопрос о реформировании уголовной юстиции, которая во многом перестала удовлетворять требованиям общества. Опыт многих стран показывает, что основные конструктивные особенности проводимых реформ неизменно связаны с развитием состязательности правосудия, углублением гарантий справедливости и защиты интересов личности в судопроизводстве.

Именно справедливость судебного разбирательства является требованием, предъявляемым международным сообществом к уголовному правосудию. Статья 10 Всеобщей декларации прав человека говорит о том, что «каждый человек... имеет право, на основе полного равенства на рассмотрение его дела с соблюдением всех требований справедливости». Международный пакт о гражданских и политических правах (далее – Пакт) в п. 1 ст. 14 провозглашает, что «каждый имеет право ... на справедливое разбирательство дела». Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) в п. 1 ст. 6 содержит такое же положение.

Между тем в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Беларусь 1999 г. (далее – УПК), как и в ранее действовавшем законодательстве, термин «справедливость» используется исключительно в качестве требования, предъявляемого к приговору (ч. 4 ст. 350 УПК), и применяется только к назначенному судом наказанию, которое должно соответствовать тяжести преступления и личности обвиняемого (ст. 393 УПК).

Представляется, что требование соответствия, как основное содержание справедливости, применительно к правосудию выражается в его осуществлении «на основе полного равенства». На это важное условие обращается внимание и в авторитетных международных документах, закрепляющих обязательные минимальные требования к судебной процедуре по уголовным делам (п. 3 ст. 14 Пакта).

Участие в судебном разбирательстве на основе полного равенства на языке процессуального закона обозначается как принцип состязательности. Его толкование, которое дается Комитетом по правам человека ООН и Европейским Судом по правам человека (далее – Европейский Суд), состоит в том, что он направлен на обеспечение равенства между возможностями обвинения и защиты в суде. И хотя справедливость и состязательность не являются тождественными понятиями, международное сообщество считает одним из важнейших требований справедливости судебного разбирательства его осуществление на основе состязательности и полного равенства сторон.

Именно такой принцип и закреплен в ст. 115 Конституции Республики Беларусь: «Правосудие осуществляется на основе состязательности и равенства сторон в процессе», а в ст. 24 УПК он подробно регламентирован. Таким образом, в белорусском законодательстве речь идет лишь о состязательности в правосудии, т.е. в судебном разбирательстве. В УПК России состязательность является принципом всего уголовного судопроизводства, как досудебного, так и судебного (ст. 15 УПК РФ), хотя раскрывается этот принцип лишь применительно к судебному разбирательству.

В соответствии со ст. 24 УПК состязательный судебный процесс в Республике Беларусь характеризуется следующими признаками:

наличием двух противоположных сторон обвинения и защиты;

процессуальным равенством сторон, которые в судебном разбирательстве пользуются равными правами по представлению и исследованию доказательств, заявлению ходатайств, высказыванию мнений по любому вопросу, имеющему значение по уголовному делу, участию в судебных прениях;

разделением основных процессуальных функций между различными субъектами и невозможностью возложения их на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо;

наличием независимого от сторон органа (суда), осуществляющего функцию принятия решения по делу (правосудие) и создающего необходимые условия для реализации предоставленных сторонам прав и выполнения ими процессуальных обязанностей.

1. СУБЪЕКТЫ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНЕНИЯ В СУДЕ

Государственный обвинитель – это прокурор, поддерживающий обвинение от имени государства и осуществляющий иную процессуальную деятельность при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции (п. 3 ст. 6 УПК). Эту функцию вправе осуществлять Генеральный прокурор Республики Беларусь и подчиненные ему прокуроры, их заместители и помощники, начальники управлений (отделов) и их заместители, прокуроры управлений и отделов (п. 32 ст. 6 УПК). Однако,

[111] Зайцева Людмила Львовна, кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой прокурорской деятельности Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

как показывает практика, основная нагрузка по поддержанию государственного обвинения возлагается на помощников прокуроров районов (городов), которые участвуют в судебном разбирательстве уголовных дел в районных (городских) судах.

Новый УПК Республики Беларусь, введенный в действие с 1 января 2001 года и провозгласивший принцип состязательности правосудия, предусмотрел обязательное участие прокурора в качестве государственного обвинителя при судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения, а также дел частного обвинения, возбужденных прокурором (ч. 8 ст. 34 УПК). Аналогичную норму содержит и ч. 2 ст. 246 УПК Российской Федерации.

Однако уже первые месяцы работы по новому белорусскому УПК показали, что для надлежащего осуществления принципа состязательности не хватает государственных обвинителей. Сегодня объем их работы по поддержанию государственного обвинения в суде по сравнению с 2000 годом увеличился в 3,4 раза! При этом штатная численность прокурорских работников осталась на прежнем уровне. В результате качество государственного обвинения нередко оставляет желать лучшего, поскольку у многих помощников прокурора отсутствует необходимое время для подготовки к судебному процессу. Помощники прокуроров, поддерживающие государственное обвинение в суде, вынуждены в течение дня переходить из одного процесса в другой. Вследствие этого они не во всех случаях полно и всесторонне исследуют доказательства по делу, иногда допускают необоснованные отказы от обвинения, ошибки при квалификации действий обвиняемых и предложении им мер наказания.

Следует отметить, что органами Прокуратуры Республики Беларусь принимаются организационные и практические меры по повышению качества поддержания государственного обвинения, активизируется учебно-методическая и аналитическая работа. Об этом свидетельствуют решения коллегии Прокуратуры Республики Беларусь от 30 ноября 2005 г., приказ Генерального прокурора Республики Беларусь № 52 от 26.08.2006 г. «Об организации поддержания государственного обвинения и повышения эффективности надзора за соответствием закону судебных решений по уголовным делам», а также указание Генерального прокурора от 20 июня 2006 г. № 13 «О мерах по повышению качества поддержания государственного обвинения».

Тем не менее кардинально изменить нынешнее состояние этой сферы прокурорского надзора в лучшую сторону иным путем, кроме как достаточным финансовым обеспечением состязательности и оптимизацией штатной численности государственных обвинителей, вряд ли возможно. Иначе другие, не менее важные направления деятельности прокуратуры, связанные с надзором за исполнением законодательства, перестанут осуществляться должным образом. С учетом вышеизложенного, поддержание государственного обвинения в суде, являясь приоритетной функцией прокуратуры, остается в тоже время наиболее трудоемким и проблемным в плане его реализации.

В тоже время существуют и иные выходы из создавшейся ситуации, связанные с отказом от привычных процессуальных стереотипов и внесением соответствующих изменений и дополнений в действующий Кодекс. Один из них – предоставление права на поддержание государственного обвинения в суде в определенных случаях по поручению прокурора следователю (дознавателю), который проводил предварительное расследование по данному уголовному делу. Кроме того, этим правом следует наделить также надзирающего прокурора, то есть должностное лицо органов прокуратуры, которое осуществляло надзор за законностью производства дознания и предварительного следствия по данному делу. Именно указанные лица лучше других знают материалы уголовного дела и для участия в судебном разбирательстве им, как правило, не потребуется длительной подготовки как помощнику прокурора, который вовсе не знаком с уголовным делом и должен изучить его с «нуля».

Аналогичный порядок существует в уголовном процессе Англии, США, Российской Федерации (п. 6 ст. 5, ч. 4 ст. 37 УПК РФ), законодательстве некоторых других стран и оправдан тем, что все перечисленные должностные лица (дознаватель, следователь, прокурор) осуществляют общую функцию уголовного преследования путем не только установления факта и обстоятельств совершенного преступления, привлечения лица в качестве обвиняемого, но и доказывания виновности этого лица в суде для обеспечения применения к нему наказания. Для реализации данного предложения в белорусском законодательстве необходимо лишь внести соответствующие изменения и дополнения в п. 3 ст. 6 и ст. 81 УПК. Однако, возможно, что этот путь также потребует некоторого увеличения штатов, но уже следователей и надзирающих прокуроров.

Следует отметить, что указанная возможность была предусмотрена в первых редакциях нового УПК Российской Федерации 2001 г., где государственным обвинителем по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование произведено в форме дознания, мог стать дознаватель либо следователь (п. 6 ст. 5 УПК РФ). Некоторые авторы считали участие должностных лиц органов предварительного расследования в суде по делам, которые они сами же расследовали, своеобразным экзаменом, способствующим повышению их профессионализма, зачастую на собственных ошибках.

Однако практика поручения поддержания государственного обвинения сотрудникам органов расследования не получила в России широкого распространения. Органы прокуратуры своим ведомственным нормотворчеством еще до вступления УПК в законную силу перекрыли возможность реализации этого положения. Так, приказ Генеральной прокуратуры от 3.06.2002 г. № 28 запретил поручать поддержание государственного обвинения дознавателю и следователю до особого распоряжения. А приказ от 17.08.2006 г. № 61 разрешил делать это только в исключительных случаях.

В настоящее время государственное обвинение в судах Российской Федерации уполномочено поддерживать лишь должностное лицо органа прокуратуры. Это единственный субъект, который называется в новой редакции п. 6 ст. 5 УПК РФ, принятой Федеральным Законом № 87-ФЗ от 05.06.2007 г. Следователь и дознаватель по замыслу российского законодателя не могут поддерживать государственное обвинение в суде. Правда, как указывают некоторые авторы, должностным лицом органа прокуратуры является и начальник следственного подразделения прокуратуры, и следователь прокуратуры. Так что однозначное отстранение от поддержания государственного обвинения новая редакция п. 6 ст. 5 УПК РФ распространяет только на дознавателя.

Законодательство многих стран допускает, чтобы обвинение в суде наряду с прокурором поддерживали и другие лица. Так, в Италии обвинение по уголовным желам поддерживают в суде представители прокуратуры либо назначенные преторами другие государственные служащие (в том числе офицеры полиции). В Ирландии по делам, которые рассматриваются в участковых судах, обвинение поддерживается полицией или частными лицами. В Канаде обвинение поддерживают как представители Службы публичных преследований – профессиональные гособвинители, так и частнопрактикующие адвокаты, которым поручается ведение конкретного процесса (т. н. государственные адвокаты). Причем в Федеральной службе гособвинения Канады числится 300 собственных и 800 частных адвокатов, назначенных гособвинителями.

Полагаем, что в данном вопросе белорусскому законодателю следует использовать российский опыт и предоставить право поддерживать государственное обвинение в суде должностному лицу органа прокуратуры. Для этого необходимо лишь внести изменения в п. 3 ст. 6 УПК.

2. ЗАМЕНА СПРАВКИ О РЕЗУЛЬТАТАХ РАССЛЕДОВАНИЯ ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ, ПОДЛЕЖАЩИМ ПРИОБЩЕНИЮ К ДЕЛУ

Принципиально новым положением УПК Республики Беларусь 1999 г. явилось упразднение обвинительного заключения, итогового документа предварительного расследования, который до сих пор существует в России, Казахстане и Украине. В соответствии с УПК БССР 1960 г. обвинительное заключение составлялось следователем после окончания предварительного расследования и ознакомления с делом всех заинтересованных участников процесса, утверждалось прокурором, вручалось обвинямому судом и приобщалось к уголовному делу (ст. 205, 214, 217, 239 УПК). За многие годы этот документ стал привычным атрибутом для всех участников уголовного процесса и его отсутствие оказало существенное влияние на устоявшуюся процедуру.

Новый Кодекс предусматривает, что следователь, дознаватель должны представить прокурору вместе с уголовным делом справку о результатах проведенного по делу предварительного расследования. В справке указываются сведения о личности обвиняемого, сущность предъявленного ему обвинения с указанием места и времени совершения преступления, его способов, мотивов, последствий и других обстоятельств, установленных по делу и вмененных в вину всем обвиняемым и каждому в отдельности; сведения о потерпевшем; доказательства, подтверждающие виновность обвиняемого; обстоятельства, смягчающие и отягчающие его ответственность; доводы, приводимые обвиняемым в свою защиту, и результаты проверки этих доводов, а также указывается уголовный закон, предусматривающий ответственность за совершенное преступление. Справка должна содержать ссылки на тома и листы уголовного дела (ч. 2 ст. 262 УПК).

Сравнивая содержание справки с требованиями, предъявляемыми ранее к обвинительному заключению, можно легко сделать вывод о тождестве этих процессуальных документов. Однако основное отличие новой процедуры от ранее действовавшего порядка состоит не в изменении названия итогового документа, как это может показаться на первый взгляд, а в том, что он не подлежит приобщению к уголовному делу. Таким образом, участники процесса оказались лишены документа, содержащего версию обвинения о совершенном преступлении, имеющихся доказательствах и их оценке.

Причиной такого радикального шага стала необходимость, руководствуясь принципом состязательности, уравнять перед судом права сторон. Ведь если существует версия обвинения – обвинительное заключение, то должна быть и версия защиты – заключение адвоката. По мнению разработчиков нового белорусского УПК, ликвидация обвинительного заключения должна была заставить суд и стороны более тщательно изучать материалы предварительного расследования и способствовать устранению обвинительного уклона в правосудии.

Однако изменение устоявшегося порядка не привело к желаемому результату. Напротив, отсутствие обвинительного заключения породило большие трудности как у суда, так и у сторон, привыкших использовать это краткое изложение материалов уголовного дела для подготовки к судебному разбирательству, выступлению в судебных прениях и постановления приговора. Новое положение закона не выдержало испытания жизнью, поскольку указанная справка, которая по замыслу законодателя должна была стать внутренним прокурорским документом, по-прежнему представляется не только государственному обвинителю, но даже защитнику и суду.

Таким образом, практика показала нежизнеспособность и преждевременность замены обвинительного заключения справкой, хотя и тождественной ему по содержанию, но не подлежащей приобщению к уголовному делу. В Российской Федерации нашли более разумное решение, позволяющее в какой-то мере уравнять перед судом позиции обвинения и защиты. В п. 6 ч. 1 ст. 220 УПК РФ содержится положение о том, что обвинительное заключение должно содержать не только перечень доказательств, подтверждающих обвинение, но и перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты.

На основе изучения национального и зарубежного опыта полагаем, что белорусскому законодателю следует повысить значимость и качество составления справки о результатах расследования как итогового процессуального документа досудебного производства. С этой целью справка должна утверждаться прокурором, вручаться обвиняемому и подлежать приобщению к материалам уголовного дела, т.е. быть доступной для суда и сторон. Содержание справки о результатах расследования необходимо дополнить изложением доказательств, на которые ссылается сторона защиты. Если у обвиняемого имеется защитник – адвокат, то он должен иметь право собственноручно изложить эту часть справки, предоставив ее следователю для включения в текст этого документа. Только тогда в распоряжении суда и сторон появится документ, содержащий как версию обвинителя, так и версию защиты о рассматриваемом деле, что будет в полной мере соответствовать принципу состязательности и равноправия сторон в правосудии.

3. ОТКАЗ ПРОКУРОРА ОТ ОБВИНЕНИЯ И ЕГО ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

Лица, осуществляющие судебное преследование, не должны продолжать его в тех случаях, когда беспристрастное расследование указывает на необоснованность обвинения. Об этом указано в п. 14 Руководящих принципов, касающихся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, принятых ООН в 1990 г. Такие же требования содержатся в п. 27 Рекомендации R(2000)19 Комитета министров государствам – членам Совета Европы о роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия и в п. «ж» ч. III Европейских руководящих принципов по этике и поведению для прокуроров, принятых в Будапеште в 2005 г.

Согласно ч. 7 ст. 293 УПК Республики Беларусь, поддерживая государственное обвинение в суде, прокурор руководствуется требованиями закона и своим внутренним убеждением, основанным на результатах исследования всех обстоятельств дела. Государственный обвинитель вправе отказаться от обвинения (полностью или частично), если придет к выводу, что оно не нашло подтверждения в судебном разбирательстве.

В соответствии с ч. 4 ст. 247 УПК БССР 1960 г. отказ прокурора от обвинения не освобождал суд от обязанности продолжать разбирательство дела и разрешить на общих основаниях вопрос о виновности или невиновности подсудимого. Такая норма свидетельствовала об обвинительном уклоне в деятельности суда и противоречила принципу состязательности правосудия.

В УПК 1999 г. предусмотрено, что, в случае отказа прокурора от обвинения, если от обвинения отказались также потерпевший, гражданский истец или их представители, суд прекращает производство по делу за отсутствием в деянии состава преступления. Если потерпевший, гражданский истец или их представители настаивают на обвинении, суд продолжает разбирательство и разрешает уголовное дело в общем порядке. Государственный обвинитель в этом случае освобождается от дальнейшего участия в судебном разбирательстве, а обвинение поддерживают потерпевший, гражданский истец или их представители. Потерпевшему или гражданскому истцу по их ходатайству суд должен предоставить время для приглашения представителя (ч. 8 ст. 293 УПК).

В п. 7.9 указания Генерального прокурора республики от 20.06.2006 г. № 13 «О мерах по повышению качества поддержания государственного обвинения» установлено, что при наличии оснований для отказа от обвинения государственному обвинителю следует незамедлительно сообщить об этом надзирающему прокурору.

Учитывая, что ответственность за обоснованность возбуждения уголовного преследования, направления дела в суд возложена на соответствующего прокурора, а пересмотр судебного решения в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения не допускается, в случае принципиального несогласия прокурора с позицией государственного обвинителя необходимо решать во-

прос о замене последнего либо поддерживать обвинение лично прокурору, направившему уголовное дело в суд.

Эти требования почти полностью соответствуют международным стандартам. Так, в Рекомендации R(2000)19 Комитета министров государствам – членам Совета Европы о роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия подчеркивается, что все государственные обвинители должны иметь право требовать, чтобы отдаваемые им инструкции были изложены в письменном виде. Если государственный обвинитель считает, что отданная ему инструкция незаконна или противоречит его внутреннему убеждению, должна существовать адекватная процедура возможности замены такого лица (п. 10).

В случае полного или частичного отказа от обвинения государственный обвинитель должен представлять суду в письменной форме свою мотивированную позицию для приобщения к протоколу судебного заседания (п. 7.7 указания Генерального прокурора Республики Беларусь № 13 от 20.06.2006 г.). Полагаем, что этот документ должен быть согласован с прокурором, направившим уголовное дело в суд, и удостоверен его подписью.

4. ПРАВО АДВОКАТА НА СОБИРАНИЕ СВЕДЕНИЙ, НЕОБХОДИМЫХ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ОБВИНЯЕМОГО, И ОБЯЗАННОСТЬ СУДА ПО ИХ ПРИОБЩЕНИЮ К ДЕЛУ

УПК 1999 года предоставил защитнику новые возможности по участию в доказывании – право собирать по своей инициативе сведения, относящиеся к обстоятельствам совершенного преступления, представлять их органу, ведущему уголовный процесс, и участвовать в следственных действиях, проводимых в связи с представлением названных сведений (п. 10 ч. 1 ст. 48 УПК). Для этого защитник может проводить опрос физических лиц; запрашивать справки, характеристики и иные документы и их копии; запрашивать с согласия подзащитного мнения специалистов для разъяснения возникающих в связи с осуществлением защиты вопросов, требующих специальных знаний. При этом защитник не вправе оказывать незаконное воздействие на лиц при получении сведений в интересах защищаемого им лица (ч. 3 ст. 103 УПК).

Осуществление указанного права адвокатами выявило определенные трудности в его применении и неоднозначность понимания как органами уголовного преследования, так и судами. В частности, сразу же возник вопрос: как органу, ведущему уголовный процесс, следует поступать с полученными адвокатом сведениями? Ответ на него был дан в п. 2 постановления № 6 пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 г. «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции», где указано: «Материалы, собранные защитником, по его ходатайству подлежат приобщению к делу». Думается, что данный вывод является обязательным не только для суда, но и для любого органа, ведущего уголовный процесс, и нуждается в законодательном закреплении в ч. 3 ст. 103 УПК.

Для активизации деятельности защитников в данном направлении и придания ей единообразия постановлением президиума Республиканской коллегии адвокатов от 29 октября 2004 г. № 34 были утверждены Методические рекомендации по участию адвокатов в доказывании по уголовным делам в порядке ч. 3 ст. 103 УПК. Они были разработаны с учетом опыта как белорусских, так и российских адвокатов по применению новых положений УПК и направлены на повышение эффективности их реализации.

В соответствии с указанными Методическими рекомендациями объяснение, полученное адвокатом при опросе физического лица в порядке ч. 3 ст. 103 УПК, прилагается к ходатайству, заявляемому адвокатом перед органом, ведущим уголовный процесс, о проведении допроса этого лица. Указанные документы независимо от результатов разрешения ходатайства подлежат приобщению к материалам уголовного дела.

Если опрашиваемое лицо не может быть допрошено по причинам, исключающим его явку и признанным уважительными (тяжелая болезнь, смерть, длительная командировка и т.д.), то его объяснение, полученное адвокатом в порядке ч. 3 ст. 103 УПК, будет иметь доказательственное значение как документ, указанный в ст. 100 УПК, и подлежать проверке и оценке в совокупности с другими доказательствами по делу. Такое же значение объяснение, полученное адвокатом в порядке ч. 3 ст. 103 УПК, приобретает и в случае, если на допросе опрашиваемое лицо будет давать показания, существенно отличающиеся от зафиксированных в его объяснениях (п. 11 Методических рекомендаций).

Полученное адвокатом в письменном виде мнение специалиста также имеет доказательственное значение как документ, предусмотренный ст. 100 УПК, и подлежит приобщению к материалам дела. В случае необходимости уточнения или дополнения данного мнения специалист может быть допрошен в качестве свидетеля, а орган, ведущий уголовный процесс, вправе поручить ему проведение повторной или дополнительной экспертизы (п. 16 Методических рекомендаций).

Таким образом, собранные адвокатом сведения становятся доказательствами только после их

приобщения к делу органом, ведущим уголовный процесс. При этом суд, прокурор, следователь и дознаватель не вправе отказать в приобщении к делу полученных адвокатом сведений, если:

- адвокат допущен в качестве защитника подозреваемого или обвиняемого по данному делу;
- указанные сведения получены способами, перечисленными в ч. 3 ст. 103 УПК.

Закрепление в законе этих положений и их строгое соблюдение на практике будет способствовать активизации деятельности адвокатов и реализации принципа состязательности и равноправия сторон при осуществлении правосудия.

5. ОБЯЗАННОСТЬ СУДА ПО ОКАЗАНИЮ СОДЕЙСТВИЯ СТОРОНАМ В ПРЕДСТАВЛЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Согласно ст. 292 УПК стороны в судебном разбирательстве пользуются равными правами на представление доказательств. Государственный обвинитель редко пользуется таким правом, поскольку все доказательства, собранные органами предварительного расследования, имеются в материалах уголовного дела. Поэтому в судебном разбирательстве необходимость в представлении новых доказательств со стороны обвинения, как правило, не возникает. Кроме того, прокурор вместе с уголовным делом направляет в суд список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание (ч. 2 ст. 262 УПК). Практика показывает, что при назначении судебного разбирательства и определении круга его участников судья руководствуется именно этим списком (п. 4 ч. 2 ст. 281, п. 2 ст. 283 УПК).

Иначе складывается ситуация с представлением доказательств стороной защиты. Если последняя желает вызвать в суд дополнительных свидетелей, то об этом следует заявить ходатайство или в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства (п. 5 ст. 277 УПК), или в подготовительной части судебного разбирательства (ч. 1 ст. 322 УПК). При этом суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании в качестве свидетелей лиц, явившихся в суд по инициативе сторон (ч. 3 ст. 322 УПК).

Тем не менее далеко не всегда защита в состоянии убедить граждан явиться в суд для дачи показаний в качестве свидетелей. Несмотря на это, суд, выслушав ходатайство защиты о вызове и допросе определенного лица, нередко предлагает самому адвокату обеспечить явку своего свидетеля, что является недопустимым. Как известно, полномочиями по применению мер процессуального принуждения обладают только органы уголовного преследования и суд, а никак не адвокаты. Более того, такая деятельность защитника по принуждению граждан к общению с адвокатом может быть расценена как незаконное воздействие на них с целью получения показаний в интересах защищаемого лица (ч. 3 ст. 103 УПК).

Самым распространенным способом участия защитника в доказывании является представление суду справок, характеристик и иных документов и их копий (ч. 3 ст. 103 УПК). Эти документы адвокат имеет право запрашивать в связи с оказанием юридической помощи из государственных, частных, общественных и иных организаций и объединений, обязанных в установленном порядке выдавать эти документы или их копии (п. 3 ч. 2 ст. 17 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре»).

Между тем в белорусском законодательстве отсутствуют соответствующие данному праву обязанности ряда компетентных государственных органов, иных организаций и их должностных лиц. Речь идет об органах здравоохранения, нотариусах, операторах почтовой связи, организациях по государственной регистрации недвижимого имущества и прав на него, налоговых инспекциях, банках и др. В законодательных актах, регулирующих деятельность этих органов и организаций, не предусмотрены обязанности представлять адвокатам документы (сведения, информацию) в связи с оказанием юридической помощи. В связи с этим на практике адвокатам довольно часто отказывают в представлении необходимых документов по их запросам, что существенно ограничивает реализацию стороной защиты права на представление доказательств в судебном разбирательстве и нарушает принцип состязательности и равноправия сторон в правосудии.

Однако согласно ст. 290 УПК обеспечить равенство прав сторон и создать условия для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела должен судья, председательствующий в судебном заседании. Это значит, что в случае отказа в представлении определенного документа адвокату или необходимости допроса по инициативе защиты конкретного лица, не явившегося в судебное заседание, суд должен сам принять меры по истребованию документа и вызову свидетеля. На это обращается внимание в п. 3 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции», где указано, что суд обязан оказать сторонам по их ходатайству содействие в представлении доказательств. Полагаем, что соответствующее дополнение следует внести в ст. 290 УПК.

6. ПРЕДЕЛЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ АКТИВНОСТИ СУДА В ДОКАЗЫВАНИИ

В соответствии с ч. 1 ст. 102 УПК доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств с целью установления обстоятельств, имеющих значение для законного, обоснованного и справедливого разрешения уголовного дела. Собирание доказательств происходит не только в стадии предварительного расследования, но и в судебном разбирательстве путем проведения допросов, осмотров, производства экспертиз и других процессуальных действий, предусмотренных УПК.

В состязательном судебном процессе центр тяжести в собирании доказательств падает на стороны, которые вправе представить суду дополнительные доказательства и заявить ходатайства о вызове новых свидетелей, экспертов, специалистов, истребовании вещественных доказательств (ч. 1 ст. 322 УПК). Суд, выслушав мнения остальных участников судебного разбирательства, должен рассмотреть каждое заявленное ходатайство, удовлетворить его, если обстоятельства, подлежащие выяснению, имеют значение для уголовного дела, или вынести мотивированное определение (постановление) о полном или частичном отказе в удовлетворении ходатайства (ч. 2 ст. 322 УПК).

Таким образом, активность в собирании дополнительных доказательств в судебном разбирательстве должны проявлять стороны, а не суд, на котором не лежит обязанность доказывания. Обязанность доказывания наличия оснований уголовной ответственности, вины обвиняемого и других обстоятельств, имеющих значение по уголовному делу, лежит в судебном разбирательстве на государственном или частном обвинителе (ч. 2 ст. 102 УПК).

В тоже время ч. 2 ст. 103 УПК наделяет суд правом по собственной инициативе в пределах своей компетенции: вызвать для дачи показаний или дачи заключения в качестве эксперта любое лицо; производить осмотры и другие предусмотренные УПК следственные действия; требовать от организаций, должностных лиц и граждан представление предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела.

Закономерен вопрос: возможно ли, чтобы стороны и суд в равной мере принимали участие, скажем, в исследовании доказательств и были в этом в равной мере активны? К сожалению, отечественная практика свидетельствует о том, что дискреционные полномочия, закрепленные за судом, ведут зачастую к дисфункционированию сторон. А из этого следует, что активность суда и активность сторон при собирании и исследовании доказательств – это, как правило, взаимоисключающие друг друга правовые явления.

К сожалению, приходится констатировать, что активность суда в советском уголовном процессе превратилась в настоящий обвинительный уклон, так как указанные права суд чаще всего использовал для восполнения пробелов обвинения, а не защиты, для подтверждения в судебном заседании выводов обвинительного заключения.

В советские времена ситуация еще больше усугублялась, когда уголовное дело рассматривалось в суде без участия государственного обвинителя (а таких дел было около 70 процентов!). В этом случае и функция обвинения, и функция принятия решения возлагались на суд, активность которого в процессе была максимально высокой по необходимости. Подобным образом суд восполнял отсутствие прокурора, а если у обвиняемого еще и не было защитника, то вряд ли кому-то могло прийти в голову, назвать такое судебное разбирательство состязательным.

Слабость нормативной конструкции, обеспечивающей активное положение равноправных сторон по УПК БССР 1960 г., была преодолена в новом белорусском законодательстве. УПК Республики Беларусь 1999 г. лишил суд всех перечисленных элементов активности и перенес центр тяжести в доказывании на сторону обвинения. Юридически суд приобрел новый статус, благодаря которому белорусский судебный процесс теперь не является инквизиционным, а с полным правом может именоваться состязательным, сохраняя смешанный характер по отношению к досудебному производству. Можно с уверенностью утверждать, что состязательность правосудия, повышение правоохранительной и правозащитной роли суда, освобождение его от обвинительных функций стали своеобразной визитной карточкой УПК Республики Беларусь 1999 г.

Однако вышеупомянутые недостатки в поддержании государственного обвинения приводят к чрезмерной активности суда в собирании доказательств по собственной инициативе, что предусмотрено ч. 2 ст. 103 УПК. Это зачастую превращает состязательный судебный процесс в обвинительный, хорошо знакомый нам по недавнему прошлому, где бремя доказывания виновности обвиняемого было фактически возложено на суд.

Полагаем, что инициативу в собирании доказательств суду следует использовать только тогда, когда одна из сторон не в состоянии самостоятельно обеспечить защиту своих интересов. Например, обвиняемый не имеет защитника (а таких дел сегодня в некоторых судах до 50 процентов!), а частный обвинитель – представителя – адвоката, т.е. когда одна из сторон не обладает юридическими знаниями. В таком случае суд вправе помочь «ущербной» стороне, чтобы обеспечить ее процессуальное равенство с другой стороной и полное, всестороннее исследование обстоятельств уголовного дела.

Некоторые судьи предлагают вернуться к положению, существовавшему в УПК 1960 г. и предусматривавшему обязательное участие защитника в судебном разбирательстве, если в нем участвует прокурор. Сегодня, когда почти все уголовные дела рассматриваются в суде с участием государственного обвинителя, реализация данного предложения приведет к тому, что право иметь защитника превратится в обязанность суда назначить его каждому обвиняемому, независимо от воли и желания последнего и особенностей уголовного дела. Вряд ли такое решение можно назвать разумным.

В тоже время отсутствие защитника у некоторых обвиняемых в судебном разбирательстве объясняется очень просто. Во-первых, на уровне обыденного сознания порой существует искаженное, не соответствующее действительности представление о деятельности адвоката, навеянное теле- и кинопродукцией. Во-вторых, следователи нередко убеждают обвиняемого отказаться от защитника, особенно если обвиняемый «признается», и пугают его баснословными гонорарами адвокатов, далекими от реальности. Следует отметить, что вышеизложенное не относится к случаям обязательного участия защитника, предусмотренным п. 2–6 ч. 1 ст. 45 УПК, когда отказ от него не принимается органом, ведущим уголовный процесс.

Несомненно, что активное участие защитника в правосудии способствует надлежащему осуществлению принципа состязательности, постановлению законного и обоснованного приговора. Для этого адвокаты должны в полной мере использовать предоставленные им законом права в судебном разбирательстве, в том числе и возможности по собиранию сведений, необходимых для защиты прав обвиняемого, предусмотренные ч. 3 ст. 103 УПК.

Таким образом, в основе состязательного судебного разбирательства должна лежать не инициатива и активность суда, а спор двух равноправных сторон по поводу обвинения, представленного органом уголовного преследования. А обязанность суда – обеспечить справедливое и беспристрастное разрешение дела на основе неукоснительного соблюдения требований закона об отделении функции осуществления правосудия от функций обвинения и защиты. На это обращается внимание в п. 3 постановления пленума Верховного Суда № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции» от 26 сентября 2002 г.

7. ОТМЕНА ПРИГОВОРА В СВЯЗИ С НЕПОЛНОТОЙ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ

Одним из оснований к отмене приговора в кассационном или надзорном порядке является односторонность или неполнота судебного следствия (п. 1 ч. 1 ст. 388 УПК). Односторонним или неполно проведенным признается судебное следствие, если:

1) вследствие необоснованного отклонения ходатайства сторон (стороны) остались невыясненными такие обстоятельства, установление которых могло иметь существенное значение при постановлении приговора;

2) судом в нарушение требований ч. 2 ст. 103 УПК не были исследованы доказательства, имеющие значение для правильного разрешения дела, о существовании которых было известно суду;

3) не была проведена экспертиза, когда ее проведение по закону является обязательным;

4) не были исследованы обстоятельства, указанные в определении суда, передавшего уголовное дело на новое судебное разбирательство;

5) не были установлены с достаточной полнотой данные о личности обвиняемого (ст. 389 УПК).

Значит, если суд по собственной инициативе не восполнит пробелы обвинения, то это может повлечь отмену приговора в кассационном или надзорном порядке в связи с односторонностью или неполнотой судебного следствия, так как не были исследованы доказательства, имеющие значение для правильного разрешения дела, о существовании которых было известно суду (ч. 1 ст. 389 УПК). Следовательно, указанная норма превращает право суда на собирание доказательств по собственной инициативе, закрепленное в ч. 2 ст. 103 УПК, в обязанность, которая подрывает принцип состязательности правосудия.

На основании изложенного полагаем, что из вышеприведенного перечня случаев неполноты или односторонности судебного следствия необходимо исключить п. 2, закрепленный в ч. 1 ст. 389 УПК, как противоречащий принципу состязательности.

8. ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ СВИДЕТЕЛЕЙ И ПОТЕРПЕВШИХ В ИХ ОТСУТСТВИЕ В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ

Согласно п. 2е ч. 2 ст. 14 Пакта каждый имеет право при рассмотрении любого предъявленного ему уголовного обвинения допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены. Такая же норма содержится в п. 3d ст. 6 Конвенции и является одним из критериев справедливости судебного разбирательства.

Между тем п. 2 ч. 1 ст. 333 УПК Республики Беларусь позволяет по усмотрению суда или ходатайству сторон оглашать показания потерпевшего и свидетеля, данные ими при досудебном производстве, при отсутствии указанных лиц в судебном заседании по причинам, исключающим возможность их явки. По мнению Верховного Суда Республики Беларусь, к таким причинам могут быть отнесены тяжелое заболевание, продолжительная командировка, выбытие с места жительства при невозможности установить местонахождение и т. п. Решая вопрос о признании конкретных обстоятельств исключающими возможность явки лица, суд в каждом случае должен выяснить мнение сторон (п. 12 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 г. № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции»). Однако на практике суды далеко не всегда выполняют данные рекомендации, что приводит к оглашению в судебном заседании показаний отсутствующих потерпевших и свидетелей без надлежащего выяснения причин их неявки.

Европейский Суд считает такие решения национальных судов ограничивающими право обвиняемого на защиту. Так, по делу Дельта против Франции (19 декабря 1991 г.) признание лица виновным, основанное, главным образом, на заявлениях потерпевшей и ее подруги, которые были допрошены полицией, но заявления которых не были проверены в судебном заседании, было квалифицировано как нарушение права на вызов свидетелей и, следовательно, права на справедливое судебное разбирательство. При этом Европейский Суд напомнил, что доказательства должны быть представлены в присутствии обвиняемого в ходе публичных слушаний в суде, либо обвиняемый должен иметь право опросить лиц, дающих против него показания, еще в досудебном производстве. Однако по данному делу ни обвиняемый, ни его защитник ни разу не имели возможности допросить свидетелей, чьи показания были запротоколированы полицейским, который не был очевидцем преступления. В связи с этим суд не мог проверить достоверность показаний данных свидетелей или поставить под сомнение их правдивость, тем более что материалы дела не содержали других доказательств.

Следует отметить, что неявка свидетелей и потерпевших в судебное заседание является в настоящее время больным вопросом правосудия на всем постсоветском пространстве. Из-за этого судьи вынуждены неоднократно откладывать судебное разбирательство, что ведет, помимо всего прочего, к нарушению права на завершение судебного процесса в разумный срок. В связи с этим нередки случаи, когда судьи принимают решение об оглашении показаний свидетелей и потерпевших при отсутствии убедительных доказательств наличия уважительных причин, исключающих возможность их явки в суд.

Если наличие таких обстоятельств, как болезнь, длительная командировка обосновать относительно легко, то обосновать неизвестность местонахождения свидетеля значительно сложнее. К этому вопросу Европейский Суд подходит так же строго, как и к обоснованию неявки в суд подсудимого, т. е. он анализирует, какие усилия предприняло правительство для определения нахождения свидетеля с целью обеспечить его явку в суд. В частности, по делу Иегро от 19 февраля 1991 г. Европейский Суд не обнаружил нарушение ч. 3d ст. 6 в том числе и потому, что «в данном деле правительство предприняло согласованные усилия для определения места нахождения свидетеля с целью вызвать его на судебный процесс» (Series A. № 194-A).

Верховный Суд Республики Беларусь считает ничем не оправданное оглашение показаний не явившихся лиц в суде ограничением права обвиняемого на защиту и состязательности судебного разбирательства, влекущим отмену приговора. По его мнению, судебное следствие может быть признано неполным и односторонним тогда, когда суд, вместо непосредственного допроса свидетелей, ограничился, в нарушение требований п. 2 ч. 1 ст. 333 УПК, оглашением их показаний, данных при досудебном производстве (п. 12 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 27 сентября 2007 г. № 12 «О практике применения судами норм Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих кассационное производство»). Полагаем, что такое основание для отмены приговора следует включить в ст. 389 УПК.

В соответствии с ч. 1 ст. 281 УПК Российской Федерации оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования, допускается в случае их неявки в судебное заседание только с согласия сторон. В иных случаях суд вправе принять решение об оглашении ранее данных ими показаний при наличии следующих обстоятельств:

1) смерти потерпевшего или свидетеля;

2) тяжелой болезни, препятствующей явке в суд;

3) отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда;

4) стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд (ч. 2 ст. 281 УПК РФ).

Думается, что изложение в УПК обстоятельств, исключающих явку в суд потерпевшего и свидетеля, и условий оглашения их показаний, данных в досудебном производстве (только с согласия сторон), является дополнительной гарантией законности принятого судом решения по данному вопросу. В связи с этим было бы целесообразным дополнить ст. 333 УПК Республики Беларусь аналогичными положениями.

9. ОБЕСПЕЧЕНИЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ МЕР БЕЗОПАСНОСТИ К УЧАСТНИКАМ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

В соответствии с ч. 1 ст. 68 УПК потерпевший и свидетель могут быть освобождены от явки в судебное заседание, когда этого требуют интересы обеспечения их безопасности или безопасности членов их семей, близких родственников и других лиц, которых они обоснованно считают близкими, а также имущества, если другими мерами обеспечить безопасность не представляется возможным. При освобождении защищаемого лица от явки в судебное заседание в суде оглашаются показания, данные им на предварительном расследовании, воспроизводится звуко-, кино- либо видеозапись его допроса с соблюдением мер, обеспечивающих неузнаваемость (ч. 2 ст. 68 УПК).

Как правило, в отношении такого защищаемого лица одновременно применяется мера безопасности в виде неразглашения сведений о его личности. Она состоит в изменении анкетных данных этого лица, сведений о его месте жительства и работе в процессуальных документах органов, ведущих уголовный процесс, путем замены этих данных иными (ч. 1 ст. 67 УПК). Таким образом, речь идет об использовании показаний анонимных свидетелей при рассмотрении дела в суде.

По делу Доорсон против Нидерландов (26.03.1996 г.) Европейский Суд указал, что государства должны организовывать свое производство по уголовным делам таким образом, чтобы в общем и целом интересы свидетелей и потерпевших, вызванных для дачи показаний, не подвергались бы бездумно опасности. В тоже время принципы ведения справедливого судебного разбирательства требуют, чтобы в этих случаях интересы защиты были поставлены на чашу весов наряду с интересами свидетелей и потерпевших.

По делу Люди против Швейцарии (25.06.1992 г.) Европейский Суд решил, что отказ суда выслушать агента в качестве свидетеля ограничил права заявителя на защиту в такой степени, что нарушил его право на справедливое судебное разбирательство. Доказательства должны быть представлены подсудимому на публичном заседании с тем, чтобы обеспечить состязательный характер процесса, и исключения из этого правила должны принимать во внимание права защиты. В данном случае признание заявителя виновным было основано, среди прочего, на письменных донесениях агента, которого ни Люди, ни его защитник не имели возможности опросить в течение всего как досудебного, так и судебного производства для того, чтобы поставить под сомнение достоверность его показаний. Необходимо было найти средства, позволяющие не подвергать риску раскрытие личности агента, и вместе с тем дать возможность заявителю сформулировать возражения по поводу его донесений. Европейский Суд пришел к выводу, что имело место нарушение ст. 6-3-d Конвенции.

По делу Костовски против Нидерландов (20.11.1989 г.) Европейский Суд указал, что обвинительный приговор за разбойное нападение, вынесенный, главным образом, на основе протокола показаний двух анонимных свидетелей, допрошенных полицией и следователем в отсутствие обвиняемого и его защитника, а не в ходе судебного заседания, нарушает право заявителя на справедливое судебное разбирательство. Все доказательства должны быть представлены обвиняемому в ходе публичных слушаний в целях обеспечения состязательности процесса. Однако показания, полученные на досудебной стадии рассмотрения, могут использоваться в качестве доказательств при условии, что права защиты были при этом соблюдены. Эти права требовали, чтобы обвиняемому была предоставлена адекватная и надлежащая возможность лично на каком-либо этапе разбирательства допрашивать свидетелей, показывающих против него.

С точки зрения Европейского Суда такая возможность не была предоставлена в данном деле. Ни на одном из этапов следствия неизвестные свидетели не были допрошены самим заявителем или его защитником. Если защита не знала личности свидетелей, она не могла доказать, что он (или она) был предвзят, враждебен или неправдив. В тоже время разбирательство, проведенное на уровне судебных органов, не смогло устранить недостатки, вызванные препятствиями, встреченными защитой на досудебной стадии. Судьи, принимавшие участие в заседаниях, не видели свидетелей и не могли составить собственное представление о достоверности их показаний.

Признавая обоснованность ссылок правительства на рост угроз свидетелям и необходимость равновесия между различными присутствующими интересами, Европейский Суд счел, что право на добросовестное отправление правосудия не может быть принесено в жертву целесообразности. Использование показаний анонимных свидетелей как достаточных доказательств для вынесения обвинительного приговора, как в данном деле, отличается от вопроса о допустимости в ста-

дии предварительного следствия таких источников, как анонимные информаторы. В первом случае присутствует ущемление прав защиты, что является несовместимым с гарантиями справедливого судебного разбирательства в смысле ст. 6 Конвенции.

В деле Саиди против Франции (20 сентября 1993 г.) заявитель был обвинен в торговле наркотиками на основании показаний, полученных в ходе опознания обвиняемого от трех анонимных свидетелей. По данному делу Европейский Суд решил: «Суд в полной мере осознает бесспорные трудности борьбы с торговлей наркотиками – в особенности, что касается получения и представления доказательств – и тот вред, который наркотики наносят обществу, но указанные соображения не могут оправдать ограничения до такой степени права на защиту любого обвиняемого в уголовном преступлении». Было констатировано нарушение п. d ч. 3 ст. 6 Конвенции, так как показания, полученные от анонимных свидетелей при опознании, послужили единственным основанием для осуждения обвиняемого.

По делу Ван Мехлен и др. против Нидерландов (18 марта 1997 г.) Европейский Суд заявил: «Принимая во внимание то значение, которое имеет в демократическом обществе право на справедливое отправление правосудия, любые меры, ограничивающие права защиты, должны диктоваться строгой необходимостью. Если менее ограничительная мера будет достаточна, то именно она должна применяться».

Таким образом, по мнению Европейского Суда, уравновешивающие процедуры, необходимые для обеспечения права на справедливое судебное разбирательство, могут варьироваться в зависимости от дела. В этом отношении наиболее важными факторами представляются следующие: имел ли обвиняемый возможность присутствовать при допросе свидетеля, мог ли он (она) задавать вопросы свидетелю, и был ли суд осведомлен о личности свидетеля. Кроме того, даже в случае существования уравновешивающих процедур обвинение не должно основываться исключительно или в значительной степени на доказательствах, полученных от анонимных свидетелей.

Для того чтобы реализовать рекомендации Европейского Суда в белорусском законодательстве, необходимо внести соответствующие изменения в УПК и практику его применения. Прежде всего предоставить право только суду при наличии установленных законом поводов и оснований освобождать лицо от явки в судебное заседание. В настоящее время такое решение может принимать любой орган, ведущий уголовный процесс, в том числе дознаватель, следователь и прокурор (ст. 65 УПК), которые нередко используют предоставленное им право освобождать свидетеля от явки в суд в качестве стимула для получения от него определенных показаний. Решение об освобождении лица от явки в судебное заседание должно приниматься судьей в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства по ходатайству прокурора, направившего дело в суд, где необходимо изложить поводы и основания для применения такой исключительной меры безопасности. При этом суду должны быть представлены данные о личности защищаемого лица.

При отсутствии убедительных данных для освобождения лица от явки в суд следует шире применять допрос такого лица вне зала судебного заседания с использованием видеотехнических средств, обеспечивающих его неузнаваемость (ч. 3 ст. 68 УПК). В настоящее время для этих целей применяются костюмы химзащиты, коробки из-под холодильника, смежные с залом судебного заседания комнаты и другие подсобные средства, что не может не вызывать улыбки у присутствующих в суде граждан. Думается, что, решая указанную проблему, государство должно пойти на определенные финансовые затраты, чтобы не только надежно обезопасить участников уголовного процесса, но и обеспечить строгое соблюдение принципов непосредственности и состязательности судебного разбирательства.

Следует отметить, что перечень мер безопасности, установленный в ст. 66 УПК, не является исчерпывающим. С учетом характера и степени опасности для жизни, здоровья, имущественных и иных прав защищаемых лиц могут быть приняты и другие меры обеспечения безопасности, не противоречащие УПК и иным законам Республики Беларусь (п. 3 ст. 66 УПК). В частности, одной из таких процессуальных мер может быть допрос защищаемого лица в закрытом судебном заседании в отсутствии обвиняемого, предварительно удаленного из зала судебного заседания, но с участием его защитника. Таким образом, будут соблюдены стандарты справедливого правосудия и обеспечена состязательность судебного разбирательства и право на защиту.

10. ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ ОБВИНЯЕМОГО В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ ПРИ ЕГО ОТКАЗЕ ДАВАТЬ ПОКАЗАНИЯ

Согласно п. 8 ч. 2 ст. 43 УПК обвиняемый имеет право давать показания или отказаться от дачи показаний. Запрещается принуждение к даче показаний и объяснений путем насилия, угроз и иных незаконных мер (ч. 3 ст. 18 УПК). Никто не может быть понужден к исполнению обязанностей, не предусмотренных УПК, либо к отказу от своих прав (ч. 3 ст. 10 УПК), а также к даче показаний и объяснений против самого себя (ч. 4 ст. 10 УПК). Приведенные нормы свидетельствуют о том, что дача

показаний обвиняемым – это его субъективное право, никто не может препятствовать его реализации либо иным путем вмешиваться в его осуществление.

Между тем п. 2 ч. 1 ст. 328 УПК позволяет по усмотрению суда или по ходатайству сторон огласить показания обвиняемого, данные при досудебном производстве, а также воспроизвести звукозапись его показаний, видеозапись или киносъемку допроса, при отказе обвиняемого от дачи показаний в судебном заседании. Следовательно, субъективное право обвиняемого на отказ от дачи показаний в данном случае фактически ограничивается указанным полномочием суда.

Полагаем, что огласить показания обвиняемого, данные в досудебном производстве, при его отказе от дачи показаний в судебном заседании можно лишь при согласии самого обвиняемого и его защитника. Этим условием следует дополнить п. 2 ч. 1 ст. 328 УПК. Иначе действующая редакция этой нормы будет противоречить п. «g» ч. 3 ст. 14 Пакта, который закрепляет право каждого не быть принужденным к даче показаний против самого себя.

В УПК Российской Федерации предусматривается иной выход из создавшейся ситуации. Так, при согласии обвиняемого давать показания он «предупреждается о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний» (п. 3 ч. 4 ст. 47 УПК РФ). Это правило не распространяется на показания обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные обвиняемым в суде. Такие показания будут относиться к недопустимым доказательствам и оглашению в судебном заседании не подлежат (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК). Думается, что такой вариант решения рассматриваемой проблемы также не будет нарушать право обвиняемого не свидетельствовать против самого себя в суде.

11. ПРАВО СТОРОН НА ПРИОБЩЕНИЕ К ПРОТОКОЛУ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ СДЕЛАННОЙ ИМИ ЗВУКО- ИЛИ ВИДЕОЗАПИСИ ПРОЦЕССА

Согласно ст. 308 УПК протокол судебного заседания является единственным документом, который отражает весь ход судебного разбирательства, способствует постановлению приговора в соответствии с доказательствами, рассмотренными в судебном заседании, и обеспечивает возможность контроля со стороны вышестоящих судебных инстанций за выполнением судом требований закона при рассмотрении уголовных дел.

На практике нередко не обеспечивается точная фиксация в протоколе всего хода судебного заседания, перечисляются лишь формальные моменты судебного разбирательства, а объяснения и показания допрашиваемых лиц, заявления участников процесса записываются сокращенно, неточно, порой перефразируются настолько, что не представляется возможным решить вопрос о правильности действий суда и о соответствии решения суда доказательствам, исследованным в судебном заседании. Часто в протоколе не отражаются вопросы участников судебного разбирательства к допрашиваемым лицам, ходатайства фиксируются без указания мотивов, приводимых участниками в их обоснование, неполно записываются аргументы сторон, изложенные ими в судебных прениях. В связи с этим председательствующий в судебном заседании должен уделять необходимое внимание ведению протокола и принимать в ходе судебного заседания надлежащие меры для полного и объективного изложения в нем содержания всего судебного разбирательства.

В постановлении пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 г. № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции» обращается внимание судов на необходимость повышения качества составления протоколов судебного заседания (п. 21). Помимо содержания показаний обвиняемого, потерпевшего, свидетелей и других участников процесса в протоколе должны быть зафиксированы последовательность допроса названных лиц сторонами, содержание поставленных вопросов и ответов на них, ход исследования документов и вещественных доказательств, основное содержание выступлений сторон в судебных прениях. За качественное и своевременное составление протокола несут ответственность председательствующий и секретарь судебного заседания.

Наряду с протоколом судебного заседания, который является единственной официальной формой фиксации хода судебного разбирательства, новый УПК разрешил осуществлять такую фиксацию всем присутствующим в суде. Так, в соответствии с ч. 6 ст. 287 УПК присутствующие в открытом судебном заседании (в том числе и стороны) вправе вести письменную и магнитофонную записи. Фото-, киносъемка и видеозапись допускаются с разрешения председательствующего в судебном заседании и с согласия сторон. Однако порядок дальнейшего использования сторонами сделанной ими записи судебного процесса закон не устанавливает.

В тоже время в ч. 4 ст. 308 УПК предусмотрено, что для обеспечения полноты протокола судебного заседания могут применяться стенографирование, звуко- или видеозапись. В этом случае стенограмма, фонограмма или видеозапись прилагаются к протоколу судебного заседания, в котором делается соответствующая запись. Следует отметить, что в этой статье не указано, кем

применяется звуко- или видеозапись судебного процесса: судом или сторонами. Однако на практике данная норма трактуется однозначно: приобщить к протоколу можно лишь запись, сделанную судом.

К сожалению, в настоящее время звуко- или видеозапись судебного разбирательства применяется судом крайне редко по причине отсутствия соответствующих технических средств. Поэтому приобщение к протоколу судебного заседания звуко- или видеозаписи, сделанной сторонами, способствовало бы более полному и точному изложению в этом важном процессуальном документе показаний участников. Кроме того, наличие звуко- или видеозаписи процесса устранило бы подачу сторонами замечаний на протокол судебного заседания. Не секрет, что сегодня протокол судебного заседания пишется «на слух» и изготавливается уже после оглашения приговора. Следовательно, суд в совещательной комнате лишен возможности использовать протокол судебного заседания при постановлении приговора с целью правильного изложения в нем показаний участников. Думается, что наличие у суда в совещательной комнате звуко- или видеозаписи судебного заседания, сделанной сторонами, положительно сказалось бы на обоснованности и мотивированности приговора и облегчило его проверку в кассационном и надзорном порядке.

На основании изложенного считаем необходимым предусмотреть в ст. 308 УПК возможность приобщения судом к материалам уголовного дела звуко- или видеозаписи судебного заседания, сделанной сторонами по собственной инициативе. Полагаем, что сообщить об этом суду стороны должны в начале подготовительной части судебного заседания, тем самым поставив суд в известность о производимой записи и ее передаче суду немедленно после окончания судебного процесса. Для этого сразу же после последнего слова обвиняемого, но до удаления суда в совещательную комнату, стороны должны заявить ходатайство о приобщении к материалам уголовного дела сделанной ими звуко- или видеозаписи судебного заседания и предоставить ее в распоряжение суда. Такое ходатайство должно быть занесено в протокол судебного заседания и подлежит удовлетворению судом. Это позволит использовать полученные записи при постановлении приговора, рассмотрении замечаний на протокол судебного заседания, а также в кассационном и надзорном производстве.

12. РАСШИРЕНИЕ СФЕРЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ЗА ЗАКОННОСТЬЮ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

Судебный контроль за законностью действий и решений органов уголовного преследования может быть двух видов: предварительный и последующий. Первый вид судебного контроля заключается в даче судом органам уголовного преследования (следователю, дознавателю, прокурору) разрешения на производство следственных действий, которые ограничивают конституционные права и свободы граждан. Например, на заключение под стражу, обыск, прослушивание переговоров и др.

Об этом виде судебного контроля говорится в ч. 3 ст. 9 Пакта и ч. 3 ст. 5 Конвенции: каждый задержанный или заключенный под стражу по уголовному обвинению должен немедленно доставляться к судье и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Таким образом, речь идет о судебной санкции на заключение лица под стражу. Указанный порядок действует во всех государствах – членах Совета Европы, США, в 2001 году введен в Российской Федерации (ч. 2 ст. 29 УПК РФ).

В Республике Беларусь на стадии предварительного расследования заключение под стражу к подозреваемому или обвиняемому может применяться органом дознания, следователем только с санкции прокурора или его заместителя (ч. 2 ст. 119 УПК). Право давать санкцию на заключение под стражу принадлежит Генеральному прокурору Республики Беларусь, прокурорам областей, городов, районов, приравненным к ним прокурорам и их заместителям.

Следовательно, вопреки международно-правовым стандартам такой вид судебного контроля за законностью решений органов уголовного преследования в Республике Беларусь не действует. Для приведения в соответствие с требованиями международных договоров действующего белорусского законодательства необходимо внести изменения в УПК, предусмотрев применение заключения под стражу и продление его сроков только по судебному решению.

С этой целью следователь или дознаватель с согласия прокурора должны возбуждать перед судом соответствующее ходатайство. Оно подлежит рассмотрению единолично судьей районного (городского) или межгарнизонного военного суда по месту производства предварительного расследования в закрытом судебном заседании с обязательным участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника (если он участвует в уголовном деле). Прокурор обосновывает свое ходатайство, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Рассмотрев ходатайство, суд выносит одно из двух постановлений: об избрании в отношении подо-

зреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, либо об отказе в удовлетворении ходатайства. В случае принятия второго решения суд вправе избрать в отношении лица иную меру пресечения. Такой порядок применяется в Российской Федерации (ст. 108 УПК), Украине (ст. 165-2 УПК) и может быть использован в Республике Беларусь.

Второй вид судебного контроля – последующий – заключается в рассмотрении судом жалоб на уже принятые органами уголовного преследования решения в стадии досудебного производства. Необходимость такого контроля в каждом государстве предусмотрена ч. 4 ст. 9 Пакта и ч. 4 ст. 5 Конвенции. Речь идет прежде всего о процедуре, которая носит название *Habeas corpus act*. Эта процедура основана на праве каждого, кто лишен свободы в результате задержания или ареста, на безотлагательное рассмотрение судом правомерности его содержания под стражей и на освобождение, если его заключение под стражу будет признано судом незаконным.

Согласно ч. 2 ст. 25 Конституции Республики Беларусь лицо, заключенное под стражу, имеет право на судебную проверку законности его задержания или ареста. Обжаловать в суд задержание, заключение под стражу, домашний арест, продление их сроков могут только сам арестованный подозреваемый или обвиняемый, его защитник и законный представитель (ч. 5 ст. 126 УПК).

Судебная проверка осуществляется единолично судьей районного (городского) суда с обязательным участием прокурора по месту предварительного расследования уголовного дела (ч. 1 ст. 144 УПК). Рассмотрение жалобы производится в закрытом судебном заседании, в котором вправе принимать участие потерпевший, его представитель, защитник (если он участвует в деле), законные представители подозреваемого, обвиняемого. Неявка указанных лиц не препятствует рассмотрению жалобы (ч. 2 ст. 144 УПК). В необходимых случаях для участия в рассмотрении жалобы судья вправе вызвать задержанного, лицо, содержащееся под стражей (ч. 3 ст. 144 УПК).

В таком же порядке рассматриваются и разрешаются судом жалобы на принудительное помещение лица, не содержащегося под стражей, в психиатрическое (психоневрологическое) учреждение для производства экспертизы (ст. 146 УПК).

Таким образом, участие прокурора при рассмотрении судом жалоб на заключение под стражу является обязательным, а сам арестованный может быть вызван в судебное заседание только по усмотрению суда в «необходимых случаях». Практика показывает, что такой необходимости суд, как правило, не усматривает.

Между тем принцип процессуального равенства сторон предполагает обязательное предоставление заинтересованному лицу возможности предстать перед судом одновременно с прокурором с тем, чтобы оно могло возражать на его заключения. Данный вывод был сделан Европейским Судом по делу Компанис против Греции (13.07.1995 г.). Арестованному заявителю было отказано предстать перед судом для того, чтобы выдвинуть доводы в поддержку своего ходатайства об освобождении из-под стражи, в то время как прокурор был заслушан. Европейский Суд посчитал, что отказ заявителю в возможности принять участие в судебном разбирательстве, исход которого имел решающее значение для продолжения или же прекращения его содержания под стражей, игнорирует принцип процессуального равенства сторон и ущемляет право обвиняемого на обжалование в суде, чем нарушает ч. 4 ст. 5 Конвенции.

Следовательно, процедура судебной проверки законности заключения под стражу и продления его сроков, существующая в Республике Беларусь, нуждается в изменении и должна предусматривать право арестованного на личное участие в судебном заседании при рассмотрении его жалобы.

Поскольку в соответствии с международными стандартами каждый вправе обжаловать в суд свое заключение под стражу, то решениями Конституционного Суда Республики Беларусь от 2 апреля 2001 г. и от 15 июля 2002 г. признано право осужденных к лишению свободы на судебное обжалование примененных к ним администрацией исправительного учреждения мер взыскания в виде водворения в штрафной изолятор, перевода в помещения камерного типа, одиночные камеры и на строгий тюремный режим (ст. 112 Уголовно-исполнительного кодекса). Верховному Суду Республики Беларусь было предложено обеспечить реализацию судами этого права и, используя возможности УПК, выбрать наиболее оптимальный вариант разрешения подобного рода споров, применяя при необходимости аналогию закона или аналогию права. Однако до сих пор эти решения Конституционного Суда не выполнены.

Полагаем, что для реализации названных решений Конституционного Суда следовало использовать аналогию закона и применять для рассмотрения указанных жалоб порядок, предусмотренный ст. 402-2 УПК и предназначенный для разрешения судом вопросов, связанных с приведением приговора в исполнение, а также соответствующие положения главы 16 УПК об обжаловании действий и решений органа, ведущего уголовный процесс. В дальнейшем необходимо внести дополнения в Раздел XI УПК «Исполнение приговора», предусмотрев в отдельной статье порядок рассмотрения и разрешения судом жалоб осужденных к лишению свободы на применение к ним определенных мер взыскания.

Кроме законности применения мер процессуального принуждения, связанных с ограничением свободы, белорусское законодательство разрешает обжаловать в суд решения органа уголовного преследования об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении предварительного расследования уголовного дела, прекращении уголовного преследования (ч. 2 ст. 139 УПК).

Жалобы на перечисленные решения органов уголовного преследования подаются в районный (городской) суд по месту расследования уголовного дела либо рассмотрения заявления или сообщения о преступлении (ч. 2 ст. 139 УПК). Рассмотрение таких жалоб производится судьей единолично с участием прокурора. В судебном заседании вправе принимать участие подозреваемый, обвиняемый, его защитник и законный представитель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик или их представители, а также лицо или представитель государственного органа, иной организации, по заявлениям которых было возбуждено уголовное дело или принято решение об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 142 УПК).

Следует отметить, что в УПК подробно не регламентирован процессуальный порядок рассмотрения таких жалоб в судебном заседании. Поэтому в данном случае судья фактически применяет аналогию закона, используя процедуру судебной проверки жалоб на задержание и заключение под стражу, предусмотренную ст. 144 УПК. Таким образом, в судебной практике Беларуси уже имеется опыт применения аналогии закона в связи с указанным пробелом в ст. 142 УПК, который нуждается в устранении в процессе совершенствования действующего уголовно-процессуального законодательства.

Для регламентации порядка рассмотрения таких жалоб необходимо, в частности, указать, что в начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению. Затем заявитель обосновывает свою жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Неявка лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не настаивающих на ее рассмотрении с их участием, не должна являться препятствием для рассмотрения жалобы судом.

Таким образом, в Республике Беларусь существует последующий контроль суда за отдельными решениями органов уголовного преследования, принятыми в ходе дознания и предварительного следствия. Этот вид судебного контроля основывается на ст. 60 Конституции, которая гарантирует каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки.

Однако еще далеко не все решения органов уголовного преследования УПК позволяет обжаловать в суд. Например, решения о приостановлении производства предварительного расследования, отказе в удовлетворении ходатайства невозможно подвергнуть судебной проверке.

Решением Конституционного Суда Республики Беларусь от 3 апреля 2001 г. «О праве граждан на обращение в суд по вопросам, возникающим в связи с осуществлением уголовно-процессуальных отношений» такое положение было признано не соответствующим требованиям Основного Закона. Суд постановил, что, несмотря на имеющийся пробел в УПК, граждане вправе на основании ст. 60 и 137 Конституции в силу ее верховенства обращаться с жалобами на все действия и решения органа дознания, дознавателя или следователя не только к прокурору, но и в суд в целях защиты их основных прав и свобод.

Полагаем, что право на обжалование в суд должно существовать в отношении только тех действий и решений органов уголовного преследования, которые препятствуют доступу к правосудию либо нарушают конституционные права и свободы граждан. Именно такой критерий применяется в ст. 125 УПК Российской Федерации для определения круга решений и действий органов уголовного преследования, которые могут быть объектом судебного контроля.

Причем процедура рассмотрения таких жалоб должна соответствовать основным критериям справедливого правосудия, то есть предусматривать ознакомление с жалобой заинтересованных лиц, их вызов для участия в рассмотрении жалобы, предоставление равных возможностей на отстаивание своих прав и законных интересов в судебном заседании, в том числе и лицам, находящимся под стражей.

13. ЗАКОННОСТЬ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ КАК ОБЪЕКТ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

В соответствии с ч. 4 ст. 9 Пакта каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно. Аналогичная норма, предусматривающая право на оспаривание в суде законности задержания или ареста, содержится и в ч. 4 ст. 5 Конвенции.

Конституция Республики Беларусь также наделяет лицо, заключенное под стражу, правом на судебную проверку законности его задержания или ареста (ч. 2 ст. 25). В связи с этим ст. 144 УПК

регламентирует процедуру судебной проверки законности применения задержания, заключения под стражу, домашнего ареста или продления их сроков, которая была изложена нами выше (см. п. 12 отчета). Таким образом, как в международном праве, так и в национальном законодательстве речь идет о проверке судом именно законности заключения лица под стражу.

В тоже время необходимо, чтобы каждое решение суда и органов уголовного преследования, в том числе и о заключении под стражу, было не только законным, но также обоснованным и мотивированным. Об этом прямо говорится в ч. 4 ст. 7 УПК Российской Федерации, что полностью соответствует требованиям, предъявляемым к уголовно-процессуальным актам и в Республике Беларусь.

При этом под законностью заключения под стражу в судебной практике понимается соблюдение всех норм уголовно-процессуального законодательства, регламентирующих порядок применения указанной меры пресечения и продления срока ее действия, то есть выполнение только формальных требований, «буквы» закона. Таким формальным требованием является, в частности, положение ч. 1 ст. 126 УПК о том, что заключение под стражу применяется лишь в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет.

Под обоснованностью заключения под стражу в судебной практике понимается наличие в материалах дела сведений, в том числе и о личности арестованного, которые подтверждают необходимость применения такой меры пресечения или продления ее срока. Здесь имеется в виду «дух» закона, целесообразность заключения под стражу конкретного лица. Требование обоснованности содержится в ч. 2 ст. 117 УПК, где указано: «При решении вопроса о необходимости применения меры пресечения к подозреваемому или обвиняемому должны учитываться характер подозрения или обвинения, личность подозреваемого или обвиняемого, их возраст и состояние здоровья, род занятий, семейное и имущественное положение, наличие постоянного места жительства и другие обстоятельства». При отсутствии необходимости в применении меры пресечения у подозреваемого или обвиняемого берется письменное обязательство являться по вызовам органа, ведущего уголовный процесс (ч. 3 ст. 117 УПК).

Постановление о применении меры пресечения должно быть мотивировано, содержать указание на преступление, в котором подозревается или обвиняется лицо, и обоснование необходимости ее применения (ч. 1 ст. 19 УПК). В постановлении о применении заключения под стражу также должны быть изложены основания и мотивы, в силу которых возникла необходимость в избрании данной меры пресечения (ч. 2 ст. 126 УПК).

Таким образом, УПК требует, чтобы решение о заключении лица под стражу было законным, обоснованным и мотивированным. Следовательно, объектом судебной проверки должны являться все указанные правовые свойства такого решения, соблюдение которых придает ему необходимую юридическую силу.

Не случайно еще в 1994 г., когда в УПК Республики Беларусь впервые появилась судебная проверка ареста и продления срока содержания под стражей, объектом контроля суда стали как законность, так и обоснованность применения данной меры пресечения (ст. 220-2 УПК 1960 г.). Указанный порядок просуществовал до вступления в силу УПК 1999 г., активно применялся на практике и был достаточно эффективным, поскольку способствовал освобождению из-под стражи лиц, чье лишение свободы в стадии предварительного расследования было признано судом необоснованным.

Однако, учитывая, что в Конституции Республики Беларусь 1994 г. объектом судебной проверки была названа лишь законность заключения под стражу, в новом УПК контроль суда за применением данной меры пресечения также ограничился лишь законностью принятого решения. Это проявилось как в названии, так и в содержании ст. 144 УПК, которая регламентирует судебную проверку лишь законности задержания и заключения под стражу. А о необходимости проверки судом обоснованности применения данной меры пресечения в УПК вовсе не упоминается.

Такой вывод следует и из анализа п. 1 ч. 5 ст. 144 УПК. В нем основанием для освобождения задержанного или заключенного под стражу лица является установление судом нарушения органом дознания, следователем, прокурором требований ст. 108, 110, 114, 125–127 УПК или права подозреваемого, обвиняемого на защиту либо несоответствия предъявленного обвинения содержанию постановления о применении меры пресечения в виде заключения под стражу. В перечисленных статьях УПК, нарушения которых влечет отмену данной меры пресечения, содержатся лишь формальные основания к ее применению. В тоже время нарушение требований ст. 117 УПК, где говорится об обоснованности применения любой меры пресечения, не является основанием для освобождения подозреваемого или обвиняемого из-под стражи.

В результате судебный контроль за заключением под стражу в Республике Беларусь является малоэффективным, поскольку ограничивается лишь проверкой формальных оснований для применения данной меры пресечения, которые, как правило, всегда соблюдаются органами уголовно-

го преследования. Поэтому и отмена судом постановлений о применении заключения под стражу на практике почти не встречается.

Полагаем, что причиной изложенной ситуации является неверное толкование белорусскими правоприменителями термина «законность», содержащегося как в международно-правовых актах, так и в ч. 2 ст. 25 Конституции Республики Беларусь. На наш взгляд, этот термин следует трактовать как правомерность, т.е. правильность применения задержания и заключения под стражу к конкретному лицу, произведенного с соблюдением всех установленных в законе требований, а не только формальных оснований.

Если соответствующее толкование по данному вопросу будет принято Конституционным Судом Республики Беларусь, то оно окажет положительное влияние на существующую судебную практику и будет содействовать совершенствованию законодательства. В частности, дополнению ч. 1 ст. 144 УПК указанием на то, что судебная проверка должна осуществляться как в отношении законности, так и обоснованности задержания и заключения под стражу. Подобным образом определяется объект судебного контроля и в ч. 3 ст. 125 УПК Российской Федерации, где указано, что судья проверяет законность и обоснованность действий (бездействий) и решений органов уголовного преследования. Полагаем, что реализация этих предложений будет способствовать повышению эффективности судебного контроля за заключением под стражу в Республике Беларусь с целью обеспечения доступа к правосудию и надлежащей судебной защиты прав и законных интересов граждан.

14. ВВЕДЕНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛУШАНИЯ ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В СТАДИИ НАЗНАЧЕНИЯ И ПОДГОТОВКИ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Согласно УПК Республики Беларусь назначение и подготовка судебного разбирательства – это самостоятельная стадия уголовного процесса, в которой судья единолично, не предрешая вопроса о виновности или невиновности обвиняемого, изучая поступившее от прокурора уголовное дело, устанавливает наличие или отсутствие препятствий для рассмотрения дела в судебном заседании, принимает соответствующее решение и выполняет подготовительные действия к судебному разбирательству.

В данной стадии судья вправе: направить дело по подсудности; прекратить или приостановить производство по делу; изменить или отменить примененную к обвиняемому меру пресечения; принять меры, обеспечивающие возмещение вреда, причиненного преступлением, и возможную конфискацию имущества; разрешить заявления и ходатайства (ч. 1 ст. 276, ст. 277 УПК). Судья, установив, что отсутствуют основания, препятствующие рассмотрению дела в суде, принимает решение о назначении судебного разбирательства и принимает меры к его подготовке (ст. 282 и 283 УПК).

Зарубежный и отечественный опыт свидетельствует о том, что между расследованием и судебным разбирательством всегда должна существовать стадия, являющаяся своеобразным фильтром, не допускающим некачественно расследованные дела в судебное заседание. К сожалению, УПК 1999 г. ликвидировал такую форму судебного контроля за предварительным расследованием, какую представляла стадия предания обвиняемого суду в ранее действовавшем законе, не пытаясь ее реанимировать и повысить эффективность. Новый кодекс лишил судью в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства полномочий проверять наличие достаточных фактических и юридических оснований для рассмотрения дела в судебном заседании. Судья в настоящее время не вправе возвратить дело органу уголовного преследования для производства дополнительного расследования из данной стадии процесса. Хотя ст. 234 УПК 1960 г. позволяла в стадии предания суду в случае необходимости принять такое решение без затраты средств на проведение судебного разбирательства. Таким образом, в новом законе эта стадия потеряла свою функцию контроля за предварительным расследованием и стала носить чисто организационный характер.

Кроме того, в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства отсутствует состязательность, хотя эта деятельность судьи, на наш взгляд, является осуществлением правосудия. Все вопросы, подлежащие рассмотрению в данной стадии, решаются судьей единолично, без участия сторон и вне какой-либо процессуальной процедуры.

Следует отметить, что в УПК 1960 г. существовала возможность в определенных случаях провести распорядительное заседание суда, которое являлось коллегиальной формой предания обвиняемого суду. Уголовные дела в распорядительном заседании всех судов рассматривались в составе судьи и двух народных заседателей с обязательным участием прокурора (ст. 226 УПК 1960 г.). При этом в распорядительное заседание можно было вызвать для дачи объяснений лицо или представителя организации, заявивших ходатайство (ч. 1 ст. 225 УПК 1960 г.).

Однако эти элементы состязательности в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства в новом УПК были утрачены. Это привело к тому, что сегодня стороны не имеют воз-

можности заранее выразить свое мнение по разрешаемым судьей вопросам, лишены права лично обосновать свои ходатайства и высказать возражения по поводу ходатайств других участников. Думается, что недооценка возможностей данной стадии процесса и превращение ее на практике в пустую формальность, вряд ли способствует укреплению законности в следственной деятельности и повышению эффективности правосудия.

Назначением данной стадии должно быть устранение препятствий к разрешению дела по существу в судебном разбирательстве и обеспечение качественного его рассмотрения в суде первой инстанции. В настоящее время стадия назначения и подготовки судебного разбирательства, с одной стороны, не обеспечивает устранения допущенных органами уголовного преследования ошибок, с другой – позволяет оставлять дискуссионные вопросы для рассмотрения в суде первой инстанции, чем существенно осложняет и затягивает судебную деятельность. Следует создать такую процедуру для данной стадии уголовного процесса, которая бы реально обеспечивала невозможность назначения дела к судебному разбирательству при наличии имеющихся неустраненных недостатков, допущенных в ходе предварительного расследования.

Форма производства на данной стадии должна зависеть от вида вопросов, которые необходимо рассмотреть для подготовки уголовного дела к судебному разбирательству, и от наличия спора между сторонами о путях их решения. В связи с этим полагаем, что стадию назначения и подготовки судебного разбирательства следует осуществлять в двух формах: основной – единолично судьей и усложненной – путем проведения предварительного слушания в условиях состязательности.

Предварительное слушание как одна из форм предания обвиняемого суду широко применяется в Англии, США, Германии, Испании, Италии, Финляндии и других государствах. Предварительное слушание, как правило, предназначается для того, чтобы вызвать в судебное заседание стороны, заранее выяснить их позиции по делу, проверить допустимость представленных доказательств, рассмотреть заявленные ходатайства, в том числе и об исследовании в суде новых доказательств, т.е. проверить наличие достаточных оснований для будущего судебного процесса и создать условия для его качественного осуществления.

В Англии эту функцию осуществляют магистраты, которые по определенным категориям дел выступают в качестве «проверяющих судей». Они исследуют в судебном заседании доказательства и заслушивают мнения сторон. При этом участие обвиняемого является обязательным. Рассмотрение существа представленных доказательств поставлено в зависимость от наличия или отсутствия спора между сторонами.

В США предварительное слушание происходит только по делам об опасных преступлениях (felony) и проводится как судьями судов общей юрисдикции (окружных судов), так и ограниченной юрисдикции (мировыми судьями). В Калифорнии функции магистратов по осуществлению предварительного слушания прямо возлагаются на судей Верховного Суда штата, судей апелляционных, высоких и муниципальных судов. В рассмотрении участвуют обвиняемый, прокурор и защитник, которые допрашивают свидетелей обвинения. На практике такое слушание используется защитой для «прощупывания» доказательств, собранных прокурором. Свои доказательства на данном этапе защита предпочитает не «засвечивать», приберегая их для судебного разбирательства, где будет решаться вопрос о виновности обвиняемого. По итогам предварительного слушания делается вывод о том, выявлены ли достаточные основания для дальнейшего продвижения дела. При наличии оснований для привлечения обвиняемого к ответственности за опасное преступление магистрат или приравненный к нему судья принимает решение о направлении обвинительного документа и других имеющих отношение к делу материалов в суд, который должен рассматривать дело по существу.

Вместе с тем примерно в одной трети штатов США и на федеральном уровне основанием для рассмотрения такого дела в суде первой инстанции, если обвиняемый не возражает, является утверждение обвинительного акта решением большого жюри присяжных заседателей. Его количественный состав – от 16 до 23 человек. Хотя есть штаты, где допускается меньшее число присяжных. Так, в Техасе большое жюри образуют 12 присяжных, не менее 9 из которых образуют кворум. Для такого жюри принятое по итогам предварительного слушания решение магистрата или приравненного к нему должностного лица не является обязательным. Заседает большое жюри негласно, с обязательным участием прокурора и рассматривает только доказательства обвинения. По итогам рассмотрения оно принимает свое решение – утвердить или не утвердить обвинительный акт, представленный прокурором. Как показывает практика, после предварительного слушания отсеиваются от 5 до 15 процентов дел, которые проходят через такую процедуру, а после большого жюри – от 3 до 8 процентов рассматриваемых ими дел.

В Федеративной Республике Германия вопрос о предании обвиняемого суду решает тот орган, которому подсудно уголовное дело, но без участия шеффенов (народных представителей).

В участковом суде и суде шеффенов – единоличный судья, в большой палате по уголовным делам земельного суда – трое судей, в высшем земельном суде – сенат по уголовным делам в составе пяти судей. Дело рассматривается в закрытом заседании суда без участия прокурора. Его докладывает судья–докладчик, после чего обсуждается допустимость и необходимость дальнейшего преследования обвиняемого. Последнему предоставляется возможность заявить ходатайство об истребовании дополнительных доказательств или возражения против открытия судебного разбирательства.

При удовлетворении ходатайства об истребовании дополнительных доказательств дело на доследование не направляется. Необходимые следственные действия проводит сам участковый судья или поручает другому участковому судье, а палата по уголовным делам земельного суда может поручить это одному из своих членов. При этом судьи, проводившие следственные действия, не устраняются от участия в решении вопроса об открытии судебного разбирательства. Собирание дополнительных доказательств может проводиться и по инициативе самого судьи. В случае признания судьей (судом) возражений обвиняемого против открытия судебного разбирательства обоснованными уголовное дело производством прекращается и принимается решение об отказе в предании обвиняемого суду. Если возражения обвиняемого не подтвердились, то суд (судья) принимает решение о предании суду, а если обвиняемый скрылся или заболел – о временном приостановлении дела.

Данная стадия процесса в некоторых странах может превращаться в ускоренную форму судопроизводства. Так, в Италии существует несколько судебных процедур, которые осуществляются в стадии предварительного слушания уголовного дела (см. ст. 314, 444–448, 459 УПК 1988 г. и ст. 162 УК Италии).

Одна из таких процедур получила наименование «сокращенного разбирательства». Она разрешает уже на стадии слушания у судьи по предварительному рассмотрению уголовных дел вынести по делу приговор, если обвиняемый признает себя виновным и заявит ходатайство о сокращенном разбирательстве, а прокурор против такого ходатайства не возразит. При этом у обвиняемого возникает право на то, чтобы его наказание было сокращено на одну треть.

Другая названа «назначением наказания по соглашению сторон». Ее суть заключается в назначении еще в ходе предварительного слушания по совместному представлению прокурора и защитника наказания, не превышающего двух лет лишения свободы. До судебного разбирательства дело и в этом случае не доходит. Если осужденный не совершит другое такое же преступление в течение пяти лет или иное, наказуемое лишением свободы до двух лет, то он считается несудившимся.

Третья предусматривает возможность издания прокурором постановления, содержащего ходатайство, обращенное к судье по предварительному рассмотрению уголовных дел, о признании виновным лица, обвиняемого в незначительном преступлении (наказуемом штрафом или арестом до трех месяцев), и назначении ему штрафа в размере не более 50 процентов минимального предела штрафа, предусмотренного санкцией соответствующей статьи УК Италии. Решение принимается в отсутствие обвиняемого. Но в случае возражений последнего оно утрачивает свою силу, что влечет назначение судебного разбирательства и рассмотрение дела по существу в суде первой инстанции.

При этом «выгоду» извлекают обе стороны: обвиняемый получает существенно смягченное наказание, а государство освобождается от необходимости запускать в действие требующее значительного времени и недешевое судебное разбирательство. Ежегодно с соблюдением описанных процедур в Италии разрешается в среднем около 20 процентов всех уголовных дел. Хотя правомерность подобного ускоренного подхода, применяемого в стадии предания суду, до сих пор вызывает серьезные сомнения как у ученых, так и у практиков.

На постсоветском пространстве многие государства – участники СНГ также сохранили усложненную форму предания суду, доставшуюся им от ранее действовавшего законодательства. В Российской Федерации она стала именоваться предварительным слушанием, которое проводится по ходатайству сторон или инициативе суда при наличии: ходатайства стороны об исключении недопустимых доказательств; основания для возвращения уголовного дела прокурору; основания для приостановления или прекращения уголовного дела; ходатайства стороны о проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого; ходатайства обвиняемого о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей (ст. 229 УПК РФ). Таким образом, судья единолично вправе принять лишь решение о направлении уголовного дела по подсудности или о назначении судебного заседания (ч. 1 ст. 227 УПК). Во всех остальных случаях судья должен назначить предварительное слушание.

Предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон и ведением протокола. Предварительное слушание может быть проведено в отсутствие обвиняемого по его ходатайству. Неявка других своевременно извещенных участников

производства по уголовному делу не препятствует проведению предварительного слушания (ст. 234 УПК РФ).

В Украине подобная процедура называется предварительным рассмотрением дела и является единственной формой предания обвиняемого суду. В отличие от российского варианта по результатам предварительного рассмотрения дела судья вправе, наряду с другими решениями, в определенных случаях возвратить дело для дополнительного расследования (ст. 246 УПК). Однако решение вопроса об исключении недопустимых доказательств в данной стадии процесса не предусмотрено.

В Республике Казахстан проведение предварительного слушания необходимо для принятия судьей любого решения, кроме назначения судебного разбирательства, а также для рассмотрения ходатайств сторон и решения вопроса о проведении судебного разбирательства в сокращенном порядке (ст. 301 УПК). Вместо возвращения дела прокурору можно возвратить его для дополнительного расследования (ст. 303 УПК). Предварительное слушание имеет почти такую же процедуру, как в России и Украине (ст. 301 УПК).

Полагаем, что и в Республике Беларусь назрела необходимость вернуться к усложненной, состязательной форме решения вопроса о предании суду, которой является предварительное слушание, полностью оправдавшее свое существование в правосудии зарубежных стран.

Считаем, что инициатива в проведении предварительного слушания может исходить как от сторон, так и от суда. Ходатайство о его проведении может быть заявлено стороной после ознакомления с материалами уголовного дела по окончании предварительного расследования либо в течение 3 суток со дня получения копии постановления следователя, органа дознания о передаче уголовного дела прокурору для направления в суд.

Основаниями для проведения предварительного слушания в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства должна стать необходимость решения следующих вопросов:

– о недопустимости представленных доказательств;

В случае, если стороной заявлено ходатайство о признании доказательства недопустимым, судья должен выяснить у другой стороны, имеются ли у нее возражения против данного ходатайства. При отсутствии возражений судья удовлетворяет ходатайство и выносит постановление о назначении судебного заседания. В случае, если одна из сторон возражает против признания доказательства недопустимым, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами.

При рассмотрении ходатайства о признании доказательства недопустимым, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство.

Если суд принял решение о признании доказательства недопустимым, то оно теряет юридическую силу и не может исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства и при постановлении приговора. При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству сторон вправе повторно рассмотреть вопрос о признании данного доказательства допустимым.

– о возвращении дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом;

Такое решение принимается, в частности, тогда, когда постановление о привлечении в качестве обвиняемого составлено с нарушением требований закона, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного процессуального акта.

В этом случае судья обязывает прокурора в течение 5 суток обеспечить устранение допущенных нарушений. Производство каких-либо следственных или иных процессуальных действий, направленных на собирание новых доказательств по уголовному делу, возвращенному прокурору, не допускается. Не допускается также принятие процессуальных решений, от которых зависит дальнейшее движение дела (например, приостановления или прекращения производства по делу, возбуждения в рамках данного производства уголовного дела в отношении нового лица).

– о возвращении дела для производства дополнительного расследования;

Такое решение может быть принято только по ходатайству одной из сторон для привлечения к уголовной ответственности других лиц, если отдельное рассмотрение дела в отношении их невозможно; при наличии оснований для квалификации действий обвиняемого по статье УК, предусматривающей ответственность за более тяжкое преступление, или для предъявления ему обвинения, которое до этого не было предъявлено; при обнаружении существенных нарушений уголовно-процессуального закона, препятствующих рассмотрению дела судом.

Дело направляется для дополнительного расследования прокурору на срок до 1 месяца. При этом судья обязан указать в своем постановлении, по какому основанию дело возвращается, какие следственные действия должны быть проведены и какие обстоятельства должны быть дополнительно выяснены, а также решить вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого.

– о рассмотрении заявленных сторонами ходатайств;

Это могут быть ходатайства о допуске к участию в деле, о дальнейшем направлении дела, об истребовании дополнительных доказательств, о гражданском иске и мерах его обеспечения, об отмене и изменении меры пресечения и др. О результатах разрешения ходатайств уведомляются участники, их заявившие. Отказ в удовлетворении ходатайства обжалованию не подлежит. Однако в этом случае ходатайство может быть вновь заявлено в судебном заседании.

– о рассмотрении дела с применением сокращенного порядка судебного следствия, предусмотренного ст. 326 УПК;

В настоящее время этот вопрос решается непосредственно в судебном следствии после допроса обвиняемого. Полагаем, что для обсуждения и разрешения этого вопроса в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства необходимы следующие условия: а) преступление не является тяжким или особо тяжким; б) обвиняемый полностью признает свою вину и предъявленный ему гражданский иск; в) его признание не вызывает сомнений у прокурора, который при направлении дела в суд ходатайствует о проведении сокращенного порядка судебного следствия; г) обвиняемый и потерпевший согласны на применение сокращенной процедуры.

Полагаем, что судья вправе по собственной инициативе провести предварительное слушание и в других случаях, не указанных в законе, если считает это необходимым. Например, для решения вопроса о направлении дела по подсудности, прекращении или приостановлении производства по делу, назначении судебного разбирательства. Если в результате предварительного слушания будет принято решение о назначении судебного разбирательства, то судья обязан разрешить все вопросы, связанные с его подготовкой.

Предварительное слушание должно проводиться судьей единолично в закрытом судебном заседании с обязательным участием прокурора, обвиняемого и его защитника (если он участвует в деле). О времени и месте предварительного слушания стороны извещаются не менее чем за 3 суток до его проведения. Неявка своевременно извещенных участников судебного заседания не препятствует проведению предварительного слушания. В ходе предварительного слушания ведется протокол.

Предварительное слушание начинается с доклада судьи. Затем заслушивается лицо, по чьей инициативе было назначено предварительное слушание, если оно участвует в судебном заседании. Все явившиеся участники судебного заседания вправе высказать свое мнение по обсуждаемым вопросам и заявленным ходатайствам. Прокурор последним высказывает свое мнение о ходатайствах, заявленных другими участниками судебного заседания. Постановление судьи выносится в совещательной комнате.

15. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В КАССАЦИОННОМ И НАДЗОРНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ, А ТАКЖЕ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СУДОМ ВОПРОСОВ, СВЯЗАННЫХ С ИСПОЛНЕНИЕМ ПРИГОВОРА

Согласно ч. 5 ст. 14 Пакта каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону. Об этом же говорит и ст. 2 Протокола № 7 к Конвенции, принятого в 1984 году.

Согласно ст. 115 Конституции Республики Беларусь стороны имеют право на обжалование приговоров и других судебных постановлений. В Беларуси действует кассационный порядок пересмотра приговоров и постановлений суда, не вступивших в законную силу (раздел X УПК). Обжалованию и опротестованию подлежат приговоры всех судов первой инстанции, кроме приговоров Верховного Суда Республики Беларусь, которые вступают в законную силу с момента их провозглашения (ч. 6 ст. 370, ч. 2 ст. 399 УПК). Такое же положение содержится в ст. 2 Протокола № 7 к Конвенции, где указано, что из права на пересмотр приговора вышестоящей судебной инстанцией могут делаться исключения, когда соответствующее лицо было судимо уже в первой инстанции Верховным Судом.

По мнению Европейского Суда, процедура пересмотра судебных решений должна удовлетворять основополагающим принципам справедливости. К таким основополагающим принципам относятся практически все положения, зафиксированные в ст. 6 Конвенции, с возможными корректировками, не подрывающими, в тоже время, идею справедливого правосудия.

Так, по делу Д. Экбатани против Швеции заявитель оспаривал свою виновность и просил Апелляционный Суд провести публичное слушание и повторно допросить его и потерпевшего, в чем ему было отказано. В своей жалобе в Европейский Суд заявитель указал, что Апелляционный Суд нарушил ст. 6 Конвенции о праве на личное участие в судебном слушании. В результате рассмотрения жалобы и Европейская комиссия, и Европейский Суд пришли к выводу, что это положение п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенции подлежало применению по делу заявителя при производстве в Апелляционном Суде.

Европейский Суд отметил, что производство по уголовному делу представляет собой единое целое и защита, осуществляемая по ст. 6 Конвенции, не прекращается с решением суда первой инстанции. Поэтому к государству, где действуют апелляционные или кассационные суды, предъявляется требование обеспечить привлеченным к ответственности лицам возможность воспользоваться в этих судах основополагающими гарантиями, которые содержатся в ст. 6 Конвенции. Однако порядок применения этой статьи к разбирательству в апелляционных судах зависит от особенностей соответствующего производства: следует принимать во внимание всю систему судебного разбирательства в стране и место в ней апелляционной инстанции. В частности, если разбирательство в суде первой инстанции было публичным, то отсутствие публичности рассмотрения дела в судах второй или третьей инстанции может быть оправдано особенностями процедуры.

Если апелляционная жалоба затрагивает исключительно вопросы права, оставляя в стороне фактические обстоятельства дела, то требования ст. 6 Конвенции могут быть не нарушены и тогда, когда заявителю не была предоставлена возможность быть заслушанным в апелляционном или кассационном суде лично. По делу Д. Экбатани Апелляционный Суд Швеции был призван рассмотреть дело как в отношении фактических обстоятельств дела, так и вопросов права. В частности, он должен был решить вопрос о виновности или невиновности заявителя. С учетом обстоятельств данного дела и принципа справедливости разбирательства этот вопрос не мог быть решен надлежащим образом без непосредственной оценки показаний, данных лично заявителем, который утверждал, что не совершал действий, образующих состав преступления, и потерпевшим.

Принимая во внимание всю систему разбирательств в шведских судах, место и роль в ней Апелляционного Суда и характер поставленного перед ним вопроса, Европейский Суд пришел к выводу, что у данного дела не было особых черт, оправдывавших лишение заявителя права быть заслушанным в суде лично. Следовательно, имело место нарушение ч. 1 ст. 6 Конвенции.

По делу Вермюлена против Бельгии (1996 г.) заявитель утверждал, что при рассмотрении его дела в кассационной инстанции, вопреки требованиям ст. 6 Конвенции, не было соблюдено равенство процессуальных возможностей между сторонами. Был выслушан его адвокат, судья-докладчик и заместитель Генерального прокурора при Кассационном Суде. Заявитель жаловался на то, что не мог посредством своего адвоката дать ответ на выступление прокурора, а также сам обратиться к суду, поскольку находился под стражей.

Европейский Суд считает, что необходимо учитывать ту фактическую роль, которую играют представители Генеральной прокуратуры в ходе конкретного судебного разбирательства, и, в частности, содержание и последствия их заключений. Хотя заключение прокурора основывается на законе, тем не менее оно предназначено для того, чтобы оказать влияние на решение Кассационного Суда. Поэтому Европейский Суд полагает, что ст. 6 Конвенции о равенстве процессуальных возможностей подлежит применению и к решению Кассационного Суда, которое может в различной степени отразиться на положении заинтересованных лиц.

По делу Вермюлена против Бельгии, чья жалоба касалась вопросов права, заявитель не имел возможности ответить на заключение заместителя Генерального прокурора до окончания слушания дела, что нарушило его право на состязательный процесс. Указанное право означает, что у сторон в уголовном или гражданском процессе должна быть принципиальная возможность знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу материалами, комментировать их, в том числе и в отношении заключений, сделанных независимыми представителями национальной юридической службы (прокуратуры), с целью оказать влияние на решение суда. В связи с этим Европейский Суд решил, что отсутствие у заявителя возможности лично ответить на заключение представителя Генеральной прокуратуры в суде свидетельствует о нарушении ч. 1 ст. 6 Конвенции. Аналогичные решения были вынесены Европейским Судом и по делам Лобо Мачадо против Португалии (1996 г.), Ван Орсховен против Бельгии (1997 г.).

Законодательство Республики Беларусь устанавливает, что в заседании суда, рассматривающего уголовное дело в кассационном порядке, могут участвовать прокурор, защитник, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, представители (ч. 1 ст. 382 УПК). Вопрос об участии обвиняемого, содержащегося под стражей, в заседании суда, рассматривающего уголовное дело в кассационном порядке, решается этим судом. Явившийся в судебное заседание обвиняемый в любом случае допускается к даче объяснений (ч. 2 ст. 382 УПК). Обязательное участие обвиняемого и его защитника в рассмотрении уголовного дела в суде кассационной инстанции предусмотрено лишь в случае, когда обвиняемому назначено наказание в виде смертной казни (ч. 3 ст. 382 УПК).

Полагаем, что ч. 2 ст. 382 УПК, согласно которой вопрос об участии обвиняемого в заседании суда, рассматривающего дело в кассационном порядке, разрешается этим судом, не соответствует ч. 1 ст. 6 Конвенции. Указанная норма позволяет суду кассационной инстанции в случае, если он отклоняет ходатайство обвиняемого, содержащегося под стражей, о рассмотрении дела с его уча-

стием, принимать окончательное решение по делу, не предоставив такому лицу возможности в судебном заседании лично изложить свою позицию по рассматриваемым судом вопросам.

Аналогичная норма, содержащаяся в ч. 2 ст. 335 УПК РСФСР, постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 1998 г. № 27-П в связи с жалобой гражданина М. А. Баронина была признана не соответствующей Конституции РФ.

На основании вышеизложенного считаем необходимым внести изменения в ч. 2 ст. 382 УПК Республики Беларусь, предусмотрев обязательное участие обвиняемого, находящегося под стражей, в заседании суда кассационной инстанции, если обвиняемый ходатайствует об этом перед судом. В противном случае участие прокурора и отсутствие обвиняемого при рассмотрении дела в кассационном порядке свидетельствует о нарушении принципа состязательности и справедливости правосудия.

В еще более неблагоприятном положении оказывается осужденный при рассмотрении его дела в надзорной инстанции. Если при рассмотрении дела в порядке кассационного производства обвиняемый и другие участники уголовного процесса вправе ознакомиться с поступающими в суд жалобами и протестами и подать на них свои возражения (ч. 2 ст. 373 УПК), то при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора заинтересованные лица могут ознакомиться с содержанием протеста, только если они будут приглашены на заседание суда (ч. 3 ст. 411 УПК).

Кроме того, само приглашение в надзорную инстанцию даже лица, не содержащегося под стражей, зависит от усмотрения суда. Ведь согласно ч. 3 ст. 411 УПК участники процесса могут быть приглашены на заседание суда, рассматривающего уголовное дело в порядке надзора, для дачи объяснений только «в необходимых случаях». В тоже время в рассмотрении уголовного дела в порядке надзора участие соответствующего прокурора является обязательным (ч. 2 ст. 411 УПК).

В отличие от процедуры кассационного производства, которая предоставляет возможность присутствующим гражданам дать объяснения после обоснования прокурором своего протеста (ч. 3 ст. 384 УПК), процедура рассмотрения дела в надзорной инстанции этого не допускает. Так, согласно ч. 4 и ч. 5 ст. 411 УПК заинтересованные лица вправе давать свои устные объяснения после доклада судьи, но до выступления прокурора.

При этом следует иметь в виду, что как кассационная, так и надзорная судебные инстанции вправе принять решение, направленное на ухудшение положения осужденного, если дело рассматривается не по его жалобе, а по жалобе потерпевшего или протестам уполномоченных на то должностных лиц, ставящих вопрос об отмене приговора и повороте судебного решения в неблагоприятную для осужденного сторону (ч. 2 ст. 386, ч. 3 ст. 414 УПК).

Поэтому неудивительно, что аналогичные положения ч. 3 ст. 377 УПК РСФСР постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2000 г. № 2-П по жалобам граждан А. Б. Аулова, А. Б. Дубровской, А. Я. Карпинченко, А. И. Меркулова, Р. Р. Мустафина и А. А. Стубайло были признаны несоответствующими Конституции РФ.

В своем решении Конституционный Суд РФ записал: «Принципы состязательности и равноправия сторон распространяются на все стадии уголовного судопроизводства. Это означает, что на разных стадиях уголовного процесса, в том числе и в надзорной инстанции, прокурор и обвиняемый (осужденный, оправданный) должны обладать соответственно равными процессуальными правами. Вопреки указанным требованиям, ст. 377 УПК РСФСР, признавая обязательное участие прокурора в суде надзорной инстанции и допуская возможность рассмотрения дела без выяснения отношения осужденного, оправданного к вопросам, поставленным в протесте, наделяет тем самым одну из сторон в состязательном процессе – прокурора – дополнительными возможностями в отстаивании своей позиции, в обсуждении всех вопросов, связанных с разбирательством дела, чем ставит ее в преимущественное положение по сравнению с другой стороной – обвиняемым. Это тем более недопустимо в тех случаях, когда в протесте – независимо от того, кем из управомоченных должностных лиц он принесен – ставится вопрос об отмене состоявшегося по делу судебного решения по основаниям, ухудшающим положение осужденного или оправданного». Все эти доводы в полной мере можно отнести и к ч. 3 ст. 411 УПК Республики Беларусь.

Установленный порядок рассмотрения дела в надзорной инстанции нарушает не только права осужденного, оправданного и его защитника, но и потерпевшего. Ведь ч. 3 ст. 411 УПК, связывающая реализацию прав потерпевшего с усмотрением суда, а не с волеизъявлением самого потерпевшего, нарушает его права на судебную защиту и доступ к правосудию. Обеспечение потерпевшему, также как осужденному, оправданному, возможности довести до суда свою позицию относительно доводов протеста наряду с обязательным участием прокурора в заседании суда надзорной инстанции позволит в большей степени реализовать и состязательные начала судопроизводства.

Кроме того, рассмотрение любого уголовного дела в надзорной инстанции осуществляется фактически в закрытом судебном заседании, хотя в ст. 411 УПК об этом ничего не говорится. Меж-

ду тем участие в нем осужденного, его защитника, потерпевшего и других заинтересованных лиц исключительно по приглашению суда, которое на практике почти никогда не осуществляется, делает такой вывод вполне обоснованным. Следовательно, в данном случае имеет место нарушение права граждан на публичное рассмотрение дела судом, предусмотренное ч. 1 ст. 14 Пакта и ч. 1 ст. 6 Конвенции.

Как известно, надзорный порядок пересмотра судебных решений не предусматривает прямого обращения граждан с жалобой в суд. Согласно ст. 404 УПК жалобы подаются только определенным должностным лицам суда и прокуратуры, которые вправе возбудить надзорное производство путем принесения протеста на вступивший в законную силу приговор либо отказать в этом (ст. 410 УПК). Это значит, что реализация права на судебную защиту в надзорном производстве не зависит от волеизъявления гражданина.

На основании изложенного полагаем, что в отличие от кассационного производства надзорный порядок пересмотра судебных решений не может рассматриваться в качестве надлежащего эффективного средства судебной защиты, которое должно быть обеспечено каждому, чьи права и свободы нарушены согласно ч. 3 ст. 2 Пакта, поскольку не соответствует принципам справедливого и состязательного правосудия.

Такой вывод обусловлен тем, что надзорный порядок:

– не предусматривает прямого обращения граждан в суд, а возбуждается только по протесту определенного круга должностных лиц суда и прокуратуры;

– не предусматривает ознакомление с содержанием протеста всех заинтересованных лиц;

– осуществляется практически в закрытом судебном заседании в отсутствие осужденного, его защитника и потерпевшего, участие которых зависит от усмотрения суда.

Как указывает в своих решениях Европейский Суд, принцип состязательности и равноправия сторон должен распространяться на все судебные стадии уголовного процесса. Поэтому существующий в Республике Беларусь надзорный порядок пересмотра приговоров, вступивших в законную силу, нуждается в изменении.

Полагаем, что сторонам должны направляться копия протеста в порядке надзора и извещение о времени и месте его рассмотрения надзорной инстанцией, праве участвовать в судебном заседании и подать свои возражения и объяснения на протест с приложением необходимых документов. Соответствующие дополнения и изменения следует внести в ст. 410 и 411 УПК.

Не соответствует в полной мере требованиям справедливости и процедура рассмотрения судом вопросов, связанных с исполнением приговора (определения, постановления). Согласно ст. 402^2 УПК эти вопросы разрешаются судьей единолично в судебном заседании с участием прокурора. Осужденный же в судебное заседание вызывается «как правило». Такое различное отношение законодателя к сторонам и их личному участию в осуществлении правосудия нарушает принцип равноправия уголовного судопроизводства.

Рассмотрение судом вопросов, связанных с исполнением приговора, происходит фактически в закрытом судебном заседании, хотя ни в ч. 2 ст. 23 УПК, ни в ст. 402^2 УПК об этом ничего не говорится. Это нарушает право граждан на публичное слушание дела.

В соответствии со ст. 187 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Беларусь (далее – УИК) представление об условно-досрочном освобождении лица от отбывания наказания либо замена ему неотбытой части наказания более мягким, а также по другим вопросам, направляется в суд органом или учреждением, исполняющим наказание. Сам осужденный не имеет права непосредственно обратиться в суд по большинству вопросов, возникающих при приведении приговора в исполнение. Такое положение препятствует реализации его права на судебную защиту и нарушает принцип справедливости и равенства сторон. Следовательно, порядок обращения в суд по вопросам, возникающим при исполнении приговора, и процедура рассмотрения такого обращения в судебном заседании также нуждаются в совершенствовании.

Думается, что осужденный должен иметь право при определенных условиях непосредственно обратиться в суд с ходатайством об условно-досрочном освобождении от наказания, а также по другим вопросам, возникающим при исполнении приговора, и участвовать в их рассмотрении в судебном заседании. Для этого следует внести изменения в ст. 402^2 УПК и ст. 187 УИК.

В 2001 году в решениях Второго съезда судей Республики Беларусь было указано: «выработать более действенный правовой механизм пересмотра принятых по первой инстанции решений путем введения апелляционного производства». Возможность образования наряду с кассационными апелляционных судебных коллегий в составе областных (Минского городского) судов и Верховного Суда предусмотрено Кодексом Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, принятым в 2006 году (ст. 35, 45). Однако до сих пор апелляционные инстанции в белорусской судебной системе не созданы, хотя соответствующий проект закона о внесении изменений и дополнений в УПК разработан Верховным Судом Республики Беларусь.

Мировой опыт свидетельствует, что в «чистом», классическом виде кассация и апелляция как формы обжалования приговора суда первой инстанции, не вступившего в законную силу, применяются крайне редко. Каждое государство конструирует из этих двух форм собственную процедуру проверки приговора суда первой инстанции и присваивает ей то или иное название. Так, в США он называется апелляцией, хотя по существу является кассационным производством. Во Франции существует и апелляция, и кассация в классическом виде. Причем последняя осуществляется только высшим судебным органом государства – Кассационным Судом Франции. В Германии действует апелляционное производство с элементами кассации.

На постсоветском пространстве ряд государств ввели апелляционные инстанции наряду с сохранением кассационных. Это, в частности, Казахстан, Литва, Эстония, Украина. В Российской Федерации апелляция предусмотрена лишь для проверки приговоров и решений мирового судьи.

Полагаем, что апелляцию следует вводить наряду с сохранением кассационного производства. Ведь последнее является наиболее эффективной формой проверки жалоб по вопросам права, когда речь идет о несправедливом наказании (ст. 393 УПК), неправильном применении уголовного закона (ст. 392 УПК), и не требует нового судебного разбирательства, а лишь изучения материалов дела. Предметом же апелляционного рассмотрения должны стать жалобы по вопросам факта, когда речь идет о невиновности обвиняемого, существенных нарушениях процессуального закона (ст. 391 УПК), несоответствии выводов суда фактическим обстоятельствам дела (ст. 390 УПК). Для исправления указанных недостатков необходимо новое судебное разбирательство, которое и проведет апелляционная инстанция.

Введение апелляционного производства позволит не возвращать дело на новое судебное разбирательство в суд первой инстанции, что нередко делается сегодня в результате кассационного рассмотрения жалобы или протеста и отмены приговора. Это зачастую приводит к волоките, утрате отдельных доказательств, нарушению сроков содержания под стражей, а тем самым – к нарушению законных прав и интересов обвиняемого, потерпевшего. Создание института апелляции устранит указанные недостатки и предоставит суду второй инстанции возможность самому исправлять выявленные ошибки, вынося при этом новый приговор в условиях публичного рассмотрения дела с соблюдением принципа справедливости и состязательности.

Полагаем, что гармоничное сочетание преимуществ апелляции и кассации при отправлении правосудия создаст необходимые условия для реформирования надзорного производства, которое должно на деле стать исключительной стадией процесса и осуществляться в строго определенных законом случаях только Верховным Судом Республики Беларусь.

РЕЗЮМЕ

Белорусское законодательство, регулирующее осуществление принципа состязательности уголовного судопроизводства, в целом соответствует международно-правовым стандартам. Однако некоторые положения УПК не отвечают требованиям международных договоров Республики Беларусь, определяющих права и свободы человека и гражданина. В связи с этим законодательство Республики Беларусь нуждается в совершенствовании в следующих направлениях:

1) предоставить право поддерживать государственное обвинение в суде должностному лицу органа прокуратуры. Для этого необходимо внести изменения в п. 3 ст. 6 УПК;

2) справка о результатах проведенного по делу предварительного расследования (ст. 262 УПК) должна утверждаться прокурором, вручаться обвиняемому и подлежать приобщению к материалам уголовного дела;

3) в ст. 293 УПК следует указать, что в случае полного или частичного отказа от обвинения государственный обвинитель должен представить суду в письменной форме свою мотивированную позицию для приобщения к протоколу судебного заседания. Этот документ должен быть согласован с прокурором, направившим уголовное дело в суд, и удостоверен его подписью;

4) дополнить ч. 3 ст. 103 УПК указанием на то, что сведения, собранные защитником, по его ходатайству подлежат приобщению к делу;

5) дополнить ст. 290 УПК обязанностью суда оказывать сторонам по их ходатайству содействие в представлении доказательств;

6) исключить п. 2 ч. 1 ст. 389 УПК, предусматривающий возможность отмены приговора в связи с неполнотой судебного следствия в случае, если судом по собственной инициативе не были исследованы доказательства, имеющие значение для правильного разрешения дела;

7) изложить в ст. 333 УПК перечень обстоятельств, исключающих явку в суд потерпевшего и свидетеля, и определить, что во всех других случаях их неявки в судебное заседание оглашение их показаний, данных в досудебном производстве, возможно только с согласия сторон;

8) предоставить право только суду в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства принимать решение об освобождении лица от явки в судебное заседание на основании моти-

вированного ходатайства прокурора, направившего дело в суд. Указанные дополнения необходимо внести в ст. 65, 266 и 281 УПК;

9) предусмотреть в ч. 1 ст. 66 УПК в качестве процессуальной меры безопасности допрос защищаемого лица в закрытом судебном заседании в отсутствии обвиняемого, но с участием его защитника;

10) дополнить п. 2 ч. 1 ст. 328 УПК указанием на то, что огласить показания обвиняемого, данные в досудебном производстве, при его отказе от дачи показаний в судебном заседании можно лишь при согласии самого обвиняемого и его защитника;

11) считать недопустимыми доказательствами показания обвиняемого, подозреваемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные обвиняемым в суде. Указанным положением следует дополнить ст. 105 УПК;

12) предусмотреть в ст. 308 УПК обязанность суда приобщить к материалам уголовного дела звуко- или видеозапись судебного заседания, сделанную сторонами;

13) внести изменения в ст. 126 УПК, предусмотрев применение меры пресечения в виде заключения под стражу и продление ее сроков только по судебному решению, которое должно приниматься на основании соответствующего ходатайства прокурора;

14) процедура судебной проверки законности задержания, заключения под стражу и продления его сроков (ст. 144 УПК) должна предусматривать право арестованного на личное участие в судебном заседании при рассмотрении его жалобы;

15) внести дополнения в раздел XI УПК «Исполнение приговора», предусмотрев в отдельной статье порядок рассмотрения и разрешения судом жалоб осужденных к лишению свободы на применение к ним администрацией исправительного учреждения определенных мер взыскания;

16) предусмотреть в главе 16 УПК право на обжалование в суд действий и решений органов уголовного преследования, которые препятствуют доступу к правосудию либо нарушают конституционные права и свободы граждан;

17) Конституционному Суду Республики Беларусь дать толкование термина «законность задержания или ареста», содержащегося в ч. 2 ст. 25 Конституции;

18) дополнить ст. 144 УПК указанием на то, что судебная проверка должна осуществляться как в отношении законности, так и обоснованности задержания и заключения под стражу;

19) в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства (глава 33 УПК) предусмотреть проведение судьей предварительного слушания с участием сторон для решения следующих вопросов: о недопустимости представленных доказательств; о возвращении дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом; о возвращении дела для производства дополнительного расследования; о рассмотрении заявленных сторонами ходатайств; о рассмотрении дела с применением сокращенного порядка судебного следствия;

20) внести изменения в ч. 2 ст. 382 УПК, предусмотрев обязательное участие обвиняемого, находящегося под стражей, в заседании суда кассационной инстанции, если обвиняемый ходатайствует об этом перед судом;

21) предусмотреть в ст. 410 УПК направление сторонам копии протеста в порядке надзора, их извещение о времени и месте рассмотрения дела надзорной инстанцией, праве участвовать в судебном заседании и подавать свои возражения и объяснения на протест с приложением необходимых документов. Соответствующие изменения следует внести в ст. 411 УПК;

22) предоставить осужденному при определенных условиях право непосредственно обращаться в суд с ходатайством об условно-досрочном освобождении от наказания, а также по другим вопросам, возникающим при исполнении приговора, и участвовать в их рассмотрении в судебном заседании. Для этого следует внести изменения в ст. 402^2 УПК и ст. 187 УИК;

23) наряду с сохранением кассационного производства необходимо ввести апелляционный порядок рассмотрения жалоб и протестов на приговоры, не вступившие в законную силу, дополнив раздел X УПК соответствующей главой. При этом пересмотр приговоров в порядке надзора следует осуществлять только Верховному Суду Республики Беларусь в строго определенных законом случаях.

Комментарии к отчету по теме «Состязательность в уголовном процессе» международного эксперта проекта Смирнова А. В.[112]

1. Автор отчета совершенно верно указывает на то, что справедливость судебного разбирательства является требованием, предъявляемым международным сообществом к уголовному правосудию. Вместе с тем не во всех смыслах можно согласиться с тем, что «требование соответствия, как основное содержание справедливости, применительно к правосудию выражается в его осуществлении на основе полного равенства». На наш взгляд, данный вопрос имеет основополагающее методологическое значение для понимания состязательности как типа судопроизводства и оценки в дальнейшем положений данного отчета, и поэтому требует несколько более глубокого освещения.

Не следует ставить знак равенства между понятиями справедливости и полного равенства. Равенство есть признак не всякой справедливости. Что следует понимать под справедливостью? По Аристотелю, справедливость – это определенная характеристика таких отношений между людьми, которые нуждаются по своей природе в известной мере. «Итак, правосудность сия есть полная добродетель, однако, не безотносительно, но в отношении к другому». Опираясь на анализ работ Аристотеля (Никомахова и Большая Этика), исследователи выделяют три вида подобных отношений: распределения, обмена и воздаяния. Им соответствуют три разновидности справедливости: а) дистрибутивная, или распределительная; б) коммутативная, или обменивающая; в) ретрибутивная, или воздающая. При этом справедливость каждого из этих видов может быть либо *разделяющей*, либо *уравнивающей*. Дистрибутивная (распределительная) справедливость ведает распределением благ между членами общества на основании некоего принятого критерия, например: «каждому по его труду» (разделяющая справедливость) либо распределением благ поровну (уравнивающая справедливость). Коммутативная, т.е. обменивающая, справедливость предполагает либо равный пропорциональный обмен (например, эквивалентный товарообмен, т.е. уравнивающая коммуникативная справедливость), либо неравный пропорциональный обмен (например, обмен между господином и рабом, т. е. разделяющая коммуникативная справедливость). Наконец, ретрибутивная (воздающая) справедливость проявляет себя как в неравном пропорциональном воздаянии (наказание, пропорциональное степени общественной опасности деяния), так и в равном воздаянии, например, в случае применения принципа талиона: «око за око, зуб за зуб». В случае применения разделяющей справедливости стороны в судопроизводстве могут быть не равны.

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод в статье 6 предусматривает право на справедливое судебное разбирательство, однако примечательно, что при упоминании о публичности судебного разбирательства, независимом и беспристрастном суде, презумпции невиновности, праве обвиняемого на защиту, на очную ставку, в Конвенции не используется термин состязательность, учитывая, по-видимому, что культурные, исторические, политико-правовые традиции в разных странах могут различаться, и что реальный уголовный процесс в большинстве государств Европы строится не по чисто состязательному, а смешанному типу, когда элементы состязательности сочетаются с отдельными инквизиционными признаками. Конвенция не требует от судебной системы принадлежности к какой-либо определенной модели. Статья 6 Конвенции налагает на государства обязанность добиваться конечного результата. Они пользуются широкой свободой усмотрения в выборе средств, позволяющих их судебной системе соответствовать требованиям справедливости. Средства, предлагаемые внутренним правом, в любом случае должны быть эффективными. Судебная практика Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) в своем толковании использует метод глобальной оценки, состоящий в том, что разнообразные гарантии, предусмотренные статьей 6 Конвенции, есть лишь отдельные грани целого, обобщающей характеристикой которого, диалектически снимающей все особенное в национальных процессуальных системах, являются справедливость и эффективность правосудия.

Следует заметить, что коммуникативный способ социального действия, который наиболее адекватен современному постиндустриальному обществу, предполагает не конфронтацию равных, но недружелюбных друг другу сил, а конструктивное взаимодействие субъектов, объединенных в едином общественном дискурсе. Наделение сторон лишь одинаковыми правами объективно создает преимущество не правому, но сильному. Именно поэтому пострадавшему от преступления государство дает официальную защиту и поддержку, зачастую вовсе заменяя его в судебном споре. Преобладающий в настоящее время состязательный публично-исковой процесс пытается обеспечить это при помощи юридических гарантий. Сторона уголовного преследования, за плечами которой стоит государство, как правило, фактически неизмеримо сильнее обвиняемого, даже если последний пользуется помощью защитника. Защите поэтому даются права не равные, а увеличен-

[112] Смирнов Александр Витальевич (Россия), доктор юридических наук, профессор, советник Конституционного Суда Российской Федерации, государственный советник юстиции Российской Федерации 1-го класса.

ные (*лат., favor defencionis*, преимущество защиты) с тем, чтобы уравновесить в судопроизводстве наступательную мощь ее официального противника. То есть важно соблюдение не формального равенства (равноправия) сторон, а равенства уголовно-процессуальных функций, которое может обеспечиваться самими различными способами. Правда, делается это пока достаточно формально и механически, за счет поддержания слабейшего соперника дополнительными юридическими условиями и гарантиями. Среди них наиболее важны презумпция невиновности, толкование сомнений в пользу обвиняемого, возложение бремени доказывания на обвинителя и т. д. Это до некоторой степени служит поддержанию фактического равенства сторон, но именно «до некоторой степени», потому что ограниченные средства, которые публично-исковой процесс в состоянии предоставить слабейшему, имеют лишь пассивно-оборонительный характер.

Вместе с тем публично-исковое состязательное производство не является окончательным словом в истории уголовного процесса. Со второй половины XX столетия наметилась новая тенденция в его развитии, которая, как представляется, будет определять развитее уголовно-процессуальной формы на всем протяжении XXI века. Формирующийся порядок судопроизводства делает преимущества одинаково доступными и надежными для каждого, а не только для сильного или властного, как это имело место в предыдущих, частно- и публично-исковых видах состязательности. «Малое в большом – прекрасно» – лозунг информационной цивилизации актуален и для нового судопроизводства. В этом смысле можно говорить о развитии и одновременно преобразовании состязательного начала в новом, нарождающемся процессе в некую новую сущность. В ней проявляется стремление обеспечить стороны не просто равными, но фактически достаточными возможностями для активной защиты своих законных интересов. В отличие от искусственного выравнивания сторон за счет предоставления защите ряда пассивных гарантий, как это происходит в старом, состязательно-исковом процессе, участники процесса наделяются новыми, несовпадающими правами, своего рода дискреционными полномочиями сторон. Практически они означают, во-первых, обязательность для официальных органов, и в первую очередь для суда, определенных законных требований сторон (главным образом, касающихся получения доказательств и приобщения их к материалам дела), а во-вторых, возможность реализации своих прав непосредственно самими сторонами в силу указания закона, без испрашивания каждый раз разрешения у какой-либо процессуальной инстанции. Так, за потерпевшим в современных процессуальных системах все чаще закрепляется право на участие в осуществлении функции обвинения дополнительно с государственным обвинителем или субсидиарно, в случае, если тот отказывается от обвинения (реальный аналог – *voie d'intervention* по УПК Франции, а также положение ч. 8 ст. 293 УПК Республики Беларусь). Потерпевший вправе также возбудить уголовное преследование, после чего предварительное следствие проводится публичным органом в обычном порядке (*фр., voie d'action*). Наконец, в случае отказа публичного органа возбудить уголовное преследование потерпевший может заставить его сделать это путем обжалования данного решения в суде (как, например, в Австрии). Но, конечно, наиболее радикальным вариантом остается предоставление частному лицу права самому возбудить уголовное преследование и провести досудебную подготовку. «Второе издание» диспозитивного начала в уголовном процессе, во многом утраченное при публичной состязательности, проявляется в возросших возможностях сторон по примирению в ходе судопроизводства, заключению между собой соглашений, в том числе при квалифицированном общественном посредничестве (медиация). Соглашения могут заключаться обвиняемым и с государством в лице органов уголовного преследования и суда, включая договорные начала при определении мер уголовной ответственности в отношении виновного (транзакция и т. д.). Все это свидетельствует о том, что публичный уголовный процесс приобретает в современном мире более демократическую и либеральную форму, которая не вполне вписывается в традиционную комбатантную состязательно-исковую модель. Скорее она может характеризоваться как постсостязательное судопроизводство, в котором стремится найти свое выражение коммуникативный тип социального действия.

1. СУБЪЕКТЫ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНЕНИЯ В СУДЕ

При анализе состязательности автор отчета ограничивается рассмотрением лишь судебных стадий, мотивируя это тем, что Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь (далее – УПК РБ) в ст. 24 и ее Конституция (ст. 115) предусматривают состязательное построение процесса только применительно к правосудию. Однако методологически это не вполне оправданно. Как уже отмечалось нами выше, смешанный характер уголовного процесса наиболее характерен для большинства европейских уголовно-процессуальных форм, причем в континентальных системах на подготовительных стадиях процесса, предшествующих судебному разбирательству дела по существу, состязательные, а во многом и постсостязательные начала глубоко проникают в ткань предварительного расследования, где прежде безраздельно царствовал инквизиционный принцип. В связи с этим в исследованиях типа уголовного процесса, подобных данному, не следует игнорировать

досудебные стадии. Более того, именно там надо искать основной «ген» дальнейшего развития судопроизводства. Таким образом, главным резервом для развития уголовного судопроизводства является сейчас предварительное расследование.

Последнее в континентальном процессе долгое время строится по французскому образцу, в основе которого лежит наполеоновский Кодекс уголовного следствия (*Code d'instruction criminelle*) 1808 года. Классический принцип этой модели – отделение функции уголовного преследования, выполняемой прокуратурой, от функции предварительного следствия – был сохранен и во французском УПК Франции 1958 года. За счет этого, как мыслят французские правоведы (и не только они), обеспечивается состязательность предварительной подготовки, поскольку следственный судья, производящий предварительное расследование, остается беспристрастным и объективным. С другой стороны, прокурор, призванный поддерживать в суде обвинение, становится более требовательным к качеству представленного ему следователем материала, ибо до тех пор, пока он не принял материалы обвинения к своему производству, он еще не несет никакой ответственности за недостатки предварительного расследования и потому не заинтересован в том, чтобы спустить вопрос «на тормозах».

С учетом сказанного предложение автора данного отчета о наделении следователей и дознавателей прерогативой поддержания государственного обвинения в суде представляется расходящимся с названным общепринятым подходом в европейском уголовном процессе. Ссылка на российский опыт также является не вполне уместной, так как Федеральным Законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный Закон «О прокуратуре Российской Федерации» (на который, впрочем, указывает и сама автор) данное положение исключено из Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ).

Оценивая предложения по состязательному преобразованию белорусского уголовного процесса, необходимо учитывать и другие ведущие тенденции в развитии европейских процессуальных форм. Так, попытки реформировать предварительное расследование начали предприниматься в континентальной Европе с середины 70-х гг. XX века, но особенного размаха достигли в конце 80-х – начале 90-х годов. При этом реформы шли в двух близких, обычно пересекающихся направлениях. Первое из них было связано с передачей следственных функций прокуратуре и отказом от фигуры следственного судьи либо превращением судьи-следователя в «судью над следствием», функция которого ограничивается судебным контролем. Считается, что такое преобразование способствует превращению досудебной подготовки в состязательную судебную процедуру. Второе направление состоит в уравнивании прав обвинения и защиты, что также рассматривается как поворот к состязательности.

С учетом этого, можно выделить несколько моделей реформирования континентальных процессуальных систем, в рамках которых в той или иной степени реализовывались указанные направления. Противоположными крайними вариантами являются, на наш взгляд, французский и итальянский (последний взяла за образец также Финляндия), между которыми можно поместить германский, а также португальский и испанский. К последним двум промежуточным моделям приближен проект реформы французского процесса, предложенный в 1989 г. комиссией под председательством профессора М. Дельмас-Марти. Франция посредством недолго просуществовавшего закона от 4 января 1993 года сделала попытку смягчить следственный характер досудебной подготовки. Однако посягнуть на французскую судебную реликвию – *juge d'instruction* – авторы того закона не посмели, ограничившись лишь тем, что освободили следственного судью от несостязательной обязанности самому предъявлять обвинение. Расследование во французском процессе по-прежнему ведет судья-следователь, принимающий дело к своему производству, собирающий доказательства, заключающий под стражу и, как и раньше, фактически предъявляющий обвинение. Иначе говоря, следственный судья продолжает совмещать юрисдикционные (судебные) полномочия с расследованием преступления, которое практически неотделимо от уголовного преследования. В общем и целом предварительное расследование во Франции осталось смешанным, с относительно влиятельной розыскной составляющей. Несколько забегая вперед, можно отметить, что своеобразным отражением французской модели по-прежнему являются российский уголовный процесс.

В отличие от Франции Италия, которая в 1989 г. после 25-летних исследований, начатых еще в 60-е годы комиссией Министерства юстиции под председательством профессора Ф. Карнелутти, удивила мир новым ультрасостязательным кодексом, который почти зеркально воспроизвел на Апеннинах английскую модель судопроизводства. В самом деле новый кодекс перенес предварительное следствие в заседание суда первой инстанции, где оно сделалось состязательным аналогом английского *arraingment* (предварительного слушания), оставив досудебную подготовку (дознание) прокурору и полиции. Судебное разбирательство, таким образом, складывается из двух

частей – предварительного следствия и судебного рассмотрения с прениями сторон. Поскольку прокуратура и другие органы уголовного преследования в состязательном процессе – лишь сторона, уравненная в правах с защитой, самостоятельно собранные ими материалы по общему правилу (которое, впрочем, знает целый ряд исключений, вызванных практическими соображениями) не могут рассматриваться как судебные доказательства и не должны приниматься во внимание судом без состязательной проверки. Это привело итальянского законодателя к идее «двух папок»: первая – с материалами дознания, вторая – с доказательствами, полученными на стадии судебного разбирательства. Суд не имеет права даже знакомиться с «первой папкой», что должно обеспечить полную непредвзятость исследования им доказательств в судебном разбирательстве («вторая папка»). Процесс формирования доказательств почти целиком сместился в судебные стадии. При этом инициатива их получения перешла от суда к сторонам, по просьбе которых по общему правилу только и допускаются теперь в процесс доказательства. Итак, предварительная подготовка в итальянском процессе в самом деле стала целиком состязательной, но в такой форме, что за это пришлось заплатить крайним рассредоточением материалов дела, риском утраты важной информации, добытой на дознании.

В Финляндии модель процесса, весьма близкая к очерченному выше (и считающаяся здесь «аккузаторной»), была учреждена в 1998 г. законом о судопроизводстве по уголовным делам. Предварительное расследование здесь производится полицией, а за возбуждение и поддержание судебного преследования отвечает официальный обвинитель. Причем потерпевшая сторона в случае его отказа может самостоятельно возбудить обвинение. По сложным делам назначается предварительное судебное исследование, которое может проводиться как в виде устного слушания сторон, так и в упрощенной документальной форме путем представления сторонами суду письменных заключений по отдельным вопросам дела. Фактически используется и система «двух папок», поскольку чтение в главном судебном рассмотрении документов и докладов, как правило, воспрещено, и суд должен обосновывать свое решение тем, что непосредственно предъявлено в заседании, а не протоколами и другими письменными материалами.

Промежуточное положение между французской и «итало-финской» моделями реформ предварительного расследования условно занимают немецкая и испанская. Общее у всех систем то, что судья продолжает принимать непосредственное участие в следственных действиях в ходе предварительной подготовки. Это напоминает французский вариант, однако судейское участие здесь все же ограничено, ибо основная, или, по крайней мере, существенная доля инициативы по собиранию доказательств переходит от следственного судьи к сторонам.

В Германии законом от 9 декабря 1974 года «О реформе уголовно-процессуального права» был ликвидирован институт предварительного следствия, а его место заняло прокурорско-полицейское дознание, в котором принимает участие и так называемый судья-дознаватель. Его главные задачи состоят в легализации судебных доказательств путем проведения по ходатайству сторон (в первую очередь, прокурора и полиции) судейских следственных действий (§ 162–163а УПК ФРГ) и в решении вопроса об аресте. Однако немецкому «судье-дознавателю» были оставлены и некоторые чисто следственные полномочия, например, право по своей инициативе (*ex officio*) производить неотложные следственные действия (163), допрашивать обвиняемого (§ 135), руководить деятельностью эксперта (§ 79). То есть наполовину «судья-дознаватель» остался судьей-следователем, хотя и не принимает дела к своему производству.

В Испании проявился, на наш взгляд, наиболее последовательный реформаторский подход. Закон о сокращенном уголовном судопроизводстве 1988 г. также перераспределил следственные полномочия в пользу прокуратуры, но лишь по делам о менее тяжких преступлениях. Особый же интерес представляет органический закон о суде присяжных 1995 г., который учредил оригинальную процедуру досудебной подготовки, где следственные судейские действия по традиционному французскому образцу чередуются с состязательными предварительными слушаниями с участием сторон, что явно заимствовано из английского процесса. На них стороны могут заявлять ходатайства о проведении судьей следственных действий, о прекращении дела, излагать свои соображения о квалификации, об изменении обвинительного заключения и т. д. Следственный судья на этих слушаниях принимает так называемое постановление, констатирующее состав преступления, а также решения по ходатайствам сторон, в том числе о проведении тех или иных следственных действий. В конце предварительного следствия он же выносит постановление о назначении судебного разбирательства с участием присяжных, если, конечно, для этого есть достаточные основания.

Подводя итог анализу западно-европейских тенденций в регулировании предварительной подготовки, следует сказать, что ни немецкая, ни французская модели участия суда на предварительном расследовании далеко не безупречны. Последовательное проведение состязательного начала требует, чтобы действия суда на предварительном расследовании не превращались в фактическое участие в уголовном преследовании за счет превращения судьи в ведущего дело следователя

(УПК Франции). Не делает предварительную подготовку целиком состязательной и лишь эпизодическое подключение судьи к расследованию для закрепления по требованию полиции и прокуратуры доказательств или для судебного контроля над мерами процессуального принуждения (УПК ФРГ). Предварительное следствие сможет стать полностью состязательным только в том случае, когда судебный контроль над ним будет состоять из четырех элементов: 1) принятие судом решений о применении мер процессуального принуждения; 2) рассмотрение жалоб на действия органов уголовного преследования; 3) легализация судом представленных сторонами доказательств в качестве судебных; 4) контроль над процессом предъявления здесь первоначального обвинения. Более продвинулись вперед по состязательному пути итальянские, финские и испанские реформаторы, хотя в Италии судебное разбирательство ввиду использования системы «двух папок», по-видимому, сделалось слишком неповоротливым.

Итак, очевидна ведущая тенденция в ряде стран континентального права – перестроить предварительную подготовку дела таким образом, чтобы из досудебной она также сделалась судебной стадией. Тем самым мыслится обеспечить победу состязательности на протяжении всего производства по уголовному делу.

В России, где с 1864 г. традиционно существует смешанный, следственно-состязательный тип процесса, благодаря новациям, сделанным летом 2007 г., строй уголовного процесса (по крайней мере, на стадиях досудебной подготовки) до известной степени приблизился к французской модели предварительного расследования. Следует сразу оговориться, что общее требование российского Кодекса о том, чтобы уголовное судопроизводство осуществлялось на основе состязательности сторон (ч. 1 ст. 15 УПК РФ), нельзя признать полностью реализованным, поскольку на досудебных стадиях процесса законодатель сохранил существенные элементы следственного (инквизиционного, или розыскного) порядка судопроизводства, при котором уголовный преследователь сосредотачивает в своих руках не только обвинительную, но и значительную часть судебной власти, т.е. права принятия решений по делу. Например, именно уголовный преследователь (дознаватель, следователь) выносит на предварительном расследовании решение об отводе своих процессуальных противников – защитника или представителя гражданского ответчика (ст. 72 УПК РФ). Но главное наследие инквизиционного порядка в российском уголовном процессе состоит в том, что следователь и дознаватель, наряду с судом, собирают и используют доказательства, с помощью которых устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), т.е. сразу получают судебные доказательства, в то время как в процессуальных системах, последовательно придерживающихся состязательного начала (Англия, США, Италия и др.), предусмотрена особая судебная процедура проверки и признания допустимыми в качестве судебных доказательств, которые сторона уголовного преследования собрала на предварительном производстве и представила перед судом. Именно органы предварительного расследования в российском уголовном процессе фактически решают вопрос, какие ходатайства стороны защиты и других участников процесса о приобщении к материалам дела доказательств удовлетворить, а какие нет (ст. 159 УПК РФ). Наконец, следователь предъявляет официальное обвинение не в судебном заседании, перед лицом независимого суда, как это и должно происходить в подлинно состязательном судопроизводстве, а самостоятельно, в сугубо инквизиционном порядке (глава 23 УПК РФ). То есть уголовные преследователи – следователь и дознаватель – на досудебном производстве фактически являются не стороной в деле, а «хозяевами процесса», подменяя здесь судью, что и является главным признаком инквизиционной модели процесса.

Попытка реформировать предварительное расследование в России во французском, или, точнее сказать, англо-американском духе была предпринята Федеральным Законом РФ № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» от 5 июня 2007 г. Этим законом прокурор был полностью освобожден от ответственности за руководство предварительным следствием. Полномочия по руководству расследованием остались у него только в отношении дознания. Но теперь и функция уголовного преследования осуществляется прокурором на предварительном следствии в основном лишь постольку, поскольку он участвует в подготовке и формировании будущего государственного обвинения в суде. Эта функция проявляет себя здесь в основном на завершающем этапе расследования – в полномочиях прокурора при рассмотрении уголовного дела, поступившего к нему от следователя с обвинительным заключением (гл. 31 УПК РФ). Важно подчеркнуть, что только с этого момента, но не ранее, прокурор становится ответственным за качество обвинения, которое прокуратуре придется поддерживать в суде. Таким образом, теоретически прокурор свободен для осуществления более объективного надзора на более ранних этапах предварительного следствия и в стадии возбуждения уголовного дела. В результате этих изменений тип российского уголовного процесса существенно меняется. Теперь до момента утверждения обвинительного

заключения прокурор еще не делается в полном смысле слова уголовным преследователем, и потому до некоторой степени способен выполнять роль арбитра между сторонами обвинения и защиты, принимая меры по устранению допущенных следователями нарушений. Однако такое разделение функций имеет пока не вполне последовательный и половинчатый характер. Прокуратуре, исторически сложившейся именно как орган уголовного преследования, всегда будут значительно ближе интересы следствия, нежели роль беспристрастного арбитра в споре сторон. Процессуальная судебная функция, характерная для состязательного процесса, подменяется здесь, по сути, заимствованной, государственно-правовой функцией прокурорского надзора, которая остается для уголовного процесса внешней. Окончательно вопрос может быть решен в состязательном ключе лишь тогда, когда между уголовным преследователем и стороной защиты на предварительном следствии будет поставлен независимый и беспристрастный судебный орган – следственный судья. В этом смысле прокурору и следственному органу в перспективе следовало бы поменяться местами: прокурору надо вернуться к более естественной для него роли руководителя уголовного преследования, имея в своем полном процессуальном подчинении органы дознания, а следственный орган должен производить – в основном по требованию сторон обвинения и защиты – следственные действия по легализации материалов, собранных сторонами, в качестве судебных доказательств, а также осуществлять судебный контроль за мерами процессуального принуждения и соблюдением органами уголовного преследования прав граждан. Именно по такой, либо близкой модели организовано предварительное расследование в процессуальных системах Испании, Германии, Англии, США, до некоторой степени, Франции и др.

По-видимому, белорусский законодатель, отказываясь в УПК РБ 1999 г. от обвинительного заключения и заменяя его справкой о результатах расследования, которая не должна представляться в суд, намеревался следовать именно модели «двух папок», которая характерна для уголовного процесса Италии и Финляндии. Автор отчета указывает на недостатки такого решения вопроса, по существу предлагая вернуться к практике обвинительных заключений. Следует признать, что в этом предложении имеется своя логика, поскольку последовательное применение системы «двух папок» требует не просто исключения обвинительного акта, но и отказа от представления в суд письменных материалов «инквизиционного» предварительного расследования. Она нуждается также в обязательной стадии предварительного слушания (на необходимость введения этой формы указано в отчете), где в условиях состязательной судебной проверки указанные материалы только и могут быть легализованы в качестве судебных доказательств, таким образом, заблаговременно став достоянием сторон и суда. Однако, как уже отмечалось выше, при подобном построении процесса возникает проблема с использованием таких ценных, а порой и незаменимых письменных материалов предварительного расследования, которые практически не могут быть воспроизведены на предварительном слушании (протоколы опознаний, неотложных осмотров, обысков, выемок, прослушиваний и т.п.). Восполнение их посредством свидетельских показаний понятых или самих следователей по англо-американскому образцу весьма проблематично. По существу, это было бы равнозначно ликвидации предварительного расследования как части уголовного судопроизводства, к чему, как представляется, не готова не только белорусская, но и любая другая континентальная правовая система. Более правильным, на наш взгляд, было бы вернуться к использованию обвинительного заключения, однако при условии, что на предварительном расследовании будет введена фигура следственного судьи, в функции которого входит легализация по требованию обеих сторон собранных ими доказательственных материалов, контроль над предъявлением первоначального обвинения и применением мер процессуального принуждения, а также рассмотрение жалоб на нарушение органами расследования прав и свобод участников процесса. Это позволило бы обеим сторонам свободно и с учетом собственных тактических интересов решать, когда и какие доказательственные материалы им выгоднее использовать – предавать гласности, закрепляя уже на предварительном расследовании, или нести риск их утраты, храня, однако, в тайне до суда. Кроме того, при этом сохраняют свое доказательственное значение протоколы следственных действий, а также появляется оперативный судебный контроль над получением доказательств.

2. ЗАМЕНА СПРАВКИ О РЕЗУЛЬТАТАХ РАССЛЕДОВАНИЯ ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ, ПОДЛЕЖАЩИМ ПРИОБЩЕНИЮ К ДЕЛУ

См. об этом замечания по предыдущему пункту.

3. ОТКАЗ ПРОКУРОРА ОТ ОБВИНЕНИЯ И ЕГО ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

Думается, что приветствуемое в отчете требование об обязательной замене прокурора в случае несоответствия его позиции при отказе в суде от обвинения мнению прокурора вышестоящего, является не единственным, и, возможно, не самым лучшим способом решения проблемы. Оно

обусловлено особенностью правового регулирования юридических последствий такого отказа, а именно, фактически окончательным характером решения по делу, принятого при отказе прокурора и потерпевшего от обвинения и затруднительностью его пересмотра вышестоящим судом. Так, в соответствии с ч. 8 ст. 293 УПК РБ при отказе государственного обвинителя и потерпевшего от обвинения суд выносит постановление о прекращении уголовного дела или оправдательный приговор (если такой отказ государственным обвинителем и потерпевшим заявлен в ходе судебного следствия или по его окончании). Однако согласно ч. 3 ст. 362 УПК РБ (в ред. Закона Республики Беларусь 4 января 2003 г.) в описательно-мотивировочной части оправдательного приговора, постановленного на основании отказа стороны обвинения от обвинения, приведение доказательств и их оценка не требуются. Соответственно пересмотр такого «бланкетного» судебного решения вышестоящим судом в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения может оказаться беспредметным (ч. 2 ст. 378 УПК РБ), а потому и весьма проблематичным, если вообще возможным. Представляется, однако, что при отказе от обвинения прокурор в силу публичного характера уголовного преследования все же обязан изложить суду мотивы своего отказа от обвинения, исходя из указанных в законе оснований. Но уголовно-процессуальный закон, по его общему смыслу, должен исключать проверку обоснованности процессуальных решений только в тех случаях, когда на принимающем это решение лице не лежит обязанность привести его мотивы (например, при отказе от обвинения потерпевшего); если же требуется указание мотивов решения, то тем самым предполагается и возможность их последующей проверки. Следовательно, законность и обоснованность такого судебного решения должна быть предметом проверки в вышестоящем суде, например, по протесту вышестоящего прокурора. Поэтому эффективная проверка вышестоящим судом судебного решения может исключить необходимость экстренной замены государственного обвинителя в случае принципиального несогласия с его позицией вышестоящего прокурора, тем более что иное практически означало бы несамостоятельность государственного обвинителя, нарушение принципа оценки доказательств по внутреннему убеждению (ч. 1 ст. 19 УПК РБ) и необходимость согласовывать решение об отказе от обвинения чуть ли не со всей прокурорской вертикалью. Эта трудность будет устранена, если суд в оправдательном приговоре или постановлении о прекращении дела сможет ссылаться на основания и мотивы, по которым государственный обвинитель принял подобное решение, а вышестоящий суд получит возможность исправить допущенную ошибку.

4. ПРАВО АДВОКАТА НА СОБИРАНИЕ СВЕДЕНИЙ, НЕОБХОДИМЫХ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ОБВИНЯЕМОГО, И ОБЯЗАННОСТЬ СУДА ПО ИХ ПРИОБЩЕНИЮ К ДЕЛУ

По смыслу принципа равенства сторон, закрепленного ст. 115 Конституции РБ и ст. 24 УПК РБ сведения, собранные защитником, сразу должны становиться доказательствами, также как и сведения, собираемые его процессуальными противниками – прокурором, следователем, дознавателем. Однако, как правильно отмечается в отчете, принцип равенства сторон и состязательность в целом названы в указанных нормах лишь применительно к правосудию, из чего при суживающем толковании этих положений можно сделать вывод, что эти начала действуют лишь в судебных стадиях процесса. На основании п. 10 ч. 1 ст. 48 УПК РБ защитник вправе собирать по своей инициативе сведения, относящиеся к обстоятельствам совершенного преступления, и представлять их органу дознания, дознавателю, следователю, суду. Согласно же ч. 1 ст. 196 УПК РБ следователь, дознаватель обязаны рассмотреть все заявленные по уголовному делу ходатайства. При этом они не вправе отказать подозреваемому, обвиняемому, их защитникам, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, представителям в допросе свидетелей, в проведении экспертиз и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, *могут иметь значение для дела*. Таким образом, УПК РБ не предполагает, что защитник собирает сразу доказательства, поэтому следователь и дознаватель могут отказать ему в приобщении полученных данных к материалам уголовного дела, если сочтут, что эти сведения не могут иметь значения для дела (например, мотивируя это тем, что ими уже достоверно установлена полная картина события преступления, и все прочие данные являются уже лишними). Поэтому представляется слишком оптимистичным утверждение автора отчета, что собранные защитником материалы, «независимо от результатов разрешения ходатайства, подлежат приобщению к материалам уголовного дела». Для того чтобы обеспечить это пожелание, одного такого источника, как Методические рекомендации по участию адвокатов в доказывании по уголовным делам, принятые президиумом Республиканской коллегии адвокатов от 29 октября 2004 года № 4, явно недостаточно.

Вместе с тем в ст. 8. Конституции установлено, что Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. Однако общепризнанным принципом международного права, несомненно, является

то, что стороны в уголовном процессе должны действовать на началах равенства. Следовательно, принцип равенства сторон в уголовном процессе в силу ст. 8 Конституции РБ должен признаваться в Республике Беларусь, причем не только в отношении судебных стадий, но и всего уголовного процесса. Поэтому защитник, на наш взгляд, уже сейчас вправе претендовать на то, чтобы собранные им материалы сразу считались доказательствами. Отсюда вытекает и безусловная обязанность органов предварительного расследования приобщать их к материалам дела.

5. ОБЯЗАННОСТЬ СУДА ПО ОКАЗАНИЮ СОДЕЙСТВИЯ СТОРОНАМ В ПРЕДСТАВЛЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

В соответствии с ч. 3 ст. 322 УПК РБ суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании в качестве свидетелей лиц, явившихся в суд по инициативе сторон. Как правильно указано в отчете, очень важно, что согласно постановлению пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции» в случае отказа в представлении определенного документа адвокату или необходимости допроса по инициативе защиты конкретного лица, не явившегося в судебное заседание, суд обязан сам принять меры по истребованию документов и вызову свидетеля. Вместе с тем не менее важным вопросом является возможность допросить в судебном заседании не только свидетелей, но и специалистов. По УПК РФ (ч. 4 ст. 271) суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лиц не только в качестве свидетеля, но и *специалиста*, если они явились в суд по инициативе заинтересованной стороны. Допрос специалиста фактически частично восполняет отсутствующий в Российской Федерации (как, впрочем, и в Беларуси) институт контрэкспертизы, назначаемой по требованию стороны защиты и имеющийся, например, во Франции. Стоит ли говорить, что без возможности противопоставить официальному экспертному заключению, представленному прокурором, результат специального исследования со стороны защиты на практике часто невозможно обеспечить реальную состязательность процесса и защиту прав и законных интересов обвиняемого.

6. ПРЕДЕЛЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ АКТИВНОСТИ СУДА В ДОКАЗЫВАНИИ

Следует поддержать автора отчета в том, что инициативу в собирании доказательств суду следует использовать тогда, когда одна из сторон не в состоянии самостоятельно обеспечить защиту своих интересов. Однако это не единственный случай, когда активность суда в процессе уместна. Как было сказано нами ранее, в современном уголовном процессе должно обеспечиваться не формальное равноправие, а предоставление сторонам взаимно уравновешивающих друг друга возможностей в деле доказывания. Роль суда в публично-состязательном уголовном процессе также далеко не пассивна – он вправе и даже обязан активно участвовать в собирании и проверке доказательств не только в тех случаях, когда необходимо поддержать справедливое равенство сторон (например, сторона в ходе допроса свидетеля оставила без внимания обстоятельства, которые явно имеют определяющее значение для решения вопроса о виновности, например алиби и т.п.), но и тогда, когда необходимо обеспечить исполнение императивных требований уголовно-процессуального закона, касающихся процесса доказывания (например, в случаях обязательного назначения судебной экспертизы, если стороны не заявляют об этом ходатайства). Так, например, в России Конституционный Суд РФ подтвердил, что функция правосудия в уголовном процессе предполагает право суда по своей инициативе собирать доказательства в целях проверки доводов и доказательств сторон (определение от 20 ноября 2003 г. № 451-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Веккера С.В. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 86, 87, 235, 252, 253, 283 И 307 УПК РФ).

7. ОТМЕНА ПРИГОВОРА В СВЯЗИ С НЕПОЛНОТОЙ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ

Среди оснований отмены или изменения приговора, определения либо постановления суда, названных в ст. 388 УПК РБ, есть односторонность или неполнота судебного следствия. Автор отзыва предлагает устранить это основание из Кодекса, как противоречащее состязательности, ибо оно побуждает суд активно восполнять неполноту доказательств. Однако такой вывод представляется несколько поспешным. Не учитывается, что бремя доказывания лежит на стороне обвинения, а не на стороне защиты. В связи с этим в теории процесса известно правило *асимметрии оценки доказательств*, в силу которого дефекты в доказывании, допущенные стороной обвинения, не должны вызывать отрицательных последствий для стороны защиты. Одно дело, если односторонность или неполнота судебного следствия явились результатом упущений органов предварительного расследования и пассивности обвинителей в судебном следствии, и, как результат, вино-

вность обвиняемого осталась недоказанной. В этом случае, действительно, несправедливо было бы отменять оправдательный приговор, ибо именно сторона обвинения обязана нести бремя доказывания. Однако когда имеются основания полагать, что итогом неполноты и односторонности исследования обстоятельств дела, допущенной сторонами, оказалась установление фактической невиновности, то отменить по этому основанию вынесенный обвинительный приговор было бы и справедливо, и законно.

8. ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ СВИДЕТЕЛЕЙ И ПОТЕРПЕВШИХ В ИХ ОТСУТСТВИЕ В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ

Автор отчета предлагает закрепить в УПК РБ согласие сторон в качестве условия оглашения в судебном заседании протоколов показаний потерпевших и свидетелей, данных ими в предыдущем производстве, а также перечень обстоятельств, исключающих их явку в суд. Следует, на наш взгляд, целиком и полностью согласиться с этой позицией. Подобная норма явилась бы важной гарантией права каждого обвиняемого на *очную ставку*, т.е. права допрашивать показывающих против него свидетелей или права на то, чтобы эти свидетели были допрошены (подпункт «d» пункта 3 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Оглашение, а значит, и использование в качестве судебных доказательств протоколов допросов свидетелей и потерпевших, полученных на предварительном расследовании или в предыдущих судебных заседаниях, а также сопутствующих им материалов, вместо непосредственного и устного заслушивания показаний этих лиц должно допускаться в случае неявки потерпевшего или свидетеля, как правило, только с *согласия сторон*. Иначе говоря, любой из участников судебного разбирательства, выступающий либо со стороны обвинения, либо со стороны защиты, может в большинстве случаев наложить «вето» на оглашение протоколов допросов не явившегося в судебное заседание свидетеля или потерпевшего, которые вследствие этого фактически становятся недопустимыми доказательствами. Так, в УПК РФ (ст. 281) не придается значения как основанию для оглашения ранее данных показаний потерпевших и свидетелей *причинам неявки* в судебное заседание потерпевшего или свидетеля. Однако в ч. 2–3 ст. 281 УПК РФ предусматривается и ряд исключений из правила части 1 данной статьи. Так, при неявке в судебное заседание потерпевшего или свидетеля суд вправе по ходатайству даже одной из сторон либо по собственной инициативе принять решение об оглашении ранее данных ими показаний в случаях: смерти потерпевшего или свидетеля; тяжелой болезни, препятствующей явке в суд; отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда; стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд. Кроме того, по ходатайству стороны суд может огласить показания явившегося в судебное заседание потерпевшего или свидетеля, ранее данные ими при производстве предварительного расследования либо в судебном заседании, при наличии существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде. Это полностью соответствует принципу непосредственности исследования доказательств, в силу которого использование производных доказательств (в том числе протоколов допросов, письменных признаний и т.п.) допускается только тогда, когда первоначальные доказательства («живые» показания в судебном заседании) объективно недостижимы.

9. ОБЕСПЕЧЕНИЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ МЕР БЕЗОПАСНОСТИ К УЧАСТНИКАМ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

В отчете предлагается одной из процессуальных мер защиты свидетеля и потерпевшего сделать допрос защищаемого лица в закрытом судебном заседании в отсутствии обвиняемого, предварительно удаленного из зала судебного заседания, но с участием его защитника. Как обоснованно считает автор, таким образом, будут соблюдены стандарты справедливого правосудия, обеспечена состязательность судебного разбирательства и право на защиту. Данное предложение основано на практике ЕСПЧ и может служить реальной гарантией принципа равенства сторон в уголовном процессе и справедливости судопроизводства. Для сравнения, в УПК РФ (ч. 5 ст. 278) говорится об исключении лишь *визуального* (зрительного) наблюдения свидетеля другими участниками судебного разбирательства, что не исключает, а, напротив, предполагает сохранение слухового восприятия показаний и возможность главного и перекрестного допроса. Практически это означает, что допрашиваемый свидетель должен находиться в другом помещении, вне зала судебного разбирательства, которое оборудовано аппаратурой для двусторонней аудиосвязи. Конституционный Суд РФ признал правомерность анонимного допроса свидетелей и потерпевших в отсутствие их визуального наблюдения другими участниками судебного разбирательства при необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их родственников и близких лиц (определение от 21 апреля 2005 г. № 240-О об отказе в принятии к рассмотрению

жалобы Ермакова М.Б. на нарушение его конституционных прав ч. 9 ст. 166, ч. 5 ст. 193 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ).

В практике ЕСПЧ также не раз возникал вопрос о допустимости анонимных показаний, полученных вне визуального контакта допрашивающих и допрашиваемых лиц. Использование судами таких показаний, как правило, не вызывает возражений Европейского Суда, но только если соблюдены следующие условия: а) имеются достаточные данные о наличии реальной угрозы запугивания или насилия в отношении свидетелей; б) анонимные показания не являются единственным или даже главным основанием обвинительного приговора; в) анонимные свидетели не являются штатными сотрудниками полиции, если речь не идет о совершенно исключительных обстоятельствах (решение по делу *Van Mechelen v. The Netherland* от 23 апреля 1997 г.); г) защитникам-адвокатам предоставлена возможность допросить анонимных свидетелей *непосредственно* (т.е. при визуальном с ними контакте), хотя и в отсутствие обвиняемого, так что защитники имели возможность наблюдать за реакцией свидетелей на вопросы и судить о правдивости их ответов (решение по делу *Doorson v. The Netherland* от 26 марта 1996 г.). Таким образом, важно обеспечить не только слуховой, но и зрительный контакт представителей стороны защиты с допрашиваемыми лицами.

10. ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ ОБВИНЯЕМОГО В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ ПРИ ЕГО ОТКАЗЕ ДАВАТЬ ПОКАЗАНИЯ

Как правильно отмечено в отчете, в УПК Российской Федерации в качестве гарантии против принуждения обвиняемого к даче показаний предусматривается, что в случае его согласия давать показания он предупреждается о возможности использования этих показаний в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний (п. 3 ч. 4 ст. 47 УПК РФ). Это правило не распространяется на показания обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные обвиняемым в суде. Такие показания будут относиться к недопустимым доказательствам и оглашению в судебном заседании не подлежат (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ). Вместе с тем следует признать, что названная гарантия не полностью исключает возможности обойти привилегию против самообвинения. В частности, ранее нередко практиковался допрос в суде в качестве свидетеля по обстоятельствам, сообщенным обвиняемым или подозреваемым на допросе, самого следователя, проводившего этот допрос. Конституционный Суд РФ в своем решении указал, что суд не вправе допрашивать дознавателя и следователя о содержании показаний, данных в ходе досудебного производства подозреваемым или обвиняемым, и таким образом восстанавливать содержание этих показаний. Тем самым закон, исходя из предписания статьи 50 (часть 2) Конституции РФ, исключает возможность любого, прямого или опосредованного, использования содержащихся в них сведений (определение от 6 февраля 2004 г. № 44-О по жалобе Демьяненко В.Н. на нарушение его конституционных прав положениями статей 56, 246, 278 и 355 УПК РФ).

11. ПРАВО СТОРОН НА ПРИОБЩЕНИЕ К ПРОТОКОЛУ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ СДЕЛАННОЙ ИМИ ЗВУКО- ИЛИ ВИДЕОЗАПИСИ ПРОЦЕССА

К сожалению, в отчете не рассматривается вопрос, требуется ли получать предварительное разрешение суда на производство записи в судебном заседании. В Российской Федерации установлено, что лица, присутствующие в открытом судебном заседании, вправе вести аудиозапись и письменную запись. Проведение фотографирования, видеозаписи и (или) киносъемки допускается с разрешения председательствующего в судебном заседании (ч. 5 ст. 241 УПК РФ). Причем проведение в открытом судебном заседании фотографирования, видеозаписи, киносъемки осуществляется лишь в разрешительном порядке при условии, если это не создает препятствий для судебного разбирательства. Однако в отношении аудиозаписи предусмотрен не разрешительный, а явочный порядок, т.е. она не требует получения разрешения суда. Однако в случае, если использование звукозаписывающей аппаратуры нарушает порядок судебного заседания, председательствующий вправе предупредить лицо о недопустимости таких действий, либо удалить его из зала судебного заседания, либо в предусмотренных законом случаях наложить на него денежное взыскание.

12. РАСШИРЕНИЕ СФЕРЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ЗА ЗАКОННОСТЬЮ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

В отчете в порядке сравнительно-правового анализа справедливо указано на то, что УПК РФ (ст. 125) устанавливает критерий для определения действий (бездействия) и решений, которые могут быть обжалованы в судебном порядке. Это их способность причинить ущерб конституционным правам и свободам либо затруднить доступ граждан к правосудию. Данная норма существен-

но развивает положения, сформулированные еще в постановлении Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 УПК РСФСР, а также в определении от 21 декабря 2001 г. по жалобе гр. А. Ю. Власова на нарушение его конституционных прав статьей 218 УПК РСФСР и определении от 24 мая 2005 г. № 256-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Корягина А. А. на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 125 УПК РФ. В них Конституционный Суд РФ признал за заинтересованными лицами право на обжалование в тех случаях, когда действиями и решениями порождаются последствия, *выходящие за рамки собственно процессуальных отношений* и приводящие к нарушениям конституционных прав и свобод, которые *уже не могут быть эффективно восстановлены в ходе последующего судебного контроля* в судебном разбирательстве (решения о производстве обыска, наложении ареста на имущество, продлении срока предварительного следствия, приостановлении производства по делу, применении мер пресечения, включая залог и подписку о невыезде; об отказе в признании потерпевшим, а также отказ следователя в выдаче документов и материалов, необходимых для использования в ходе производства по другим делам, непредоставление свиданий с близкими родственниками и ограничение в праве вести переписку и т. п.). В подобных случаях заинтересованным лицам должна быть предоставлена возможность прибегнуть к судебной защите еще во время проведения досудебного производства. Однако в отличие от решения Конституционного Суда РФ законодатель в УПК РФ пошел еще дальше, предоставив право обжалования в суд безотносительно того, выходят ли отрицательные последствия действий (бездействия) и решений органов предварительного расследования и прокурора за рамки сугубо процессуальных отношений или нет. Сам факт нарушения ими *конституционных прав и свобод* граждан, в силу особой важности последних, является теперь *достаточным основанием* для обращения за судебной защитой в период досудебного производства. Этого не учитывают в своей практике некоторые судебные органы.

В отчете указано, что Конституционный Суд Республики Беларусь в решении от 3 апреля 2001 г. «О праве граждан на обращение в суд по вопросам, возникающим в связи с осуществлением уголовно-процессуальных отношений» постановил, что, несмотря на имеющийся пробел в УПК, граждане вправе на основании ст. 60 и 137 Конституции в силу ее верховенства обращаться с жалобами *на все действия и решения* органа дознания, дознавателя или следователя не только к прокурору, но и в суд в целях защиты их основных прав и свобод. Однако необходим критерий, позволяющий определить, какие решения органов уголовного преследования могут быть предметом обжалования в суд на стадии предварительного расследования, а какие нет. В противном случае функционирование судов может быть практически парализовано из-за наплыва большого количества жалоб. Представляется, что такой ограничительный критерий сформулировал Конституционный Суд РФ. В своем постановлении он указал: «Суд при проверке в период предварительного расследования тех или иных процессуальных актов *не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу.* Иное противоречило бы конституционному принципу независимости суда…» (постановление от 23 марта 1999 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами гр. В. К. Борисова, Б. А. Кехмана, В. И. Монастырецкого, Д. И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Моноком».). Однако в качестве примера решения, не подлежащего обжалованию в порядке ст. 125 УПК РФ, Конституционным Судом РФ приводится, в частности, «… определение необходимости получения и исследования новых доказательств, т.е. решение тех вопросов, которые в дальнейшем, после передачи прокурором всех материалов с заключением в суд, могут стать предметом судебного разбирательства по пересмотру приговора» (определение от 20 июня 2006 г. № 240-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Хорошенко А. А. на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 125 УПК РФ). На наш взгляд, с подобным толкованием данного, в целом правильного, критерия судебного обжалования на предварительном расследовании вряд ли можно согласиться. Решение суда о необходимости удовлетворения ходатайств участников процесса, в первую очередь, тех, которые касаются собирания и проверки доказательств, никоим образом не способно предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства, ибо проверка законности и обоснованности отказа органов расследования в удовлетворении таких ходатайств никак не связана с предрешением вопросов, затрагивающих существо уголовного дела (вопрос об уголовной ответственности). С учетом сказанного особое значение приобретает открывающаяся для участников судопроизводства возможность обжаловать нарушения конституционного права, сформулированного в российской Конституции в виде запрета на использование судебных доказательств, полученных с нарушением закона (ч. 2 ст. 50). Практически это означает, что всякое следственное или иное процессуальное действие по собиранию и проверке доказательств может быть, по нашему мнению, обжаловано в суд по мотивам нарушения при его проведении требований закона.

13. ЗАКОННОСТЬ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ КАК ОБЪЕКТ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

Необходимо полностью поддержать точку зрения автора о том, что законность содержания подозреваемого или обвиняемого под стражей неотделима от обоснованности применения этой меры пресечения, в пользу чего можно привести также и следующие дополнительные аргументы. Согласно практике ЕСПЧ доводы за и против освобождения лица из-под стражи не могут быть «общими и абстрактными» (постановление по делу «Смирнова против Российский Федерации» (*Smirnova v. Russia*), жалобы № 46133/99 и 48183/99, ECHR 2003-IX, § 63). Если закон закрепляет принцип презумпции в отношении факторов, существенных для оснований продления срока содержания лица под стражей, необходимо убедительно продемонстрировать наличие конкретных фактов, перевешивающих правило об уважении свободы личности (постановление Европейского Суда по делу «Илийков против Болгарии» (*Ilijkov v. Bulgaria*) от 26 июля 2001 г., жалоба № 33977/96, § 84). Наличие обоснованного подозрения, что задержанное лицо совершило преступление, является обязательным условием для законности продления срока содержания его под стражей, а после истечения определенного срока и оно перестает быть достаточным. В таких случаях ЕСПЧ должен установить, оправдывали ли иные основания, на которые ссылались судебные власти, продление срока содержания лица под стражей. Если такие основания являлись «существенными» и «достаточными», следует также убедиться, что компетентные национальные власти проявили «особое усердие» при проведении судебного разбирательства (постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Лабита против Италии» (*Labita v. Italy*), § 153).

Следует указать, что законность избранной по судебному решению меры пресечения определяется не только соблюдением формальных условий ее действия, но и наличием выявленных в состязательном процессе фактических и правовых оснований для ее применения. При этом, как вытекает из статьи 2 Конституции Республики Беларусь, человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства. В силу этого основополагающего конституционного требования всякий раз должна обеспечиваться соразмерность ограничений, связанных с применением в отношении лица заключения под стражу в качестве меры пресечения, тяжести инкриминируемого ему преступления, его личности, поведению в период производства по уголовному делу и т.д. Таким образом, обоснованность применения содержания под стражей как меры пресечения, в силу подразумеваемой Конституцией необходимости соблюдения правового баланса между интересами личности и государства, является необходимым элементом понятия законности.

14. ВВЕДЕНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛУШАНИЯ ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В СТАДИИ НАЗНАЧЕНИЯ И ПОДГОТОВКИ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

На наш взгляд, предложения автора отчета о наделении суда в стадии предания суду (назначения судебного разбирательства) полномочиями по возвращению дела для дополнительного расследования являются весьма дискуссионными. Против них можно выдвинуть ряд возражений. Во-первых, этот институт является принадлежностью инквизиционной, а не состязательной модели уголовного процесса. Возвращая дело обвинителю, суд дает ему второй (третий, четвертый, etc.) шанс добиться успеха уголовного преследования. Аналогичного «бонуса» нет у стороны защиты. Доследование ведет к затягиванию сроков производства, нарушению общепризнанного права каждого на срочность предоставления судебной защиты, увеличивает время содержания под стражей без естественных оснований, а исключительно по причине некомпетентности органов предварительного расследования и прокуратуры и слабости улик. Во-вторых, возвращение дела для доследования имеет своей целью пополнение изобличающих доказательств стороной обвинения. Значит, суд в стадии назначения судебного разбирательства должен вдаваться в оценку доказательств и волей-неволей составляет здесь мнение о доказанности или недоказанности виновности обвиняемого. Однако крайне нежелательно, чтобы разрешение вопросов в стадии предания суду в какой-либо мере предрешало вывод суда о виновности обвиняемого в совершении инкриминируемого ему преступления. Подобное мнение, не будучи плодом непосредственного исследования судом всех доказательств, способно исказить всю фактическую картину дела и затем отрицательно повлиять на формирование правильного внутреннего убеждения судей при вынесении приговора. В настоящий момент по УПК РБ (ст. 277 и др.) судья, принимая решение о назначении судебного разбирательства, не решает вопроса о *достаточности доказательств* для вынесения обвинительного приговора (отчасти вопрос о достаточности доказательств может возникать, но лишь при прекращении дела судом). Фактически, решение о достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном разбирательстве принимает прокурор при окончании предварительного расследования в момент направления им дела в суд. Это позволяет говорить о приближении белорусского уголовного судопроизводства к так называемой обвинительной модели предания суду, кото-

рая более отвечает стандартам состязательного процесса, нежели прежняя, судебно-ревизионная форма. Однако она несовместима с институтом возвращения дела для дополнительного расследования.

15. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В КАССАЦИОННОМ И НАДЗОРНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ, А ТАКЖЕ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СУДОМ ВОПРОСОВ, СВЯЗАННЫХ С ИСПОЛНЕНИЕМ ПРИГОВОРА

В отношении предложений автора отчета о реформировании стадий пересмотра судебных решений, в том числе путем отказа от надзорной формы, необходимо сказать следующее. Пересмотр судебных решений имеет свои естественные границы, за пределами которых он вступал бы в противоречие с интересами обеспечения устойчивости и прочности правопорядка. В этом смысле ключом к пониманию юридической природы и естественного места пересмотра судебных решений является принцип (*лат.,* «*non bis in idem*») недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние. Это начало традиционно связывают с уголовным правом, однако по своему историческому происхождению и логическому основанию оно имеет не только материальную, но и процессуальную сущность. Его процессуальная логика неразрывно связана с понятием состязательности. В самом деле в отличие от инквизиционного исследования состязание по самой сути этого понятия возлагает ответственность за результаты спора на противостоящие стороны, что находит выражение в понятии *бремени доказывания*. В публичном уголовном процессе бремя доказывания лежит, как известно, на обвинителе. Следовательно, после завершения спора все негативные последствия (бремя) результатов судебного состязания должен принять на себя обвинитель, не сумевший убедить суд в своей правоте. Это значит, что после вступления приговора в законную силу никакие возражения против его незаконности и необоснованности со стороны обвинителя не могут быть приняты – при условии, если он не был лишен возможности справедливого состязания ввиду каких-то непреодолимых обстоятельств, ставящих его в процессе в неравное положение. Иначе говоря, в силу правила о бремени доказывания законная возможность добиться осуждения обвиняемого *in idem* дается обвинителю, как правило, лишь один раз.

Таким образом, пересмотр *вступившего в законную силу* судебного решения *против интересов обвиняемого* неправомерен, т.е. недопустимо возвращение к вопросу о виновности за то же самое в вышестоящем суде, если обвинитель в отведенное для состязания время не смог всесторонне доказать виновность обвиняемого. Напротив, сторона защиты *не несет бремени доказывания*, поэтому вправе требовать пересмотра судебного решения в свою пользу и после окончания состязания, причем в результате такого обжалования положение лица, в отношении которого был вынесен приговор, не должно быть ухудшено. Иное дело – до момента вступления приговора в законную силу, когда спор сторон считается еще не оконченным. Запрет *non bis in idem* здесь еще не действует, и обе стороны могут обжаловать судебные решения, причем обвинитель вправе требовать их пересмотра и по мотивам, ухудшающим положение обвиняемого.

По-другому должен решаться вопрос в случаях, когда открывается, что обвинитель по вине суда, стороны защиты, иных участников процесса, нарушения фундаментальных принципов процесса либо в силу каких-то других, исключительных и непреодолимых для него обстоятельств (например, тех, которые объективно не могли быть ему известны) практически оказался лишен возможности состязаться в суде на равных и справедливых условиях. Тогда бремя доказывания с него должно быть снято, и он, а не только сторона защиты, может обжаловать вступивший в силу приговор.

Наиболее строго данная юридическая конструкция соблюдается в настоящее время в английской системе пересмотра приговоров Суда короны. Поскольку английское право не знает отсрочки для вступления приговора в законную силу и апелляционная жалоба обычно не приостанавливает исполнения наказания (исключение составляет лишь приговор к смертной казни), право на обжалование приговора (при определенных условиях) предоставлено здесь только осужденному. Обвинитель, по общему правилу, не имеет такой возможности. В континентальном уголовном процессе правила пересмотра судебных решений, вытекающие из принципа *non bis in idem*, в целом также соблюдаются, но не столь жестко. Апелляционные или кассационные жалобы во Франции, Германии и России с некоторыми ограничениями могут подаваться как представителями защиты, так и обвинения, как в интересах обвиняемого, так и против его интересов. В апелляционном порядке обвинитель может обжаловать здесь даже оправдательный приговор; в Германии — он вправе сделать это и в кассационном порядке, а в России — в кассационном и, как будет показано ниже, при определенных условиях в надзорном производстве.

Итак, пересмотр состоявшихся судебных решений в состязательном процессе с теоретической точки зрения может происходить следующим образом. Во-первых, пересмотру подлежат решения, не вступившие в законную силу. Это значит, что состязание сторон еще продолжается, и вынесенное судом решение может быть предметом обжалования как со стороны защиты, так и обви-

нения. Однако этот этап не должен затягиваться на длительное время, ибо судебное решение не может долго находиться в «подвешенном» состоянии. Поэтому, на наш взгляд, было бы нежелательным отодвигать момент вступления приговора в законную силу до рассмотрения в кассационной инстанции, если пересмотр дела по условиям данной системы судоустройства возможен уже в апелляционной форме. Решение Апелляционного Суда в этом случае — наиболее подходящий временной рубеж, после которого приговор может считаться вступившим в законную силу. Именно апелляция с ее возможностями по собиранию, непосредственному и устному исследованию доказательств является наиболее естественной формой для судебного состязания, которое, как было сказано, все еще продолжается до вступления решения в силу. Напротив, при кассационной процедуре, когда пересмотр основывается на письменных материалах, ближайшей целью является не разрешение спора сторон, а выявление ошибок в приговоре. В этом смысле сторона, обжалующая в кассационном порядке судебное решение, спорит не столько с другой стороной, сколько с судом, допустившим с ее точки зрения ошибку. Кассационная процедура лишь квазисостязательна, но, по сути, представляет собой проверку вышестоящим судом судебного решения по жалобам участников процесса. Поэтому кассационная инстанция при последовательном состязательном подходе (так называемая чистая кассация) может рассматривать и отменять (кассировать) судебное решение, но не должна его пересматривать с точки зрения существа дела, ибо это правомерно лишь в условиях реальной состязательности.

Во-вторых, после вступления приговора суда в законную силу его пересмотр возможен в сторону, благоприятную для осужденного или оправданного, если только не установлено нарушений судом фундаментальных принципов процесса либо наличие новых или вновь открывшихся обстоятельств (при этих условиях допустим и пересмотр решения против интересов обвиняемого). В зависимости от национально-правовых особенностей той или иной процессуальной системы эта стадия может принимать апелляционную, кассационную или подобную ей, надзорную (например, по УПК РФ) форму, а также форму «ревизии» – пересмотра судебных решений ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

При соблюдении указанных условий сохранение надзорной формы пересмотра является лишь дополнительной гарантией правомерности судебных решений и обеспечения права обвиняемого на защиту. Представляется, что немедленный отказ от этой процедуры не будет способствовать интересам законности.

V. ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

Отчет о вводном семинаре

15 февраля 2008 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту». Семинар состоялся в конференц-зале Минского международного образовательного центра.

В семинаре приняли участие 52 человека, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Постоянная комиссия по законодательству и судебно-правовым вопросам Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Академия управления при Президенте Республики Беларусь;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Гродненский государственный университет;
- Полоцкий государственный университет;
- Гомельский государственный университет;
- Брестский государственный университет.

Работу семинара открыл Александр Адамович Федорцов, первый заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, выступив с докладом о реализации в общих судах Республики Беларусь конституционного права граждан на судебную защиту. С докладами о роли конституционного правосудия в системе разделения властей и о проблемах реализации права на судебную защиту выступили судьи Конституционного Суда Республики Беларусь Валентина Васильевна Подгруша и Валентин Зосимович Шуклин. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили список актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения участниками был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с гарантиями реализации конституционного права граждан на судебную защиту:

1. Из ныне действующих нормативных правовых актов следует устранить все препятствия для реализации права граждан на обращение в суд за защитой прав и законных интересов (например, право заключенных обжаловать в судебном порядке применение к ним дисциплинарных наказаний; право религиозных организаций обжаловать в судебном порядке письменные предупреждения Государственного комитета по делам религий и национальностей, и т. д.);
2. Следует закрепить право граждан обжаловать в судебном порядке обоснованность применения меры пресечения в виде заключения под стражу;
3. С целью повышения доступности правосудия следует детально изучить возможность отмены госпошлины по гражданским и административным делам. В тоже время следует рассмотреть возможность установления минимальной стоимости иска для реализации права на доступ к суду;
4. Рассмотреть возможность реформы процедуры обжалования (опротестования) судебных постановлений с целью постепенного отказа от надзорного производства;
5. Изучить установленные законодательством сроки досудебного и судебного разбирательства;
6. Следует изучить вопросы, связанные с пересмотром судебных постановлений Верховного и Высшего Хозяйственного судов, вынесенных по первой инстанции в кассационном, апелляционном и надзорном порядке;
7. Рассмотреть возможность введения суда присяжных;

8. Необходимо расширить категорию дел частного и частно-публичного обвинения;

9. Предлагается изучить возможность закрепления права на примирение лиц по уголовным делам, возбужденным прокурором;

10. Следует рассмотреть возможность создания механизмов досудебного урегулирования уголовно-правовых споров и развития других альтернативных способов разрешения споров;

11. В целях повышения качества правосудия необходимо рассмотреть вопрос введения специализации в судах и создания специализированных судов;

12. В целях снижения нагрузки на судей и соблюдения принципа состязательности следует рассмотреть возможность отмены практики ведения судьями личного приема граждан;

13. Необходимо рассмотреть вопрос об улучшении организации работы судов посредством введения таких должностей как, например, администратор суда, референт и т. д.;

14. Следует рассмотреть вопрос о внедрении практики непосредственного применения судами норм Конституции Республики Беларусь и международных договоров Республики Беларусь.

Отчет национального эксперта в области конституционного права Вашкевича А. Е.[113]

Justitia nemini neganda est

В правосудии нельзя отказать никому.

ВВЕДЕНИЕ

Объектом исследования являются общественные отношения, носящие многоаспектный и комплексный характер, складывающиеся в процессе реализации конституционного права на судебную защиту.

Предметом исследования выступает конституционное право человека и гражданина на судебную защиту, формы его закрепления и реализации, нашедшие свое отражение в нормах Конституции Республики Беларусь, кодексах и иных законах, а также правовые позиции Конституционного Суда Республики Беларусь, определяющие содержание права на судебную защиту.

Цель настоящей работы состоит в том, чтобы определить актуальные проблемы в области реализации данного права и наметить возможные направления по их разрешению.

Исходя из этого, определены основные задачи:

– рассмотреть становление института права на судебную защиту в международном праве;

– исследовать формирование института права на судебную защиту в конституционном праве Беларуси и зарубежных стран;

– проанализировать правовые позиции Конституционного Суда Республики Беларусь по вопросам реализации права на судебную защиту;

– аргументировать предложения по совершенствованию законодательства, определяющего порядок реализации права граждан на судебную защиту.

В работе не затрагиваются проблемы, связанные с тематикой других семинаров, проводимых в рамках проекта.

ИНСТИТУТ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Становление института права на судебную защиту в международном праве активно началось после Второй мировой войны. В статье 8 Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. было закреплено право каждого человека на «эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему Конституцией или законом».[114]

Всего через два года была принята Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, пункт 1 статьи 6 которой гласил: «Каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе, если это требуется в интересах несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или – в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо – при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия».[115] Кроме того, статья 13 Конвенции предусмотрела, что «каждый, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве».[116] В 1966 году Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН был принят и открыт для подписания, ратификации и присоединения Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 14 которого закрепила право каждого «при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, или при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе, на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».[117]

В 1969 г. в г. Сан-Хосе была заключена Американская Конвенция о правах человека. В пункте 1 статьи 8 данного акта было закреплено право на справедливый суд: «Каждый человек имеет право

---

[113] Вашкевич Александр Евгеньевич, судья Конституционного Суда Республики Беларусь в отставке, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского государственного университета.

[114] Права человека: сб. междунар.-правовых док. / сост. В.В. Щербов. Минск: Белфранс,1999. С. 2.

[115] Там же. С. 763.

[116] Там же. С. 764.

[117] Там же. С. 17.

на рассмотрение его дела с должными гарантиями и в разумный срок компетентным, независимым и беспристрастным судом, заранее созданным в соответствии с законом, с тем, чтобы были рассмотрены доказательства в любом обвинении уголовного характера, выдвинутого против него, или с целью определения его прав или обязательств гражданского, трудового, денежного или иного характера».[118] Отличительной особенностью Конвенции является то, что отдельная ее статья (25) целиком посвящена праву на судебную защиту:

«1. Каждый человек имеет право на простое и быстрое обращение или любое другое эффективное обращение в компетентный суд для защиты от действий, которые нарушают его основные права, признанные Конституцией или законодательством государства или настоящей Конвенцией, даже если такое нарушение могло быть совершено лицами, действовавшими в порядке выполнения своих официальных обязанностей.

2. Государства-участники обязуются:

a) обеспечить, чтобы право на правовую защиту для любого лица, требующего такой защиты, устанавливалось компетентной властью, предусмотренной правовой системой государства;

b) расширять возможности применения средств судебной защиты;

c) обеспечить применение компетентными властями средств правовой защиты, когда они предоставляются».[119]

Наконец, в 1981 году была принята Африканская хартия человека и народов, статья 7 которой закрепила право каждого обращаться к компетентным национальным органам за защитой в случае действий, нарушающих его основные права, как они признаны действующими конвенциями, законами, постановлениями или обычаями.[120]

Важно подчеркнуть, что Республика Беларусь с января 1992 г. является полноправным участником Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (с 1994 г. – Организации) в рамках которой взяла на себя ряд обязательств в области человеческого измерения, в том числе и в сфере обеспечения прав каждого человека на эффективные средства правовой защиты. Так, в документе московского совещания 1991 г. Конференции по человеческому измерению СБСЕ сказано:

(18.2) Каждый человек будет обладать эффективными средствами правовой защиты от административных решений с тем, чтобы гарантировалось уважение основных прав и обеспечивалось не нанесение ущерба правовой системе.

(18.3) С этой же целью будут предусмотрены эффективные средства правовой защиты для лиц, понесших ущерб в результате действия административных положений.

(18.4) Государства-участники будут стремиться обеспечить судебный контроль за такими положениями и решениями.[121]

Таким образом, во второй половине XX столетия право на судебную защиту было закреплено во всех важнейших международно-правовых документах, закрепляющих правовой статус личности.

Для Республики Беларусь особое значение имеют практика Комитета ООН по правам человека, а также прецедентное право Европейского Суда по правам человека, в котором право на судебную защиту рассматривается как одно из фундаментальных прав личности.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

По мнению профессора Л.Гарлицкого, зачатки права на судебную защиту можно найти уже в Великой Хартии Вольностей, принятой в Великобритании в 1215 г.[122] Вначале формулировавшееся применительно к процедуре привлечения к уголовной ответственности, в дальнейшем указанное право приобрело более широкий характер и стало трактоваться как гарантия судебного рассмотрения всех споров, касающихся личности.[123]

После Второй мировой войны большинство стран, принимавших новые либо обновлявших старые Конституции, стали закреплять право на судебную защиту на конституционном уровне. Так, часть 1 статьи 24 Конституции Италии 1947 г. гласит: «Все могут в судебном порядке действовать для защиты своих прав и законных интересов».[124]

---

[118] http:// www1.umn/edu/humanrts/Russian/instree/Rzoas3con/html

[119] Там же.

[120] Международные акты о правах человека: сб. док. М.: НОРМА-ИНФРА-М,1998. С. 738.

[121] Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. ОБСЕ БДИПЧ, 2006. Т. 2. С. 1254.

[122] Garlicki L. Prawo do sądu (rozważania de lege fundamentale ferenda)// AnnalesUniversitatis Mariae Curie-Sklodowska.Sectio G.Ius.Vol XXXVII. Lublin,1990. S. 61.

[123] Там же.

[124] Конституции зарубежных государств: Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия: учеб. пособие. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 255.

В абзаце 4 статьи 19 Основного Закона ФРГ закреплено: «Если права какого-либо лица нарушены публичной властью, ему предоставляется возможность обратиться в суд. Поскольку не установлена иная подсудность, компетентными являются общие суды».[125]

В статье 30 Конституции Литвы 1992 г. говорится: «Лицо, конституционные права или свободы которого нарушаются, имеет право обратиться в суд».[126]

Статья 46 Конституции РФ 1993 г. гласит:

«1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.

2. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд».[127]

Характерно, что данное право в настоящее время стало универсальным, оно закрепляется не только в Конституциях европейских государств, но и в основных законах стран, расположенных в других частях света. Так, согласно статье 32 Конституции Японии «никто не может быть лишен права на разбирательство его дела в суде».[128] Близкие по смыслу формулировки содержатся в текстах основных законов стран американского континента. Например, в статье 43 Конституции Аргентины сказано: «Каждое лицо может потребовать быстрого и немедленного применения процедуры защиты конституционных прав (amparo), когда не существует другого более подходящего судебного способа защиты от действия или бездействия публичных властей или частных лиц, которое прямо или косвенно нарушает, ограничивает, изменяет или угрожает произволом или нарушением закона правам и гарантиям, устанавливаемым настоящей Конституцией, договором или законом. При рассмотрении такого дела судья сможет объявить неконституционной норму, на которой основывалось действие или бездействие».[129] Согласно части 1 статьи 29 Конституции Гватемалы 1985 г. «в соответствии с законом каждый имеет право свободного доступа в суды, а также в государственные учреждения и службы для предъявления исков и осуществления своих прав».[130]

ФОРМИРОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В БЕЛОРУССКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

На территории современного белорусского государства одним из первых правовых актов, в котором было закреплено право на судебную защиту, стал Статут ВКЛ 1529 г.[131] Ряд статей, связанных с указанным правом, содержались и в Статуте Великого княжества Литовского 1588 года.[132]

В Конституциях Беларуси 1919, 1927 и 1937 годов право на судебную защиту не упоминалось. Лишь Основной Закон Республики Беларусь 1978 г. вслед за Конституцией СССР 1977 г. закрепил право граждан Беларуси на «судебную защиту от посягательств на честь и достоинство, жизнь и здоровье, на личную свободу и имущество».[133] Более того, частью 2 статьи 56 Конституции предусматривалось, что «действия должностных лиц, совершенные с нарушением закона, с превышением полномочий, ущемляющие права граждан, могут быть в установленном законом порядке обжалованы в суд».[134] Однако общесоюзный Закон «О порядке обжалования в суд неправомерных действий должностных лиц, ущемляющих права граждан», устанавливающий такой порядок, был принят лишь 30.06.1987 г. и введен в действие с 01.01.1988 г.[135] Кроме того, закон касался только обжалования действий должностных лиц, не допуская обжалования их решений и бездействия, также как и действий и решений коллегиальных органов, которые чаще всего и нарушали права граждан. Наконец, закон прямо исключал возможность обжалования действий должностных лиц, в отношении которых уголовно-процессуальным, гражданско-процессуальным законодательством, законодательством о порядке рассмотрения трудовых споров, об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, об административных правонарушениях, индивидуальной тру-

---

[125] Конституции зарубежных государств: Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия: учеб. пособие. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 160.

[126] Constitution of the Republic of Lithuania. With subsequent amendments until 1 June 2008. 2008. P. 12.

[127] Конституции государств Европы: в 3 т. / под ред. Л. А Окунькова. М.: НОРМА, 2001. Т. 3. С. 26.

[128] Там же. С.368.

[129] Конституции государств Америки: в 3 т. / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Т. Я. Хабриевой. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации, 2006. Т. 3: Южная Америка. С. 23.

[130] Там же. Т. 1: Северная и Центральная Америка. С.164.

[131] http://www.pravo.by/lawhistory/statut1529.htm

[132] Статут Вялікага княства Літоўскага 1588.Тэксты. Даведкі. Камент. / Беларус. Сав. Энцыкл. Рэдкал.: І.П. Шамякін (гал. рэд.) [і інш.] Мінск: БелСЭ,1989.

[133] СЗ БССР. 1978. № 11. Ст. 213.

[134] Там же.

[135] Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. № 26. Ст. 388.

довой деятельности и другим законодательством СССР и союзных республик предусмотрен иной порядок обжалования. Нельзя было обжаловать в суд и действия, связанные с обеспечением обороноспособности страны и государственной безопасности.

С учетом выявившихся недостатков данного акта, был разработан, принят и вступил в силу с 01.07.1990 г. новый Закон «О порядке обжалования в суд неправомерных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан».[136] Он имел два существенных отличия от предыдущего.

Во-первых, им было предусмотрено право граждан обжаловать в суд любые действия органов государственного управления и должностных лиц (как коллегиальные, так и единоличные), в результате которых:

а) гражданин незаконно лишался возможности полностью или частично осуществить право, предоставленное ему законом или иным нормативным актом;

б) на гражданина незаконно возлагалась какая-либо обязанность.

Во-вторых, согласно закону в суд не могли быть обжалованы акты органов государственного управления и должностных лиц, имевшие нормативный характер, а также те действия органов государственного управления и должностных лиц, для которых *законами* (а не подзаконными актами) Союза ССР и союзных республик был установлен иной порядок их обжалования.

Наконец, важным общесоюзным актом в данной сфере явились Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о судоустройстве, принятые 13 ноября 1989 г. Статья 7 данного документа, действовавшего на территории Беларуси, вступившая в силу с 1.07.1990 г., в общей форме закрепила право гражданина на судебную защиту: «Граждане СССР имеют право на судебную защиту от неправомерных действий органов государственного управления и должностных лиц, а также от любых посягательств на честь и достоинство, жизнь и здоровье, на личную свободу и имущество, иные права и свободы, предусмотренные Конституцией СССР, Конституциями союзных республик, Конституциями автономных республик и советскими законами. Иной порядок защиты прав и законных интересов граждан может быть установлен только законами Союза ССР и союзных республик».[137]

22 июня 1990 г. было принято решение Верховного Совета Республики Беларусь о создании Конституционной комиссии для разработки проекта новой Конституции белорусского государства.[138] Разработчики проекта Конституции 1994 г., приступившие к работе осенью 1990 г., изначально планировали включение в нее статьи, посвященной судебной защите. В этом отношении как среди членов двух рабочих групп, работавших под руководством В. И. Гончара и В. И. Шаладонова, так и членов Конституционной комиссии практически не было разногласий. Так, уже в проекте Основного Закона по состоянию на 6.04.1992 г. имелась статья, гласившая: «Гражданам гарантируется судебная защита прав и свобод, предусмотренных Конституцией и другими законами. Решения и действия государственных органов, должностных лиц и граждан, ущемляющие права и свободы, могут быть обжалованы в суд».[139]

Право на судебную защиту в окончательной редакции было закреплено в статье 60 Конституции Республики Беларусь 1994 г.: «Каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки. С целью защиты прав, свобод, чести и достоинства граждане в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда.».

Помимо данной статьи в разделе Конституции, регулирующем основы правового статуса органов местного управления и самоуправления, имеется норма (часть 4 статьи 122), согласно которой «решения местных Советов депутатов, исполнительных и распорядительных органов, ограничивающие или нарушающие права, свободы и законные интересы граждан, а также в иных предусмотренных законодательством случаях, могут быть обжалованы в судебном порядке».

Как справедливо замечает Председатель Верховного Суда Республики Беларусь В. О. Сукало, после принятия новой Конституции «была создана новая правовая база, которая значительно расширила возможности судебной защиты и фактически устранила пределы судебной юрисдикции в сфере защиты прав и свобод граждан».[140]

---

[136] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 22. Ст. 416.

[137] Цит. по: Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С. 43.

[138] СЗ БССР. 1990. № 18. С. 295.

[139] Проект по состоянию на 6.04.92 г. Конституция (Основной Закон) Республики Беларусь, Б. г. С. 60.

[140] Сукало В.О. Судебная реформа в Республике Беларусь // Судебные реформы в странах СНГ: сб. науч. ст. / сост. Л.Л. Зайцева, И.В. Кучвальская; науч. ред. Л.Л. Зайцева. Минск: Тесей, 2005. С. 8.

ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ И ОСОБЕННОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

Анализ статьи 60 Конституции Республики Беларусь приводит к заключению, что право на судебную защиту носит двуединый характер. С одной стороны, оно является субъективным личным правом, принадлежащим «каждому», т. е. как гражданам Республики Беларусь, так и иностранным гражданам, а также лицам без гражданства. Так, согласно статье 10 Кодекса о судоустройстве и статусе судей «Иностранным гражданам и лицам без гражданства гарантируется право на судебную защиту наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией Республики Беларусь, законами и международными договорами Республики Беларусь».[141] В статье 15 Закона о правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь предусмотрено, что «иностранцы в Республике Беларусь пользуются всеми средствами правовой защиты прав и свобод личности, предусмотренными законодательством Республики Беларусь».[142] Статья 55 конкретизирует данное положение, закрепляя, что иностранцы, а также их законные представители имеют право на обжалование решений и действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц Республики Беларусь, связанных с исполнением настоящего Закона, в вышестоящий государственный орган (вышестоящему должностному лицу) и (или) в суд». Наконец, в статье 68 Закона урегулирована процедура судебного обжалования решений государственных органов и должностных лиц, связанных со сроком пребывания иностранцев в Беларуси и некоторыми иными вопросами. Статья гласит: «Жалоба иностранца на решение государственного органа или должностного лица Республики Беларусь об отказе в продлении и (или) о сокращении срока его временного пребывания в Республике Беларусь может быть подана в суд не позднее десяти суток со дня ознакомления иностранца с таким решением.

Жалоба иностранца на решение государственного органа или должностного лица Республики Беларусь об отказе в выдаче разрешения на временное проживание или об аннулировании разрешения на временное проживание, об отказе в выдаче разрешения на постоянное проживание или об аннулировании разрешения на постоянное проживание, об отказе в выдаче визы для выезда из Республики Беларусь или в выезде из Республики Беларусь может быть подана в суд в течение тридцати суток со дня ознакомления иностранца с таким решением.

Жалоба иностранца на решение государственного органа или должностного лица Республики Беларусь о высылке может быть подана в суд в течение тридцати суток со дня ознакомления иностранца с таким решением.

Обжалование решений государственных органов и должностных лиц Республики Беларусь, предусмотренных частями первой и третьей настоящей статьи, не является основанием для пребывания иностранца в Республике Беларусь».[143]

Право на судебную защиту гарантировано и ограниченно дееспособным а также недееспособным физическим лицам, которые могут защищать свои права через представителя (см., например, статью 46 Закона о психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании[144]).

Право на судебную защиту гарантировано также несовершеннолетним. Порядок его реализации закреплен в статье 33 Закона о правах ребенка:

«Ребенок в возрасте четырнадцати лет и старше имеет право на получение юридической помощи для осуществления и защиты своих прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде, иных государственных органах, других организациях и в отношениях с должностными лицами и гражданами без согласия родителей (попечителей).

Коллегии адвокатов оказывают бесплатную юридическую помощь детям в их интересах, их родителям (опекунам, попечителям) в интересах детей при даче консультаций, составлении правовых документов о возбуждении дел в судах, а также в судах первой инстанции при ведении дел, связанных с трудовыми правоотношениями, о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья, связанными с работой.

В случае нарушения прав ребенка, которые определены Конвенцией Организации Объединенных Наций о правах ребенка 1989 года и иными актами законодательства Республики Беларусь, ребенок имеет право обращаться с заявлениями в комиссии по делам несовершеннолетних, органы опеки и попечительства, прокуратуру, а по достижении четырнадцати лет – в суд с заявлением о защите своих прав и законных интересов, а также осуществлять защиту прав и законных интере-

---

[141] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236; 2007. № 4, 2/1292.

[142] Там же. 2005. № 121, 2/1138; 2007. № 305, 2/1397.

[143] Там же.

[144] Там же. 1999. № 52, 2/49; 2006. № 107, 2/1235; 2008. № 184, 2/1514.

сов через своих законных представителей».[145] Как подчеркивается в пункте 3 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2006 г. № 10, «в случаях обращения в суд несовершеннолетних, а также граждан, признанных ограниченно дееспособными (ст. 59 ГПК), при отсутствии у них законного представителя, в целях обеспечения гарантии реального равноправия сторон следует принимать меры для привлечения законного представителя или назначения таким лицам представителя согласно ст. 77 ГПК, а также признавать необходимым по таким делам участие прокурора».[146]

Право на судебную защиту распространяется также и на военнослужащих. Часть 2 статьи 19 Закона о статусе военнослужащих прямо закрепляет, что «жалобы военнослужащих по служебным вопросам подаются, рассматриваются и разрешаются в порядке, определенном воинскими уставами. В случае отказа в приеме или при неудовлетворении жалобы военнослужащий, подавший жалобу, вправе обратиться к вышестоящему командиру (начальнику), а также в прокуратуру или суд».[147]

Важно подчеркнуть, что из анализа законодательства и решений Конституционного Суда Республики Беларусь следует, что право на судебную защиту распространяется не только на физические лица, но и на юридические лица, включая политические партии, религиозные объединения, иные общественные организации.

Это право относится к категории личных прав и свобод, носит неотчуждаемый характер и не может быть ограничено даже при введении чрезвычайного или военного положения. Это подтверждается содержанием статьи 30 Закона Республики Беларусь «О чрезвычайном положении»: «Правосудие на территории, на которой введено чрезвычайное положение, осуществляется только судом. На указанной территории действуют все суды, образованные в соответствии с Конституцией Республики Беларусь. Судопроизводство в судах осуществляется в соответствии с законодательством Республики Беларусь, действующим на момент введения чрезвычайного положения. Образование чрезвычайных судов запрещается».[148] Норма аналогичная по содержанию включена и в Закон о военном положении, статья 21 которого гласит: «Правосудие в период действия военного положения осуществляется только судом в соответствии с законодательством Республики Беларусь, действующим на момент введения военного положения. Образование чрезвычайных судов запрещается».[149]

В связи со сказанным, а также учитывая пункты 11, 15, 16 Замечаний общего порядка 29, принятых Комитетом ООН по правам человека 24 июля 2001 г.[150], в перспективе следует внести изменения в статью 63 Конституции Республики Беларусь, добавив в содержащийся в ней перечень прав и свобод, которые не могут быть ограничены при осуществлении особых мер в период чрезвычайного положения, и право на судебную защиту, закрепленное статьей 60.

Следует отметить, что право на судебную защиту имеет и иной аспект. Сама систематика белорусской Конституции подчеркивает особую роль данного права как важной гарантии, призванной обеспечить реализацию всех иных прав и свобод человека. Оно размещено в Основном Законе после изложения личных, политических, социально-экономических и социально-культурных прав и свобод. Обращает на себя внимание, что подобного подхода придерживался, например, польский законодатель. В Конституции Республики Польша 1997 г. имеется специальный раздел, именуемый «средства охраны свобод и прав». В данный раздел включена статья 77, часть 2 которой гласит: «Закон никому не может закрывать путь для удовлетворения в судебном порядке нарушенных свобод или прав».[151] В немецкой конституционно-правовой доктрине такие права относят к процессуальным: «С перечисленными правами тесно связаны так называемые процессуальные права, немыслимые без существования государственной судебной системы, в которой они себя преимущественно и проявляют… Они являются характерными составными частями судебной системы в правовом государстве и процессуальными дополнениями материальных основных прав. Эти права включают в себя: право на обращение в суд в случае нарушения субъективных прав, право на законного судью, гарантию быть заслушанным в суде по вопросам права, притязание на процессуальные гарантии в случае лишения свободы».[152]

---

[145] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 103, 2/215; 2004. № 107, 2/1047; 2007. № 147, 2/1336; 2008. № 170, 2/1462.

[146] http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=80&at=0&m1=2.

[147] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1992. № 28. Арт. 497; 1993. № 14. С. 137; 1995. № 17. С. 182; № 19. С. 232; Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. 1998. № 2. С.12; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 5, 2/126; 2007. № 147, 2/1336; № 172, 2/1355; № 305, 2/1397; 2008. № 14, 2/1416.

[148] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236; 2007. № 4, 2/1292.

[149] Там же. 2003. № 8, 2/934; 2008. № 14, 2/1416.

[150] HRI/GEN/1/Rev.6 /12 May 2003. P. 258, 260.

[151] Конституция Республики Польша / Вашкевич Александр. Основы конституционного права Республики Польша: пособие для студентов вузов. Минск: Тесей, 2007. С. 238.

[152] Государственное право Германии. М., 1994. Т. 2. С.179–180.

ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В КОДЕКСАХ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В статье 85 Общей части Налогового кодекса Республики Беларусь содержится норма, согласно которой «каждый плательщик (иное обязанное лицо) имеет право обжаловать решения налоговых органов, действия (бездействие) их должностных лиц, если он полагает, что такие решения или действия (бездействие) приняты или произведены с нарушением положений, установленных налоговым или иным законодательством, либо нарушают его права».[153] Статья 86 данного Кодекса устанавливает, что решения налоговых органов, действия (бездействие) их должностных лиц могут быть обжалованы в вышестоящий налоговый орган или вышестоящему должностному лицу и (или) в общий либо хозяйственный суд, если иной порядок обжалования не установлен Президентом Республики Беларусь. В ней специально оговорено, что подача жалобы в вышестоящий налоговый орган или вышестоящему должностному лицу не исключает права на подачу жалобы в суд, а также указано, что жалоба на решение налогового органа может быть подана в хозяйственный суд в течение одного года со дня вынесения решения.[154]

Пункт 9 статьи 11 Трудового кодекса Республики Беларусь закрепляет право работников на судебную и иную защиту трудовых прав, а согласно части 4 статьи 241 ТК при рассмотрении индивидуальных трудовых споров работники освобождаются от уплаты судебных расходов.

Право на обращение в суд для рассмотрения земельных споров урегулировано в новом Кодексе Республики Беларусь о земле, вступившем в силу с 1 января 2009 г. Так, часть 3 статьи 71 Кодекса гласит: «Решения государственных органов, осуществляющих государственное регулирование и управление в области использования и охраны земель в соответствии с их компетенцией, предусмотренной настоящим Кодексом и иными актами законодательства, должностных лиц, осуществляющих государственный контроль за использованием и охраной земель в соответствии с их компетенцией, предусмотренной актами законодательства, в том числе решения об отказе в предоставлении земельных участков, а также иные действия (бездействие) этих органов, должностных лиц могут быть обжалованы в вышестоящие государственные органы, вышестоящему должностному лицу и (или) в суд».[155]

Согласно части 2 статьи 92 земельные споры, связанные с правом частной собственности на земельные участки, с наследованием земельных участков, споры между лицами, имеющими капитальные строения (здания, сооружения) в общей собственности, и споры, связанные с возмещением убытков, разрешаются в судебном порядке. Если спор рассматривается иными уполномоченными органами, то согласно части 3 статьи 93 каждая из сторон, участвующих в земельном споре, рассматриваемом соответствующим областным, Минским городским, городским (города областного подчинения), районным, сельским, поселковым исполнительным комитетом, имеет право знакомиться с материалами по предмету земельного спора, делать из них выписки или снимать копии, представлять документы и иные доказательства, заявлять ходатайства, давать устные и письменные объяснения, возражать против ходатайств и доводов другой стороны, получать копию решения по земельному спору и обжаловать его в вышестоящий исполнительный комитет или в суд в течение одного месяца со дня получения копии решения по земельному спору. Обжалование решения по земельному спору приостанавливает его исполнение.[156]

В начале 2007 года вступил в силу Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, в который было включено несколько статей, развивающих конституционное положение о праве каждого на конституционную защиту. Так, согласно части 2 статьи 6 данного Кодекса «общие и хозяйственные суды в Республике Беларусь призваны защищать гарантированные Конституцией Республики Беларусь и иными актами законодательства личные права и свободы, социально-экономические и политические права граждан, конституционный строй Республики Беларусь, государственные и общественные интересы, права организаций, индивидуальных предпринимателей, а также обеспечивать правильное применение законодательства при осуществлении правосудия, способствовать укреплению законности и предупреждению правонарушений».[157] Статья 10 Кодекса, именуемая «Право граждан и организаций на судебную защиту», гласит: «Гражданам Республики Беларусь гарантируется право на судебную защиту от посягательств на жизнь и здоровье, честь и достоинство, личную свободу и имущество, иные права и свободы, предусмотренные

---

[153] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 4, 2/920; № 85, 2/977; 2004. № 4, 2/1009; № 123, 2/1058; № 174, 2/1068; № 189, 2/1087; 2006. № 6, 2/1177; № 78, 2/1207; 2006. № 107, 2/1235; 2007. № 3, 2/1287; № 15, 2/1302; 2008. № 3, 2/1399.

[154] Там же.

[155] Там же. 2008. № 187, 2/1522.

[156] Там же.

[157] Там же. 2006. № 107, 2/1236; 2007. № 4, 2/12924.

Конституцией Республики Беларусь и иными актами законодательства, а также от незаконных действий (бездействия) государственных органов, иных организаций, их должностных лиц. Иностранным гражданам и лицам без гражданства гарантируется право на судебную защиту наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией Республики Беларусь, законами и международными договорами Республики Беларусь.

Организации, индивидуальные предприниматели имеют право на судебную защиту от посягательств на их права и законные интересы, гарантированные законодательством, а также от незаконных действий (бездействия) государственных органов, иных организаций, их должностных лиц».[158]

В Гражданском процессуальном кодексе Республики Беларусь содержится статья 6, закрепляющая право на обращение за судебной защитой, которая гласит:

«Заинтересованное лицо вправе в установленном порядке обращаться в суд за защитой нарушенного или оспариваемого права либо охраняемого законом интереса.

Отказ от права на обращение в суд недействителен. Однако при взаимном согласии заинтересованных лиц их спор о защите нарушенного или оспариваемого права в установленных законом случаях может быть передан ими на рассмотрение третейского суда.

Судебные дела в защиту прав или охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц в предусмотренных законом случаях могут быть возбуждены также по заявлениям прокурора, государственных органов, юридических лиц и отдельных граждан.

Не допускается отказ в судебной защите по мотивам отсутствия, неполноты, противоречивости, неясности нормативного акта».[159]

Кроме того, в ГПК содержится раздел 29, в котором подробно урегулирован порядок производства по делам, возникающих из административно-правовых отношений. В параграфе 6 указанного раздела содержатся нормы, охватывающие отношения, которые ранее были урегулированы Законом о порядке обжалования в суд неправомерных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан. Согласно статье 353, «Гражданин вправе обратиться в суд с жалобой, если считает, что неправомерными действиями (бездействием) государственных органов, иных юридических лиц, а также организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц ущемлены его права, кроме случаев, когда для разрешения отдельных жалоб законодательством Республики Беларусь установлен иной, несудебный, порядок обжалования.

К действиям (бездействию) государственных органов, иных юридических лиц и организаций, должностных лиц, подлежащих судебному обжалованию, относятся коллегиальное и единоличное действия (бездействие), в результате которых гражданин незаконно лишен возможности полностью или частично осуществить право, предоставленное ему нормативным правовым актом, либо на гражданина незаконно возложена какая-либо обязанность.

Военнослужащий вправе обжаловать в военный суд действия (бездействие) должностных лиц и органов военного управления».[160]

В редакцию указанной статьи следовало бы внести некоторые уточнения. По моему мнению, в силу положений статьей 23 и 60 Конституции Республики Беларусь несудебный порядок обжалования может устанавливаться исключительно *законом*, а не *законодательством*, к которому в соответствии со статьей 1 Закона о нормативных правовых актах Республики Беларусь относятся любые нормативные правовые акты.[161] Кроме того, в статье 353 следовало бы прямо указать, что обжалование действий (бездействия), предусмотренных данной статьей, в несудебном порядке, не лишает граждан прав на обращение в суд в случае несогласия с принятым решением.

ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В ИНЫХ ЗАКОНАХ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Как уже отмечалось, право на судебную защиту является неотъемлемым правом человека, прямо предусмотренным в Конституции Республики Беларусь. В период после принятия Конституции в законы, которые регулируют те или иные общественные отношения, прямо затрагивающие права

[158] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236; 2007. № 4, 2/12924.

[159] Там же. 1999. №18–19, 2/13; № 54, 2/56; 2000. № 5, 2/124; № 47, 2/150; 2002. № 87, 2/883; 2003. № 3, 2/919; № 8, 2/932; № 74, 2/961; № 133, 2/995; 2005. № 120, 2/1134; 2006. № 6, 2/1173; № 86, 2/1215; № 107, 2/1235; № 179, 2/1270; 2007. № 170, 2/1347; № 170, 2/1348; № 264, 2/1378; № 305, 2/1398; 2008. № 5, 2/1404; № 14, 2/1412; № 172, 2/1473; № 184, 2/151.

[160] Там же.

[161] Там же. 2000. № 7, 2/136; 2002. № 7, 2/830; 2004. № 175, 2/1070; 2005. № 179, 2/1152; 2006. № 86, 2/1216; № 107, 2/1235; 2007. № 118, 2/1309; 2008. № 184, 2/1507.

личности, все чаще стала включаться специальная норма о праве судебного обжалования. Наблюдается тенденция все более широкого охвата действий, которые можно обжаловать в суде. Например, согласно статье 7 Закона о порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь временное ограничение права на выезд за границу может быть обжаловано гражданином в вышестоящий государственный орган, уполномоченный рассматривать заявления и жалобы граждан о выезде за границу, или в суд.[162]

Право на судебное обжалование закреплено в законодательстве, регулирующем порядок предоставления медицинской помощи. Так, статья 29 Закона о здравоохранении гласит: «В случае нарушения прав пациента он может обращаться с жалобой к должностным лицам организации здравоохранения, в которой ему оказывается медицинская помощь, а также к должностным лицам государственных органов или в суд».[163]

В Законе о психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании содержится целая глава (6), посвященная обжалованию действий (бездействия) по оказанию психиатрической помощи, включая помещение в стационар на принудительное освидетельствование либо лечение.[164] Так, согласно статье 46 указанного акта действия (бездействие) государственных органов, иных юридических лиц, организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц, ущемляющие права граждан при оказании им психиатрической помощи, могут быть обжалованы по выбору гражданина, подающего жалобу, в вышестоящий орган (вышестоящему должностному лицу), а также прокурору и (или) непосредственно в суд.

Жалоба может быть подана гражданином, чьи права нарушены, его представителем, иными лицами, уполномоченными в соответствии с законодательством Республики Беларусь защищать права и свободы граждан, которым оказывается психиатрическая помощь.

Статья 48 Закона закрепляет, что жалоба на действия (бездействие) государственных органов, иных юридических лиц, организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц, ущемляющие права граждан при оказании им психиатрической помощи, рассматривается судом в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством Республики Беларусь.

С 1992 г. в Беларуси закреплен судебный порядок рассмотрения пенсионных споров. Статья 79 Закона о пенсионном обеспечении гласит: «Решение органа, осуществляющего назначение и перерасчет пенсий, может быть обжаловано в вышестоящий орган по труду и социальной защите. Если лицо, обратившееся за назначением или перерасчетом пенсии, работодатель и другие заинтересованные лица не согласны с принятым этим органом решением, спор разрешается в судебном порядке».

Важно отметить, что во все законы, регулирующие правовой статус правоохранительных органов, включены нормы о возможности судебного обжалования их действий. Так, в части 2–5 статьи 6 Закона об оперативно-розыскной деятельности сказано:

«Лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению или ограничению его прав и свобод, может обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд.

Лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, то есть в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано либо уголовное дело прекращено в связи с отсутствием события преступления или в связи с отсутствием в деянии состава преступления, которое располагает фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий и полагает, что при этом были нарушены его права, вправе истребовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. В случае, если будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если указанное лицо полагает, что сведения получены не в полном объеме, оно вправе обжаловать это в судебном порядке. В процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

В целях обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-

---

[162] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1993. № 22. Арт. 274.

[163] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь.1993. № 24. Ст. 290; 1996. № 21. Ст. 380; Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. 1997. № 9. Арт. 195; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2002. № 10, 2/840; 2006. № 107, 2/1235; № 122, 2/1259; 2007. № 147, 2/1336.

[164] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 52, 2/49; 2006. № 107, 2/1235; 2008. № 184, 2/1514.

служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

В случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные частью третьей настоящей статьи».[165]

Часть 3 статьи Закона об органах внутренних дел гласит: «Граждане и организации, права и законные интересы которых ущемлены действиями (бездействием) сотрудников органов внутренних дел, вправе обжаловать эти действия (бездействие) в вышестоящий государственный орган или вышестоящему должностному лицу, прокурору или в суд».[166]

Аналогичная норма содержится в части 2 статьи 6 Закона об органах государственной безопасности: «Лицо, полагающее, что органами государственной безопасности либо их должностными лицами нарушены его права и свободы, вправе обжаловать их действия в вышестоящий орган государственной безопасности, прокуратуру или суд».[167]

Статья 20 Закона о государственной охране закрепляет положение, согласно которому «граждане и должностные лица вправе обжаловать действия сотрудников органов государственной охраны должностным лицам указанных органов, прокурору или в суд, если считают, что эти действия повлекли ущемление их прав, нанесли им моральный вред или причинили убытки».[168]

Часть 6 статьи 7 Закона о пограничных войсках Республики Беларусь гласит: «Гражданин, считающий, что действия или бездействие должностного лица пограничных войск привели к ущемлению его прав, свобод и законных интересов, вправе обжаловать его действия или бездействие вышестоящему должностному лицу пограничных войск, прокурору или в суд».[169]

Нормы о возможности судебного обжалования решений государственных органов, принимаемых по вопросам гражданства, включая акты Президента Республики Беларусь, содержит Закон Республики Беларусь о гражданстве:

«Решения по вопросам гражданства, принятые Президентом Республики Беларусь, могут быть обжалованы в Верховный Суд Республики Беларусь, который рассматривает такие дела в качестве суда первой инстанции.

Решения по вопросам гражданства, принятые государственными органами, уполномоченными Президентом Республики Беларусь, могут быть обжалованы в областные, Минский городской суды.

Необоснованный отказ в приеме заявлений по вопросам гражданства, нарушение сроков рассмотрения заявлений, а также другие неправомерные действия должностных лиц по вопросам гражданства могут быть обжалованы в суд».[170]

Согласно статье 29 Закона о государственных секретах, если лицо, допущенное к государственным секретам, считает необоснованным связанное с этим ограничение его прав и свобод, то оно вправе обжаловать это в вышестоящую организацию или в суд.[171]

Право на судебное обжалование закреплено в законодательстве, регулирующем правовой статус СМИ. Так, пункт 4 статьи 13 Закона о средствах массовой информации закрепляет, что отказ в государственной регистрации средства массовой информации и нарушение республиканским органом государственного управления в сфере массовой информации установленного для государственной регистрации срока могут быть обжалованы учредителем (учредителями) средства массовой информации в судебном порядке, а согласно пункту 4 статьи 49 решение о вынесении письменного предупреждения может быть в месячный срок обжаловано юридическим лицом, на которое возложены функции редакции средства массовой информации, либо учредителем (учредителями) средства массовой информации в судебном порядке.[172]

---

[165] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 57, 2/64; 2000. № 59, 2/175; 2004. № 126, 2/1063; 2007. № 4, 2/ 1292; 2008. №184, 2 /1514.

[166] Там же. 2007. № 173, 2/1360; 2008. № 184, 2/1510.

[167] Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь.1998. № 4. Арт. 18; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 59, 2/175; 2002. № 87, 2/883; 2005. № 744, 2/1113; 2007. № 147, 2/1336; 2008. № 184, 2/1513.

[168] Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь.1998. № 25–26. Арт. 429; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 59, 2/175; 2007. № 147, 2/1336.

[169] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 4, 2/10.

[170] Там же. 2002. № 88, 2/885; 2006. № 106, 2/1231.

[171] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь.1995. № 3. Арт. 5; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 8, 2/921; 2006. № 107, 2/1235; № 122, 2/1259.

[172] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2008. № 196, 2/1524.

Таким образом, большинство кодексов и иных законов Республики Беларусь, развивая положения статьи 60 Конституции, содержат прямое указание на возможность судебной защиты прав личности и порядок ее реализации.

В то же время право на судебную защиту, как и большинство других прав граждан, не носит абсолютного характера и в исключительных случаях может быть ограничено.Так, например, согласно пунктам 2 и 3 статьи 5 Закона о порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь выезд за границу гражданину Республики Беларусь может быть временно ограничен, если против него возбуждено уголовное дело – до окончания производства по делу, а если он осужден за совершение преступления – до отбытия наказания или освобождения от наказания. Временное ограничение права на выезд за границу, предусмотренное указанными пунктами, согласно части 2 статьи 7 Закона, **обжалованию не подлежит**.[173]

Особенности обжалования действий и решений органа, ведущего уголовный процесс, определены главой 16 УПК. Согласно части 1 статьи 139 УПК «жалобы лиц, указанных в статье 138 настоящего Кодекса, на действия и решения органа дознания, дознавателя и следователя подаются прокурору, осуществляющему надзор за исполнением законов при производстве предварительного расследования. **Жалобы на действия и решения прокурора подаются вышестоящему прокурору,** а на действия и решения суда – в вышестоящий суд».[174]

В решениях Европейского Суда по правам человека неоднократно подчеркивалось, что право на суд не носит абсолютного характера. Оно «по самой своей природе требует государственного регулирования, которое может меняться в зависимости от места и времени, в соответствии с потребностями и ресурсами как общества, так и конкретных лиц».[175]

Важно, чтобы изъятия из права на судебную защиту отвечали определенным требованиям.

Во-первых, они должны быть прямо предусмотрены законом, т.е. актом, принятым Национальным собранием с соблюдением установленной процедуры.

Во-вторых, они могут быть установлены для достижения одной (или нескольких) из ниже перечисленных целей:

– в интересах национальной безопасности;

– общественного порядка;

– защиты нравственности;

– защиты здоровья населения;

– защиты прав и свобод других лиц (статья 23 Конституции Республики Беларусь).

В-третьих, они должны быть необходимыми в демократическом обществе, в котором «человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства» (статьи 1–2 Конституции Республики Беларусь).

В-четвертых, они должны быть соразмерны «демократической природе соответствующего права, его конституционному содержанию…».[176] Как отметил Европейский Суд по правам человека, должна существовать «разумная соразмерность между используемыми средствами и поставленной целью».[177]

В-пятых, у лица, право на судебную защиту которого ограничивается, в распоряжении должны быть иные средства эффективной защиты.

В-шестых, право на доступ к правосудию не может быть ограничено таким образом или до такой степени, что сама его сущность окажется затронутой.[178]

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОШЛИНА ПО ГРАЖДАНСКИМ И АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ

При установлении размеров государственной пошлины по гражданским и административным делам следует учитывать, что непропорционально высокий (применительно к доходам лица) ее размер может оказывать, выражаясь языком Европейского Суда по правам человека, охлаждающий эффект на желание лица обратиться в суд и тем самым послужить преградой к реализации права на судебную защиту.

Такое обстоятельство было выявлено Конституционным Судом Республики Беларусь при рассмотрении дела об уплате государственной пошлины лицами, обжалующими в судебном порядке отказ в регистрации ходатайства о признании беженцами и отказ в признании беженцами. Ока-

---

[173] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1993. № 22. Арт. 274.

[174] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: с обзором изменений и практики применения / авт. обзора Л.Л. Зайцева. Минск: Амалфея, 2008. С.173.

[175] Ashingdane v.Great Britain, para 57.

[176] Василевич Г.А. Конституция Республики Беларусь: науч.-практ. комментарий. Минск: Право и экономика, 2000. С. 103.

[177] Bellet v. France, para 31.

[178] Garcia Manibardo v. Spain, para 36.

залось, что многие иностранные граждане и лица без гражданства, которым было отказано в регистрации ходатайства о признании их беженцами и отказано в признании беженцами, не могут реализовать свое право на судебную защиту, поскольку действующая ставка государственной пошлины является непомерным бременем для большинства лиц, обращающихся с жалобами в суд. Так, постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 26 февраля 1993 г. № 105 «О ставках государственной пошлины», с последующими изменениями и дополнениями, было установлено, что государственная пошлина с жалоб, подаваемых в суд, на действия (бездействие) государственных органов и иных юридических лиц, а также организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц, ущемляющие права граждан, взимается в размере пяти минимальных заработных плат. В то же время денежная помощь, выдаваемая иностранцам, подавшим ходатайства о признании их беженцами, а также беженцам, носила, как правило, разовый характер и ее размер значительно ниже размера государственной пошлины, которую необходимо уплатить иностранцу, лицу без гражданства при подаче жалобы в суд.

Важно подчеркнуть, что размер государственной пошлины, взимаемой с жалоб, подаваемых в суд, на действия (бездействие) государственных органов и должностных лиц, ущемляющие права граждан, до 3 сентября 1999 г. составлял одну минимальную заработную плату и всего 20 процентов минимальной заработной платы до 18 июля 1998 г. Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 25 августа 1999 г. № 1330 «О внесении изменений в ставки государственной пошлины» размер государственной пошлины по данной категории дел был увеличен до пяти минимальных заработных плат.

Конституционный Суд по итогам рассмотрения данного дела предложил Совету Министров Республики Беларусь рассмотреть вопрос о снижении размера ставки государственной пошлины либо о предоставлении льготы по уплате государственной пошлины лицам, обжалующим в судебном порядке отказ в регистрации ходатайства о признании их беженцами и отказ в признании беженцами. Совет Министров на основании указанного решения Суда в постановлении от 8 апреля 2002 г. № 443 существенно снизил размер государственной пошлины для беженцев по отдельным категориям дел при обращении их за судебной защитой.

Как указывает профессор Г. А. Василевич, «гражданин должен иметь реальную возможность на пользование услугами адвоката, а размер государственной пошлины должен быть приемлемым и не являться препятствием для обращения в суд».[179]

В решении от 1 декабря 2003 г. Конституционный Суд отметил, что осужденные к лишению свободы, не имеющие средств на уплату государственной пошлины при обжаловании приговоров в надзорном порядке, имеют право на освобождение от уплаты такой пошлины, и подчеркнул, что более полному обеспечению права на обращение с надзорными жалобами на вынесенные в отношении их приговоры должно способствовать справедливое разрешение компетентными государственными органами соответствующих заявлений осужденных с учетом объективных причин их материальной несостоятельности.[180]

На обеспечение права граждан на судебную защиту были направлены и решения Конституционного Суда о правовом регулировании уплаты государственной пошлины при рассмотрении трудовых споров, а также при подаче кассационных и надзорных жалоб на судебные постановления по искам о взыскании алиментов (решения от 24 апреля 2003 г. и от 12 ноября 2003 г.). Конституционный Суд предложил Национальному собранию внести необходимые изменения и дополнения в Закон «О государственной пошлине», предусматривающие освобождение от уплаты (или устанавливающие равные условия оплаты) государственной пошлины работников по трудовым спорам и истцов по искам о взыскании алиментов при их обращении в суды и органы прокуратуры. Решение Конституционного Суда от 24 апреля 2003 г. в части освобождения работников от уплаты государственной пошлины по трудовым спорам реализовано в Законе от 1 января 2004 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Беларусь по вопросам налогообложения».

Как отмечала судья Верховного Суда Республики Беларусь, к.ю.н. Р.И. Филипчик, в отношении малоимущих граждан (студенты, пенсионеры, инвалиды и др.) государственная пошлина иногда превышает разумные пределы.[181]

Следует отметить, что в конце 2007 года были приняты изменения в Закон о государственной пошлине, согласно которым с жалоб на действия (бездействие) государственных органов и иных юридических лиц, а также организаций не являющихся юридическими лицами и должност-

---

[179] Василевич Г. А. Акты Конституционного Суда Республики Беларусь по обеспечению доступа к правосудию в контексте решений Европейского Суда по правам человека // Семинар «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту». 15 февраля 2008 г., Минск. С. 165.

[180] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 2003. № 4. С. 4–6.

[181] Филипчик Р. И. Реализация права на доступ к правосудию // Семинар «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту». 15 февраля 2008 г., Минск. С. 176.

ных лиц, ущемляющие права граждан, взимается государственная пошлина в размере одной базовой величины.[182] Учитывая небольшое количество таких жалоб (в 2006 году их было подано 830, в 2007 – 1055)[183], с целью повышения доступности правосудия по данной категории дел следовало бы рассмотреть вопрос о полном освобождении от ее уплаты. Такой подход уже осуществлен в отношении исков подаваемых о нарушении прав, предусмотренных законодательством Республики Беларусь о защите прав потребителей (п. 1.1.8. статьи 10 Закона о государственной пошлине) и показал свою эффективность.

Кроме того, следует иметь в виду, что в Беларуси отсутствует институт омбудсмана, который мог бы рассматривать некоторые из жалоб на действия, ущемляющие права граждан. Как известно, жалоба, поданная уполномоченному по правам человека, не требует никаких оплат и не облагается государственной пошлиной.

Важно, чтобы судами выполнялся пункт 8 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2006 г. № 10 «О практике применения законодательства, обеспечивающего право граждан на судебную защиту, и мерах по повышению ее эффективности в общих судах», гласящий:

«Судам надлежит иметь в виду, что в целях обеспечения доступа к правосудию Законом Республики Беларусь от 10 января 1992 года «О государственной пошлине», а также Указом Президента Республики Беларусь от 14 сентября 2006 г. № 574 «О некоторых вопросах взимания государственной пошлины», иными законодательными актами для некоторых категорий граждан при их обращении в суды установлены льготы по уплате государственной пошлины.

В силу ст. 130 ГПК решение суда или судьи об освобождении полностью или частично от уплаты судебных расходов в доход государства должно основываться на учете имущественного положения гражданина. При этом следует принимать во внимание, в частности, размер заработной платы и (или) доходов, возраст, состояние здоровья, количество иждивенцев, иные обстоятельства, объективно свидетельствующие о затруднительном материальном положении заявителя. Если приобщенных к заявлению об освобождении от судебных расходов документов о материальном положении заявителя недостаточно, судья по его ходатайству истребует дополнительные».[184]

ПРЕПЯТСТВИЯ ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА ГРАЖДАН НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ В ДЕЙСТВУЮЩИХ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТАХ

Иногда отказ в реализации данного права мотивируется тем, что в Кодексе, законе или ином нормативно-правовом акте отсутствует прямое указание на возможность для гражданина обратиться в суд, либо не урегулирован порядок рассмотрения судом того или иного спора. Таким образом, одним из препятствий в реализации права на судебную защиту являются пробелы в законодательстве, регулирующем те или иные общественные отношения. По мнению проф. Г.А. Василевича наличие пробелов может быть вызвано:

а) упущениями авторов законопроектов;

б) лоббированием заинтересованных субъектов;

в) запаздыванием законодателя с принятием необходимых нормативно-правовых актов[185].

1. Так, явное упущение допустили разработчики Закона Республики Беларусь «О свободе совести и религиозных организациях», статьей 37 которого предусмотрено, что в случае нарушения религиозной организацией законодательства Республики Беларусь либо осуществления деятельности, противоречащей уставу религиозной организации, регистрирующий орган выносит письменное предупреждение, которое в трехдневный срок направляется руководящему органу религиозной организации. Однако указание на возможность судебного обжалования такого предупреждения в законе отсутствует. Это на практике привело к тому, что суды отказывают в принятии заявлений об обжаловании в судебном порядке письменного предупреждения, вынесенного Уполномоченным по делам религий и национальностей, мотивируя отказ отсутствием в законодательстве норм, регулирующих порядок обжалования таких действий. Важно подчеркнуть, что Конституционный Суд Республики Беларусь в решении от 5 апреля 2007 г. отметил, что предусмотренное в части первой статьи 60 Конституции положение является важной гарантией защиты прав и законных интересов не только граждан, но и юридических лиц (в том числе религиозных организаций). Конституционный Суд указал, что хотя в Законе о свободе совести прямо не предусмотрено право судеб-

---

[182] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2007. № 305, 2/1398.

[183] Федорцов А.А. Реализация права на судебную защиту в общих судах Республики Беларусь // Междунар. научн.-практ. конф. «Использование международных правовых актов при реализации индивидуальных прав, свобод и законных интересов граждан в национальном законодательстве и право на судебную защиту в Беларуси: проблемы и перспективы», Минск, 24 апреля 2008 г. С. 49.

[184] http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=80&at=0&m1=2.

[185] Василевич Г.А. Конституционное правосудие на защите прав и свобод человека. Минск: ИООО «Право и экономика», 2003. С. 133.

ного обжалования письменного предупреждения, выносимого в адрес религиозной организации в случае нарушения ею законодательства Республики Беларусь, в ГПК имеется глава 29, предусматривающая, в частности, порядок обжалования действий должностных лиц, ущемляющих права юридических лиц. В резолютивной части решения Суд подтвердил высказанную в заключениях от 24 июня 1998 г., от 13 мая 1999 г. и ежегодных посланиях Конституционного Суда Республики Беларусь правовую позицию о прямом действии нормы статьи 60 Конституции Республики Беларусь, гарантирующей право на судебную защиту.[186]

Руководствуясь вышеизложенным, для устранения пробела в законодательстве предлагаю дополнить статью 37 Закона о свободе совести и религиозных объединениях частью 2 следующего содержания: *Письменное предупреждение, вынесенное* религиозным объединениям, а также монастырям и монашеским общинам, религиозным братствам и сестричествам, религиозным миссиям, духовным учебным заведениям, создаваемым по решению органов управления религиозного объединения*, в месячный срок после его получения может быть обжаловано в Верховный Суд Республики Беларусь. Письменное предупреждение, вынесенное* религиозным общинам*, в месячный срок после его получения может быть обжаловано в областной, Минский городской суд по месту нахождения руководящего органа общины.*

2. До января 2003 г. существовали законодательные ограничения на судебное обжалование лицами, осужденными к лишению свободы, примененных к ним мер взыскания. Такое положение объяснялось тем, что в части пятой статьи 18 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Беларусь содержалась норма, согласно которой «в случаях и порядке, установленных законодательством, суд рассматривает жалобы на действия администрации органов и учреждений, исполняющих наказание и иные меры уголовной ответственности».[187] Решающую роль в реальном обеспечении прав заключенных сыграл Конституционный Суд Беларуси, который был вынужден трижды на протяжении двух лет обращаться к рассмотрению данного вопроса. Суд в решениях от 2 апреля 2001 г. № Р-111/2001, от 15 июля 2002 г. № Р-144/2002 и от 24 декабря 2002 г. № Р-152/2002 подтвердил свою правовую позицию, в соответствии с которой статья 60 Конституции Беларуси имеет прямое действие в силу требований, закрепленных в статьях 137 и 142 Основного Закона, а «право граждан на судебную защиту относится к общепризнанным принципам международного права, приоритет которых Республика Беларусь согласно статье 8 Конституции признает и обеспечивает соответствие им законодательства. Предусмотренное в статье 60 Конституции положение является важной гарантией защиты прав и свобод граждан от любых нарушающих их действий и решений. Право на судебную защиту относится к таким правам, которые не могут быть ограничены, в том числе и в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за совершение преступления».[188] В решении от 24 декабря 2002 г. Конституционный Суд подчеркнул, что согласно пункту 5 Декрета Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины» неисполнение Конституции Республики Беларусь, решений Президента Республики Беларусь, законов Республики Беларусь, постановлений Совета Министров Республики Беларусь и судебных постановлений при осуществлении должностных обязанностей считается грубым нарушением трудовых обязанностей.[189] Непринятие же судами жалоб осужденных на применение к ним мер взыскания означает неисполнение норм Конституции (статьи 7, 8, 59, 112). Суды в таких случаях берут на себя ответственность за нарушение прав граждан, закрепленных в Конституции.[190] 4 января 2003 г. был принят Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Беларусь, который в части пятой статьи 18 УИК слова «В случаях и порядке, установленных» заменил словами «В порядке, установленном».[191]

Вместе с тем следует дополнить главу 29 ГПК Республики Беларусь указанием на то, что суды рассматривают жалобы лиц осужденных к лишению свободы на примененные к ним меры взыскания, предусмотренные Уголовно-исполнительным кодексом.

3. Еще одним примером законодательного ограничения права личности на судебную защиту служит статья 335 Гражданского процессуального кодекса, определяющая, что суд рассматривает дела по жалобам на действия избирательных комиссий в случаях, предусмотренных законом.[192]

---

[186] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 2007. № 3. С. 4–6.

[187] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 32, 2/140.

[188] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 2001. № 2. С. 10.

[189] Там же. 2002. № 4. С. 58.

[190] Там же.

[191] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 8, 2/922.

[192] Там же. 1999. № 18–19, 2/13; № 54, 2/56; 2000. № 5, 2/124; № 47, 2/150; 2002. № 87, 2/883; 2003. № 3, 2/919; № 8, 2/932; № 74, 2/961; № 133, 2/995; 2005. № 120, 2/1134; 2006. № 6, 2/1173; № 86, 2/1215; № 107, 2/1235; № 179, 2/1270; 2007. № 170, 2/1347; № 170, 2/1348; № 264, 2/1378; № 305, 2/1398; 2008. № 5, 2/1404; № 14, 2/1412; № 172, 2/1473; № 184, 2/151.

Законом, в котором содержится исчерпывающий перечень таких случаев, является Избирательный кодекс.[193] В нем содержится 21 основание для обращения в суд, включая отказ Центральной комиссии зарегистрировать лицо, выдвинутое кандидатом в Президенты Республики Беларусь, отказ в регистрации кандидата в члены Совета Республики, решение участковой избирательной комиссии по вопросу о неправильностях в списке граждан, имеющих право участвовать в выборах и др. Вместе с тем весьма нелогичным представляется отсутствие права обжалования в суд итогов выборов Президента Республики Беларусь, депутатов Палаты представителей, членов Совета Республики, депутатов местных Советов. Исключительным правом признавать указанные выборы недействительными обладают соответственно Центральная и территориальные избирательные комиссии. Представляется, что статья 335 ГПК необоснованно сужает конституционное право граждан на защиту их прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки и противоречит Конституции Республики Беларусь.[194] Данная точка зрения автора, высказанная еще в 2001 г., поддерживается рядом белорусских ученых.[195]

В связи с вышеизложенным предлагается:

- из части второй статьи 6 Закона Республики Беларусь от 30 апреля 1998 г. «О Центральной комиссии Республики Беларусь по выборам и проведении республиканских референдумов»[196] исключить слова «в случаях, предусмотренных законодательством Республики Беларусь»;

- в пункте 1 статьи 335 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь исключить слова «в случаях, предусмотренных законом»;

- в части 1 статьи 341 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь исключить слова «предусмотренных законом».

Следует отметить, что в связи с введением сплошного предварительного контроля всех законов Конституционным Судом у него появляется реальная возможность противодействовать нарушению прав граждан на судебную защиту уже на стадии принятия закона. Суд сможет сразу выявить пробелы в правовом регулировании того или иного вопроса и высказать свои замечания еще перед принятием закона.

ПРАВО ГРАЖДАН НА ОБЖАЛОВАНИЕ В СУДЕБНОМ ПОРЯДКЕ ОБОСНОВАННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ВИДЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

Уже в Конституции БССР 1978 г. содержалась статья 52, гласившая: «Гражданам Белорусской ССР гарантируется неприкосновенность личности. Никто не может быть подвергнут аресту иначе как на основании судебного решения или с санкции прокурора».

В 1991 г. в суды Республики Беларусь стали поступать жалобы от лиц, в отношении которых была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу. На тот момент законодательством страны не было предусмотрена возможность судебного обжалования меры пресечения, однако судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Беларуси со ссылкой на п. 4 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, который был ратифицирован нашим государством еще в 1976 г., приняла решение о том, что суды вправе рассматривать такие обращения.[197]

Законом от 3 марта 1994 г. статья 7 УПК Республики Беларусь была дополнена следующей нормой: «Лицо, подвергнувшееся аресту с санкции прокурора, имеет право на обжалование в суд законности и обоснованности ареста или продления срока содержания под стражей».[198]

Всего через несколько дней была принят новый Основной Закон Республики Беларусь 1994 г., закрепивший принцип судебного обжалования задержания или ареста на конституционном уровне. Статья 25 Конституции 1994 г. не претерпела никаких изменений в ходе республиканского референдума 24 ноября 1996 г. Она гласит:

«Государство обеспечивает свободу, неприкосновенность и достоинство личности. Ограничение или лишение личной свободы возможно в случаях и порядке, установленных законом.

Лицо, заключенное под стражу, имеет право на судебную проверку законности его задержания или ареста.

Никто не должен подвергаться пыткам, жестокому, бесчеловечному либо унижающему его достоинство обращению или наказанию, а также без его согласия подвергаться медицинским или иным опытам».

---

[193] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 25, 2/145; № 64, 2/181; 2003. № 8, 2/932; 2006. № 166, 2/1263.

[194] Вашкевич А.Е. Избирательные споры. Минск: Тесей, 2001. С. 13.

[195] См., напр., Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь / Л.И.Бакиновская [и др.]; под общ. ред. Т.А. Беловой, И.Н. Колядко, И.А. Мироничeнко. Минск: Тесей, 2005. С. 478.

[196] Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. 1998. № 20. Арт. 218.

[197] Судовы веснік. 1992. № 3. С. 30–31. См. также: Зыбайло А.И. Соотношение международного и внутригосударственного права. Минск: ИООО «Право и экономика», 2007. С.132–133.

[198] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1994. № 12. Арт. 176.

Уже 22 июня 1995 г. было принято постановление пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 22 июня 1995 года № 7 «О судебной проверке законности и обоснованности задержания, ареста или продления срока содержания под стражей», обобщившее судебную практику по данному вопросу.

Однако, к сожалению, в статье 144 нового УПК, вступившем в силу с 1.01.2001 г., регулирующей данную процедуру, выпало слово «обоснованность», и в ней говорится лишь о судебной проверке «законности» применения задержания, заключения под стражу, домашнего ареста или продления срока содержания под стражей. Указанная статья гласит:

«1. Судебная проверка законности задержания проводится в срок не более 24 часов, а заключения под стражу, домашнего ареста или продления срока содержания под стражей, домашнего ареста – в срок не более 72 часов со времени поступления жалобы единолично судьей по месту предварительного расследования уголовного дела, а определения (постановления) суда о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста или о продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста – единолично судьей вышестоящего суда с обязательным участием прокурора. Жалобы в отношении одного и того же лица рассматриваются в одном производстве.

2. Рассмотрение жалобы производится в закрытом судебном заседании, в котором вправе принимать участие потерпевший, его представитель, защитник (если он участвует в деле), законные представители подозреваемого, обвиняемого. Неявка указанных лиц не препятствует рассмотрению жалобы.

3. В необходимых случаях для участия в рассмотрении жалобы судья вправе вызвать задержанного, лицо, содержащееся под стражей, домашним арестом.

4. В начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, представляется участникам судебного заседания, представляет прокурора и секретаря судебного заседания (секретаря судебного заседания – помощника судьи), разъясняет участникам судебного заседания их права и обязанности и берет у лиц, указанных в части второй настоящей статьи, подписку о неразглашении данных закрытого судебного заседания. Затем судья заслушивает лицо, подавшее жалобу, если оно участвует в судебном заседании, и заключение прокурора.

5. По результатам судебной проверки судья выносит одно из следующих постановлений:

1) об освобождении задержанного, отмене меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и освобождении его из-под стражи, домашнего ареста в случае установления нарушения органом дознания, следователем, прокурором, судом требований статей 108, 110, 114, 125–127 настоящего Кодекса или права подозреваемого, обвиняемого на защиту либо несоответствия предъявленного обвинения содержанию постановления о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста или о продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста. При этом судья обязан применить в отношении лица, освобожденного из-под стражи, домашнего ареста, иную меру пресечения, предусмотренную настоящим Кодексом, и разъяснить, что в случае нарушения условий примененной судом меры пресечения лицо может быть вновь заключено под стражу, домашний арест;

2) об оставлении жалобы без удовлетворения».[199]

В литературе справедливо отмечается, что основания применения заключения под стражу в качестве меры пресечения сформулированы законодателем чрезвычайно широко. Это позволяет органам уголовного преследования и суду использовать заключения под стражу в отношении значительного числа подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений различной степени тяжести, причем отмена меры пресечения в виде заключения под стражу в результате ее судебной проверки практически не встречается.[200]

В связи с изложенным предлагается:

- восстановить в статье 144 УПК указание на необходимость осуществлять судебную проверку как законности, так и обоснованности избрания такой меры пресечения с частичным анализом имеющихся доказательств;

- закрепить в УПК обязательность участия лица, в отношении которого рассматривается вопрос о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста или о продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста, а также его защитника в судебном заседании. Как правильно отмечается в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 22.05.2005 г., «Судебная процедура признается эффективным механизмом защиты прав и сво-

[199] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: с обзором изменений и практики применения / авт. обзора Л.Л. Зайцева. Минск: Амалфея, 2008. С. 184–185.

[200] Зайцева Л.Л. Альтернативы предварительному заключению под стражу в Республике Беларусь как эффективный путь предотвращения пыток и жестокого обращения с подследственными // Право на жизнь и запрет пыток: европейские стандарты и законодательство Республики Беларусь. Минск, 2008. С. 88.

бод, если она отвечает требованиям справедливости и основывается на конституционных принципах состязательности и равноправия сторон. При решении вопросов, связанных с содержанием под стражей в качестве меры пресечения, это предполагает исследование судом фактических и правовых оснований для избрания или продления данной меры пресечения при обеспечении лицу возможности довести до суда свою позицию с тем, чтобы вопрос о содержании под стражей не мог решаться произвольно или исходя из каких-либо формальных условий, а суд основывался на самостоятельной оценке существенных для таких решений обстоятельств, приводимых как стороной обвинения, так и стороной защиты».

Было бы желательно рекомендовать отразить в постановлении пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 22 июня 1995 года № 7 «О судебной проверке законности и обоснованности задержания, ареста или продления срока содержания под стражей» положения, аналогичные закрепленным в пункте 11 постановления пленума Верховного Суда РФ от 5.03.2004 г. № 1: «Если при решении вопроса об избрании подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу (статья 108 УПК РФ) или о продлении срока содержания под стражей (статья 109 УПК РФ) будет заявлено ходатайство об ознакомлении с материалами, на основании которых принимается решение, суду надлежит руководствоваться статьей 45 Конституции Российской Федерации, гарантирующей государственную защиту прав и свобод человека и гражданина. Исходя из этого, суд не вправе отказать подозреваемому или обвиняемому, а также их защитникам в удовлетворении такого ходатайства, поскольку затрагиваются права и свободы лиц, в отношении которых решается вопрос об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей»;

Следует незамедлительно установить судебный порядок санкционирования заключения под стражу и продления его срока, что прямо предусмотрено частью 3 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, ратифицированного нашей страной более 30 лет назад. Необходимо также распространить судебный порядок санкционирования на проведение обыска, наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию, прослушивание переговоров и другие следственные действия, нарушающие конституционные права личности. Введение такого порядка предусмотрено Концепцией совершенствования законодательства Республики Беларусь, одобренной Указом Президента Республики Беларусь от 10.04.2002 г. № 205, и поддерживается учеными.

СРОКИ ДОСУДЕБНОГО И СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Существенное значение в праве на судебную защиту играют сроки досудебного и судебного разбирательства. Не случайно в статье 60 Конституции оговорена возможность защиты прав и свобод в «определенные законом сроки». Установление оптимальных сроков, в течение которых личность может реализовать свое право на судебную защиту, является важной задачей законодателя.

Интересным примером, демонстрирующим значение данного вопроса, является практика обжалования в суд решения руководителя местного исполнительного и распорядительного органа или его заместителя о запрещении проведения массового мероприятия либо об изменении даты, места и времени его проведения. Право заинтересованных лиц обжаловать в суд такое решение закреплено в статье 7 Закона о массовых мероприятиях в Республике Беларусь.[201] Однако в Законе не установлен срок, в течение которого суд должен принять решение по данному вопросу. Как правило, суды рассматривают такие заявления в течение нескольких месяцев. С учетом того, что согласно части первой статьи 6 Закона решение о запрещении или разрешении мероприятия должно приниматься не позднее чем за 5 дней до даты его проведения, на практике это означает, что организаторы лишаются реальной возможности проведения запланированного мероприятия даже при благоприятном исходе дела в суде. В связи с этим заслуживает внимания опыт ряда зарубежных стран, в которых законодательно установлен такой срок рассмотрения соответствующих дел, который позволяет организовать намеченное мероприятие в запланированные сроки при положительном решении суда. Так, согласно статье 15 Закона об организации и проведении собраний Республики Молдова административный суд рассматривает жалобы организаторов на отказ в выдаче разрешения в проведении собрания в 5-дневный срок.[202] Статья 13 Закона о порядке проведения собраний, митингов, шествий и демонстраций Республики Армения от 4 октября 2005 г. закрепляет норму об обязанности суда рассмотреть запрет на проведение массового мероприятия в течение 24 часов.[203] Срок рассмотрения аналогичных вопросов в Латвии составляет согласно

[201] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 93, 2/982; № 136, 2/1002; 2006. № 166, 2/1263; 2008. № 184, 2/1513.

[202] http:// www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14...

[203] http://www.legislationline.org/ru/topics/country/45/topic/15.

статье 17 Закона о митингах, шествиях и пикетировании трое суток.[204] С учетом вышеизложенного предлагается дополнить статью 7 Закона о массовых мероприятиях в Республике Беларусь нормой следующего содержания: «Суд обязан рассмотреть жалобу на решение руководителя местного исполнительного и распорядительного органа или его заместителя о запрещении проведения массового мероприятия либо об изменении даты, места и времени его проведения в течение 3 суток с момента ее поступления».

Кроме того, как подчеркивается в пункте 13 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 21 декабря 2006 г. № 10, «судам надлежит иметь в виду, что строгое соблюдение установленных процессуальным законодательством сроков и порядка рассмотрения дел и материалов является важной составляющей в реализации права граждан на своевременную и эффективную судебную защиту их прав и законных интересов.

В целях искоренения волокиты, необоснованных приостановлений и отложений дел, неоправданных длительных перерывов судебных заседаний судьям необходимо обеспечить надлежащую подготовку каждого дела к разбирательству, строго соблюдать установленный порядок рассмотрения дел в судах.

Применение предусмотренных законом форм упрощенного и ускоренного судопроизводства не должно влечь нарушений прав участников процесса».[205]

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ И ПРОЦЕДУРА ОБЖАЛОВАНИЯ (ОПРОТЕСТОВАНИЯ) СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Одной из составляющих права на доступ к правосудию является возможность закрепленная в пункте 2 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах для каждого, кто осужден за какое-либо преступление, на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону. Аналогичная норма содержится и в Конституции Республики Беларусь. Согласно части 3 статьи 115 стороны и лица, участвующие в процессе, имеют право на обжалование решений, приговоров и других судебных постановлений. Однако в статье 370 УПК[206], статьях 343 и 399 ГПК[207] содержатся нормы, согласно которым решения и приговоры, вынесенные Верховным Судом Республики Беларусь по делам, рассмотренным им по первой инстанции, обжалованию и опротестованию в кассационном порядке не подлежат, а могут быть обжалованы лишь в порядке надзора. Следует иметь в виду, что заключением Конституционного Суда Республики Беларусь от 23 июня 1999 г. были признаны не соответствующими Конституции и международно-правовым актам часть вторая статьи 207, часть первая статьи 268, часть первая статьи 269, часть первая статьи 291 и положения главы 26 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь, связанные с проверяемыми нормами, в той мере, в какой они должным образом не обеспечивают процессуальные гарантии реализации права сторон и лиц, участвующих в процессе, на обжалование судебных постановлений Верховного Суда Республики Беларусь, вынесенных по делам, рассмотренным им по первой инстанции.[208] В Заключении Суда отмечалось, что «одной из реальных гарантий осуществления конституционного права на судебную защиту и вынесения судами законных и обоснованных решений является право обжалования и опротестования судебных постановлений. Судебное решение не может считаться справедливым и правосудным, а судебная защита – полной и эффективной, если допущена судебная ошибка. Государство обязано гарантировать защиту прав и свобод человека и гражданина от судебной ошибки. При установлении порядка осуществления правосудия в законодательстве должен быть предусмотрен эффективный механизм (процедура) исправления таких ошибок».[209] В резолютивной части Заключения было предложено Национальному собранию Республики Беларусь рассмотреть вопрос об усилении процессуальных гарантий на обжалование и опротестование судебных постановлений Верховного Суда Республики Беларусь по делам, рассмотренным Верховным Судом по первой инстанции, в соответствии с настоящим Заключением. К сожалению, данное заключение как применительно к ГПК, так и УПК до настоящего времени не реализовано. Его выполнение послужит дальнейшему укреплению права граждан на судебную защиту.

---

[204] http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1021/file/d2cd2936ae010b105d872a312af75f7c.pdf.

[205] http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=80&at=0&m1=2.

[206] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: с обзором изменений и практики применения / авт. обзора Л.Л. Зайцева. Минск: Амалфея, 2008. С. 347.

[207] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. №18–19, 2/13; № 54, 2/56; 2000. № 5, 2/124; № 47, 2/150; 2002. № 87, 2/883; 2003. № 3, 2/919; № 8, 2/932; № 74, 2/961; № 133, 2/995; 2005. № 120, 2/1134; 2006. № 6, 2/1173; № 86, 2/1215; № 107, 2/1235; № 179, 2/1270; 2007. № 170, 2/1347; № 170, 2/1348; № 264, 2/1378; № 305, 2/1398; 2008. № 5, 2/1404; № 14, 2/1412; № 172, 2/1473; № 184, 2/151.

[208] http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=11103.

[209] Там же.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, характерной тенденцией развития белорусского законодательства в последнее десятилетие является не только закрепление права на судебную защиту на конституционном уровне, но и постоянное расширение судебной юрисдикции по рассмотрению различного рода споров между субъектами права.

Право на судебную защиту провозглашено почти во всех отраслевых кодексах, а также иных законах. Ему уделяется внимание в решениях пленума Верховного Суда Республики Беларусь.

Важнейшую роль в становлении и развитии конституционно-правового института права на судебную защиту сыграл Конституционный Суд Республики Беларусь, который принял свыше 20 решений, посвященных праву на судебную защиту и доступ к правосудию как физических (военнослужащие, беженцы, заключенные и др.), так и юридических лиц (религиозные объединения и др.).

Анализ регулирования права на защиту показывает, что в данной сфере возможны следующие варианты:

1. Текст кодекса или закона содержит прямое указание на возможность обращения в суд для защиты своих прав в той или иной сфере правового регулирования. В этом случае проблем с доступом к правосудию не возникает.

2. Существует пробел в правовом регулировании – законодатель прямо не запрещает обращаться в суд, но и не закрепляет такого права в законе (как в Законе Республики Беларусь «О свободе совести и религиозных организациях»). В данном случае следует руководствоваться статьей 60 Конституции и правовой позицией Конституционного Суда Республики Беларусь о прямом и непосредственном ее действии.

3. Поскольку право на судебное обжалование не носит абсолютного характера, в некоторых строго ограниченных случаях допустимы изъятия из него. Однако они должны соответствовать нижеуказанным требованиям.

Во-первых, они должны быть прямо предусмотрены законом, т.е. актом, принятым Национальным собранием с соблюдением установленной процедуры.

Во-вторых, они могут быть установлены для достижения одной (или нескольких) из ниже перечисленных целей:

– в интересах национальной безопасности;
– общественного порядка;
– защиты нравственности;
– защиты здоровья населения;
– защиты прав и свобод других лиц (статья 23 Конституции Республики Беларусь).

В-третьих, они должны быть необходимыми в демократическом обществе, в котором «человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства» (статьи 1–2 Конституции Республики Беларусь).

В-четвертых, они должны быть соразмерны «демократической природе соответствующего права, его конституционному содержанию…».[210] Как отметил Европейский Суд по правам человека, должна существовать «разумная соразмерность между используемыми средствами и поставленной целью».[211]

В-пятых, у лица, право на судебную защиту которого ограничивается, в распоряжении должны быть иные средства эффективной защиты.

В-шестых, право на доступ к правосудию не может быть ограничено таким образом или до такой степени, что сама его сущность окажется затронутой.[212]

Предлагается обсудить внесение следующих изменений в белорусское законодательство.

1. В перспективе следует внести изменения в статью 63 Конституции Республики Беларусь, добавив в содержащийся в ней перечень прав и свобод, которые не могут быть ограничены при осуществлении особых мер в период чрезвычайного положения, право на судебную защиту, закрепленное статьей 60.

2. В части 1 статьи 353 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь слово «законодательством» заменить словом «законами».

3. Следовало бы дополнить статью 353 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь указанием на то, что обжалование действий (бездействия), предусмотренных данной статьей, в несудебном порядке не лишает прав граждан на обращение в суд в случае несогласия с принятым решением.

---

[210] Василевич Г.А. Конституция Республики Беларусь. Научно-практический комментарий. Минск: Право и экономика, 2000. С. 103.

[211] Bellet v. France, para 31.

[212] Garcia Manibardo v. Spain, para 36.

4. Предлагается отменить взимание государственной пошлины с жалоб на действия (бездействие) государственных органов и иных юридических лиц, а также организаций, не являющихся юридическими лицами, и должностных лиц, ущемляющих права граждан.

5. Дополнить статью 37 Закона о свободе совести и религиозных объединениях частью второй следующего содержания: «Письменное предупреждение, вынесенное религиозным объединениям, а также монастырям и монашеским общинам, религиозным братствам и сестричествам, религиозным миссиям, духовным учебным заведениям, создаваемым по решению органов управления религиозного объединения, в месячный срок после его получения может быть обжаловано в Верховный Суд Республики Беларусь. Письменное предупреждение, вынесенное религиозным общинам, в месячный срок после его получения может быть обжаловано в областной, Минский городской суд по месту нахождения руководящего органа общины.».

6. Следует дополнить главу 29 ГПК Республики Беларусь указанием на то, что суды рассматривают жалобы лиц осужденных к лишению свободы на примененные к ним меры взыскания, предусмотренные Уголовно-исполнительным кодексом.

7. Из части второй статьи 6 Закона Республики Беларусь от 30 апреля 1998 г. «О Центральной комиссии Республики Беларусь по выборам и проведении республиканских референдумов»[213] исключить слова «в случаях, предусмотренных законодательством Республики Беларусь».

8. В пункте 1 статьи 335 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь исключить слова «в случаях, предусмотренных законом».

9. В части 1 статьи 341 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь исключить слова «предусмотренных законом».

10. Дополнить статью 7 Закона о массовых мероприятиях в Республике Беларусь нормой следующего содержания: «Суд обязан рассмотреть жалобу на решение руководителя местного исполнительного и распорядительного органа или его заместителя о запрещении проведения массового мероприятия либо об изменении даты, места и времени его проведения в течение 3 суток с момента ее поступления».

11. Восстановить в статье 144 УПК указание на необходимость осуществлять судебную проверку как законности, так и обоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу с частичным анализом имеющихся доказательств;

закрепить в УПК обязательность участия лица, в отношении которого рассматривается вопрос о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста или о продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста, а также его защитника в судебном заседании;

следует незамедлительно установить судебный порядок санкционирования заключения под стражу и продления его срока, что прямо предусмотрено частью 3 статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, ратифицированного нашей страной более 30 лет назад. Необходимо также распространить судебный порядок санкционирования на проведение обыска, наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию, прослушивание переговоров и другие следственные действия, нарушающие конституционные права личности.

---

[213] Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. 1998. № 20. Арт. 218.

Комментарии к отчету по теме «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту» международного эксперта проекта М. Хартвига[214]

1. СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА КАК ПРИНЦИП НАЦИОНАЛЬНОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Следование принципам правового государства или верховенства права не только гарантирует основные и иные права. Непосредственным следствием осуществления принципов правового государства является и введение системы средств судебной защиты, с помощью которых индивиды могут защищать и реализовывать свои права и свободы. По этой причине традиционным стало закрепление в национальных конституциях и международных актах права на судебную защиту в случае нарушения соответствующих прав.

Немецкий Конституционный Суд даже постановил, что гарантия судебной защиты является неотъемлемой частью материальных прав. Поэтому, если никакого иного конституционного основания для этой гарантии не найдется[215], право на судебную защиту может быть непосредственно выведено из гарантий соответствующего материального права[216]. В этом отношении защита собственности предусматривает обязанность законодателя установить такие механизмы, которые защищали бы владельцев от потери собственности в случае несправедливого банкротства[217].

В своем докладе д-р Вашкевич четко обозначает направления развития в международном праве и в традиции национального права, и основательно анализирует ситуацию судебной защиты в белорусском праве.

2. ЗАЩИТА ПРАВ, ГАРАНТИРОВАННЫХ ПУБЛИЧНЫМ ПРАВОМ, ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИЕЙ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Говоря о международных документах, следует отметить отличительные особенности Европейской Конвенции о защите прав человека. Статья 6 пункт 1 этой Конвенции гласит: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Это положение прямо не оговаривает защиту в случае нарушения публичных прав. Такой пробел частично компенсируется статьей 13, которая предполагает защиту прав и свобод, гарантированных Европейской Конвенцией. Однако не все права, касающиеся публичной сферы, гарантируются Европейской Конвенцией, как пример можно привести социальные права.

Европейский Суд по правам человека расширил трактовку понятия гражданских прав по статье 6, включив в него такие права, как пенсии государственных служащих, трудовые пенсии и социальное обеспечение в целом[218]. Это доказывает, что Страсбургский суд ощущает потребность расширения границы судебной защиты и намеревается включить все публичные права в той мере, в какой это соответствуют тексту Европейской Конвенции о защите прав человека.

Формулировка статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах во многом совпадает со статьей 6 Европейской Конвенции, ограничивая гарантию судебной защиты гражданскими правами и обязанностями и уголовными судебными разбирательствами.

Другие международные договора – такие, как Американская Конвенция о защите прав человека – ограничивают гарантию судебной защиты материальными правами, оговоренными в соответствующем договоре, аналогично статье 13 ЕКПЧ.

«Невнимательное отношение» к публичным правам продиктовано специфическим пониманием этой области права. В то время как «гражданские права и обязанности» воспринимаются как права, которые необходимо защищать от посягательств государства, публичные права рассматриваются как дарованные государством, и считается, что государство решает, посредством каких механизмов человек сможет реализовывать эти права. Однако значение публичных прав растет. Во многих отношениях они дополняют, если не заменяют, роль классических гражданских прав. Так, если в классическом понимании собственность, защищенная различными национальными конституция-

---

[214] Маттиас Хартвиг (Германия), Dr. Iur., сотрудник Института сравнительного публичного права и международного права им. Макса Планка.

[215] В немецкой Конституции содержится особая гарантия судебной защиты от действий государственных органов, как будет показано далее.

[216] Решения Федерального Конституционного Суда, том 24, с. 367, 401; 35, с. 348, 361; 51, с. 150, 156.

[217] Решения Конституционного Суда, том 51, с. 150 <156>

[218] Манн Курт. Понятие гражданских прав в статье 6 Европейской Конвенции о защите прав человека // Немецкий ежегодник международного права. 1992. С. 81, 89; Европейский Суд по защите прав человека, решение от 8 декабря 1999 года (дело Пеллегрина).

ми, воспринималась как эквивалент недвижимого имущества, поскольку жизнь граждан серьезно зависела от владения землей, то в XIX и XX веках ситуация радикальным образом изменилась. Люди стали жить за счет постоянного заработка, а для пожилых людей государство ввело обязательные пенсионные фонды, которые часто были урегулированы публичным правом. Конституционные суды разных стран и Европейский Суд по правам человека, переняли эту практику и распространили конституционные гарантии собственности на право на пенсию[219]. Соответственно расширился круг прав, подлежащих судебной защите.

Конституция Федеративной Республики Германия по-другому подходит к проблеме гарантии судебной защиты; она не определяет права, которым гарантирована судебная защита, но обеспечивает право обращаться в суд в любом случае нарушения права государственным органом. Статья 19 пункт 4 Основного Закона гласит: «Если права какого-либо лица нарушены государственной властью, ему предоставляется возможность обратиться в суд. Поскольку не установлена иная подсудность, действует обычный судебный порядок».

Средства судебной защиты гарантированы во всех случаях нарушения права любым государственным органом. Судебная защита должна быть предоставлена всякому, кто утверждает, что его права нарушены государством. Квалификация нарушенного права не имеет значения. Такой подход продиктован пониманием основных прав, как базовой защиты от посягательств государства. В русле данного понимания, гарантии судебной защиты в первую очередь нацелены против посягательств государства на права человека в какой бы форме они не выражались: закона, предписания, или индивидуального акта.

3. РЕГУЛИРОВАНИЕ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ БЕЛАРУСИ

Белорусская Конституция исчерпывающе прописывает гарантию судебной защиты в статье 60. Судебная защита предоставляется при нарушении прав и свобод. Эта гарантия не имеет ограничений ни в отношении субъекта нарушения – как и в немецком праве – ни в отношении нарушенного права, если понятие «права» в статье 60 понимать в широком смысле, то есть если оно не сведено до основных прав, перечисленных в Конституции. Такой охранительный подход является положительным примером.

Сложнее обстоит дело с судебной защитой на уровне общих законов, где судебная защита регулируется разнообразными нормами. Такое регулирование может привести к выводу, что судебная защита гарантируется в том лишь случае, если ее предусматривает закон: если материальное право предоставляется без процессуальной гарантии, нет никакого средства судебной защиты этого права. Фактически (это будет показано далее по тексту) в белорусской правовой системе существуют акты, в которых нет положений о судебной защите (как, например, в законе о религиозных объединениях).

Чтобы избежать пробелов в системе судебной защиты, следует включить общую норму во все процессуальные законы, а именно: Гражданский процессуальный кодекс, Уголовно-процессуальный кодекс, Административно-процессуальный кодекс. Такая общая гарантия будет заключаться в том, что если человек считает, что его права нарушены, он должен иметь возможность обратиться в соответствующий суд. Такая норма будет действовать во всех отраслях права и позволит прекратить споры о том, должна ли предоставляться судебная защита в том случае, если конкретный закон не содержит положений о судебной защите. Ситуация будет обратной: законодатель должен будет мотивировать свое желание не предоставлять судебную защиту в конкретных случаях. Как только такая общая норма будет включена в соответствующие процессуальные кодексы, исчезнет необходимость ссылаться на статью 60 Конституции Беларуси, как предлагает д-р Вашкевич. Такая ссылка – хотя она и необходима в конкретном деле – если она станет правилом, сделает конкретные положения общего права избыточными.

Но такие нормы целесообразны, только если они разработаны для определенной отрасли, например, гражданского процесса, уголовного процесса и административного процесса. Таким образом, гарантии доступа к судебной защите должны быть закреплены в обычных законах, но они должны содержаться в процессуальных кодексах, а не распыляться по всему объему законодательства, являясь частью регулирования конкретных материальных прав.

4. ИСКЛЮЧЕНИЯ ИЗ ПРИНЦИПА СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ И ИХ ОБОСНОВАНИЕ

Вопрос исключений из принципа судебной защиты необходимо рассматривать, учитывая условия и основания по которым они допустимы.

---

[219] Для Европейского Суда по правам человека: решение от 16 сентября 1996 года (Gaygusuz), решение от 30 сентября 2003 (Poirrez); Для немецкого Конституционного Суда: решения, том 18, с. 392 <397>; 53, с. 257 <291>.

a. Политические вопросы / acte de gouvernement

В некоторых правовых системах определенные действия государственных органов не подлежат судебному контролю. Особенно в сфере внешней политики на национальные суды налагаются определенные ограничения, которые называются политическим вопросом (political question) в США, acte de gouvernement – во Франции, atto di governo – в Италии. Однако же при более внимательном рассмотрении этого вопроса, наблюдается определенная тенденция: во всех государствах суды расширяют свои контрольные полномочия, ограничивая сферу, в которой государство могла бы действовать неподконтрольно. Во Франции acte de gouvernement уже почти исчез, в Германии Федеральный Конституционный Суд – хотя и признает определенные привилегии правительства во внешней политике – отвергает идею о том, что акты государственных органов могут не подлегать судебному контролю[220].

На первый взгляд белорусская правовая система не предусматривает такого ограничения. До настоящего момента тут также ограничиваются сферы, которые не подпадают под судебный контроль. Однако представляется, что в Беларуси есть отношения, исключенные из сферы судебного контроля в силу отсутствия регулирования. Однако такие исключения, как, например, закон о религиозных объединениях или, в части правоприменительной практики – положения о задержанных лицах, продиктованы иными, нежели принцип политического вопроса, соображениями.

b. Иммунитеты

Иммунитеты – это еще одна концепция, которая может влечь судебную неподконтрольность. Существует два типа иммунитетов: иммунитеты по международному праву и иммунитеты по национальному праву. Иммунитеты по международному публичному праву предоставляются иностранным государствам и их высоким представителям, таким как Глава государства, Премьер-министр и Министр иностранных дел. Суды не могут принимать иски ни в отношении государства, ни в отношении одного из его представителей. Европейский Суд по правам человека установил в деле Аль Адсани, что отказ в принятии гражданско-правового иска о возмещении ущерба в отношении иностранного государства (Кувейта) по причине иммунитетов не является нарушением гарантии судебной защиты согласно статье 6 Европейской Конвенции о защите прав человека[221].

Право на судебную защиту должно быть соотнесено с традиционными основными институтами международного права, которые необходимы для защиты отношений между государствами. Однако следует иметь в виду последние тенденции в доктрине международного права, связанные с отрицанием иммунитетов государства в ситуации серьезных нарушений гуманитарного права (дело Дистомо) или права прав человека, что также нашло отражение в особом мнении к делу Аль Адсани[222]. Даже в таких случаях возрастает значимость судебной защиты.

Иммунитеты аналогичным образом гарантируются дипломатам и консульским работникам и в определенной степени их семьям. Принципы государственного иммунитета были расширены на международные организации и лиц, действующих от их имени. Они не могут предстать перед национальным судом.

Второй тип иммунитетов предоставляется национальным правом. Неприкосновенностью наделены в первую очередь Глава государства – например, статья 79 пункт 3 Конституции Беларуси, или статья 67 Конституции Франции, депутаты, иногда Премьер-министр и судьи Конституционного Суда. Проблема предоставления иммунитетов множеству лиц, наделенных государственными функциями, связана не только с тем, что таким образом ставится под сомнение равенство лиц перед законом, но и с тем фактом, что защита от судебного преследования неприкосновенных лиц может противоречить гарантиям судебной защиты других лиц. Поэтому предоставление иммунитетов должно быть строго ограничено.

5. ОБЩИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ

Международные акты, такие как Международный пакт о гражданских и политических правах, статья 4, Европейская Конвенция о защите прав человека, статья 15, или Американская Конвенция о защите прав человека, статья 27 предусматривают возможность приостановления большинства гарантий – среди них и гарантии судебной защиты – в случае войны или чрезвычайного положения. Однако вопрос о том, можно ли временно ограничивать право на судебную защиту, остается спор-

---

[220] См., например, дело об установке крылатой ракеты в 1980 году, в котором рассматривались действия Федерального правительства, решения Федерального Конституционного Суда, том 68, с. 1; в своем решении по поводу договоров между Федеральной Республикой Германия, с одной стороны, и Советским Союзом и Польшей, с другой, Федеральный Конституционный Суд подчеркнул, что вопросы глубоко политические не подпадают под конституционный контроль, решения Федерального Конституционного Суда, том 40, с. 141, 176.

[221] Европейский Суд по правам человека, решение от 21 ноября 2001 (Аль Адсани).

[222] См., например, решение греческого верховного суда по делу Дистомо от 15 апреля 2000 года; решение итальянского Corte di cassazione от 11 марта 2004 года (Феррини).

ным. Это связано с тем, что даже те права, которые невозможно временно ограничить, останутся незащищенными (в условиях войны или чрезвычайного положения) и в результате будут бесполезны. Представляется достаточным временно ограничивать материальные права, тогда право на судебную защиту автоматически приостановит свое действие. В отношении иных прав, она (судебная защита) должна быть сохранена. Таким образом, я приветствую предложение д-ра Вашкевича внести изменения в статью 63 Конституции Республики Беларусь, исключив право на судебную защиту из списка прав, подлежащих временному ограничению.

6. МАТЕРИАЛЬНЫЕ ИЗЪЯТИЯ ИЗ ПРИНЦИПА СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

a. Исключения, связанные с государственной тайной

В исключительных случаях возможно исключение судебного контроля в отношении государственной тайны. При этом важно подчеркнуть, что сам по себе факт наличия информации, содержащей государственную тайну, недостаточен для освобождения от судебного контроля и отказа в доступе к суду. Разнообразные правовые системы показывают, что к обязанностям законодателя относится установление процедуры, посредством которых Суд мог бы рассматривать факты, имеющие статус государственной тайны. Так, немецкий Федеральный Конституционный Суд потребовал, чтобы законодатель установил процедуру закрытого рассмотрения (in camera), посредством которой судьи могли бы рассматривать факты, необходимые для принятия решения[223].

В исключительных обстоятельствах и в ограниченном числе вопросов государство может отменять судебный контроль, но в таком случае оно должно предусмотреть альтернативные формы контроля. Так, в немецкую Конституцию в 1968 году были внесены изменения, согласно которым прослушивание телефонных разговоров спецслужбами не подлежало судебному контролю. Такое допустимо, только если прослушивание осуществляется для предотвращения посягательств, целью которых была бы ликвидация конституционного строя или самого государства. Для того чтобы компенсировать недостаток судебной защиты, была создана парламентская комиссия, состоящая из представителей разных партий. Эта комиссия наделена правом контролировать исполнительную власть и объявлять ее действия противозаконными[224]. Однако такие освобождения определенных категорий дел от судебного контроля встречаются исключительно редко.

b. Защита религиозных объединений

Трудно обосновать исключение из права на судебную защиту в делах по вынесению предупреждений религиозным организациям, которые так же, как и любой гражданин, принимают участие в жизни общества. Если белорусская правовая система не обеспечивает возможности обжалования подобных предупреждений государственных органов, такое положения прав религиозных организаций можно будет рассматривать как нарушение права на судебную защиту. Оправдать подобную дискриминацию по отношению к религиозным организациям невозможно. В Германии не возникает сомнения в том, что религиозные группы могут выступать в суде и могут защищать свои права в судебных разбирательствах. Можно только целиком поддержать требование д-ра Вашкевича внести изменения в этот закон в Беларуси, сделав возможным судебное обжалование предупреждений, вынесенных религиозным объединениям.

c. Защита заключенных

Таким же образом белорусский законодатель должен предоставить правовую защиту заключенным в случае наложения дисциплинарных взысканий. Даже в тюрьме человек не теряет свои права. Напротив, поскольку этот человек находится в уязвимом положении, он еще более нуждается в защите своих прав.

Практика немецкого Конституционного Суда[225] и Европейского Суда по правам человека[226] богата прецедентами, касающимися обязательств государства предоставлять доступ к средствам правовой помощи.

d. Ордер на арест

Во всех правовых системах допустимо задержание человека, подозреваемого в совершении преступления[227]. Задержание производится полицией и прокурором. Однако во многих западных правовых системах предусматривается необходимость незамедлительно доставить задержанного в суд в сроки от 24 до 72 часов[228]. Так, предложение правительства Великобритании задер-

---

[223] Решения Федерального Конституционного Суда, том 101, с. 106.

[224] См. статью 10 пункт 2 Конституции Германии; Федеральный Конституционный Суд посчитал это исключение соответствующим Конституции, решения Федерального Конституционного Суда, том 30, с. 1.

[225] Например, решения Федерального Конституционного Суда, том 89, с. 315, 325; 90, с. 255, 259; 98, с. 169, 209; 98, с. 217; 117, с. 71, 94.

[226] См., например, решение Европейского Суда по правам человека от 28 июня 1984 года, серия А 80 (Кэмпбел и Фелл)

[227] См., например, статью 5 ЕКПЧ.

[228] См., например, статью 104 пункт 3 Конституции Германии.

живать подозреваемых в совершении террористического акта на срок до 80 дней без суда было отвергнуто.

Ордер на арест запрашивает прокурор, но судья принимает решение, выдавать его или нет[229]. Поскольку ордер на арест основывается на судебном решении, суд ответственен за продление ареста и за жалобы, связанные с условиями и длительностью задержания. Ни при каких обстоятельствах прокурор не имеет права голоса в этом вопросе. Представляется, что белорусское законодательство должно обеспечить систему эффективного судебного контроля задержаний, как предлагает д-р Вашкевич.

Неизвестно, изменится ли ситуация, если у судов будет полномочие контролировать решение в этой области не только с точки зрения законности, но и обоснованности задержания. Решение может быть оправдано, только если оно законно. В определенном смысле законность – лишь форма обоснования. Однако если воспринимать данные понятия в том смысле что законность связана с правом, а обоснованность – с фактами, тогда, конечно, следует обеспечить судебный контроль над обоими аспектами решения.

e. Защита в делах, связанных с избирательным правом

Едва ли можно понять, почему решения избирательной комиссии не подлежат судебному контролю. Боязнь политической нестабильности не может служить оправданием в этом вопросе, поскольку многие государства (например, Франция[230], Россия[231] и Германия[232]) обеспечивают судебный контроль в подобных случаях. Неправильное подведение итогов выборов или выборы, проведенные с нарушением основных принципов избирательного права, могут нарушать избирательные права граждан согласно статье 38 Конституции Беларуси, и гражданам должна быть предоставлена судебная защита в случае таких нарушений их прав.

Обеспечение законности выборов, в том числе и посредством судебного контроля, – важная задача, поскольку законные выборы являются основой демократического государства. Такой контроль будет еще более эффективным, если право обращения в суд получат непосредственно граждане.

По-разному можно ответить на вопрос о том, какой именно суд должен осуществлять контроль над решениями избирательной комиссии. В Германии эту функцию исполняет Конституционный Суд, во Франции – Конституционный Совет, а в России – Верховный Суд.

f. Общие условия ограничения права на судебную защиту

Как верно отмечает д-р Вашкевич, исключения из гарантии судебного контроля должны быть закреплены в законе. Однако в противовес перечню целей, для достижения которых можно было бы согласно д-ру Вашкевичу ограничить право на судебную защиту, я предположил бы, что только очень острая необходимость обеспечить сохранение тайны при угрозе самому существованию государства может оправдать такое ограничение. Невозможно представить, чтобы интересы общественного порядка, общественной нравственности или здравоохранения могли бы послужить причиной для ограничения права на судебную защиту. Если принять такие причины исключения судебного контроля за достаточные, можно открыть дверь не только для очень широкого применения таких исключений, но также и для злоупотреблений возможностью ограничения права на судебную защиту, при этом даже обращение к принципу пропорциональности не поможет обеспечить гарантию такого права. Нужно учитывать, что Европейская Конвенция о защите прав человека закрепляет цели, перечисленные д-ром Вашкевичем, в ограничительных оговорках к праву на частную жизнь в статье 8, к свободе вероисповедания в статье 9, к свободе мнения и информации в статье 10, к свободе собраний и объединений в статье 11, но она не допускает ограничений со ссылкой на такие цели ни к статье 6, ни к статье 13.

Таким образом, единственными целями, оправдывающими ограничение права на судебную защиту, могут выступать защита государства и конституционного строя. Никакие другие причины не могут оправдать ограничений этого права. За исключением данного замечания, я целиком поддерживаю перечень условий по введению ограничений, предложенный д-ром Вашкевичем.

7. ПРЕДМЕТ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ

Гарантия судебной защиты ставится под сомнение не только когда отказывают в доступе к суду. Эта гарантия находится под угрозой, если суды не обеспечивают эффективного контроля определенных аспектов решений принятых государственными органами.

---

[229] Во всех немецких судах в любое время, а тем более по выходным и в праздничные дни, дежурят судьи, санкционирующие ордер на арест.

[230] Статья 58–60 Конституции Франции, которая оговаривает полномочия французского Конституционного Совета.

[231] Статья 63 пункт 2 российского Федерального Закона об основных гарантиях избирательных прав и права участия в референдуме граждан Российской Федерации от 19 сентября 1997 года. № 124.

[232] Статья 41 пункт 2 Конституции Германии.

Выше по тексту приведены примеры определенной тенденции полностью освобождать от судебного контроля решения в некоторых сферах (например, политические вопросы, acte de gouvernement, и т. д.) Но ограничение судебного контроля возможно и в иных аспектах.

Вопрос заключается в том, в какой степени, например, усмотрение администрации или применение неопределенных понятий (как, например, целесообразности) подлежат судебному контролю. В таких странах, как Франция, Италия и особенно Германия, выработан значительный объем прецедентного права, которое устанавливает методы осуществления судебного контроля даже в тех случаях, когда законодатель предоставил определенную свободу действий исполнительной власти[233]. В частности, суды контролируют, чтобы свобода осуществлялась должным образом, то есть в рамках целей и задач, указанных в законе, с учетом всех существенных аспектов дела и в пределах закона.

Таким образом, говоря о доступе к суду, необходимо гарантировать определенную степень контроля, осуществляемого судами. В этом отношении даже усмотрение должно осуществляться в рамках закона, и как следствие, должно подлежать судебному контролю.

8. СУДЕБНЫЕ ИЗДЕРЖКИ

Доступность суда связана не только с вопросом предоставления средств судебной защиты, но и со способностью человека оплатить судебное разбирательство. Это не значит, что предоставление судебной защиты должно быть бесплатным, судебные пошлины не противоречат гарантии судебной защиты. Также допустимо, чтобы стороны по делу оплачивали услуги переводчика[234] и адвоката. Предложение д-ра Вашкевича отменить все судебные пошлины в судебных разбирательствах в случаях нарушения государственными органами прав гражданина влечет серьезные последствия, что не предусмотрены международными стандартами[235].

Отмена судебных пошлин, безусловно, сделала бы суды более доступными, и это бы способствовало осознанию гражданами своих прав и укрепило бы гражданское общество. Однако нельзя забывать о вероятности того, что некоторые могут начать злоупотреблять таким «предложением», обращаясь за бесплатной защитой даже в тех случаях, когда она им на самом деле не нужна.

Даже если международные стандарты не обязывают государства предоставлять судебную защиту бесплатно, существуют определенные случаи, в которых государство не должно настаивать на внесении платы: если человек не в состоянии оплатить судебные пошлины – и это играет существенную роль в гражданских и административных делах, когда истец обязан оплатить пошлину до начала разбирательства, – государство должно предоставить ему бесплатную юридическую консультацию и оплатить услуги адвоката, если без адвоката человек не может отстаивать свои права в суде.

В Германии существует обширное прецедентное право Конституционного Суда, в котором устанавливается связь между обязательством государства предоставлять юридическую помощь и эффективностью судебной защиты. Согласно Конституционному Суду государство не обязано покрывать сборы по разбирательствам тех дел, которые неприемлемы или необоснованны[236]. Поэтому государство может предоставлять юридическую помощь при условии, что существует определенная вероятность того, что истец выиграет дело. Однако такие условия не должны быть чрезмерно ограничительными. Европейский Суд по правам человека, придерживаясь таких же аргументов, обязывает государства – участников Конвенции, ввести систему юридической помощи, что позволит даже неимущим защищать свои нарушенные права[237].

Таким образом, даже если Беларусь не освободит своих граждан от уплаты судебной пошлины, она должна обеспечить систему юридической помощи.

9. ПРЕДВАРИТЕЛЬНАЯ СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА

Предоставление судебной защиты должно быть эффективным. Бесполезно предоставлять судебную защиту, если нанесен непоправимый ущерб. Поэтому эффективная судебная защита должна включать возможность предварительной судебной защиты, которая обеспечит сохранение status quo до вынесения окончательного решения. Показательно, что сегодня многие международные ин-

---

[233] Frowein, Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Heidelberg 1992.

[234] См., однако, статью 6 ЕКПЧ, согласно которой в уголовном разбирательстве государство оплачивает переводчика, даже в делах о мелких правонарушениях, дело Ёзтюрка.

[235] Решение Европейского Суда по правам человека от 19 июня 2001 года (Кройц).

Judgment of, Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, p. 307, Peukert, in Forwein/Peukert, EMRK-Kommentar, статья 6, пункт 63; что касается Германии, решение Федерального Конституционного Суда, том 85, с. 337, 346.

[236] Решение Федерального Конституционного Суда, том 10, с. 264, 268; 81, с. 347, 357.

[237] Решение Европейского Суда по правам человека от 9 октября 1979 Серии А 32 (Эйри).

струменты в области защиты прав человека предусматривают предварительную судебную защиту с целью обеспечить эффективность судебной защиты[238]. Похожую тенденцию можно наблюдать во французской административной юстиции, которая долгое время сопротивлялась непосредственному вовлечению в деятельность администрации[239]. Конституционный Суд Германии признал предварительную защиту неотъемлемой частью конституционного права на судебную защиту[240].

Следует учитывать, что полномочия судов, особенно административных судов или судов, занимающихся рассмотрением административных дел, выносить судебные запреты в значительной степени усиливают их позицию в отношении администрации, но это необходимая уступка для того, чтобы обеспечить эффективность судебной защиты.

10. РАЗУМНЫЙ СРОК РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА

Очевидно, что эффективная судебная защита обеспечивается, только если решение выносится в течение разумного срока. Статья 6 ЕКПЧ выделяет отдельный аспект – право на рассмотрение дела в разумный срок, но при этом устанавливает конкретные сроки. Мне лично представляется, да и опыт показывает, что именно временные рамки нарушаются в первую очередь. Время принятия решения не всегда зависит только от суда, поскольку здесь имеет значение общая загруженность суда, на которую суд обычно не может повлиять. Установление конкретных сроков может привести к давлению на суд, и, в конечном итоге, к поверхностным и слабо мотивированным решениям. Поэтому я рекомендовал бы не включать конкретные сроки в процессуальные кодексы. Для неотложных дел – как, например, в случае с запретом демонстрации – предварительная судебная защита была бы достаточной гарантией.

11. ПРАВО НА ОБЖАЛОВАНИЕ

Некоторые международные договоры – такие, как статья 2 седьмого дополнительного протокола к Европейской Конвенции о защите прав человека – предоставляют право обжалования в уголовных делах. Это, безусловно, усиливает судебную защиту. Отражает ли такое право международный стандарт – остается спорным вопросом. Германия все еще не ратифицировала дополнительный протокол, хотя у нее одна из наиболее совершенных систем судебной защиты со множеством средств обжалования.

---

[238] См., например, статью 39 Правил процедуры Европейского Суда по правам человека.

[239] Статья R 102 Кодекса административного трибунала.

[240] Решение Федерального Конституционного Суда, том 93, с. 1, 13.

VI. КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ И СУДЕБНАЯ СИСТЕМА

Отчет о вводном семинаре

14 ноября 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Конституционный контроль и судебная система». Семинар состоялся в г. Минске, в конференц-зале гостиницы «Беларусь».

В семинаре приняли участие 63 человека, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Постоянная комиссия по правам человека, национальным отношениям и средствам массовой информации Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Украины;
- Конституционный Суд Республики Молдова;
- Государственное научное учреждение «Институт государства и права Национальной академии наук Беларуси»;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного экономического университета;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений.

Докладом о значении решений Конституционного Суда Республики Беларусь для национальной правовой системы открыл работу семинара Председатель Конституционного Суда Республики Беларусь Григорий Алексеевич Василевич. Евгений Владимирович Бурлай, и.о. первого заместителя руководителя Секретариата Конституционного Суда Украины, поделился с участниками проблемами осуществления конституционного контроля в Украине. В ходе последующей дискуссии также выступили А.А. Федорцов, заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, А.В.Марыскин, заместитель Председателя Конституционного Суда Республики Беларусь, М.Н. Сатолина, заместитель директора по научной работе ИГП НАН Беларуси, С.П.Чигринов, докторант научно-педагогического факультета Академии МВД, Т.В.Матусевич, заместитель председателя Республиканской коллегии адвокатов, В.Запорожан, судья-ассистент Конституционного Суда Республики Молдова, и судьи Конституционного Суда Республики Беларусь В.З. Шуклин, К.И. Кеник, Т.С. Бойко.

В результате обсуждения был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с осуществлением конституционного контроля в Республике Беларусь:

1. Следует рассмотреть вопрос о расширении круга субъектов, наделенных правом обращения в Конституционный Суд Республики Беларусь. В частности, необходимо более детально изучить вопрос о возможности предоставления права конституционной жалобы гражданам Республики Беларусь.
2. На практике судами не реализуются положения статьи 112 Конституции Республики Беларусь. В связи с этим необходимо рассмотреть возможность закрепления в процессуальном законодательстве четкой процедуры обращения судов в Конституционный Суд Республики Беларусь. Кроме того, следует ввести процессуальный документ, который судьи общих судов могли бы использовать для обращения в Конституционный Суд Республики Беларусь.
3. Необходимо предоставить нижестоящим судам возможность обращаться в Конституционный Суд Республики Беларусь непосредственно, а не посредством президиума Верховного Суда Республики Беларусь.
4. Необходимо предоставить судьям нижестоящих судов право обращаться в Конституционный Суд Республики Беларусь непосредственно, а не через председателя суда.
5. Необходимо детально изучить вопрос об объектах конституционного контроля в Республике Беларусь.
6. Следует изучить вопрос о создании и предоставлении открытого электронного доступа к

судебным решениям общих судов для обеспечения Конституционному Суду возможности выполнять функцию контроля за конституционностью деятельности судебной власти.

7. Следует рассмотреть вопрос о более широком использовании в конституционном судопроизводстве экспертных заключений, результатов экспертиз и показаний экспертов.

8. Следует изучить проблему пересмотра дел общими судами, решения по которым были вынесены на основании нормативных актов, признанных неконституционными.

9. Необходимо изучить вопросы, связанные с совершенствованием методологии исследования эффективности решений Конституционного Суда Республики Беларусь.

Отчет национального эксперта в области конституционного права Вашкевича А. Е.[241]

ВВЕДЕНИЕ

В настоящей работе анализируются некоторые вопросы осуществления конституционного контроля в рамках судебной системы Республики Беларусь, поставленные участниками семинара «Конституционный контроль и судебная система» проекта «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в Республике Беларусь», состоявшегося в Минске в феврале 2008 года.

СТАНОВЛЕНИЕ ИНСТИТУТА КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ И ЕГО ЭВОЛЮЦИЯ

До 1989 года в белорусской Конституции не содержалось норм, регулировавших статус специализированного органа конституционного контроля или надзора. Это объяснялось негативным отношением законодателя к теории разделения властей. Считалось, что Советы должны выполнять одновременно и законодательные и исполнительные функции. Утверждалось, что высший орган государственной власти способен адекватно выражать волю и интересы всех граждан, и следовательно никто не может оспаривать конституционность его актов.[242] Он сам должен следить за тем, чтобы принимаемые нормы соответствовали Конституции. Как отмечал М.А. Нудель, «проблема конституционного контроля теснейшим образом связана с положением парламента. Если признается его верховенство, исключается возможность создания внепарламентского органа, который осуществлял бы конституционную юрисдикцию и тем самым контролировал деятельность парламента».[243] Лишь в конце 1980-х годов, в период «перестройки», указанные идеи были отвергнуты. 27 октября 1989 г. белорусская Конституция 1978 г. была дополнена новой статьей следующего содержания: «Комитет конституционного надзора Белорусской ССР избирается Верховным Советом Белорусской ССР сроком на 10 лет из числа специалистов в области политики и права в составе председателя, заместителя председателя и 9 членов Комитета.

Лица, избранные в Комитет конституционного надзора Белорусской ССР, не могут одновременно входить в состав органов, акты которых поднадзорны Комитету.

Лица, избранные в Комитет конституционного надзора Белорусской ССР, при выполнении своих обязанностей независимы и подчиняются только Конституции Белорусской ССР.

Комитет конституционного надзора Белорусской ССР:

1) по собственной инициативе, по предложению Верховного Совета Белорусской ССР представляет Верховному Совету Белорусской ССР заключения о соответствии проектов актов Верховного Совета Белорусской ССР Конституции Белорусской ССР;

2) осуществляет наблюдение за соответствием Конституции Белорусской ССР и законам Белорусской ССР постановлений и распоряжений Совета Министров Белорусской ССР, решений областных и Минского городского Советов народных депутатов;

3) по собственной инициативе или по предложению Верховного Совета Белорусской ССР, Президиума Верховного Совета Белорусской ССР, Председателя Верховного Совета Белорусской ССР, постоянных комиссий Верховного Совета Белорусской ССР дает заключения о соответствии Конституции Белорусской ССР и законам Белорусской ССР актов других государственных органов и общественных организаций республики.

При выявлении противоречия акта или его отдельных положений Конституции Белорусской ССР или законам Белорусской ССР Комитет конституционного надзора Белорусской ССР направляет органу, издавшему акт, свое заключение для устранения допущенного нарушения. Принятие Комитетом такого заключения приостанавливает исполнение противоречащего Конституции Белорусской ССР или закону Белорусской ССР акта либо его отдельных положений.

Комитет конституционного надзора Белорусской ССР вправе входить с представлением в Верховный Совет Белорусской ССР или Совет Министров Белорусской ССР об отмене противоречащих Конституции Белорусской ССР или закону Белорусской ССР актов подотчетных им органов или должностных лиц.

---

[241] Вашкевич Александр Евгеньевич, судья Конституционного Суда Республики Беларусь в отставке, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского государственного университета.

[242] Керимов Д.А., Экимов А.И. Конституционный надзор в СССР // Советское государство и право. 1990. № 9. С. 4.

[243] Нудель М.А. Конституционный контроль в капиталистических странах. М., 1968. С. 10.

Организация и порядок деятельности Комитета конституционного надзора Белорусской ССР определяются Законом о конституционном надзоре в СССР и Законом Белорусской ССР о Комитете конституционного надзора Белорусской ССР».[244]

Эта статья практически полностью воспроизвела применительно к союзной республике аналогичную норму общесоюзной Конституции 1977 г., посвященной Комитету конституционного надзора СССР. Сразу следует отметить, что Комитет конституционного надзора Беларуси в отличие от союзного аналога так и не был создан на практике.

27 июля 1990 г. Верховным Советом была принята Декларация о государственном суверенитете[245], в которой впервые в истории белорусского государства провозглашалась цель построения правового государства, а разграничение законодательной, исполнительной и судебной власти было названо важнейшим принципом существования белорусского государства. В условиях, когда на территории Беларуси провозглашалось верховенство белорусского законодательства, все острее стала ощущаться потребность в органе, который бы оценивал соответствие Конституции текущего законодательства.

Министерством юстиции был разработан проект закона о Комитете конституционного надзора и представлен для обсуждения на I сессию Верховного Совета XII созыва. Большинство депутатов подвергли законопроект критике, и он не был принят даже в первом чтении. Существенным недостатком проекта было то, что он практически полностью дублировал положения общесоюзного закона о Комитете конституционного надзора СССР. По проекту право отмены неконституционных актов, принятых парламентом, обставлялось целым рядом условий. В состав Комитета могли бы входить специалисты не только в области права, но и политики. Предусматривалась процедура предварительного контроля всех проектов законодательных актов.

Уже на первой сессии Верховного Совета высказывались соображения о необходимости создания в Беларуси не Комитета конституционного надзора с ограниченными функциями, а Конституционного Суда с широкими полномочиями. В дальнейшем разработка законопроекта об органе конституционного контроля была поручена постоянной комиссии по законодательству Верховного Совета. В связи с тем что в конце 1990 г. началась работа по подготовке проекта новой Конституции Беларуси, разработчики проекта Закона о КС работали в тесном контакте с членами и экспертами конституционной комиссии.

В ноябре 1990 г. автором настоящей статьи был подготовлен проект закона о Конституционном Суде, основные положения которого были одобрены на заседании парламентской комиссии по законодательству [246]и нашли отражение в соответствующем разделе концепции судебно-правовой реформы, утвержденной Верховным Советом в 1992 г.[247]

Проект Закона о КС неоднократно вносился на рассмотрение сессии парламента: так, он включался в повестку дня шестой сессии Верховного Совета[248], внеочередной 11-й сессии [249], 13-й сессии (во втором чтении)[250].

Одновременно с обсуждением в парламенте, шла дискуссия среди ученых-юристов о компетенции КС, его месте в системе государственных органов, правовом статусе судей.[251] Довольно длительный срок, в течение которого шла разработка закона, объясняется главным образом тем, что параллельно велась работа над новой Конституцией, один из разделов которой предполагалось посвятить Конституционному Суду. Не было смысла принимать закон до принятия Конституции, которое по различным причинам затягивалось.

15 марта 1994 г. Верховным Советом Республики Беларусь 12-го созыва была принята новая Конституция, которая впервые в истории белорусского конституционализма предусмотрела учреждение в стране специализированного органа конституционного контроля – Конституционного Суда. В Конституцию была включена специальная глава, состоявшая из 8 статей, называвшаяся «Конституционный Суд Республики Беларусь» и регулировавшая порядок формирования, компетенцию Суда и правовой статус судей. Указанная глава входила в раздел VI Основного Закона, именовавшийся «Государственный контроль и надзор», и посвященный правовому регулированию деятельности Контрольной палаты и прокуратуры. 30 марта 1994 года, через 15 дней после приня-

---

[244] Конституция (Основной Закон) Белорусской Советской Социалистической Республики. Минск, 1989. С. 33–34.

[245] Декларация Верховного Совета Белорусской Советской Социалистической Республики о государственном суверенитете Белорусской Советской Социалистической Республики. Минск, 1990.

[246] Текущий архив постоянной комиссии по законодательству Верховного Совета Республики Беларусь XII созыва.

[247] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1992. № 16 . Ст. 270.

[248] Там же. 1991. № 29. Ст. 451.

[249] Там же. 1993. № 14. Ст. 141.

[250] Там же. № 32. Ст. 421.

[251] См., например: Вашкевич А. Конституционный Суд Республики Беларусь: место и роль в системе государственных органов de lege ferenda // Судовы веснік.1992. № 3. С. 53–55; Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь. Минск, 1992; Конституция независимой Беларуси // Советская Белоруссия. 1992. 6 марта.

тия Конституции, был принят Закон о КС, состоявший из 57 статей, размещенных в 4 разделах.[252] Символично, что это произошло в день вступления в силу нового Основного Закона.

В статье 4 Закона о порядке вступления в силу Конституции Республики Беларусь 1994 г. предусматривалось «в целях обеспечения безусловного исполнения принятой Конституции Республики Беларусь создать Конституционный Суд Республики Беларусь в месячный срок со дня вступления в силу Конституции».

Для этого была созвана специальная внеочередная сессия Верховного Совета. 28 апреля на ней был рассмотрен вопрос об избрании членов КС.

Как известно, в европейских странах существуют различные подходы к процессу отбора кандидатов на должности судей Конституционного Суда. Профессор Г. Штайнбергер называет вопрос назначения судей наиболее деликатным. Уже «сам вопрос о том, кто может предлагать кандидатов на выборы или назначение, имеет ключевое значение».[253] Во многих европейских странах право назначения судей КС принадлежит нескольким органам или должностным лицам, представляющим различные ветви власти. Предложения закрепить такой порядок высказывались и в ходе разработки проекта Закона о КС.[254] Однако законодатель пошел по иному пути, установив в статье 126 Конституции, что Конституционный Суд Республики Беларусь избирается Верховным Советом Республики Беларусь из квалифицированных специалистов в области права в количестве 11 судей. Развивая конституционную норму, Закон о КС предусмотрел, что судьей может быть избран гражданин Республики Беларусь, имеющий высшее юридическое образование, обладающий высокой квалификацией в области права и высокими моральными качествами.[255]

Подробно процедура избрания членов Суда была урегулирована разделом V Временного регламента Верховного Совета Республики Беларусь.[256] В соответствии со статьей 71 данного акта, кандидатуры на должности судей КС выдвигались депутатами Верховного Совета. Обсуждение и голосование проводилось с учетом заключений по кандидатурам двух постоянных комиссий парламента – по законодательству и по государственному строительству, а также Президиума Верховного Совета – органа, в который, помимо спикера и вице-спикеров, входили ex officio председатели всех постоянных комиссий парламента. В соответствии с принятой процедурой, кандидат на должность судьи должен был выступить перед парламентом с короткой речью и ответить на вопросы депутатов. В случае, если количество претендентов было большим, чем число вакансий, предусматривалось предварительное голосование по включению кандидатур в список для тайного голосования. Лица, набравшие большинство голосов по сравнению с другими кандидатами, включались в бюллетени для тайного голосования. Список таких кандидатур не должен был быть большим, чем количество вакантных должностей членов КС. Регламент не допускал повторное выдвижение в течение одной сессии кандидатуры, не получившей по результатам голосования более половины голосов от общего числа депутатов парламента, равно как не допускалось выдвижение одного и того же кандидата более двух раз.

На 11 вакантных должностей в апреле 1994 г. претендовало около 40 кандидатов.[257] После обсуждения кандидатур на совместном заседании постоянных комиссий, а также на заседании Президиума Верховного Совета было решено представить на сессию 11 кандидатур.[258] Из них депутатами было одобрено лишь 8 кандидатов. Еще одна кандидатура была предложена непосредственно в ходе сессии. Таким образом, 28 апреля 1994 г. на внеочередной сессии Верховного Совета впервые в истории белорусского конституционализма был избран полномочный состав Конституционного Суда (согласно требованиям статьи 12 Закона о Конституционном Суде он был правомочен принимать решения и приступить к работе, когда в его состав избрано не менее 7 судей).[259] (Еще двое судей были доизбраны на 2 оставшихся вакантных места из 8 претендентов 25 мая 1996 г.[260]). Первое заключение было принято Судом 23 сентября 1994 г.[261]

Первый этап деятельности КС длился с 1994 по 1996 год. Характерными для указанного периода были следующие особенности:

---

[252] Закон Республики Беларусь о Конституционном суде Республики Беларусь // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1994. № 15. Ст. 220.

[253] Штайнбергер Г. Модели конституционной юрисдикции. Издание Совета Европы. 1994. С. 47.

[254] См., например: Вашкевич А. Конституционный Суд Республики Беларусь: место и роль в системе государственных органов // Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь. Минск, 1992. С.181.

[255] Статья 14 Закона о Конституционном Суде Республики Беларусь // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1994. № 15. С. 220.

[256] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1994. № 17. Ст. 285.

[257] Мехов С. Громко молчащий орган // Фемида. 1994. 25 апр.

[258] Звязда. 1994. 28 красавіка.

[259] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1994. № 15. Ст. 220.

[260] Там же. 1996. № 18. Ст. 338.

[261] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь.1995. № 1. С. 25.

• Основной задачей Конституционного Суда согласно ст. 125 Конституции являлось осуществление контроля за конституционностью нормативных актов в государстве. Согласно ст. 127 Основного Закона Конституционный Суд осуществлял контроль за конституционностью: а) законов; б) международных договорных и других обязательств Республики Беларусь; в) правовых актов межгосударственных образований, в которые входит Республика Беларусь (под указанной формулировкой имелись в виду прежде всего акты, принятые в рамках Содружества Независимых Государств); г) указов Президента; д) постановлений Кабинета Министров; е) актов Верховного и Высшего Хозяйственного Судов и Генерального прокурора, имеющих нормативный характер.

Акты, перечисленные в пунктах а) и б) могли проверяться не только на предмет соответствия Конституции, но и международно-правовым актам, ратифицированным Беларусью, а перечисленные в пунктах в), г), д) – также и на предмет соответствия законам.

• К субъектам, которые были вправе инициировать рассмотрение дела в Конституционном Суде, относились: 1) Президент; 2) Председатель Верховного Совета; 3) постоянные комиссии Верховного Совета; 4) группа депутатов Верховного Совета в количестве не менее 70 человек (при общей численности депутатов парламента в 260 человек); 5) Верховный Суд; 6) Высший Хозяйственный Суд; 7) Генеральный прокурор.

• Особенностью правового положения Конституционного Суда, отличавшей его от подавляющего большинства других европейских органов конституционного контроля, было право суда по своему усмотрению рассмотреть вопрос о соответствии нормативных актов любого государственного органа, общественного объединения Конституции, законам международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь. КС, особенно в начале своей деятельности, достаточно часто пользовался правом возбуждать дела по собственной инициативе (5 раз в 1994 г., 2 раза в 1995 г., 6 раз в 1996 г.). Интересно отметить, что зарубежные специалисты (профессор А. Бланкенагель из ФРГ, профессор Г. Шоу из США), рецензировавшие проект Закона о Конституционном Суде, высказывали беспокойство в связи с тем, что предоставление такого права может заставить усомниться в нейтральности и политической беспристрастности суда. А.Бланкенагель, например, указывал, что возможность собственной инициативы «провоцирует суд на судебно-правовой активизм и лишает суд возможности выполнять свои первоначальные функции, а стороны относиться к этой инстанции как к суду»[262]. Тем не менее законодатель не прислушался к этим замечаниям и наделил суд на конституционном уровне правом возбуждать дела по собственной инициативе. На его решение повлияло, как минимум, три обстоятельства. Во-первых, был учтен опыт работы Комитета конституционного надзора СССР, который был наделен таким правом. Во-вторых, предполагалось, что Суд будет пользоваться этим правом с большой осторожностью, лишь на первом этапе своей деятельности используя его лишь для рассмотрения актов, ущемляющих конституционные права и свободы граждан. В-третьих, орган конституционного контроля был новым явлением в политической и правовой системах государства. Некоторые парламентарии считали, что, не наделив Суд таким правом, будет трудно обеспечить активность иных субъектов, обладающих инициативой обращения и «загрузить» Суд достаточным количеством работы.

Второй этап деятельности Конституционного Суда приходится на 1997–2008 годы. Состав суда существенно обновился, а правовой статус его был изменен путем внесения изменений и дополнений в Конституцию 1994 г. на республиканском референдуме. Так, сократился круг субъектов, имеющих право инициировать конституционное судопроизводство. В настоящее время к ним согласно статье 116 Конституции относятся: 1) Президент Республики Беларусь; 2) Палата представителей; 3) Совет Республики. 4) Верховный Суд Республики Беларусь; 5) Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь; 6) Совет Министров Республики Беларусь. Логичным представляется лишение Суда права на возбуждение дел по собственной инициативе.

Конституционный Суд был включен в систему судебной власти, что нашло отражение в систематике Основного Закона – нормы, регулирующие его статус из раздела «Государственный контроль и надзор» переместились в главу «Суд». В связи с этим в Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей был включен ряд статей, регулирующих правовой статус суда и его судей[263].

Второй этап деятельности Суда характеризовался определенной пассивностью субъектов, обладающих правом инициирования конституционного судопроизводства. В силу этого он реализовывал свои полномочия в основном в виде принятия решений, содержащих предложения по совершенствованию законодательства.

В 2008 году с принятием Декрета Президента Республики Беларусь от 26 июня 2008 г. № 14 начался новый этап в развитии конституционного контроля в нашем государстве, для которого харак-

[262] Личный архив автора.

[263] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236; 2007. № 4, 2/1292.

терно расширение полномочий Конституционного Суда, укрепление его роли в правовой системе Республики Беларусь.[264] Уже накоплен определенный положительный опыт проведения обязательного предварительного контроля законов Республики Беларусь. За 2008 год из 124 решений Суда 102 были приняты в порядке обязательного предварительного контроля.[265] Вместе с тем новые формы работы Суда и в первую очередь проведение предварительного контроля, нуждаются в дальнейшем теоретическом осмыслении, а также в определенном законодательном оформлении.

КРУГ СУБЪЕКТОВ, НАДЕЛЕННЫХ ПРАВОМ ОБРАЩЕНИЯ В КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Как справедливо подчеркивал профессор Г.Штайнбергер, вопрос об инициаторах процедуры конституционного контроля особо важен.[266] Во многих государствах состав субъектов, уполномоченных возбуждать дело в органах конституционной юстиции, разнится в зависимости от того, о каком вопросе идет речь. В связи с тем что юрисдикция КС Беларуси не носит широкого характера, статья 116 Конституции Республики Беларусь содержит единый перечень, состоящий из 6 субъектов, по предложениям которых Конституционный Суд дает заключения. Это: 1) Президент Республики Беларусь; 2) Палата представителей; 3) Совет Республики; 4) Верховный Суд Республики Беларусь; 5) Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь; 6) Совет Министров Республики Беларусь.

Наделение Главы государства и правительства правом обращения в КС является общемировой практикой. Таким правом обладают главы государств, а также премьер-министры либо правительство в целом в Албании, Болгарии, Венгрии, Грузии, Казахстане Польше, Португалии, Румынии, России и многих других странах.[267]

В подавляющем большинстве европейских стран в Конституционный Суд могут обратиться парламентарии. Принципиально важным обстоятельством является право парламентской оппозиции – парламентского меньшинства – на обращение в орган конституционной юстиции с требованием проверки конституционности того или иного закона. Таким правом, например, в Португалии обладает 1/5 (в случае предварительного контроля) либо 1/10 (при последующем контроле) членов парламента[268], в России – 1/5 членов Совета Федерации (верхней палаты парламента) либо 1/5 депутатов Государственной Думы[269]. В Республике Польша таким правом обладают не менее 50 депутатов Сейма (при общей численности нижней палаты парламента в 460 депутатов) и не менее 30 членов Сената (общая численность верхней палаты парламента – 100 человек)[270], в Казахстане – 1/5 от общего числа депутатов парламента[271]. К сожалению, в Республике Беларусь в настоящее время правом на обращение в Конституционный Суд пользуются лишь Палата представителей и Совет Республики в целом. Ни Основной Закон страны, ни Кодекс о судоустройстве и статусе судей не регламентируют численность голосов членов соответствующей палаты, необходимых для инициирования такого обращения. В регламентах палат закреплено положение, в соответствии с которым необходимо получить большинство голосов от полного состава Палаты представителей и Совета Республики.[272] На практике это положение служит серьезным препятствием к доступу в орган конституционной юстиции законодателей, придерживающихся мнения, отличного от точки зрения большинства. Так, за период с 1997 года по настоящее время в Конституционный Суд поступило лишь 11 предложений Палаты представителей и одно от Совета Республики.[273] В определенном смысле такое положение противоречит принципу политического плюрализма, закрепленного в статье 4 Конституции Республики Беларусь, часть 1 которой гласит: «Демократия в Республике Беларусь осуществляется на основе многообразия политических институтов, идеологий и мнений».

---

[264] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2008. № 158, 1/9829.

[265] Миклашевич П.П. Правовой механизм предварительного конституционного контроля // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 2008. № 4. С.123.

[266] Штайнбергер Г. Модели конституционной юрисдикции. Издание Совета Европы,1994. С.16.

[267] 10 Международный форум по конституционному правосудию. Информация об органах конституционного контроля. М., 2007. С. 6,14, 19, 34, 36–38.

[268] Конституции государств Европы: в 3 т. / под ред. Л. А Окунькова. М.: НОРМА, 2001. Т. 2. С. 830, 832.

[269] Там же. Т. 3. С. 46.

[270] Там же. Т. 2. С. 721.

[271] Конституционное правосудие в Казахстане. Сборник информационных материалов. Варшава, 2008. С. 11.

[272] Регламент Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2009. № 66, 4/2547. Регламент Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 32, 4/71; № 52, 4/292; 2000. № 67, 4/1331.

[273] Подсчитано автором по данным, опубликованным на официальном сайте Конституционного Суда Республики Беларусь.

С учетом вышеизложенного в перспективе следовало бы изменить редакцию статьи 116 Конституции Республики Беларусь, закрепив в ней право на обращение в КС Беларуси 1/5 от общего числа депутатов Палаты представителей и такого же количества членов Совета Республики. Полумерой, способной смягчить остроту данной проблемы, послужило бы внесение изменений в соответствующие статьи регламентов, в которых следовало бы закрепить, что решение о внесении предложения в Конституционный Суд принимается большинством от присутствующих на заседании соответствующей палаты.

В странах, где существует институт омбудсмена, он призван, как и органы конституционного правосудия, обеспечить эффективную защиту прав человека. Тесное взаимодействие между ними позволяет быстрее реагировать на нарушения прав личности. В таких государствах, как Армения, Албания, Грузия, Испания, Латвия, Молдова, Польша, Португалия, Румыния, Словакия, Украина, Эстония и др., омбудсмен имеет право на обращение в Конституционный Суд. Активно пользуется данным правом Уполномоченный по правам человека Республики Польша. Так, в 2006 г. из 121 обращения, поступившего в Конституционный Трибунал Республики Польша, 20 подал Уполномоченный. Кроме того, он имеет право присоединения в качестве стороны при рассмотрении конституционных жалоб.[274]

Продуктивный опыт взаимодействия омбудсмена с Конституционным Судом накоплен в Латвийской Республике. Суд часто обращается к нему как наиболее компетентному органу в сфере защиты прав человека и просит выразить свою точку зрения по конкретному делу (институт amicus curiae). В 2004 г. Суд прибегнул к такой практике по 7 из 19 рассмотренных дел.[275]

Автор настоящего исследования еще в 1990 г. предлагал учредить институт омбудсмена в Республике Беларусь и разработал проект соответствующего раздела Конституции Республики Беларусь.[276] При принятии закона об Уполномоченном по правам человека в нашей стране необходимо будет предусмотреть его право на обращение в Конституционный Суд Республики Беларусь, что вполне согласуется с частью 7 статьи 116 Конституции Республики Беларусь.

Автор разделяет многочисленные предложения белорусских ученых о целесообразности восстановления права Генерального прокурора Республики Беларусь на обращение в Конституционный Суд.[277] Таким правом пользуются Генеральные прокуроры в Армении, Болгарии, Венгрии, на Кипре, Кыргызстане, Латвии, Молдове, Польше, Словакии, Словении и ряде других государств.[278]

Во многих государствах, включая ряд стран СНГ, в настоящее время оживленно дебатируются вопросы о введении института конституционной жалобы и предоставления гражданам права на обращение в конституционные суды. Например, 19.04.2007 г. Президент Литовской Республики в своем традиционном годовом послании к парламенту предложил обдумать механизм упрощения доступа к Конституционному Суду для граждан, желающих защитить свои конституционные права: «Существует не один хороший пример, когда усилиями активных граждан действия государственных органов были признаны Конституционным Судом противоречащими Конституции. Чем больше граждан поверит в то, что их мнение и права реально принимаются во внимание и что они находятся под защитой правовой системы, тем быстрее мы вернем доверие к своему государству».[279] Председатель Конституционного Суда Украины А.Стрижак выступает за предоставление гражданам Украины права подавать в Конституционный Суд жалобы на действия государственной власти и выражает надежду, что Украина создаст данный институт, для чего необходимо внести изменения в Конституцию Украины.[280] С аналогичным предложением выступает Председатель Конституционного Суда Молдовы Думитру Пулберг. В интервью от 04.12.2007 г. он отметил: «В настоящее время немного осталось стран из числа одобривших систему централизованного конституционного контроля, которые еще не внедрили механизм конституционной жалобы».[281] По мнению Д. Пулберга, внедрение института конституционной жалобы в Молдове неизбежно, а «нормальное функциони-

---

[274] Вашкевич А. Основы конституционного права Республики Польша. Минск: Тесей, 2007. С. 215–216.

[275] Кутрис Г. Защита прав человека – существенная функция Конституционного Суда и Правозащитника Латвии // Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Ереван, 2007. С. 76.

[276] Вашкевич А. Е. Конституционный статус уполномоченного по правам человека в БССР // Концепция Конституции БССР и формирование правовых основ гражданского общества и государства. Минск, 1991. Т. 1. С. 119–121.

[277] См., например: Доклад Председателя Конституционного Суда Республики Беларусь Григория Василевича на парламентских слушаниях «Проблема прав человека» // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 1998. № 3. С.103; Фадеев В.А.Некоторые проблемы компетенции Конституционного Суда Республики Беларусь // Роль Конституционного Суда в правовом государстве (материалы международных семинаров). Минск, 2003. С. 19.

[278] 10 Международный форум по конституционному правосудию. Информация об органах конституционного контроля. М., 2007. С. 10, 14, 16, 26–28, 33–34, 40–41.

[279] http://www.president.lt/ru/news.full/604.

[280] http://en.ura-inform.com/ru/politics/2008/01/20/ksu/.

[281] Доступ граждан Молдовы к национальной конституционной юрисдикции мог бы существенно уменьшить поток исков в ЕСПЧ// http://www.moldova.ru/index.php?tabName=articles&owner=38&id=2804.

рование этого механизма будет зависеть от законодательной основы, которая будет принята после пересмотра Конституции Республики Молдова. Бесспорно, эти изменения будут благотворными для граждан».[282] Проблему расширения доступа граждан к конституционному правосудию поднимал на общенациональном съезде судей 2005 г. и Президент Кыргызской Республики.

Институт конституционной жалобы в Армении функционирует с июля 2006 года, и стал одним из основных средств обеспечения конституционности норм законов.

В соответствии с пунктом 6 статьи 101 Конституции Армении в Конституционный Суд может обращаться каждое лицо – по конкретному делу, когда в наличии имеется окончательный акт суда, исчерпаны все средства судебной защиты и оспаривается конституционность примененного к нему этим актом положение закона.[283]

Данное полномочие существенно отличается от соответствующих полномочий конституционных судов Азербайджана и Грузии. Согласно части 5 статьи 130 Конституции Азербайджана с целью восстановления нарушенных прав и свобод человека для решения Конституционным Судом Азербайджанской Республики вопросов, указанных в пунктах 1–7 части III данной статьи, в установленном законом порядке каждый может обжаловать в Конституционный Суд Азербайджанской Республики нормативные акты органов законодательной и исполнительной власти, муниципалитетов, судебные акты, нарушающие его права и свободы.[284]

В статье 89 Конституции Грузии предусмотрено, что Конституционный Суд на основании иска граждан рассматривает конституционность нормативных актов относительно основных прав и свобод человека, признанных главой второй Конституции Грузии.[285]

Приведенные конституционные положения свидетельствуют о существовании различных моделей института индивидуальной жалобы в странах СНГ.

Еще в 1990 г. автор настоящего исследования, докладывая свое видение будущего закона о Конституционном Суде на заседании комиссии Верховного Совета Республики Беларусь по законодательству, предлагал закрепить право граждан на подачу конституционной жалобы.[286] В тот момент парламентарии согласились с мнением автора, однако, впоследствии право на обращение граждан в Конституционный Суд так и не было закреплено в законе.

В 1998 году Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь было принято постановление «О рекомедациях по итогам парламентских слушаний на тему «Проблема прав человека», в котором Конституционному Суду Республики Беларусь было рекомендовано внести предложение субъектам права законодательной инициативы о «введении института индивидуальной конституционной жалобы, открывающей субъекту прав и свобод прямой доступ в органы конституционного контроля».[287] В настоящее время многие белорусские ученые и практики высказываются о необходимости учреждения данного института в Республике Беларусь и возможности его установления путем внесения изменений в законодательство, регулирующее статус Конституционного Суда.[288]

Автор данного доклада полностью поддерживает данное предложение и считает,что следует сконцентрировать усилия ученых-конституционалистов на разработке конкретной модели конституционной жалобы, которая бы «вписывалась» в существующую правовую систему Республики Беларусь.

Кроме того, как было сказано в Послании КС о состоянии конституционной законности в Республики Беларусь в 2008 году, «в условиях отсутствия у граждан права на конституционную жалобу Конституционный Суд считает, что должен быть выработан механизм реализации части третьей статьи 22 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, согласно которой государственные органы, общественные объединения, другие организации и граждане обращаются с инициативой о проверке конституционности нормативного правового акта к органам и лицам, обладающим правом внесения в Конституционный Суд предложений о такой проверке. По мнению Конституционного Суда, порядок внесения уполномоченными органами предложений о проверке конституционности нормативных правовых актов на основании обращений заинтересованных лиц

---

[282] Доступ граждан Молдовы к национальной конституционной юрисдикции мог бы существенно уменьшить поток исков в ЕСПЧ// http://www.moldova.ru/index.php?tabName=articles&owner=38&id=2804.

[283] Конституции Азербайджана, Армении и Грузии. Ереван, 2007. С. 90–91.

[284] Там же. С. 45.

[285] Там же. С. 134.

[286] См. также: Вашкевич А.Е. Конституционный Суд Республики Беларусь: роль и место в системе государственных органов de lege ferenda // Судовы веснік. 1992. № 3. С. 53–55.

[287] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь.1998. № 3. С. 108.

[288] См., например, Пугачев А.Н. Конституционный Суд Республики Беларусь (теоретико-правовые проблемы организации и функционирования): автореф. … дис. канд. юрид. наук. Гродно, 1999. С. 5–6; Подгруша В.В. Законодательство о конституционном контроле в Республике Беларусь: состояние и перспективы совершенствования // Правовое государство. Конституционный Суд (материалы международных семинаров). Минск, 2000. С. 23; Филипчик Р. И. Указ. соч. С. 70–73.

должен быть точно определен на законодательном уровне».[289] В связи с изложенным следовало бы закрепить в регламентах Палаты представителей и Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, а также Совета Министров Республики Беларусь специальную процедуру рассмотрения обращений государственных органов, не указанных в части второй статьи 22 Кодекса о судоустройстве и статусе судей, общественных объединений, других организаций, а также граждан, которые обращаются с инициативой о проверке конституционности акта, затрагивающего их права и свободы в Конституционном Суде Республики Беларусь. В частности, следовало бы определить постоянные комиссии, на которые можно было бы возложить обязанность предварительного рассмотрения соответствующих обращений, условия и порядок вынесения обращений на рассмотрение соответствующего органа, предусмотреть необходимость дачи мотивированного ответа инициаторам и т. п.

ПРОЦЕДУРА РЕАЛИЗАЦИИ СУДАМИ ПОЛОЖЕНИЙ СТАТЬИ 112 КОНСТИТУЦИИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И ПОРЯДОК ОБРАЩЕНИЯ НИЖЕСТОЯЩИХ СУДОВ И СУДЕЙ В КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В большинстве европейских государств правом обращения в Конституционный Суд наделены суды общей юрисдикции, а иногда и специализированные суды, либо высшие должностные лица этих органов (например, Председатель Главного Административного Суда Республики Польша). В отдельных странах именно от судов поступает наибольшее количество обращений в органы конституционной юстиции. Так, из 136 обращений, полученных Конституционным Судом Литвы в течение 2001–2003 гг., 113 были поданы судами общей юрисдикции и административными судами.[290] Как образно сказано на веб-странице Конституционного Суда Италии, этот орган ведет постоянный диалог с тысячами судей судов общей юрисдикции, результатом которого и является подавляющее большинство решений Конституционного Суда. По данным на начало 2008 г., из 164 обращений, поступивших в Конституционный Совет Казахстана с момента его образования, 57 составляли обращения судов о признании нормативных правовых актов неконституционными.[291]

Согласно части 2 статьи 112 Конституции Республики Беларусь «если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии нормативного акта Конституции, он принимает решение в соответствии с Конституцией и ставит в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным». «Установленный порядок» такого обращения ранее был закреплен в Законе о судоустройстве и статусе судей, а в настоящее время регулируется частью 2 статьи 7 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, которая гласит: «Если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии нормативного правового акта Конституции Республики Беларусь, он принимает решение в соответствии с Конституцией Республики Беларусь и после вступления в законную силу судебного постановления ставит соответственно перед Верховным Судом Республики Беларусь, Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь вопрос о внесении ими предложения в Конституционный Суд Республики Беларусь о признании данного нормативного правового акта неконституционным».[292] Кроме того, согласно части 2 статьи 25 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь «хозяйственный суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного органа, органа местного управления и самоуправления Конституции Республики Беларусь или иным законодательным актам, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает решение в соответствии с правовыми нормами, имеющими большую юридическую силу, и ставит перед президиумом или пленумом Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь вопрос об обращении в Конституционный Суд Республики Беларусь в целях признания соответствующего нормативного правового акта неконституционным либо принимает меры по признанию ненормативного правового акта недействительным». Причем право обращения в Верховный Суд принадлежит не каждому судье, а лишь председателям районного (городского), межгарнизонного военного и специализированного судов (статья 32 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей), Минского городского, областных и Белорусского военного судов (статья 37 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей).[293]

Порядок обращения хозяйственных судов в КС Республики Беларусь регламентирован постановлением пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 апреля 2005 г. «О порядке обращения хозяйственных судов Республики Беларусь в Конституционный Суд Республи-

[289] http://www.kc.gov.by/print.aspx?guid=6453.

[290] Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Ереван, 2004. С. 245.

[291] Конституционное правосудие в Казахстане: сб. информ. материалов. Варшава, 2008. С. 11.

[292] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236; 2007. №4, 2/1292.

[293] Там же.

ки Беларусь с предложениями о проверке конституционности нормативных актов», которое предусматривает:

«2. Если при рассмотрении конкретного дела хозяйственный суд придет к выводу о несоответствии нормативного акта Конституции, он принимает решение в соответствии со статьей 112 Конституции. В таком случае в мотивировочной части судебного постановления судья указывает, что судебное постановление принимается на основании конкретной нормы Конституции или закона, поскольку, по его мнению, нормативный акт полностью или частично подлежит проверке на соответствие Конституции. При отсутствии в Конституции нормы прямого действия, на которую хозяйственный суд мог бы сослаться, и, по мнению судьи, несоответствии нормативного акта Конституции хозяйственный суд должен руководствоваться статьей 145 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь и вынести определение о приостановлении производства по делу до принятия решения по этому вопросу, рассматриваемому в порядке конституционного производства.

3. После вступления в законную силу судебного постановления хозяйственный суд, рассмотревший (рассматривающий) дело, в соответствии со статьей 6 Закона Республики Беларусь «О Конституционном Суде Республики Беларусь» ставит вопрос перед Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь о внесении предложения в Конституционный Суд о признании данного нормативного акта неконституционным.

4. Предложение о признании нормативного акта неконституционным в силу статей 15, 18 Закона «О хозяйственных судах в Республике Беларусь» вносят в Конституционный Суд пленум Высшего Хозяйственного Суда или президиум Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.

5. Представление, внесенное хозяйственным судом в пленум (президиум) Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, должно содержать:

указание на номер дела, наименование сторон и краткое изложение обстоятельств спора, на которых основаны исковые требования;

наименование нормативного акта, дату принятия и номер, источник опубликования (получения), наименование органа, его принявшего, и установленные судом противоречия Конституции.

К представлению должны быть приложены:

копия судебного постановления;

проект предложения о проверке соответствия нормативного акта Конституции;

иные документы, необходимые для внесения предложения в Конституционный Суд в соответствии со статьей 47 Закона Республики Беларусь «О Конституционном Суде Республики Беларусь».

6. Пленум (президиум) Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь рассматривает представление суда и направляет в Конституционный Суд предложение о проверке нормативного акта на соответствие Конституции, о чем сообщает хозяйственному суду, направившему представление.

7. На основании статьи 48 Закона Республики Беларусь «О Конституционном Суде Республики Беларусь» предложение о проверке конституционности нормативного акта может быть отозвано пленумом (президиумом) Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь до завершения исследования материалов дела в Конституционном Суде и принятия решения по существу предложения».[294]

Таким образом, порядок, предусмотренный действующим законодательством, слишком громоздок, несовершенен и не способствует выполнению судами задач, возложенных на них частью 2 статьи 112 Конституции.

Следует отметить, что в большинстве тех зарубежных странах, где закреплено право общих судов обращаться в Конституционный Суд с запросом или вопросом о конституционности акта, подлежащего применению в конкретном деле, каждый судья вправе непосредственно подавать запрос в орган конституционной юстиции. Так, например, право каждого судьи обращаться в Конституционный суд Словакии прямо оговорено в пункте 1d) параграфа 18 и параграфе 19 Закона о Конституционном Суде Словакии.[295] На веб-сайте Конституционного Суда Италии говорится о праве каждого мирового судьи из маленького городка обратиться в Конституционны Суд.[296] Право каждого суда при рассмотрении гражданского, уголовного или административного дела, а также право судьи отдела Земельных книг при осуществлении его компетенции на обращение в Конституционный Суд Латвии закреплено в статье 17(1) Закона о Конституционном Суде Латвии.[297]

Важно отметить, что в большинстве зарубежных стран на общие суды не возлагается задача

[294] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2005. № 105, 6/444.

[295] http://www.concourt.sk/en/Act_38_1993/a_38_1993.pdf.

[296] http://www.cortecostituzionale.it/versioni_in_lingua/eng/lacortecostituzionale/cosaelacorte/pag_19.asp.

[297] http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=9.

принять окончательное решение о конституционности нормативного правового акта, применяемого по конкретному делу, поскольку это относится к компетенции органа конституционной юстиции. Если у судей, рассматривающих дело, возникают сомнения в конституционности применяемого акта, то они обязаны приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Суд. Так, согласно статье 193 Конституции Республики Польша «Каждый суд может представить Конституционному Трибуналу правовой вопрос относительно соответствия нормативного акта Конституции, ратифицированным международным договорам или закону, если от ответа на правовой вопрос зависит разрешение дела, рассматриваемого судом».[298] Пункт 2 статьи 144 Конституции Словацкой Республики гласит: «Если суд полагает, что какой-либо общеобязательный правовой акт, его часть либо отдельное его положение, касающееся рассматриваемого дела, противоречит Конституции, конституционному закону, международному договору, согласно абзацу 5 статьи 7 либо закону производство приостанавливается и вносится предложение о возбуждении производства на основании абзаца 1 статьи 125. Заключение Конституционного Суда обязательно для суда».[299] Согласно статье 78 Конституции Казахстана «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 права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный совет с представлением о признании этого акта неконституционным».[300]

В связи с вышесказанным предлагается:

1) дополнить Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь и Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь нормой, в соответствии с которой суд обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения дела до принятия решения по другому делу или вопросу, рассматриваемому в порядке конституционного судопроизводства;

2) предоставить право непосредственного обращения в КС Беларуси с запросом о проверке конституционности нормативного правового акта, подлежащего применению по конкретному делу, судьям общих и хозяйственных судов;

3) закрепить вышеуказанное право в Кодексе Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей;

4) рекомендовать провести специальное заседание пленума Верховного Суда для обсуждения указанной проблемы и принятия постановления о порядке обращения судей общих судов в Конституционный Суд Республики Беларусь.

5) в перспективе изменить редакцию статьи 112 Конституции, закрепив в ней норму, согласно которой, если у суда возникли сомнения относительно конституционности нормативного акта, подлежащего применению по рассматриваемому им делу, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Суд с запросом о конституционности. Возможно также прибегнуть к процедуре толкования части 2 статьи 112 в указанном смысле Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь, что предлагал еще в 1999 г. профессор Н.В. Сильченко.[301]

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В КОНСТИТУЦИОННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ ЭКСПЕРТНЫХ ЗАКЛЮЧЕНИЙ, РЕЗУЛЬТАТОВ ЭКСПЕРТИЗ И ПОКАЗАНИЙ ЭКСПЕРТОВ

Уже в проекте белорусского закона о Комитете конституционного надзора (который так и не был принят), предусматривалось при подготовке вопросов к рассмотрению привлечение в качестве консультантов ученых и практических работников.[302] Указанная норма была позаимствована из текста Закона о Комитете конституционного надзора СССР.[303] В последующем в Регламент Конституционного Суда Республики Беларусь была включена статья 38, гласившая: «При изучении вопроса и подготовке его к рассмотрению судьей Конституционного Суда, а в заседании – Конституционным Судом может быть назначена экспертиза, производство которой поручается научным учреждениям либо конкретным специалистам, имеющим необходимые знания и достаточный опыт работы по соответствующей специальности. Экспертное заключение должно быть представлено в Конституционный Суд в установленные сроки в письменном виде.

---

[298] Вашкевич А. Основы конституционного права Республики Польша. Минск: Тесей, 2007. С. 264.

[299] Конституции государств Европы: в 3 т. / под ред. Л. А Окунькова. – М. : Изд-во НОРМА, 2001. Т. 3. С. 152.

[300] Там же. Т. 2. С. 190.

[301] Сільчанка М.У. Аб удакладненні месца і ўзмацненні ролі Канстытуцыйнага Суда ў сістэме судовай улады Рэспублікі Беларусь // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь.1999. № 3. С. 65–69.

[302] Закон Белорусской Советской Социалистической Республики о Комитете конституционного надзора Белорусской ССР. Проект. 2-й вариант. Б.г.Б.м. Из личного архива автора.

[303] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 29. Ст. 572.

Эксперты обязаны по поставленным вопросам дать объективное и научно-обоснованное заключение. В случае разногласий между экспертами эксперт, оставшийся при особом мнении, дает самостоятельное заключение.

Эксперт может отказаться от дачи заключения лишь при наличии уважительных причин, препятствующих выполнению возложенных на него обязанностей, или когда представленные ему материалы дела недостаточны для дачи заключения либо когда он не обладает необходимыми знаниями или не является специалистом в данном вопросе.

Эксперт, поскольку это необходимо для дачи заключения, имеет право знакомиться с материалами дела, просить Конституционный Суд о предоставлении ему возможности получить дополнительные материалы. В судебном заседании эксперт вправе с разрешения председательствующего задавать вопросы сторонам, их представителям, специалистам, свидетелям, если это необходимо для дачи заключения.

Эксперт обязан явиться по вызову Конституционного Суда, дать пояснения по результатам проведенных экспертных исследований и ответить на вопросы судей и участников судебного заседания.

Перед выступлением в Конституционном Суде эксперт дает обязательство в соответствии с текстом, предусмотренным статьей 42 настоящего Регламента.

В случаях отказа от дачи заключения без достаточных оснований, неявки без уважительных причин, отказа от явки, неуведомления о невозможности явки эксперта в заседание Конституционного Суда, отказа от дачи обязательства или дачи заведомо ложного заключения эксперт несет ответственность, установленную статьей 46 Закона «О Конституционном Суде Республики Беларусь».

Поручение эксперту или научному учреждению о проведении экспертизы оформляется именным требованием судьи или решением Конституционного Суда с указанием срока представления письменного заключения».[304]

В статье 39 закреплялось, что, если Конституционным Судом производство экспертизы поручено научному учреждению, это учреждение обязано представить экспертное заключение, предварительно одобренное ученым советом или другим компетентным органом и подписанное его руководителем. Это не исключает права представления заключений отдельными специалистами, оставшимися при особом мнении.[305]

Статья 40 предусматривала, что «специалистом является лицо, обладающее специальными познаниями по определенным вопросам.

Конституционный Суд, судья вправе вызвать специалиста, если использование его познаний необходимо для обеспечения полноты исследования отдельных вопросов».[306]

Положения статей 38–40 Регламента активно применялись на практике. Так, уже в первый год существования КС при вынесении первого в истории заключения Суда по делу «О соответствии Конституции Республики Беларусь норм Кодекса законов о труде, предусматривающих возможность расторжения трудового договора в связи с достижением работником пенсионного возраста» было привлечено два эксперта.[307] При рассмотрении дела о соответствии Конституции Республики Беларусь статьи 5 Кодекса об административных правонарушениях было привлечено 2 эксперта и один специалист[308], при рассмотрении дела «О конституционности статьи 9 Закона Республики Беларусь «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» – эксперт и два специалиста[309]. Перед рассмотрением сложного дела «О соответствии Конституции Закона от 6 октября 1994 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О местном самоуправлении и местном хозяйстве в Республике Беларусь» было проведено специальное заседание научно-консультативного совета при КС, а непосредственное участие в рассмотрении дела приняли два эксперта.[310]

Практика привлечения экспертов и специалистов продолжилась и в последующие годы, что нашло отражение в новой редакции Регламента КС, принятого в 1997 г. Статьи 37–39 Регламента регулируют проведение по рассматриваемым делам экспертизы, производство которой поручается научным учреждениям либо конкретным специалистам, имеющим необходимые знания и достаточный опыт работы по соответствующей специальности.[311] На основании данных норм Регламента в рассмотрении дела «О толковании Заключения Конституционного Суда Республики Беларусь от

[304] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь.1994. № 23–24.

[305] Там же.

[306] Там же.

[307] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь.1995. № 1. С. 30.

[308] Там же. С. 75.

[309] Там же. С. 47.

[310] Там же. С. 69.

[311] http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=9545.

28 мая 1996 года «О соответствии Конституции статьи 88 Закона Республики Беларусь «О пенсионном обеспечении» и статьи 56 Закона Республики Беларусь «О пенсионном обеспечении военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел» приняло участие три специалиста.[312]

Согласно статье 53 Закона о КС «возмещение расходов на выплату вознаграждения третьим лицам и организациям за консультирование и производство экспертиз по договорам, на компенсирование расходов по явке в заседание Конституционного Суда свидетелей, экспертов и возмещение иных судебных издержек осуществляется за счет средств республиканского бюджета».[313]

Следует отметить, что практика привлечения экспертов и специалистов к рассмотрению дел достаточно широко распространена в зарубежных странах. Так, статья 45 Закона Азербайджанской Республики о Конституционном Суде гласит:

«45.1. Конституционный Суд по собственной инициативе, по просьбе сторон либо заинтересованных субъектов может привлечь в качестве эксперта лицо, обладающее научными или другими специальными знаниями по делу, рассматриваемому на заседании Конституционного Суда. Эксперт представляет свое письменное заключение.

45.2. Эксперт должен давать объективные и обоснованные ответы на заданные ему вопросы. Для того чтобы ответить на поставленные вопросы, эксперт может обратиться в Суд с ходатайством об ознакомлении с материалами конституционного дела и необходимыми дополнительными материалами. Если эксперт посчитает имеющиеся у него материалы недостаточными для ответа на заданные вопросы, или он не обладает для этого достаточными знаниями, то он должен уведомить об этом Суд. С разрешения председательствующего в Суде для ответа на поставленные вопросы эксперт может задавать вопросы сторонам, заинтересованным субъектам и свидетелям.

45.3. Эксперт обязан уважать Конституционный Суд, соблюдать правила конституционного производства. Эксперт должен явиться в Суд в установленное время, проявлять уважение к правилам, установленным в этом Суде, безотлагательно исполнять распоряжения председательствующего на заседании.

45.4. За дачу заведомо ложного заключения эксперт может быть привлечен к ответственности, предусмотренной законодательством Азербайджанской Республики».[314]

Возможность привлечения экспертов при рассмотрении дела закрепляется в статьях 37–38 закона «О Конституционном Суде Литовской Республики». В законе подчеркнуто, что «за свою работу эксперт должен быть вознагражден, если он не обязан ее выполнить в силу занимаемой должности. Вознаграждение и другие расходы, связанные с участием в слушаниях Конституционного Суда, возмещаются из фондов, установленных Суду для этих целей».[315]

Согласно параграфу 27а Закона о Федеральном Конституционном Суде Федеральный Конституционный Суд может дать возможность высказаться компетентным третьим лицам, а параграф 28(1) указанного акта предусматривает, что при допросе экспертов применяются предписания Уголовно-процессуального и Гражданско-процессуального кодексов.[316]

В Регламенте Конституционного Трибунала Республики Польша закреплено право председательствующего судебного состава Трибунала на обращение к «определенным государственным органам или учреждениям, организациям или научным центрам с просьбой дать заключение по указанным вопросам, относящимся к рассматриваемому делу».[317] Помимо этого специально оговорено право председательствующего судебного состава по инициативе судьи-докладчика или по согласованию с ним привлекать эксперта (экспертов).[318]

Институт экспертов, приглашаемых для участия в рассмотрении дела, существует и в некоторых других зарубежных странах, например, в Российской Федерации[319], Казахстане [320], Словакии[321].

С учетом сказанного, а также в связи с большим объемом законов, подлежащих обязательному предварительному контролю, считаю целесообразным:

---

[312] Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 1997. № 4. С. 106.

[313] Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1994. № 15. Арт. 220; 1995. № 20. С. 237. Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. 1997. № 7. Арт. 162; № 25–26. С. 464; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2000. № 59, 2/176; 2003. № 8, 2/932; 2005. № 175, 2/1144.

[314] Конституционный контроль в зарубежных странах: учеб. пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. М.: НОРМА, 2007. С. 641.

[315] Там же. С. 571.

[316] Там же. С. 267–268.

[317] Там же. С 407.

[318] Там же.

[319] Закон о Констутиционном Суде Российской Федерации.

[320] http://www.constcouncil.kz/rus/norpb/regcs.

[321] http://www.concourt.sk

1) сохранить в законодательстве Республики Беларусь о конституционном контроле нормы о возможности назначения экспертизы и привлечения экспертов по делам, рассматриваемым КС Беларуси;

2) предусматривать ежегодное финансирование указанной деятельности в объеме, необходимом для обеспечения ее надлежащего качества;

3) шире практиковать привлечение экспертов при осуществлении предварительного контроля;

4) наиболее сложные вопросы, возникающие в практике, рассматривать на заседаниях научно-консультативного совета при КС, которые в течение длительного времени не созывались.

ПЕРЕСМОТР ДЕЛ ОБЩИМИ СУДАМИ, РЕШЕНИЯ ПО КОТОРЫМ БЫЛИ ВЫНЕСЕНЫ НА ОСНОВАНИИ НОРМАТИВНЫХ АКТОВ, ПОЗЖЕ ПРИЗНАННЫХ НЕКОНСТИТУЦИОННЫМИ

На семинаре «Конституционный контроль и судебная система» проекта «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь», состоявшемся в феврале 2008 г., профессор Г.А.Василевич, сославшись на часть 6 статьи 22 Кодекса о судоустройстве и статусе судей, согласно которой положения признанных неконституционными нормативных правовых актов не могут применяться судами, сделал из нее вывод о том, что «решения государственных органов, основанные на неконституционных актах, должны быть пересмотрены»[322]. Одним из видов таких государственных органов являются суды. Надо сказать, что проблема пересмотра дел общими судами, решения по которым были вынесены на основании нормативных актов, позже признанных неконституционными, является весьма сложной и практически не обсуждалась в белорусской правовой науке. Она по-разному регулируется и в зарубежном законодательстве.

Так, новая Конституция Киргизии 2007 г. прямо закрепила в пункте 4 статьи 85 положение, согласно которому «установление Конституционным Судом неконституционности законов или их положений отменяет их действие на территории Кыргызской Республики, а также отменяет действие других нормативных правовых актов, основанных на законах или их положениях, признанных неконституционными, за исключением судебных актов. Судебные акты, основанные на нормах законов, признанных неконституционными, пересматриваются Судом в каждом конкретном случае по жалобам граждан, чьи права и свободы были затронуты».[323] По состоянию на 1 ноября 2008 г. указанная норма не была отражена в процессуальном законодательстве Киргизии.[324]

Согласно статье 66.4 Закона Азербайджанской Республики о Конституционном Суде, «судебные решения, признанные не соответствующими Конституции и законам Азербайджанской Республики, не должны исполняться, а соответствующие судебные решения должны быть пересмотрены в установленном законодательством Азербайджанской Республики процессуальном порядке».[325]

Часть 3–4 статьи 72 Закона о Конституционном Суде Литовской Республики гласит: «Все государственные учреждения, их должностные лица должны отозвать все подзаконные акты или их положения, если они были одобрены и основывались на акте, который признан неконституционным.

Решения, основанные на правовых актах, которые признаны противоречащими Конституции или законам, не должны исполняться, если они не исполнялись до принятия вступившего в силу постановления Конституционного Суда».[326]

Следует принять во внимание процессуальное законодательство Российской Федерации, в котором указанная проблема нашла, на мой взгляд, оптимальное разрешение. Так, в УПК РФ имеется статья 413 «Основания возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств», согласно которой вступившие в законную силу приговор, определение и постановление суда могут быть отменены и производство по уголовному делу возобновлено ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, а к новым обстоятельствам относится «признание Конституционным Судом Российской Федерации закона, примененного судом в данном уголовном деле, не соответствующим Конституции Российской Федерации», а согласно части 1 статьи 414 УПК РФ «пересмотр обвинительного приговора ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств в пользу осужденного никакими сроками не ограничен».

Согласно статье 392 ГПК РФ решения, определения суда, постановления президиума суда надзорной инстанции, вступившие в законную силу, могут быть пересмотрены по вновь открывшимся

---

[322] Сборник решений Конституционного Суда Республики Беларусь (1997–2007). Семинар «Конституционный контроль и судебная система». Минск, 2008. С. 12.

[323] http://www.president.kg/ru/constitution.

[324] Интервью с Председателем КС Киргизии, проведенное автором.

[325] Конституционный контроль в зарубежных странах: учеб. пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. М.: НОРМА, 2007. С. 651.

[326] Там же. С. 588.

обстоятельствам. К таким обстоятельствам, согласно пункту 5 указанной статьи, введенному Федеральным законом от 4.12.2007 г. относится признание Конституционным Судом Российской Федерации, не соответствующим Конституции Российской Федерации закона, примененного в конкретном деле, в связи с принятием решения, по которому заявитель обращался в Конституционный Суд Российской Федерации.

Следовало бы обсудить вопрос о введении аналогичных норм в белорусское законодательство. Интересно, что статья 319 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь, посвященная основаниям для возобновления дела по вновь открывшимся обстоятельствам, уже содержит указание на «признание Конституционным Судом Республики Беларусь законодательных актов, примененных хозяйственным судом в деле, не соответствующими в целом или их части Конституции Республики Беларусь либо не соответствующими в целом или их части нормативным правовым актам большей юридической силы» как на одно из оснований для возобновления дела по вновь открывшимся обстоятельствам.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, в 2008 году начался новый этап в развитии конституционного контроля в нашем государстве, для которого характерно расширение полномочий Конституционного Суда, укрепление его роли в правовой системе Республики Беларусь. Уже накоплен определенный положительный опыт проведения обязательного предварительного контроля законов Республики Беларусь. Вместе с тем новые формы работы Суда и в первую очередь – проведение предварительного контроля, нуждаются в дальнейшем теоретическом осмыслении, а также в определенном законодательном оформлении.

Предлагается обсудить следующие предложения и рекомендации по совершенствованию законодательства:

1. В перспективе следовало бы изменить редакцию статьи 116 Конституции Республики Беларусь, закрепив в ней право на обращение в КС Беларуси 1/5 от общего числа депутатов Палаты представителей и такого же количества членов Совета Республики. В соответствующих статьях регламентов Палаты представителей и Совета Республики следовало бы закрепить, что решение о внесении предложения в Конституционный Суд принимается большинством от присутствующих на заседании соответствующей палаты.

2. При принятии закона об Уполномоченном по правам человека в нашей стране необходимо будет предусмотреть его право на обращение в Конституционный Суд Республики Беларусь, что согласуется с частью 7 статьи 116 Конституции Республики Беларусь.

3. Целесообразно бы было восстановить право Генерального прокурора Республики Беларусь на обращение в Конституционный Суд.

4. Следовало бы сконцентрировать усилия ученых-конституционалистов на разработке конкретной модели конституционной жалобы, которая бы «вписывалась» в существующую правовую систему Республики Беларусь.

5. Стоило бы дополнить Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь и Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь нормой, в соответствии с которой суд обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения дела до принятия решения по другому делу или вопросу, рассматриваемому в порядке конституционного судопроизводства.

6. Было бы целесообразно предоставить право непосредственного обращения в КС Беларуси с запросом о проверке конституционности нормативного правового акта, подлежащего применению по конкретному делу, судьям общих и хозяйственных судов. Можно бы было закрепить вышеуказанное право в Кодексе Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

7. Следовало бы обсудить возможность проведения специального заседания пленума Верховного Суда для обсуждения указанной проблемы и принятия постановления о порядке обращения судей общих судов в Конституционный Суд Республики Беларусь.

8. В перспективе следовало бы изменить редакцию статьи 112 Конституции, закрепив в ней норму, согласно которой, если у суда возникли сомнения относительно конституционности нормативного акта, подлежащего применению по рассматриваемому им делу, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в КС с запросом о конституционности. Возможно также прибегнуть к процедуре толкования части 2 статьи 112 Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь.

9. Представляется целесообразным:

а) сохранить в законодательстве Республики Беларусь о конституционном контроле нормы о возможности назначения экспертизы и привлечения экспертов по делам, рассматриваемым КС Беларуси;

б) предусматривать ежегодное финансирование указанной деятельности в объеме, необходимом для обеспечения ее надлежащего качества;

в) шире практиковать привлечение экспертов при осуществлении предварительного контроля;

г) наиболее сложные вопросы, возникающие в практике, рассматривать на заседаниях научно-консультативного совета при КС, которые в течение длительного времени не созывались.

10. Было бы целесообразным закрепить в УПК Республики Беларусь положение, согласно которому к новым обстоятельствам, позволяющим отменить вступившие в законную силу приговор, определение и постановление суда и возобновить производство по уголовному делу, относится признание Конституционным Судом закона, примененного судом в данном уголовном деле, не соответствующим Конституции Республики Беларусь.

11. Следовало бы закрепить в регламентах Палаты представителей и Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, а также Совета Министров Республики Беларусь специальную процедуру рассмотрения обращений государственных органов, не указанных в части второй статьи 22 Кодекса о судоустройстве и статусе судей, общественных объединений, других организаций, а также граждан, которые обращаются с инициативой о проверке конституционности акта, затрагивающего их права и свободы, в Конституционном Суде Республики Беларусь. В частности, следовало бы определить постоянные комиссии, на которые можно было бы возложить обязанность предварительного рассмотрения соответствующих обращений, условия и порядок вынесения обращений на рассмотрение соответствующего органа, предусмотреть необходимость дачи мотивированного ответа инициаторам и т. п.

Комментарии к отчету по теме «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту» международного эксперта проекта М. Хартвига[327]

1. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮСТИЦИИ

Международное право не обязывает учреждать Конституционный Суд. Каждое государство по своему усмотрению решает, учреждать такой Суд или нет. При этом все еще существует некоторое количество государств, в правовых системах которых нет Конституционных Судов. Наиболее ярким примером служит Великобритания. Те же государства, которые принимают решение о создании Конституционных Судов, самостоятельно определяют полномочия этих Судов. Даже структура и процедура в органах конституционной юстиции значительно отличаются в разных правовых системах. В то время как иные суды, отправляя правосудие, обеспечивают эффективную правовую защиту лиц, орган, уполномоченный осуществлять конституционный контроль, рассматривается как вспомогательный для поддержания конституционного порядка.

В международном праве отсутствуют определенные стандарты конституционного контроля. В отношении структуры Конституционного Суда, конституционный контроль может осуществляться как судьями с юридическим образованием, так и лицами, преимущественно из политической сферы.

Полномочия Конституционных Судов также отличаются разительным образом. Компетенция некоторых судов сводится к контролю норм; некоторые государства включают в полномочия конституционных судов разрешение конфликтов полномочий между государственными органами, преюдициальные вопросы общих судов, касающиеся конституционности соответствующих законов, а также индивидуальных конституционных жалоб на предмет соответствия Конституции как нормативных актов, так и действий государственных органов любого характера.

2. ПРАКТИКА КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮСТИЦИИ

Будучи всего лишь редким исключением непосредственно после Второй мировой войны, конституционная юстиция стала нормой в европейских странах во второй половине XX века, в том числе в новых государствах, образовавшихся в результате распада СССР. Сегодня государства без конституционной юстиции являются исключением в европейской семье. Это такие государства, как Великобритания, страны Скандинавии, Ирландия и Нидерланды, старые Конституции которых не предусматривают подобного аппарата.

Те государства, которые недавно перешли от тоталитарных систем к правовому государству, учредили Конституционные Суды. Таким образом, за последнее время был накоплен определенный опыт, который поможет оценить системы конституционного контроля. Даже если эти идеи не приобрели обязательного характера, их полезно будет проанализировать, чтобы понять, что перенимать, а чего следует избегать в системе конституционного контроля.

Поскольку исследование г-на Вашкевича касается многих иностранных Конституционных Судов, особенно стран Восточной Европы, следующие замечания будут обращены в особенности к немецкой практике конституционной юстиции, взятой за основу для создания многих Конституционных Судов в странах от Испании до России.

3. ОРГАНЫ И ЛИЦА, ИМЕЮЩИЕ ПРАВО ОБРАЩАТЬСЯ В КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД, – ВОПРОС ПОЛНОМОЧИЙ

Вопрос о том, кто имеет право обращаться в Конституционный Суд, в значительной степени определяет характер суда. Перечень органов, которые могут обращаться в суд, зависит от полномочий суда. Если задачей Конституционного Суда является разрешение споров между органами, его полномочия будут зависеть от выбора соответствующих органов, которые будут уполномочены обращаться в этот суд. Закрепление возможности подачи индивидуальной жалобы означает его право разрешать конфликты между частными лицами и государством. Поэтому, обсуждая участие государственных органов в рассмотрении дел в Конституционном Суде, надо помнить и о том, что таким образом определяются полномочия суда.

Первым шагом последующего анализа будет не определение органов, уполномоченных обращаться в Конституционный Суд, а рассмотрение разнообразных процедур конституционного правосудия.

Все процедуры в конституционном правосудии можно разделить на четыре типа:

1. Процедуры рассмотрения федеральных конфликтов.

---

[327] Маттиас Хартвиг (Германия), Dr. Iur., сотрудник Института сравнительного публичного права и международного права им. Макса Планка.

2. Процедуры рассмотрения конфликтов между государственными органами.
3. Процедуры контроля норм.
4. Индивидуальная конституционная жалоба.

Такая классификация не исключает пересечения процедур: конфликты между государственными органами могут включать вопрос о нормах; индивидуальная конституционная жалоба может ставить под сомнение конституционность закона.

Несмотря на трудности в размежевании этих типов, мы будем придерживаться именно этой классификации, поскольку она отражает основные задачи конституционного правосудия, а именно: урегулирование федеральных споров, урегулирование конфликтов между государственными органами в соответствии с Конституцией, обеспечение верховенства Конституции над общим законом и урегулирование конституционных отношений между индивидом и государством.

Не все Конституционные Суды занимаются всеми перечисленными вопросами: французский Конституционный Совет ограничивается превентивным контролем норм[328]. Федеральные конфликты могут возникнуть только в федеративных государствах. Не во всех государствах лица могут обращаться в Конституционный Суд (например, это невозможно в Италии и Франции).

Однако, поскольку эти процедуры включают в себя весь перечень возможных полномочий Конституционных Судов, их мы и возьмем за основу для анализа ситуации в Беларуси (опуская рассмотрение процедур по урегулированию федеральных конфликтов, поскольку Беларусь – унитарное государство).

4. КОНФЛИКТЫ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВЕННЫМИ ОРГАНАМИ

Конституционный Суд наделен полномочиями разрешения конфликтов между государственными органами. Поскольку Суд Конституционный, конфликты должны быть связаны с Конституцией. Стороны, вовлеченные в конфликт, должны быть органами, учрежденными согласно Конституции, и оспариваемые полномочия должны быть предписаны Конституцией.

Немецкий Конституционный Суд обладает полномочиями по разрешению таких конфликтов между органами, например, между президентом и правительством, между правительством и парламентом, между президентом и парламентом (например, в случае роспуска парламента). Даже один депутат может обратиться в Конституционный Суд с заявлением о рассмотрении конфликта между органами (например, с участием парламента). Депутат будет рассматриваться как конституционный орган, поскольку он ссылается в конфликте на полномочия, которыми его наделила Конституция.

Ни Конституция Беларуси, ни Закон о Конституционном Суде Беларуси не затрагивают проблемы конфликта между государственными органами. Конституционный Суд не наделен соответствующими полномочиями. В его компетенции – только контроль норм. Хотя в подобных конфликтах часто именно Конституционный Суд мог бы находить мирные решения. Его участие в урегулировании конфликта способствовало бы пониманию того, что эти споры продиктованы содержанием конституции и должны быть разрешены в рамках Конституции. Это помогло бы укрепить уважение к Конституции и усовершенствовать урегулирование конфликтов.

К органам, которые выиграют от введения возможности рассматривать действительные конфликты в Конституционном Суде, относятся все государственные органы, наделенные конституционными полномочиями, то есть Президент, правительство, парламент – Палата представителей и Совет Республики, омбудсмен. В отношении парламента следует добавить, что даже меньшинство в парламенте можно управомочить защищать конституционные полномочия парламента, как это сделано в Германии[329], поскольку парламент не может отказаться от своих конституционных полномочий по собственному желанию. Общий и Конституционный суды не будут инициировать рассмотрение конфликта между органами, поскольку они являются юрисдикционными органами, которые принимают решения, а не теми органами, в отношении которых можно принимать решения.

На наш взгляд, следует рекомендовать включить в полномочия Конституционного Суда Республики Беларуси право разрешать конфликты между государственными органами, особенно потому, что не все конфликты между конституционными органами связаны с принятием норм, как например, при роспуске парламента по статье 106 Конституции Беларуси.

5. КОНТРОЛЬ НОРМ

а. Функции президента, правительства и парламента

Контроль конституционности норм – типичная функция Конституционных Судов, поскольку конституция является верховным законом страны, которому должны соответствовать все остальные

[328] Реформа Конституции Франции от 23 июля 2008.

[329] § 63 Закона о Конституционном Суде.

нормы. С некоторыми исключениями (такими, как Великобритания, у которой нет писанной Конституции), государства не признают абсолютного верховенства парламента. Нормативные акты парламента могут оцениваться на предмет соответствия Конституции. В этом смысле немаловажную роль в распределении власти в политической системе будет играть выбор тех органов, которые будут иметь право обращаться в Конституционный Суд.

Немецкая Конституция достаточно поучительна в этом отношении. Только три органа имеют право поднимать вопрос о соответствии правовой нормы конституции – федеральное правительство, правительство федеративной земли и одна треть депутатов парламента.

Полномочие правительства – следствие разделения властей. Участие правительств федеральных земель отражает федеративную структуру Федеральной Республики Германия. Право обращения с запросом о конституционности одной трети депутатов федерального парламента подтверждает тот факт, что осуществление Конституции посредством принятия общих законов не во власти одного только законодательного органа. Даже подавляющее большинство в две трети парламента не может интерпретировать Конституцию по своему усмотрению. Однако важно, что обратиться в Конституционный Суд с заявлением о проверке конституционности нормы может минимум одна треть депутатов, потому как в противном случае две трети депутатов могут проголосовать за внесение изменений в Конституцию[330]. Поэтому меньшинство (менее одной трети депутатов) не должно «брать верх» в интерпретации Конституции над более чем двумя третями депутатов.

В соответствии со статьей 116 Конституции Республики Беларусь инициировать рассмотрение конституционности нормы в Конституционном Суде имеют право Президент Республики Беларусь, Палата представителей, Совет Республики, Верховный Суд, Высший Хозяйственный Суд и Кабинет Министров Республики Беларусь.

Роль Президента и Кабинета Министров понятна. Трудности вызывает положение Палаты представителей и Совета Республики. Бесспорно, эти органы должны иметь возможность инициировать контроль конституционности норм. Проблема заключается в необходимости набрать большинство голосов в соответствующей палате. При такой процедуре могут контролироваться нормы, принятые другим органом, такие, как декреты Президента и постановления Совета Министров, но маловероятно, чтобы парламент инициировал контроль своих собственных норм, которые он мог бы просто изменить в том случае, если бы считал их несоответствующими Конституции.

Конституционное правосудие в Беларуси в отношении актов парламента полагается на инициативу Президента или правительства, что отражает идею разделения властей. Однако, как это можно видеть в практике иных полупрезидентских республик, которые схожи с белорусской моделью распределения полномочий, главным источником запросов о конституционности является парламент, т.е. оппозиция. Так, во Франции не только правительство, но и 60 депутатов парламента могут инициировать проверку конституционности нормы в Конституционном Совете[331]. При этом как показывает практика, большинство проверок конституционности норм инициируется парламентским меньшинством. Такая же ситуация наблюдается в Германии, парламентарной, а не полупрезидентской республике, где наиболее активным инициатором конституционного контроля является парламентское меньшинство, а не правительство[332]. Как указывалось выше, парламентское меньшинство может охранять Конституцию от законодательных изменений, продиктованных стремлением большинства, поскольку иерархия норм запрещает отменять положения Конституции простым голосованием большинства.

Для повышения эффективности конституционного контроля важно расширить круг органов, уполномоченных обращаться в Конституционный Суд. Должна быть включена наиболее эффективная структура – парламентская оппозиция – как предлагает д-р Вашкевич. Вопросом политического выбора остается решение, будет ли достаточно одной пятой или одной трети для инициирования в Конституционном Суде рассмотрения конституционности нормы.

б. Полномочия омбудсмена

Роль омбудсмена разная в правовых системах разных государств. Особенным разнообразием отличаются подходы к регулированию отношений между омбудсменом и Конституционным Судом. В тех странах, где омбудсмен – традиционная структура (например, в странах Скандинавии), омбудсмен не имеет специфических полномочий в судебной сфере. Он получает обращения граждан и способствует разрешению спора, принимая решения самостоятельно. В некоторых странах, как, например, в Германии, институт омбудсмена учрежден только в отдельных сферах – защиты прав военнослужащих[333], охраны информации и охраны равноправия мужчин и женщин. Тут роль омбуд-

[330] Статья 79 пункт 1 Конституции.

[331] Статья 61 Конституции Франции.

[332] Правительство всегда на стороне большинства парламента, и поэтому, если оно считает норму неконституционной, оно может изменить ее при помощи парламента.

[333] Статья 44 немецкой Конституции.

смена сводится к функции надзора. Он не вправе направлять дела на рассмотрение в суд. Это вызвано тем, что в Германии каждый имеет широкие возможность требовать судебной защиты, и поэтому считается нецелесообразным вменять эту функцию (обращения в суд) еще и омбудсмену.

Но существует множество других стран, в которых конституционное правосудие еще не укоренилось глубоко, и где, как в Беларуси, еще не признано право индивидуальной конституционной жалобы. В таких странах омбудсмен мог бы исполнять роль защитника прав лиц в Конституционном Суде. Даже когда индивидуальная конституционная жалоба будет разрешена, эта задача омбудсмена может быть сохранена: по той или иной причине граждане могут не захотеть обращаться в Конституционный Суд, и тогда им бы могла помочь профессиональная структура, специально созданная для таких целей.

в. Генеральный прокурор

Вопрос о том, предоставлять ли Генеральному прокурору право обращаться в Конституционный Суд с запросом об абстрактном контроле норм, открыт для обсуждения. Немецкая правовая система рассматривает Генерального прокурора как орган, наделенный полномочиями исключительно в сфере уголовного преследования. Он ни в коей мере не рассматривается как гарант Конституции. Эту роль выполняют те органы, которые могут обращаться в Конституционный Суд с просьбой об абстрактном контроле норм, общие и административные суды и, наконец, каждый гражданин, который считает, что его основные права попраны[334].

В немецкой правовой системе избыточным было бы учреждение еще одного органа. Но такие суждения могут быть не применимы к ситуации в Беларуси. Право индивидуальной конституционной жалобы пока не признано, поэтому число потенциальных заявителей тут намного меньше. Кроме того, Генеральный прокурор в Беларуси выполняет иную, нежели в Германии, функцию. Его функции связаны с надзором за поддержанием правового порядка, и у этих функций долгая история.

Исходя из вышеперечисленных причин, нам кажется целесообразным добавить Генерального прокурора в перечень органов, которые имеют право обращаться в Конституционный Суд с запросом об абстрактном контроле правовых норм.

г. Общие и административные суды

Общие и административные суды не следует наделять правом обращения в Конституционный Суд с запросом об абстрактном контроле. Подобного рода вопросы возникают на политическом поле. Если общие суды наделить правом обращения в Конституционный Суд с такими вопросами, они окажутся втянутыми в политические конфликты, что повредит их репутации независимых органов.

6. ПРЕЮДИЦИАЛЬНЫЙ ВОПРОС, ИЛИ КОНКРЕТНЫЙ КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ

Преюдициальная процедура присутствует почти во всех континентальных европейских правовых системах, которые предусматривают конституционную юстицию. Недавно он был введен даже во Франции, которая долгое время особенно сопротивлялась введению этой формы контроля[335]. Понятие преюдициального вопроса также стало частью права Европейского сообщества, где национальные суды обязаны обращаться в Европейский Суд каждый раз, когда они сомневаются в соответствии нормы сообщества, принятой институтами Европейского союза, Договору о Европейском сообществе, который выполняет функцию Конституции в правовой системе этого сообщества[336].

Идея введения института преюдициального вопроса продиктована двумя причинами: во-первых, общие суды не должны принуждаться к применению неконституционной нормы, поскольку они связаны Конституцией; во-вторых, они не могут объявить ничтожной правовую норму, принятую законодателем, по собственной инициативе. Иными словами: городской суд первой инстанции не может преодолеть волю парламента. Объявление закона ничтожным – исключительная компетенция Конституционного Суда, обладающего необходимым опытом и особой легитимацией благодаря специфике выбора судей.

Институт преюдициального вопроса предусматривает то, что каждый общий или административный судья имеет право и обязан поднимать вопрос о конституционности нормы, если он/она убежден, что норма не соответствует Конституции. Существуют такие правовые системы (как в Болгарии, например[337]), где обращаться в Конституционный Суд с преюдициальным вопросом – привилегия соответствующего верховного суда. Однако это означает, что судьи судов других инстанций будут обязаны применять норму, которую они считают противоречащей Конституции. Это

[334] См. ниже под номером 7.

[335] Реформа 23 июля 2008.

[336] См. статью 234 Договора о Европейском сообществе.

[337] Статья 150 часть 2 Конституции Болгарии.

противоречило бы общей обязанности судей соблюдать Конституцию. Во Франции был достигнут определенный компромисс в этом смысле – в 2008 году были приняты изменения в Конституцию. Тут общие и административные судьи ставят вопрос о неконституционности перед соответственно Кассационным Судом или Государственным Советом, и вышестоящий суд решает оспаривать ли конституционность соответствующего правового акта перед Конституционным Советом[338]. Судьи высших судов действуют наподобие фильтра. Если они приходят к заключению, что правовая норма не противоречит Конституции, это решение становится обязательным для судей низших инстанций. Такая схема отличается от решения в Болгарии, потому что во Франции судья низшей инстанции имеет возможность выразить сомнение в соответствии Конституции нормы, применимой в данном деле.

Автору данных комментариев лучшим кажется решение, при котором каждый судья вправе напрямую обращаться в Конституционный Суд. В таком случае Конституционный Суд сам будет принимать решение, достаточно ли обосновано данное обращение или нет.

Судьи должны поднимать вопрос соответствия Конституции только в том случае, если они убеждены, что норма противоречит Конституции и такие обращения должны быть мотивированы. Если достаточно будет просто сомнения, общие и административные суды смогут действовать по собственному усмотрению. А это в свою очередь может привести к политической ангажированности.

В Италии сомнения одной из сторон судебного разбирательства достаточны для того, чтобы оправдать преюдициальный вопрос[339]. Но это вызвано тем фактом, что итальянская Конституция не предусматривает прав индивидуальной конституционной жалобы, потому общие и административные суды вправе со ссылкой на сомнения сторон, которые они могут не разделять, обращаться в Конституционный Суд.

Общие и административные суды обязаны приостанавливать рассмотрение дел, если закон, который в этих делах применим, рассматривается как несоответствующий Конституции. Поднимать вопрос о конституционности закона после рассмотрения дела противоречило бы самой идее преюдициальности. Таким образом, обеспечивается неприменение неконституционного закона. Кроме того, избегается ситуация правовой неопределенности, когда Суд сначала выносит решение, а затем поднимает вопрос о неконституционности нормы, на которую он ссылался в данном деле, что может привести к необходимости пересмотра дела.

В этом смысле модель, закрепленная в российском законе о Конституционном Суде, которая позволяет поднимать вопрос о конституционности даже после принятия постановления по делу, представляется непоследовательной[340].

В такой же степени неубедительными выглядят и положения законодательства Беларуси. Статья 7 пункт 2 Кодекса Беларуси о судоустройстве и статусе судей предписывает общим/административным/хозяйственным судам применять Конституцию, если они полагают ту или иную правовую норму противоречащей Конституции. Таким образом, они могут проигнорировать волю парламента по собственному усмотрению даже без одобрения Конституционного Суда. Вопрос о конституционности поднимается – посредством соответствующего высшего суда, – в конституционном суде только после того, как общий суд уже принял решение. Такой подход не только умаляет авторитет Конституционного Суда, который не владеет в таком случае исключительным правом объявлять норму неконституционной, но также может привести к противоречию между решением общего суда, игнорирующим норму, которая ему кажется неконституционной, и решением Конституционного Суда о том, что норма не противоречит Конституции. Как такой конфликт повлияет на решение общего суда?

Кроме того, проблематично само обращение к Конституции, на которую следует ссылаться, если применимая общая норма неконституционна (хотя российский закон о Конституционном Суде содержит аналогичную модель[341]), и осознание трудностей, связанных с этой ссылкой, очевидно, в решении Высшего Хозяйственного Суда от 26 апреля 2005 года. Обычно конституционные положения носят общий характер и могут быть реализованы через законодательство. Чаще всего они не применимы для восполнения пробелов в общих законах по сложным вопросам. Проблема не возникает, если закон можно применить, изъяв из него то положение, которое противоречит Конституции. Однако, если норма признана неконституционной (возьмем, например, закон о налогообложении), но такая норма – в конституционной форме – необходима, эту норму в большинстве случаев невозможно вывести из Конституции. В Конституции просто говорится о том, чего не должно быть, в ней не оговаривается того, что должно быть реализовано.

---

[338] Статья 61–1 Конституции Франции.

[339] Статья 23 Закона о Конституционном Суде Италии.

[340] Статья 101 Закона о российском Конституционном Суде.

[341] Статья 79 Закона о российском Конституционном Суде.

Еще одним примером может быть случай нарушения принципа равенства, например, в выплате социальной помощи. О таком случае в Конституции сказано, что неравное отношение к двум группам людей, при котором одна группа получает более другой, – неконституционно. Но в Конституции не оговаривается, каким образом нарушенное равенство должно быть восстановлено – выплатой обеим группам суммы, которую получала привилегированная группа, или же выплатой той суммы, которую получала дискриминированная группа, или же средней суммы. Конституционный Суд Германии однажды принял решение о том, что закон, согласно которому только фамилия мужа может стать фамилией семьи, нарушает принцип равенства мужчин и женщин. Однако же он оставил за законодателем решение о том, как примирить противоречащие интересы (двойная фамилия, чье имя первое, только одна фамилия и т. д.) В таких случаях Конституционный Суд объявляет в своем решении о том, что судебное разбирательство в общем суде будет отложено до тех пор, пока законодательный орган не примет соответствующую норму. Ссылка только на Конституцию считается недостаточной.

В заключение подчеркну, что целиком поддерживаю предложение д-ра Вашкевича о внесении изменений в процессуальные нормы. Каждый суд должен иметь право непосредственно обращаться с преюдициальным вопросом в Конституционный Суд. Процессуальные нормы соответствующих процессуальных кодексов: Гражданского, Уголовного, Хозяйственного и Административного должны предусматривать возможность приостановить судебное разбирательство в случае обращения в Конституционный Суд для рассмотрения нормы на предмет конституционности, до тех пор, пока этот суд не примет решение. Непосредственное применение конституционных положений в общем суде не должно упоминаться.

Очевидно, что участие общих и административных судов должно ограничиваться преюдициальным вопросом о конституционности соответствующей нормы, которая должна применяться в ожидающем решения деле. Судьи не должны наделяться правом ставить вопрос о конституционности правовых норм, с которыми они не сталкиваются в конкретном судебном разбирательстве. В противном случае они начнут осуществлять абстрактный контроль над правовыми нормами. Вопрос о том, ставить ли такой вопрос, и если да, то – когда, требует политического решения (в то время как при конкретном контроле над правовыми нормами судьи вынуждены поднимать вопрос о конституционности тех норм, с которыми сталкиваются на практике). Суды, как независимые органы, не должны вмешиваться в вопросы политического характера. Поэтому общие/административные суды не должны быть в перечне тех органов, которые могут осуществлять абстрактный контроль над правовыми нормами.

Статья 112 Конституции Республики Беларусь, которая регулирует конкретный контроль над нормами, соответствует вышеперечисленным принципам. Суды инициируют анализ конституционности правовой нормы только в том случае, если эта норма применима в рассматриваемом деле. Таким образом, у них нет политической свободы решать, в каком случае норму необходимо проверять на соответствие Конституции. Целесообразность полномочия Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда в соответствии со статьей 116 Конституции поднимать вопрос о соответствии нормативного акта Конституции, если это не продиктовано необходимостью для ожидающего решения дела, сомнительна по вышеуказанным причинам. Поскольку Верховный Суд в таком случае может стать политически ангажированным[342].

7. ИНДИВИДУАЛЬНАЯ КОНСТИТУЦИОННАЯ ЖАЛОБА

Венец правового государства – право частного лица обращаться в Конституционный Суд и отстаивать свои основные права, в случае посягательства государства на эти права. В Конституционном Суде частное лицо и государство выступают на равных. Лицо, обратившееся в Конституционный Суд, защищает свои права и в то же время защищает правовую систему в целом.

Не во всех государствах с системой конституционной юстиции введено право частного лица обращаться в Конституционный Суд. Италия и Франция все еще отвергают эту идею. Другие государства, такие, как Австрия и большинство государств Центральной и Восточной Европы, ввели индивидуальную конституционную жалобу только для рассмотрения конституционности нормативных актов.

Причина такого подхода кроется в стремлении четко разделить общую/административную и конституционную юрисдикцию. Полномочие Конституционного Суда контролировать конституционность индивидуальных актов неизбежно вступает в конфликт с общей/административной юрисдикцией.

Германия и перенявшая немецкую модель Испания обеспечивают наиболее полную защиту, в том числе и индивидуальных актов государственных органов, таких, как административные акты и

[342] См. далее пункт 5.4.

решения суда. Акты государственных органов любого типа подлежат конституционному контролю: поправки в Конституцию – постольку, поскольку они могут нарушать статью 79 пункт 3 немецкой Конституции, которая исключает гарантию права на достоинство по статье 1 Основного Закона из изменяемых статей; общие законы; законы о ратификации международных договоров[343], акты международных организаций, которым были переданы государственные полномочия и которые реализуются государственными органами Германии[344], административные акты и судебные решения.

В Германии каждый может обратиться в Конституционный Суд – физические и юридические лица, немцы и иностранцы[345]. Лицу достаточно утверждать, что его основные права, гарантированные Конституцией, нарушены. Индивидуальная конституционная жалоба возможна только после исчерпания всех средств правовой защиты: т.е. перед обращением в Конституционный Суд, лицо должно обратиться в общий/административный суд. Кроме того, индивидуальная конституционная жалоба должно поступить в Конституционный Суд не позднее одного месяца после вступления силу окончательного решения по делу или не позднее одного года, если обжалуется конституционность закона.

Конечно, правовые системы, практикующие индивидуальную конституционную жалобу, страдают от перегруженности Конституционных Судов. В Германии в Конституционный Суд каждый год поступает 6000 индивидуальных жалоб. Конституционный Суд справляется с такой нагрузкой только благодаря системе отсева индивидуальных жалоб в комиссии, состоящей из трех судьей, которые могут отклонить жалобу как неприемлемую или как очевидно необоснованную или же удовлетворить обращение, если подобное дело уже рассматривалось Конституционным Судом[346].

Благодаря практике индивидуальной конституционной жалобы немецкая правовая система была успешно приведена в соответствие с Конституцией. Граждане в таком случае сами контролируют, соответствуют ли акты государственных органов Конституции. В то же время гражданин, имея возможность самостоятельно защищать свои права в наивысшем суде в случае посягательства на них государственных органов, более не является всего только объектом или адресатом государственных указаний, а становится активным гражданином, который, защищая свои права, сознает основы правового государства.

Все сомнения насчет того, могут ли частные лица эффективно следить за конституционностью, разрешаются, если обратиться к опыту Европейского Суда по правам человека. Все те, кто считает, что их права, гарантированные Европейской Конвенцией о защите прав человека, нарушены – а эти гарантии во многом схожи с национальными перечнями прав человека – любым актом государства члена Совета Европы – будь это индивидуальный акт, решение суда или закон – могут обращаться с жалобой в Европейский Суд по правам человека. Едва ли можно найти объяснение тому, почему защита на международном уровне должна считаться более надежной, чем на национальном уровне. Национальные Конституционные Суды могли бы выполнять функцию отбора обращений в Страсбург. И кроме того, всегда лучше устранять нарушения прав человека на месте, а не выносить проблему на европейский уровень, избегая, таким образом, осуждения и неодобрения, которые сопутствуют вынесенному Европейским Судом по правам человека порицанию. Германия редко проигрывает дела в Страсбурге, не потому, что мы живем в раю, а потому, что у нас эффективный Конституционный Суд[347].

Поэтому я целиком поддерживаю предложение д-ра Вашкевича включить в перечень полномочий Конституционного Суда рассматрение индивидуальных конституционных жалоб. Я выступаю за разрешение всевозможных индивидуальных жалоб в Конституционный Суд – по поводу индивидуальных актов всякого вида, включая решения судов и нормативные акты – ссылаясь на причины, указанные в связи с Европейским Судом по правам человека.

До введения индивидуальной конституционной жалобы разумно было бы разработать процедуры, посредством которых индивид мог бы обратиться с заявлением о неконституционности нормы в орган, который имеет право обращаться уже непосредственно в Конституционный Суд. Но надо иметь в виду, что это только временное решение. В дальнейшем – и как можно скорее – предпочтительно введение права индивидуальной конституционной жалобы.

---

[343] Маастрихтский договор о Европейском союзе рассматривался в Конституционном Суде по инициативе частного лица; ожидает своего рассмотрения в Конституционном Суде и Лиссабонский договор, вопрос о конституционности которого был также поднят в результате индивидуальной конституционной жалобы.

[344] Решения Конституционного Суда 1974 года и 1986 года и решение по Маастрихтскому делу (решения, том 89, с. 155).

[345] О процедуре индивидуальной конституционной жалобы, см. § 90 Закона о Конституционном Суде Германии.

[346] § 93 а Закона о Конституционном Суде.

[347] На протяжении 50 лет своего существования Европейский Суд по правам человека признал нарушения Германией прав человека всего в 31 деле, Olaf Kieschke, Die Praxis des Europaeischen Gerichtshofs fuer Menschenrechte und ihre Auswirkung auf das deutsche Strafverfahrensrecht, 2003. С. 246.

8. ПОСЛЕДСТВИЯ РЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА О НЕКОНСТИТУЦИОННОСТИ НОРМЫ

В Германии решение о неконституционности нормы приводит к ничтожности этой нормы ab initio[348]. Это решение должно соблюдаться всеми государственными органами[349]. Если о неконституционности нормы решается во время судебного разбирательства по преюдициальному вопросу, запрашивавший судья общего или административного суда будет рассматривать дело, не применяя неконституционную норму. При таком положении, когда Конституционный Суд рассматривает дело, еще не вынесено окончательное решение, поскольку разбирательство в общем или административном суде приостановлено. Если же Конституционный Суд объявляет норму неконституционной в деле, инициированном индивидуальной конституционной жалобой по поводу решения, принятого на основании этой нормы, это решение будет аннулировано, а дело передано назад тому же судье a quo, который будет рассматривать это дело еще раз, не применяя неконституционную норму.

Во всех других случаях решения, принятые на основании неконституционных норм, остаются в силе. Решения, не оспоренные в Конституционном Суде посредством индивидуальной жалобы или принятые без разбирательства по преюдициальному вопросу, останутся в силе, несмотря на ничтожность закона, на основании которого они были приняты. Таким образом, обеспечивается правовая определенность. В противном случае, если сохраняется возможность пересмотра дела, стороны, которые затрагивает такое решения, не смогут с уверенностью положиться на решение. Неразумны попытки пересмотра всех дел, решения по которым были приняты на основе неконституционной нормы. Достаточно привести пример закона в области налогообложения, объявленного неконституционным через 30 лет после вступления в силу. Должно ли государство возвратить налоги, выплаченные за последние 30 лет, потому что все решения по налогам могут быть пересмотрены и аннулированы? Как правило, в гражданских делах участвуют несколько частных лиц. Возможность пересмотра дел подорвала бы уверенность сторон в стабильности правовой ситуации, основываясь на которой, человек принимал решение о том, как поступать со своей собственностью, которые уже невозможно отменить.

Единственная область, в которой пересмотр решений рекомендован и даже необходим, – это уголовное право. Тут правовая определенность играет важную роль. Государство не может на нее ссылаться, поскольку оно ответственно за «неправильное решение», принятое на основании закона, неконституционность которого вменяется государству. Осужденное лицо, естественно, не заинтересовано в том, чтобы наказание продолжалось, поэтому принцип правовой определенности в данном случае противоречит правам этого человека. Согласно немецкому закону о Конституционном Суде в случае аннулирования уголовного закона все дела, решения по которым выносились на основании этого закона, могут быть пересмотрены[350].

Немецкий закон о Конституционном Суде предусматривает и еще одно исключение из правила о том, что объявление неконституционности нормы не влияет на решения, принятые на основании этой нормы: если такое решение еще не исполнено, его уже нельзя исполнить, даже если это решение окончательное. Исполнение решения – акт, осуществляемый государством. Но государственные органы не могут исполнять решение, основанное на уже неконституционном, а потому неправильном законе[351].

Показательно, что применительно к Европейской Конвенции о защите прав человека большинство государств применяет схему, схожую с немецкой в вопросах, связанных с последствиями объявления неконституционности нормы. В соответствии с законодательством этих стран уголовное дело может быть пересмотрено, если Европейский Суд по правам человека объявит норму, на которой было основано решение по делу, противоречащей Европейской Конвенции о защите прав человека[352]. Что касается решений по иным – гражданским или административным – делам, то возможность пересмотра этих дел в законодательстве не предусматривается.

Завершая свои замечания по поводу этой части, я хотел бы присоединиться к предложению

---

[348] § 78 Закона о Конституционном Суде Германии.

[349] § 31 Закона о Конституционном Суде Германии.

[350] § 79 Закона о Конституционном Суде Германии.

[351] Там же.

[352] § 33 и 363 Уголовно-процессуального кодекса Австрии; § 359 sec. 6 немецкого Уголовно-процессуального кодекса; статья 525 sec. 5 греческого Уголовно-процессуального кодекса; статья 413 sec. 4 № 2 российского Уголовно-процессуального кодекса; статья 540 sec. 3 польского Уголовно-процессуального кодекса; статья 626-1 до 626-7 французского Уголовно-процессуального кодекса; что касается применения права пересмотра дел, Régis de Gouttes, La procedure de réexamen des decisions pénales après un arrêt de condamnation de la cour européenne des droits de l'homme, in: Libertés, justice, tolerance, Mélanges en homage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, с. 563; статья 443 Уголовно-процессуального кодекса Люксембурга; часть 6 Договора о Европейской Конвенции от 19 августа 1987; § 391 № 2 Уголовно-процессуального кодекса Норвегии и § 407 пункт 1 № 7 Гражданско-процессуального кодекса Норвегии; § 406 Уголовно-процессуального кодекса Венгрии.

д-ра Вашкевича разрешить пересмотр вступившего в силу окончательного решения, если оно опирается на норму, признанную неконституционной Конституционным Судом. Но я свел бы возможность такого пересмотра только к уголовным делам и лишь в исключительных случаях допускал бы такой пересмотр в делах иного характера.

9. ЭКСПЕРТЫ

Не должно возникнуть проблем в привлечении правоведов и иных экспертов в конституционное производство. Поскольку Конституционный Суд призван изучать проблемные факты, он может и должен услышать мнение экспертов в этой области.

Например, Конституционный Суд Германии выслушал Генерального секретаря НАТО на слушании дела, целью которого было вынесение предварительного решения по вопросу о том, какими будут последствия вывода немецких экипажей самолетов АВАКС, которые применялись в войне в Боснии в 1993 году. В делах, связанных с реформой права на убежища, Конституционный Суд выслушал швейцарского профессора по вопросу о положении лиц, ищущих убежище.

В тех вопросах, в которых затронуты интересы общества, представительные группы – НПО, церкви, профсоюзы и другие – приглашаются выразить свое мнение. Например, в деле о конституционности закона об абортах немецкий Конституционный Суд приглашал такие группы. В деле, связанном с родительским попечением отца незаконнорожденного ребенка, Суд приглашал семейные организации: ассоциацию матерей-одиночек, ассоциацию неженатых отцов и т.д. Мнения таких групп помогает Суду получить целостное представление о проблеме и о разных взглядах на эту проблему в обществе. Таким образом, Суду легче работать со всеми существенными аспектами проблемы. Эти группы занимают положение, сравнимое с положением *amici curiae* в других правовых системах, например в США. Поскольку мнение этих групп может повлиять на решение Конституционного Суда тем или иным образом, важно выбирать их таким образом, чтобы был представлен весь спектр мнений. В противном случае Конституционный Суд обвинят в пристрастности, в предопределении решения при помощи ограничения списка приглашенных на слушания.

Конституционный Суд также может приглашать экспертов или запрашивать экспертные заключения у соответствующих учреждений. Так, Конституционный Суд запрашивал экспертное заключение Института сравнительного публичного права и международного права им. Макса Планка по вопросу о международных стандартах обращения со шпионами по делу о шпионах бывшего ГДР. В другом деле Конституционный Суд заказал экспертное заключение в сфере сравнительного публичного права по вопросу о положении независимых депутатов парламента, их праве выступать с речами, членстве в комиссиях, праве делать запросы и т.д.

Участие юридических экспертов в разбирательстве в Конституционном Суде не является предметом дискуссии в Германии. Оно считается естественной частью процедуры и, как показывает опыт, эффективно помогает находить верные решения. Конституционный Суд обладает широким усмотрениям по вопросам, когда и кого из экспертов приглашать.

Что касается Беларуси, то тут еще необходимо преодолеть все преграды, которые не позволяют экспертам принимать участие в конституционном разбирательстве. Конституционный Суд должен сам иметь право решать, нужна ли ему помощь экспертов и специалистов. При этом, безусловно, окончательное решение должен принимать Конституционный Суд, а не эксперты, и этого принципа необходимо твердо придерживаться.

VII. ПРИМЕНЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРОЦЕССЕ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

Отчет о вводном семинаре

18 сентября 2007 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Применение международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия». Семинар состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 89 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Министерство иностранных дел Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- факультет международных отношений Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Государственное научное учреждение «Институт государства и права Национальной академии наук Беларуси»;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- ОО «Белорусский республиканский союз юристов»;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- районные суды и районные прокуратуры.

Первая часть семинара была посвящена выступлениям экспертов в области международного права и высокопоставленных чиновников: Григория Алексеевича Василевича, Председателя Конституционного Суда Республики Беларусь, Валерия Леонидовича Калинковича, заместителя Председателя Верховного Суда Республики Беларусь. Во второй половине дня участники обсудили в малых группах наиболее насущные проблемы применения международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь.

В результате дискуссии участниками семинара был выработан список проблемных вопросов в белорусском законодательстве и правоприменительной практике. Данные проблемные вопросы могут быть классифицированы по следующим трем категориям:

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ КОНСТИТУЦИОННОГО УРОВНЯ:

1. Часть первая статьи 8 Конституции Республики Беларусь, провозглашающая верховенство общепризнанных принципов международного права, прописана нечетко, и ее буквальная интерпретация может привести к чрезмерному ограничению роли международно-правовых обязательств Республики Беларусь в области прав человека в национальной системе отправления правосудия.

2. Текст статьи 27 Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь» и статьи 20 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» представляет проблему для применения международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь в связи с нечеткостью регулирования:

a) юридической силы ратифицированных международных договоров и их места в иерархии нормативных правовых актов Республик Беларусь;

b) вопросов, связанных с официальным определением того, какие договоры подлежат непосредственному применению и не требуют принятия внутригосударственного нормативного акта.

Данная ситуация может привести к несоответствию положений статьи 27 Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь» и статьи 20 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» статье 8 Конституции Республики Беларусь и принципу невозможности ссылаться на нормы национального права для невыполнения международных обя-

зательств. Помимо этого может сложиться ситуация, когда нормы международных договоров, в принципе подлежащих непосредственному применению, не будут применяться в системе отправления правосудия в связи с отсутствием соответствующего внутригосударственного акта.

3. Положения части первой статьи 112 Конституции Республики Беларусь могут быть интерпретированы таким образом, что у судов Республики Беларусь отсутствуют правовые основания применять нормы международного права в области прав человека при разрешении споров.

4. Соответствующие положения Уголовного кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, Уголовно-исполнительного кодекса и Гражданско-процессуального кодекса Республики Беларусь по-разному регулируют юридическую силу норм международного права в Республике Беларусь и процедуру их применения судами в случае конфликта с нормами кодексов. Данная ситуация может привести к отсутствию единообразного применения международных стандартов в области прав человека в различных отраслях права, а также к нарушению статьи 8 Конституции Республики Беларусь и принципа *pacta sund servanda.*

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ НА УРОВНЕ УГОЛОВНОГО, УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАКТИКИ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ

5. Применение смертной казни и процедур ее отправления, связанных, в том числе, с захоронением и выдачей тела, не соответствует международным стандартам и передовому зарубежному опыту.

6. Процедура предварительного следствия, в части соотношения полномочий следователя и суда, требует пересмотра в соответствии с международными стандартами и передовым зарубежным опытом.

7. Практика заключения под стражу с санкции прокурора, а не суда противоречит требованиям международных стандартов.

8. Отсутствие у заключенного под стражу возможности обжаловать в суд правомерность предварительного задержания противоречит требованиям международных стандартов.

9. Чрезмерная продолжительность предварительного заключения под стражу, закрепленная в Уголовно-процессуальном законодательстве Республики Беларусь, не соответствует международным стандартам в области прав человека.

10. Законодательно закрепленная возможность оглашения свидетельских показаний в отсутствие свидетеля и без согласия другой стороны противоречит требованиям международных стандартов.

11. Отсутствие специализированных судов и специализации у судей по делам несовершеннолетних.

ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИОННОГО ХАРАКТЕРА

12. Возможность применения международных стандартов в области прав человека судьями ограничивается:

a) отсутствием доступа к текстам международных стандартов в области прав человека и соответствующим решениям органов международных организаций;

b) отсутствием надлежащей подготовки в области международных стандартов и техники их применения в процессе отправления правосудия;

c) отсутствием официальных разъяснений и инструкций.

Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия Республике Беларусь Павловой Л. В.[353]

Права человека являются базисным элементом международных и национальных правовых систем. Степень реализации международных стандартов в области прав человека определяет уровень зрелости гражданского общества и демократизм политической системы любого государства. Отсюда очевидна в общеполитическом и практическом плане важность исследования современных национальных имплементационных механизмов, включая и Республику Беларусь. Заранее оговоримся, что в доктрине международного права отсутствует унифицированное определение «международного стандарта», поэтому в контексте данного исследовательского проекта под международными стандартами в области прав человека понимается совокупность основополагающих прав и свобод, закрепленных в международно-правовых документах, признанных международным сообществом в целом и в силу этого обязательных для реализации в правовой системе каждого государства.

Предметом исследования является:

1. Специфика прав человека как правовой и социальной категории; источники международного правового регулирования; установление соотносимости международно-правовых документов.
2. Конституционный имплементационный механизм ряда стран ЕС (Англия, Франция, Германия, Нидерланды, Испания), а также США, включая отраслевое законодательство.
3. Имплементационное конституционное и отраслевое законодательство стран СНГ.
4. Положения Конституции и иного законодательства Республики Беларусь, регламентирующих реализацию международных обязательств, а также практика Конституционного Суда и Высшего Хозяйственного Суда по применению международных соглашений в области прав человека.
5. Основной целью анализа имплементационного механизма и судебной практики Республики Беларусь является выявление их эффективности и разработка рекомендаций и предложений по их совершенствованию.
6. Следует отметить, что в рамках данного Проекта будет даваться общая характеристика национальных имплементационных механизмов, поскольку они являются едиными в отношении любых международных обязательств, независимо от сферы применения.

I. Содержательная оценка имплементационного механизма не возможна без выявления особенностей прав человека как социальной и правовой категории и источников их международно-правового регулирования.

Всеобщая Декларация прав человека 1948 года в качестве неотъемлемых прав и свобод личности выделяет их универсальность (присущи всем членам человеческой семьи от рождения), равенство прав и свобод («каждый человек должен обладать без какого бы то ни было различия»)[354].

Источники международно-правового регулирования международных стандартов в области прав человека включают нормативные акты различной юридической силы и правовой природы.

Ведущее место среди них занимают международные договоры в области прав человека, являющиеся юридически обязательными для государств – участников таких соглашений. Несмотря на многочисленность таких договоров, в рамках данного Проекта акцентируем внимание на двух из них: на Пакте о гражданских и политических правах 1966 года[355] – универсальном международном договоре, участниками которого являются все государства, включая Республику Беларусь, правовые системы и судебная практика которых подвергается анализу, и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года[356] (далее Европейская Конвенция) – региональном соглашении, участниками которого являются Европейские государства – члены Совета Европы, включая Российскую Федерацию. Хотя Республика Беларусь, не являясь членом Совета Европы, не может присоединиться к указанной Конвенции, ссылки на нее часто используются в практике Конституционного Суда Республики Беларусь.

Столь ограничительный подход к выбору международных соглашений объясняется узкой целевой направленностью проекта: исследовать применимость международных стандартов в области отправления правосудия, относящихся к категории гражданских прав. Кроме того, в упомянутых международных договорах содержатся общепризнанные принципы и нормы международного права, рассматриваемые в качестве обязательных элементов имплементационных механизмов многих стран, в том числе и Республики Беларусь.

---

[353] Павлова Людмила Васильевна, кандидат юридических наук, профессор кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского государственного университета, член Научно-консультационного совета при Конституционном Суде Республики Беларусь.

[354] Права человека: сб. междунар.-правовых док. / сост. В.В. Щербов. Минск,1999. С. 1–5.

[355] Там же. С. 13–27.

[356] Там же. С. 761–762.

Так, в Пакте и Европейской Конвенции нашли отражения такие принципы, как: верховенство фундаментальных прав и свобод человека, право на суд и беспристрастное судебное разбирательство, равенство всех субъектов права (равенство всех перед законом).

Следует подчеркнуть значимость указанных международных соглашений как в трактовке общепризнанных норм в области прав человека, так и их классификации: на императивные и диспозитивные. Статус императивных норм, не допускающих никаких отступлений даже в период чрезвычайного положения в государстве, придается таким правам, как: право на жизнь, недопустимость пыток или жестокого, бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство обращения и наказания, недопустимость рабства, работорговли, либо иного подневольного состояния, принуждения к обязательному или подневольному труду, недопустимость лишения свободы за невыполнение договорных обязательств, право на признание правосубъектности человека, независимо от местонахождения, недопустимость привлечения к уголовной ответственности за действия, не являющиеся уголовным преступлением согласно внутреннему законодательству и международному праву, право на свободу мысли, совести и религии.[357]

К общепризнанным нормам диспозитивного характера, в отношении которых допускаются ограничения со стороны государства в период чрезвычайного положения, либо с целью защиты прав других лиц, охраны государственной безопасности и общественного порядка, здоровья или нравственности населения, относятся следующие: право на уважение частной и семейной жизни, включая неприкосновенность личности, жилища и тайны корреспонденции; право на свободу передвижения; право на свободу исповедовать религию и придерживаться убеждений; право на свободу выражения мнений; право на свободу собраний и ассоциаций; право беспрепятственно пользоваться своим имуществом; право иностранца на проживание на территории данного государства и недопустимость высылки.[358]

Особый статус имеют положения статей 14 Пакта и 5 (п. 3–5), 6 Конвенции, регламентирующих право на доступ к суду и справедливое судебное разбирательство. Они не указываются среди тех, в отношении которых не допустимы отклонения в период чрезвычайного положения в государстве, но в то же время в них не предусматривается возможность правомерных ограничений со стороны государства, за исключением положения, требующего публичного судебного разбирательства (ст. 14 п. 1 Пакта и ст. 6 п. 1 Конвенции). Поэтому представляется возможным квалифицировать данные положения в целом как общепризнанные нормы императивного характера.

Трудности с определением статуса норм вышеуказанных статей Пакта и Конвенции объясняются сложной в структурном и содержательном плане трактовкой права на доступ к суду и справедливое судебное разбирательство. В частности, в Пакте праву на доступ к суду и справедливое судебное разбирательство посвящена одна статья (ст. 14). Причем если право на доступ к суду определяется в единственной формулировке (все лица равны перед судами и трибуналами), то право на справедливое судебное разбирательство отличается детальной регламентацией, включая в качестве обязательного элемента: учреждение на основе закона компетентного, независимого и беспристрастного суда, признание в отношении обвиняемого презумпции невиновности, предоставление ему процессуальных гарантий, право осужденного на пересмотр приговоров вышестоящей судебной инстанцией, право осужденного на компенсацию в случае отмены приговора или помилования на основании обнаружения судебной ошибки, право обвиняемыхнесовершеннолетних на проведение судебного процесса с учетом их возраста и желательности перевоспитания.

В Конвенции закреплен иной подход к трактовке права на доступ к суду. Оно рассматривается в рамках статьи 5, регламентирующей право на свободу и личную неприкосновенность, и касается узкой категории лиц: арестованных или задержанных (ст. 5 п. 3–5). Что касается права на справедливое судебное разбирательство, то конвенционная трактовка, данная в статье 6, практически аналогична содержащейся в статье 14 Пакта.

В свою очередь, Европейский Суд по правам человека дал весьма широкое понятие права на доступ к суду. Во-первых, он рассматривает это право как приоритетное, объявляя его составляющим принципа верховенства права, во-вторых, наполняет его широким содержанием, включив в качестве элементов не только право каждого на инициирование суда, но и право на справедливое судебное разбирательство в трактовке статьи 6 Конвенции[359]. Учитывая то, что решения Европейского Суда по правам человека обязательны для государств – членов Совета Европы, именно такое толкование получило в дальнейшем закрепление в законодательстве европейских стран и их национальной судебной практике.

---

[357] См. ст. 6, 7, 11, 15, 16, 18 Пакта о гражданских и политических правах; ст. 2, 3, 4, 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

[358] Статьи 8–11 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.; ст. 9, 10, 12, 13, 18, 19, 21, 22 Пакта о гражданских и политических правах.

[359] Нешатаева Т.Н. Уроки судебной практики о правах человека. Европейский и российский опыт. М., 2007. С. 50–51.

Вместе с тем как было указано выше, праву на беспристрастный и профессиональный суд придан статус принципа международного права, действующих в сфере прав человека. Отсюда следует, что данный статус распространяется и на все составляющие нормативные элементы такого права. Этот вывод подтверждается Комитетом по правам человека в Замечании общего порядка № 32 (2007), сделанном на статью 14 Пакта. В нем подчеркивается, что «отход от основополагающих принципов справедливого судебного разбирательства, включая презумпцию невиновности, запрещается во все времена».

Характеристика правовой базы будет неполной, если не обратиться к документам международных организаций. Объектом анализа будут нормативные акты, принятые в рамках ООН, Совета Европы и Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ), ныне Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ).

Выбор данных международных организаций объясняется той определяющей ролью, которую они играют в кодификационном процессе в области прав человека. Вместе с тем международные правовые акты, принимаемые в рамках международных организаций, различаются по юридической силе и статусу в международном праве. К нормативным актам высшего порядка относятся учредительные акты (договоры) – уставы международных организаций, все остальные документы, принимаемые в рамках компетенции соответствующих органов международных организаций, должны соответствовать учредительным актам, в ином случае они теряют юридическую силу.

Именно в Уставах международных организаций (ООН, Совета Европы) закреплены принципы международного права. Показателен в этом плане Устав ООН, закрепляющий в статье 2 общепризнанные принципы международного права, обязательные для всех государств и распространяющийся на все сферы международного сотрудничества.[360]

Конкретно к области прав человека относится принцип добросовестного соблюдения международных договоров и принцип разрешения споров мирными средствами. Согласно статье 33 Устава ООН судебное разбирательство является одним из способов мирного разрешения споров. Принцип верховенства права, который лежит в основе права на доступ к правосудию и справедливое судебное разбирательство, впервые был закреплен в Уставе Совета Европы 1949 г. – региональной международной организации европейских стран, – а в настоящее время получил признание как принцип, «лежащий в основе любой истинной демократии»[361].

Что касается нормотворческой деятельности органов международных организаций, особенно тех, акты которых непосредственно направлены на регламентацию международных стандартов в области отправления правосудия (Генеральная Ассамблея ООН, Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (далее – Конгресс ООН), Комитет министров Совета Европы), то они носят рекомендательный характер. Однако указанный статус не лишает их нормативности и не умаляет их роль в трактовке международных стандартов в области прав человека. Во-первых, Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН в 1948 году был одобрен первый международно-правовой документ в области прав человека – Всеобщая Декларация прав человека, – комплексно и системно изложившая права и свободы, став базисным документом для разработки и принятия всех международных конвенций по правам человека. Признание Всеобщей Декларации прав человека государствами и использование ее положений в законодательной и судебной практике позволило квалифицировать их как общие обычные нормы международного права, иными словами, международные стандарты в области прав человека.

Во-вторых, все акты, принятые упомянутыми органами ООН и Совета Европы либо в форме резолюций ГА ООН, либо Руководящих принципов и Правил Конгресса ООН, либо рекомендаций Комитета министров Совета Европы в преамбуле ссылаются на Всеобщую Декларацию прав человека, Пакт о гражданских и политических правах, либо статью 6 Европейской Конвенции о защите основных прав и свобод. Более того, содержательно они конкретизируют и детализируют достаточно абстрактные формулировки права на доступ к правосудию и справедливое судебное разбирательство, то есть трактуют международные стандарты в области прав человека.

В-третьих, несмотря на рекомендательный характер документов вышеназванных органов, положения некоторых из них в части применения их государствами изложены в обязательной форме. Так, в Руководящих принципах, касающихся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, принятых восьмым Конгрессом ООН в 1990 году, устанавливается, что они должны соблюдаться и приниматься во внимание правительством в рамках национального законодательства и практики и должны быть доведены до сведения прокуроров, а так же других лиц, таких как: судьи, адвокаты, должностные лица законодательных и исполнительных органов[362]. Аналогичное положение закреплено в Основных принципах, касающихся роли юристов, принятой на этой же сессии Конгресса.

---

[360] Действующее международное право / сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова: в 2 т. Минск, 2007. Т. 1. С. 11–35.

[361] Там же. С. 262–273

[362] Права человека: сб. междунар.-правовых док. / сост. В.В. Щербов. Минск, 1999. С. 239–243.

Долженствование присуще и ряду положений, изложенных в Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы ни было форме, принятых резолюций ГА ООН 1988 г. (принципы 2, 3, 7, 11, 21, 22, 37). В повелительной форме изложен каждый принцип, закрепленный в Рекомендации R(2000)21 Комитета министров Совета Европы о свободе осуществления профессии адвоката.

Особое место в регламентации международных стандартов в области прав человека занимают Заключительные акты, Итоговые документы СБСЕ (в настоящее время ОБСЕ). Уже в первом документе – Хельсинкском Заключительном акте СБСЕ 1975 года – в разделе I «Декларации принципов», которыми государства будут руководствоваться, был установлен новый принцип «уважения прав человека и основных свобод, включая свободу мысли, совести, убеждений», который, несмотря на региональный характер заключительного акта, был признан международным сообществом общим принципом международного права.[363] Документом Копенгагенского совещания по человеческому измерению СБСЕ 1990 года были определены функции международного права и национального права в области регламентации прав человека (п. 4).

В документе также содержалась трактовка основополагающих прав и свобод человека, включая право на независимый и беспристрастный суд и справедливое судебное разбирательство (п.п. 5.12 – 5.19). Однако статус документов, принимаемых в рамках СБСЕ, при всей их очевидной важности, не определен в доктрине международного права. Преобладает позиция, согласно которой документы, принятые в рамках СБСЕ, хотя они подписаны главами государств, не имеют характерных признаков договора, а являются морально-политическими и не входят в систему международного права.[364] Соглашаясь с тем, что документы СБСЕ не являются международными договорами, их нельзя относить к рекомендациям морально-политического характера. Этот вывод вытекает из таких документов СБСЕ, как Венский итоговый документ 1986 г. (п. 17), Документ Копенгагенского совещания СБСЕ (п.п. 4, 9, 5), подчеркивающих, что содержащиеся в них положения являются обязательствами наряду с обязательствами по международному праву, которыми должны руководствоваться государства – члены СБСЕ и обеспечивать, чтобы их «законы и административные правила… были гармонизированы с положениями Декларации принципов и другими обязательствами СБСЕ» (п. 4 Документа Копенгагенской конференции).[365]

Таким образом, международные стандарты в области прав человека в процессе отправления правосудия регламентируются в международно-правовых документах различной правовой природы и юридической силы. Однако связующим звеном является не только содержательная аналогия, но и наличие положений, ориентирующих или обязывающих государства соблюдать стандарты или гарантировать их соблюдение путем реализации на законодательном уровне. Показательными в этом плане являются имплементационные процедуры в Пакте о гражданских и политических правах 1966 года и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года.

Так, в статье II Пакта устанавливается, что каждое государство – участник Пакта обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в Пакте «без какого-либо различия» (п. 1). Далее в пункте 2 этой статьи подчеркивается, что, если это уже не предусмотрено законодательством государства, оно должно «принять необходимые меры в соответствии со своими конституционными процедурами и положениями Пакта о принятии таких законодательных актов или других мер, которые могут оказаться необходимыми для осуществления прав, признаваемых Пактом».

В статье 40 указывается, что государства обязаны предоставлять доклады Комитету по правам человека (контрольному органу, установленному Пактом), о принятых ими мерах по претворению в жизнь прав, признаваемых Пактом. Отсюда следует, что имплементационные процедуры должны осуществляться немедленно, без каких-либо отлагательств.

Статья 2 позволяет судить о способах и формах имплементации положений Пакта на национальном уровне. В частности, возможно предусмотреть в национальном имплементационном механизме либо непосредственно применение статей Пакта, то есть права заинтересованных лиц ссылаться на соответствующие положения Пакта перед судом, в ходе судебного разбирательства, либо последнего при вынесении решений, либо принятие имплементационного законодательства, инкорпорирующие права, закрепленные в Пакте.

Комитет по правам человека в Замечании общего порядка № 3 по статье 2 Пакта, принятом в 1981 году, отмечает, что статья 2 в общем предоставляет право соответствующим государствам-участникам самим выбирать методы осуществления прав на своей территории с соблюдением принципов, установленных в статье[366]. Что касается Европейской Конвенции, то она устанавливала

---

[363] Права человека: сб. междунар.-правовых док. / сост. В.В. Щербов. Минск, 1999. С. 661–674.

[364] Лукашук И.И. Нормы международного права. М., 1997. С. 127.

[365] Права человека: сб. междунар.-правовых док. / сост. В.В. Щербов. Минск, 1999. С. 692–706.

[366] Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека. UN Doc. HRI/GEN/I/Rev.7, 12 May 2004. P. 180.

обязанность государств-участников «обеспечить каждому человеку, находящемуся под их юрисдикцией», права и свободы, определенные в Конвенции (ст. 1).

В отличие от Пакта Конвенция не предусматривает возможность для государства, в случае необходимости, принимать соответствующее законодательство, реализующее права, закрепленные в ней. Отсюда вытекает, что Конвенция определяет лишь один метод реализации ее положений – прямое применение ее норм в национальной судебной практике.

Как показывает практика государств, формы и методы имплементации различны в разных странах и закреплены прежде всего в Конституциях государств.

II. Обратимся к анализу имплементационных положений Конституций тех стран, чьи Конституции, принятые раньше, были моделью при разработке соответствующих конституционных положений стран СНГ.

В Конституции США, как самой ранней из всех действующих Конституций, устанавливалось, что Конституция и законы США, изданные в ее исполнение, как и все договоры, которые заключены или будут заключены, являются высшими законами страны и судьи каждого штата обязываются к исполнению, даже если в Конституции и законах любого штата содержатся противоречащие положения. Таким образом, в Конституции впервые были закреплены основания для непосредственного применения положений международных договоров: придания им наряду с Конституцией статуса высших законов страны и закрепления обязанностей судей каждого штата применять их даже в случае противоречия законодательству штата. Поэтому в решении судов впервые появился термин «самоисполнимый договор», иными словами, не требующий дополнительного имплементационного акта, вошедший впоследствии в международно-правовой обиход.

Поскольку именно судьи США оценивали договоры на предмет самоисполнимости, проявляя при этом усмотрение и субъективизм, в 1987 году был принят Третий пересмотренный свод законов США о международных отношениях, где были закреплены основания несамоисполнимости международных договоров.

Договоры являются несамоисполнимыми, если они затрагивают вопросы, входящие в компетенцию Конгресса, договоры о дружбе, коммерции, навигации, соглашения, касающиеся международных преступлений (например, геноцида, либо требующих от государств привлечения к ответственности лиц, совершивших противоправные действия, что вызывает необходимость принятия имплементационного законодательства, устанавливающего уголовную ответственность и наказание таких лиц (§ 111))[367]. Кроме того, Президенту и конгрессу, если в договоре не содержится положений о самоисполнимости, принадлежат широкие возможности для усмотрения при оценке на предмет его само/несамоисполнимости на стадии разработки и ратификации договора. Столь значительные полномочия указанных органов привели на современном этапе к резкому сокращению числа договоров, непосредственно применяющихся судами США. Более того, относительно всех договоров в области прав человека, ратифицированных США, были сделаны оговорки о несамоисполнимости. В частности, в Декларации, дополняющий акт о ратификации Пакта о гражданских и политических правах, указывалось, что ничто в Пакте не требует принятия США законодательства или других мер, если соответствующие положения уже закреплены в Конституции США[368]. Комитет по правам человека в своих замечаниях общего порядка № 24 (1994) относительно оговорок, сделанных при ратификации Пакта и факультативных протоколов к нему, подчеркнул, что какое-либо государство не может резервировать за собой право не принимать необходимых шагов на национальном уровне для осуществления прав, содержащихся в Пакте (статья 2.2)[369].

В Конституции Франции 1958 года также закрепляется приоритетное положение договора перед законом: международные договоры и соглашения, должным образом ратифицированные, имеют силу, превышающую силу закона, с момента опубликования, при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной (ст. 55)[370].

Отсюда вытекает, что Конституция допускает возможность непосредственного применения международных договоров, но при условии, что и другой участник договора признает аналогичное действие в своей внутригосударственной сфере. Что касается соотносимости договора и Конституции, то признается приоритет последней, хотя разрешение на ратификацию или одобрение международного договора в случае установления Конституционным Советом его противоречий с Конституцией возможно только после внесения после внесения в нее соответствующих поправок (ст. 54).

---

[367] Henkin, L., Pugh R., Schachter O. International Law: Cases and Materials, Third Edition. St. Paul: West. 1993. P. 200–201.

[368] Seibert-Fohr A. «Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para. 2», in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 5. 2001. P. 399–472.

[369] Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека. UN Doc. HRI/GEN/I/Rev.7, 12 May 2004. P. 246.

[370] Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. В.В. Маклаков. М., 2002. С. 32–54.

В Конституции Испании 1978 года устанавливается, что ратифицированные договоры относительно прав человека и фундаментальных свобод немедленно вступают силу и имеют верховенство по отношению к Закону (ст. 10)[371]. Таким образом, непосредственное применение договора санкционируется только в отношении договоров в области прав человека.

Конституция ФРГ демонстрирует совершенно иной метод имплементации, провозглашая, что общие нормы международного права являются составной частью права федерации. Они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории (ст. 21)[372]. Из данной статьи следует, что только общие обычные нормы международного права имеют непосредственное действие. По содержанию они ориентированы на применение индивидами и имеют приоритет перед законом. Относительно международных договоров – в статье 59 Конституции указаны договоры, которые требуют имплементационного законодательства. К ним относятся «договоры, регулирующие политические отношения федерации или касающиеся предметов федерального законодательства».

Практика федеральных судов ФРГ пошла по пути признания верховенства международных договоров перед внутренним законодательством, но определила их статус ниже Конституции Германии.

В Англии нет Конституции, но в ее правовой системе уже с XVIII века доминировал принцип, согласно которому только международные договоры, имплементированные в статутное право Англии, могли учитываться при рассмотрении споров. Что касается обычного международного права, то в решениях английских судов указывалось, что право наций может только в том случае признаваться частью английского права, если оно признано законом (статутом) или прецедентным правом[373].

В современной Англии, особенно после вступления ее в ЕС, правовая система подверглась радикальному изменению. Международные договоры получили возможность прямого действия, если они приняты в рамках Европейского сообщества. Так, согласно Акту о Европейских сообществах, принятому парламентом Англии в 1972 году, все права и правомочия, вытекающие из учредительных договоров Европейских сообществ, будут применяться и исполняться без дальнейшего утверждения в законодательном порядке.

В дальнейшем легализация прямого действия Актов ЕС распространилось и на Европейскую Конвенцию 1950 года. В Англии был принят Акт о правах человека, по которому британские граждане получили право обращаться с жалобами в британские суды на нарушение прав, предусмотренных Европейской Конвенцией. Более того, все судьи обязывались руководствоваться положениями Конвенции при осуществлении судебного разбирательства[374].

С наибольшей полнотой непосредственное действие международных договоров получило регламентацию в Конституции Нидерландов. Согласно статье 93 Конституции 1983 года положения международных договоров и акты международных организаций, которые являются общенормативными и обязательными к исполнению всеми лицами, подлежат применению после опубликования.[375] Таким образом, впервые регламентируется широкое толкование самоисполнимых норм, включающих положения не только международных договоров, но и международных организаций, что объясняется членством Нидерландов в Европейском союзе. В Конституции в ясно выраженной форме регламентируется вопрос о соотносимости норм международного договора, законодательства и Конституции. Причем безоговорочно закрепляется верховенство первого. Конституция устанавливает, что законодательные положения не должны применяться, если они вступают в противоречие с положениями международного договора или актами международных организаций, являющихся самоисполнимыми. Долженствование, которое присуще данной статье, означает, что голландские суды не только имеют право, но и обязаны применять международные договоры.

В судебной практике сформировалась обязанность применять и обычные нормы международного права. Так, в решении районного суда Роттердама 1979 года подчеркивалось, что голландские суды не только уполномочены, но и обязаны применять обычное международное право, когда это необходимо, не объясняя причин такой обязанности.

Следует отметить, что в соответствии с законодательством Голландии, обязанность применять нормы международного договора распространяется и на исполнительные органы власти. Правила для судебных приставов разрешают им отказываться от выполнения судебных поручений, которые по уведомлению министра юстиции несовместимы с обязательствами государства по международному праву.

---

[371] Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. В.В. Маклаков. М., 2002. С. 173–214.

[372] Там же. С. 25–31.

[373] Shaw M. International Law. Fourth Edition. Grotius, Cambridge. 1997. P. 107–113.

[374] Seibert-Fohr A. «Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para. 2» // Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 5. 2001. P. 399–472, 448.

[375] Конституции государств Европы: в 3 т. / под ред., вступ. ст. Л. А. Окунькова. М.: НОРМА, 2001. С. 613–639.

Спецификой действующего права Голландии является и придание международным договорам высшего иерархического ранга. Конституция допускает возможность противоречий между положениями международного договора и Конституцией, требуя при этом их одобрения большинством не менее чем две трети голосов Генеральных штатов Голландии (ст. 91 ч. 3).

Детальная регламентация непосредственного действия международных договоров способствовала активной практике голландских судов по применению норм международного права, что привело к необходимости принятия Верховным судом в 1986 году решения, касающегося критериев самоисполнимости норм международных договоров. К ним относятся, в частности:

• выявление намерения сторон придать документу самоисполнимый характер, исходя из текста материалов разработки документа; если такой вывод нельзя сделать, то законодатель должен принять необходимый имплементирующий закон, соответствующий содержанию и цели договора; если в законодательстве есть аналогичная норма, то она и применяется как действующая норма;

• суды должны использовать принципы толкования, применяемые в международном праве для толкования международных договоров; учитывать язык договора, особенности разработки текста договора, взаимосвязь различных разделов договора друг с другом, практику применения договора, общепризнанные максимы (например, специальный договор имеет приоритет над общим договором)[376].

Успешной правоприменительной практике судов способствовали:

во-первых, специально разработанная 10-летняя программа по повышению уровня профессиональной подготовки судей в области международного права;

во-вторых, повышение их информированности относительно заключаемых и действующих международных договоров с участием Голландии посредством ежегодной подготовки сборников таких договоров и направления их в судебные учреждения.

Голландские исследователи выделяют следующие преимущества голландской модели имплементационного механизма:

1) она способствует более быстрой и качественной гармонизации международного права и национального законодательства;

2) лучше приспособлена для реализации актов Европейского сообщества[377].

Анализ конституционного имплементационного механизма в США и ряда европейских стран – членов ЕС позволяет сделать следующие выводы:

• В Конституциях США и большинства исследуемых стран (Франция, Испания, Нидерланды) закрепляется лишь статус договора в национальной правовой системе. Устанавливается возможность его непосредственного действия, и, следовательно, применения их национальными судами. Что касается актов ЕС и положений Европейской Конвенции 1950 г., то они имеют прямое действие и должны применяться в судебной практике.

• В Конституциях содержатся положения, по разному определяющие иерархическую соотносимость международного договора, Конституции и закона, за исключением Конституции ФРГ, определяющей соотносимость общей обычной нормы, международного договора и закона. Как правило, устанавливается приоритет договора или обычной нормы по отношению к закону и статус равный (в США), либо низший по отношению к Конституции. Лишь Конституции Нидерландов и Франции закрепляют возможность при определенных условиях приоритетности международного договора по отношению к Конституции.

• Как образцовую модель конституционного имплементационного механизма и активной судебной практики по применению договорных и обычных норм международного права следует рассматривать Нидерланды.

• К сожалению, по независящим от автора причинам отсутствовала возможность познакомиться с судебной и законодательной практикой исследуемых государств, поэтому информация, представленная в отчете, базируется на литературных источниках.

III. При закреплении имплементационного механизма в новых Конституциях стран СНГ в разной степени и объеме использовали опыт европейских стран.

В Конституции Российской Федерации 1993 года устанавливается, что общепризнанные нормы и принципы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотрены Законом, то применяются правила международного договора (ст. 15, п. 4)[378].

---

[376] Баархорн Б. Соотношение международного права и внутреннего права Нидерландах // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 1996. № 1. С. 12.

[377] Schemers. Netherlands: Effect of Treaties in Domestic Law. London Sweet and Maxwell. 1987. P. 112.

[378] О международных договорах Российской Федерации. Федеральный закон Российской Федерации от 15 июля 1995 года № 101. Ф. 3. // Консультант Плюс. [Электронный ресурс].

Конституционный имплементационный механизм был дополнен новым положением, Законом о международных договорах Российской Федерации, согласно которому положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующих издания внутригосударственного акта для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров требуется принятие соответствующих правовых актов (ст. 5, п. 3). Следует отметить, что конституционные положения Российской Федерации не обладают достаточной полнотой и завершенностью и порождают ряд вопросов.

Во-первых, хотя в Конституции провозглашалось, что общепризнанные нормы и принципы, наряду с международными договорами, являются частью правовой системы Российской Федерации, что создавало правовые условия для их применения судебными органами, Закон 1995 года устанавливает возможность непосредственного применения только самоисполнимых международных договоров, не требующих издания внутригосударственного акта.

Во-вторых, не определена в полном объеме соотносимость международного договора, общепризнанных норм и принципов (обычных норм), Конституции и законов. В Конституции и Законе 1995 года установлен лишь приоритет международного договора по отношению к Закону. Причем, как следует из конституционного положения, закрепляется приоритетность любого международного договора, даже нератифицированного законом (актом парламента). Вместе с тем, несмотря на недостатки конституционного механизма, Конституционный Суд и общие суды Российской Федерации применяют международные договоры так же, как и общепризнанные принципы международного права. Хотя автор не имел возможности ознакомиться с судебной практикой российских судов, наличие многочисленных публикаций российских авторов, посвященных анализу судебной практики на предмет оценки использования судами норм международного права[379], подтверждает их достаточно активную деятельность в этой области.

Проблемы, с которыми постоянно сталкиваются суды, обусловили необходимость принятия пленумом Верховного Суда РФ постановления от 10.10.2003 года «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». В постановлении указывается на критерии самоисполнимости международных договоров:

а) применимость к отношениям в сфере национального права;

б) нормы адресуются конкретным физическим и юридическим лицам или соответствующим органам;

с) определенность, детальность и ясность для того, чтобы применяться субъектами внутригосударственного права. Нормы международного договора применяются непосредственно в гражданском, административном и уголовном судопроизводстве. Согласно постановлению, международные договоры, нормы которых предусматривают признаки составов уголовно-наказуемых преступлений, не могут применяться судами непосредственно, но могут использоваться для квалификации составов преступлений, когда это предусмотрено уголовным законодательством Российской Федерации. Непосредственному применению подлежат также нормы международного права обычного и договорного характера, касающиеся статуса дипломатических агентов и других официальных представителей государств. Неправильное применение общепризнанных норм и принципов международного права и международных договоров может являться основанием к отмене и пересмотру международного договора.[380]

При всей важности постановления оно не устранило всех недостатков конституционных имплементационных положений. В частности, не определена иерархия общепризнанных норм и принципов международного права, Конституции и международных договоров.

Конституция Республики Армения 1995 года устанавливает, что государство обеспечивает защиту прав и свобод человека на основе Конституции, законов и в соответствии с принципами и нормами международного права (ст. 4).

Лишь ратифицированные международные договоры имеют непосредственное действие, обладая приоритетом по отношению к законам Республики (ст. 6, п. 5)[381].

Договоры не имеют полного приоритета в отношении Конституции: ратификация международных договоров, противоречащих Конституции, возможна только после внесения в нее соответствующих изменений (ст. 6, ч. 6).

---

[379] Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюменский государственный университет. 1998; Нешатаева Т.Н. Уроки судебной практики о правах человека. Европейский и российский опыт. М., 2007.

[380] См. Понидельченко Н.М. Практика применения судами общей юрисдикции норм международного права в свете постановления пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года // Международное публичное и частное право. 2004. № 16. С. 28–37.

[381] Конституция государств – участников СНГ / сост. Л.А. Окуньков [и др.]. М., 1999. С. 83–112.

Признание Конституционным Судом международного договора, противоречащим Конституции, может приостановить ратификационный процесс. В тоже время при такой трактовке частичный приоритет международного договора может быть признан, т. к. противоречащий Конституции международный договор является побудительным мотивом к пересмотру Конституции, если государство заинтересовано в ратификации международного договора.

Конституция Республики Казахстан 1995 года устанавливает, что Конституция обладает высшей юридической силой и имеет прямое применение. Законы и другие акты, которые противоречат Конституции, не имеют юридической силы. Ратифицированные договоры имеют приоритет перед законами республики. Не может быть ратифицирован международный договор, противоречащий Конституции (ст. 4)[382].

В законе «О международных договорах Республики Казахстан» в редакции 2008 года уточняется иерархическая соотносимость международно-правовых и национальных правовых актов. В частности, Законом предусматривается, что международные договоры «заключаются, выполняются, изменяются и прекращаются в соответствии с Конституцией, общепризнанными принципами и нормами международного права, положениями самого договора…, настоящим законом и иными законодательными актами Республики Казахстан» (преамбула). Отсюда вытекает, что высший иерархический ранг принадлежит Конституции, затем следуют общепризнанные принципы и нормы международного права (общие обычные нормы), международный договор и закон.

Согласно Конституции Украины 1996 года «действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной радой Украины, являются составной частью национального законодательства Украины» (ст. 9, ч. I). Заключение международного договора, противоречащего Конституции Украины возможно только после внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины (ст. 9,ч. 2)[383].

Закон о международных договорах Украины 1993 года дополняет конституционные положения определением соотносимости международного договора и закона. Законом 1993 года устанавливается, что в случае противоречия между положениями договора, согласие на обязательность которого было выражено законом, и нормами закона, преимущество имеют правила договора (ст. 17).

Итак, анализ конституционного имплементационного механизма ряда стран СНГ позволяет прийти к следующему заключению: исследуемые страны учитывали опыт европейских стран, особенно принадлежащих к континентальной системе права. Общее, что объединяет имплементационные механизмы стран СНГ – это признание возможности непосредственного применения положений международных договоров в национальных правопорядках.

Относительно соотносимости международных договоров и национальных правовых актов отдается безусловный приоритет международному договору (как правило, ратифицированному) перед законом.

Верховенство Конституции по отношению к международному договору признается, но трактуется неодинаково. Если в Российской Федерации и Казахстане высшей иерархический ранг Конституции признается безоговорочно (нельзя заключать договоры, противоречащие Конституции), то по законодательству Армении и Украины наличие в заключаемом международном договоре положений, противоречащих Конституции, лишь замедляет процесс его принятия (Украина) или ратификации (Армения) под условием внесения соответствующих изменений в Конституцию.

IV. Обратимся к исследованию имплементационного механизма Республики Беларусь. Объектом анализа будут следующие нормативно-правовые акты Республики Беларусь: Конституция Республики Беларусь, законы общего характера (Закон «О нормативных правовых актах», Закон «О международных договорах Республики Беларусь») отраслевое законодательство (Кодексы), непосредственно связанное с процессом отправления правосудия, законы, закрепляющие права и свободы граждан Республики Беларусь, а так же судебная практика Конституционного Суда, Высшего Хозяйственного Суда, Верховного Суда Республики Беларусь.

Имплементационный механизм впервые был закреплен в Конституции Республики Беларусь 1994 года (изменения, внесенные в Конституцию в 1996 году и 2004 году, не затронули имплементационный механизм). Все последующие нормативные правовые акты, независимо от статуса (кодекс или закон) конкретизировали и дополняли имплементационные положения.

Конституцией был провозглашен приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечение соответствия им законодательства (ст. 8). Относительно прав и свобод Конституту-

[382] Конституция государств – участников СНГ / сост. Л.А. Окуньков [и др.]. М., 1999. С. 273–312.

[383] Там же.

ция устанавливала, что государство гарантирует права и свободы граждан Республики Беларусь, закрепленные в Конституции, законах и предусмотренные международными обязательствами государства (ст. 21)[384].

Однако наибольшее внимание в Конституции, в рамках имплементационного механизма, уделяется регламентации иерархии национальных нормативных правовых актов и международно-правовых актов. Высший иерархический ранг в национальной правовой системе принадлежит Конституции, что вытекает из статьи 7, устанавливающей, что государство и все его органы управления и должностные лица действуют в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства. Правовые акты или их отдельные положения, противоречащие Конституции, не имеют юридической силы. Что касается соотносимости международно-правовых актов и Конституции, то последняя определяет свое верховенство только относительно международных договоров, закрепляя недопустимость заключения международных договоров, противоречащих Конституции (ст. 8, ч. 3). Приоритет общепризнанных принципов международного права устанавливается Конституцией в отношении законодательства. Следует ли толковать этот термин расширительно, включая и Конституцию? Руководствуясь положениями Устава ООН, Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г. (далее – Декларация 1970 г.), Хельсинкским Заключительным актом СБСЕ 1975г.[385], закрепивших общепризнанные принципы международного права и определивших их статус, можно дать утвердительный ответ. Согласно Уставу ООН все принципы международного права носят императивный характер и обязательны для соблюдения государствами, независимо от членства в ООН и ратификации ее Устава. Все названные международно-правовые акты признают верховенство обязательств по Уставу в международно-правовой системе, что вытекает из статьи 103 Устава ООН, и идентичных данной статье положений, содержащихся в Декларации 1970 г. и Хельсинкском Заключительном акте СБСЕ, согласно которым, в случае противоречия обязательств, вытекающих из международных договоров, обязательствам по Уставу, обязательства по Уставу имеют преимущественную силу.[386] Кроме того, действительность международных обязательств, вытекающих из международных договоров, согласно Декларации 1970 г. определяются соответствием их общепризнанным принципам и нормам международного права. Что касается соотносимости общепризнанных принципов, уставных обязательств с национальными нормативными правовыми актами, то она наглядно проявляется в регламентации принципа добросовестного выполнения обязательств по международному праву (*pacta sunt servanda*), лежащего в основе имплементационного механизма любого государства. В соответствии с Заключительным актом СБСЕ 1975 г. государство при осуществлении своих суверенных прав, включая право устанавливать свои законы и правила, должно сообразовываться со своими юридическими обязательствами по международному праву и учитывать должным образом и выполнять положения Заключительного акта СБСЕ. Полагаем, что приоритет общепризнанных принципов определяется ко всему нормативному массиву государства, включая и закон высшего порядка – Конституцию.

Соотносимость международно-правовых актов с иными национальными правовыми актами, кроме Конституции, определяется в рамках регламентации компетенции Конституционного Суда Республики Беларусь (ст. 176).

Так, ведущее место среди международных обязательств и национальных нормативных актов принадлежит ратифицированным международным договорам Республики Беларусь, что следует из полномочий Конституционного Суда определять соответствие законов, декретов, указов Президента, международных договорных и иных обязательств Республики Беларусь Конституции и международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь. Кроме того, в Конституции среди международно-правовых актов указывались акты межгосударственных образований, в которые входила Республика Беларусь, по своему рангу уравниваемые с указами Президента, изданными во исполнение закона, и стоящие ниже Конституции, ратифицированных международно-правовых актов, законов и декретов. Постановления Совета Министров Республики Беларусь, акты Верховного Суда Республики Беларусь, Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, Генерального прокурора Республики Беларусь должны были соответствовать Конституции, ратифицированным международно-правовым актам, законам, декретам и указам Президента. Таким образом, на основе статьи 116 Конституции Республики Беларусь можно выстроить следующую иерархическую лестницу соотносимости международных и национальных нормативных актов, входящих в национально-правовую систему:

---

[384] Конституция Республики Беларусь. Минск: Нац. центр правовой информации, 2006.

[385] Действующее международное право: сб. док.: в 2 т. / сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 2007. Т. 1. С. 11–35; 36–42; 47.

[386] Там же. С. 33, 42, 47.

1. Общепризнанные принципы международного права.
2. Ратифицированные международно-правовые акты (договоры).
3. Законы, декреты, указы Президента, международные обязательства, вытекающие из договоров, не подлежащих ратификации, и обычных норм международного права.
4. Акты межгосударственных образований, участником которых является Республика Беларусь, указы Президента.
5. Постановления Совета Министров, акты Верховного Суда, Генерального прокурора.

Конституция впервые ввела международно-правовые акты в национальную правовую систему, легализовав тем самым возможность их применения для внутригосударственного регулирования. Но она не решила вопросов, касающихся юридических последствий в случае коллизий международно-правового акта и национального нормативного акта, независимо от их статуса в национальной правовой системе.

Дальнейшее развитие и конкретизацию конституционный имплементационный механизм получил в отраслевом национальном законодательстве. Как указывалось выше, объектом анализа будут те кодексы и законы, которые либо связаны с вопросами отправления правосудия, либо регулируют права и свободы граждан.

Новые имплементационные механизмы, касающиеся непосредственного применения международных договоров, впервые были закреплены в Гражданском кодексе 1998 г., согласно которому нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, являются частью действующего гражданского законодательства и подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того нормативного правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора (ст. 6). Аналогичная формулировка получила закрепление в Законе о нормативных правовых актах Республики Беларусь 2000 г., в Законе о международных договорах Республики Беларусь в редакции 1999 г. и сохранена без изменений в Законе о международных договорах 2008 г. В несколько измененном виде, но сохранившем основное содержание, – в Трудовом кодексе в редакции 2007 г. (ст. 8).

Другие кодексы и законы закрепили возможность применения международного договора в иной формулировке: в случае коллизии с правилами соответствующего закона, применяются правила договора. Так, Уголовно-исполнительный кодекс Республики Беларусь установил, что если международным договором установлены иные правила исполнения наказания и обращения с осужденным, чем те, которые предусмотрены уголовно-исполнительным законодательством Республики Беларусь, то применяются непосредственно правила международного договора (ст. 3). Подобные положения содержатся в Гражданско-процессуальном кодексе 1998 г. (ст. 543), в Хозяйственно-процессуальном кодексе (ст. 25), в Процессуально-исполнительном кодексе об административных правонарушениях 2006 г. (ст. 1.1, п. 3).

Ряд кодексов признает приоритет международного договора и возможность его непосредственного применения в ограничительной трактовке: относительно конкретных правонарушений, либо конкретных субъектов, или связывается с определенной категорией правоотношений. В частности, Уголовный кодекс предусматривает применение международного договора только в ситуациях, связанных с выдачей лиц, совершивших преступление независимо от их гражданства (ст. 7, п. 1,2). Гражданско-процессуальный кодекс руководствуется принципами приоритета международных договоров только при рассмотрении дел с участием иностранных граждан и юридических лиц (ст. 542), включая персонал иностранного дипломатического представительства или консульского учреждения на территории Республики Беларусь (ст. 554).

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь констатирует применение международных договоров о правах человека наряду с кодексом и устанавливает приоритет международного договора о правовой помощи перед кодексом, если в договоре определен порядок оказания международной правовой помощи по уголовным делам (ст. 1, п. 4 и 5). В качестве образца наиболее полной регламентации применения международных обязательств для внутригосударственного регулирования можно рассматривать ст. 8 Трудового кодекса Республики Беларусь 1999 года в редакции 2007 года. В ней определяется: 1) различные формы международных обязательств, пригодные для непосредственного применения (общепризнанные принципы международного права, международные договоры, включая Конвенции Международной организации труда); 2) условия, необходимые для их применения в международных договорах (в тех случаях, когда те или иные отношения не урегулированы законодательством); 3) устанавливается приоритет применения положений международного договора в случае коллизии с нормой, предусмотренной законодательством; 4) юридическая сила применяемых международных договоров не ставится в зависимость от силы того нормативного акта, которым выражено согласие на обязательность такого договора.

Если обратиться к отдельным законам, регулирующим права и свободы человека, то они, как правило, содержат положения о применении международного договора, если им установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом (Закон о свободе совести и религиозных объединений 1992 г. (ст. 40), Закон о правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь 1995 г. (ст. 3), Закон о предоставлении иностранным гражданам и лицам без гражданства статуса беженца, дополнительной или временной защиты в Республике Беларусь 2008 г. (ст. 1), Закон о гражданстве Республики Беларусь в редакции 2006 года (ст. 2)).

Таким образом, анализ имплементационного механизма, закрепленного в Конституции и отраслевом законодательстве, позволяет прийти к заключению, что он содержит правовые предпосылки для применения международных обязательств в практике судов и иных правоприменительных органов.

Однако эффективность судебной практики относительно применения международных обязательств нельзя оценить однозначно. Активно использует международные договоры при вынесении решений Конституционный Суд и Высший Хозяйственный Суд при разрешении споров с участием иностранных физических и юридических лиц. Поскольку Высший Хозяйственный Суд в процессе судопроизводства применяет главным образом конвенции в области международного частного права, в целях исследуемого проекта акцентируем внимание на опыте Конституционного Суда.

По утверждению бывшего Председателя Конституционного Суда Республики Беларусь Василевича Г.А., в решениях Конституционного Суда за период 1997–2007 гг. содержится около 100 ссылок на Всеобщую Декларацию прав человека и другие международные конвенции по правам человека[387].

Анализ решений Конституционного Суда, опубликованных в Вестнике Конституционного Суда, а так же в Сборнике решений Конституционного Суда Республики Беларусь (1997–2007 гг.), позволяет прийти к выводу, что ссылки на международно-правовые документы в области прав человека являются обязательным элементом мотивировочной части решений, а нередко и резолютивной части (например, заключение Конституционного Суда Республики Беларусь «О соответствии пункта 3 раздела 3 «Заключительные положения» Закона от 17 мая 1997 года «О внесении изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь» Конституции и Международному пакту о гражданских и политических правах» от 9 июля 1997 года, Заключение Конституционного Суда Республики Беларусь «О соответствии Конституции Республики Беларусь статьи 246 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях» от 19 июня 1998 года).

Характерно, что при подготовке Заключений по делам, связанным с отправлением правосудия, Конституционным Судом не только используются международные соглашения в области прав человека, но и документы органов ООН, принятые в этой области. В частности, Резолюция ЭКОСОС, одобрившая Процедуры эффективного осуществления основных принципов независимости судебных органов (Заключение Конституционного суда «О соответствии Конституции Республики Беларусь части третьей статьи 404 УПК Республики Беларусь» от 11 декабря 1998 года), Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН, утвердившая Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (Заключение Конституционного Суда «О некоторых вопросах обеспечения гражданам конституционного права на получение юридической помощи в уголовном процессе» от 11 декабря 1999 года).

Что касается практики Верховного Суда и нижестоящих судов Республики Беларусь, то она незначительна. Это подтверждается и тем, что в постановлениях пленума Верховного Суда, касающихся различных аспектов судопроизводства, ссылки на международные договоры в области прав человека – чрезвычайно редкое явление (например, постановление пленума Верховного Суда от 21 декабря 2006 года № 10 «О практике применения законодательства, обеспечивающего права граждан на судебную защиту и мерах по повышению ее эффективности в общих судах», в котором содержится ссылка на статью 14 Пакта о гражданских и политических правах 1966 года).

Незначительностью практики общих судов по применению международных обязательств в процессе судопроизводства, видимо, можно объяснить то, что Верховный Суд не счел нужным до настоящего времени принять постановление, аналогичное постановлению Верховного Суда Российской Федерации относительно применения общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров в практике судов.

Сложившаяся ситуация с практикой общих судов Республики Беларусь объясняется рядом причин. Во-первых, в законодательстве Республики Беларусь, определяющем статус судов Республики Беларусь, не закрепляется в рамках их компетенции право применять международные обязательства. Так, статья 112 Конституции предусматривает, что судьи осуществляют правосудие на основе Конституции и принятых в соответствии с ней иных нормативных актов. Кодекс о су-

[387] Василевич Г.А. Конституционный Суд – важнейший элемент правовой системы // Сборник решений Конституционного Суда Республики Беларусь (1937–2007 гг.). Минск, 2007. С. 9.

доустройстве и статусе судей 2006 года содержит схожие положения, согласно которым правовую основу судоустройства и статуса судей в Республике Беларусь составляют Конституция, Кодекс и иные законодательные акты (ст. 3). Причем Кодекс наделяет только Верховный Суд Республики Беларусь и Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь полномочиями решать в пределах своей компетенции вопросы, вытекающие из международных договоров Республики Беларусь (ст. 46, п. 9 и ст. 69, п. 9). Отсюда, очевидно, несоответствие между положениями законодательства, допускающими непосредственное применение международных договоров, и отсутствием у общих судов права применять их.

Во-вторых, трудности у судов могут вызвать несовершенство и противоречивость имплементационного механизма в целом. Это касается как конституционных имплементационных положений, так и закрепленных в отраслевом законодательстве.

В частности, при всей обоснованности права государства по своему усмотрению устанавливать иерархию нормативных актов в национальной правовой системе, предусмотренная Конституцией классификация, устанавливающая подчиненность международных соглашений, не требующих ратификации, международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь, противоречит Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, не признающей соподчиненности международных договоров в зависимости от их ратификации. Вызывает возражения и статус актов межгосударственных образований, чей иерархический ранг ниже национальных нормативных актов: законов, декретов, указов Президента. Юридическая сила актов межгосударственных образований и сфера их применения определяются учредительным договором данной международной организации. Согласно Договору о создании Союзного государства 1999 года, ратифицированного Республикой Беларусь, законы и декреты, принимаемые Союзным государством по вопросам исключительного ведения Союзного государства, подлежат прямому действию и применению на территории каждого государства-участника и, в случае коллизии с нормами внутреннего закона, имеют преимущественную силу (ст. 59, 60)[388]. Кроме того, признание Конституционным Судом любого нормативного правового акта, в том числе международного договора, не подлежащего ратификации, или акта межгосударственного образования, не соответствующим Конституции или нормативным правовым актам, обладающим более высокой юридической силой, является основанием для их отмены (ст. 112 Конституции и 22 Кодекса о судоустройстве), что противоречит общепризнанному принципу международного права (*pacta sunt servanda*) и не согласуется со статьей 8 Конституции о приоритетности общепризнанных принципов международного права.

В-третьих, столь же противоречивые положения содержатся в отраслевом законодательстве. Как отмечалось выше, в Гражданском кодексе (ст. 6), в Законе о международных договорах (ст. 33), в Законе о нормативных правовых актах (ст. 20), в положениях, касающихся непосредственного применения международных договоров, содержится идентичная формулировка о том, что международные договоры «имеют силу того нормативного акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора». Такая формулировка отражает ошибочную позицию, согласно которой квалификация норм международного договора как части действующего законодательства страны означает трансформацию первых в нормы национального законодательства, что невозможно в силу различной природы таких норм, сферы применения и механизма ответственности за их нарушение. Речь идет лишь о возможности применения норм международного права в рамках правопорядка, установленного национальным законодательством. Более того, указанная формулировка ставит применение международного договора в зависимость от статуса нормативного акта в национальной правовой системе (закон, декрет, указ Президента, постановление Совета Министров), которым признается его обязательность, что не согласуется с вышеизложенным конституционным положением о том, что ратифицированный международный договор имеет приоритет перед законом. Кроме того, в такой ситуации международный договор может быть отменен последующим нормативным актом на основании принципа «последующий закон отменяет предыдущий», что противоречит Венской конвенции о праве международных договоров, допускающей прекращение действия международного договора в соответствии с положениями международного договора, либо в любое время с согласия всех участников договора (ст. 54)[389].

В-четвертых, одним из осложняющих обстоятельств является неприученность белорусских судей к применению норм международного права не только в силу традиционной приверженности к использованию только национального законодательства, но и недостаточной профессиональной подготовки в области международного права, а также неинформированности судей и других правоприменительных органов относительно действующих международных договоров Республики Беларусь.

---

[388] Действующее международное право: сб. док.: в 2 т. Т.1. С.89.

[389] Там же. С. 205.

Таким образом, активность белорусских судов относительно применения международных обязательств в процессе судопроизводства находится в прямой зависимости от совершенствования законодательства, повышения образовательного уровня судей и их информированности, касающейся договорной практики Республики Беларусь.

С целью устранения указанных недостатков рекомендуются следующие меры по совершенствованию законодательства.

1. Внести изменения в Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей:

статью 3 «Правовая основа судоустройства и статуса судей» изложить в следующей редакции: Правовую основу судоустройства и статуса судей в Республике Беларусь составляют Конституция Республики Беларусь, общепризнанные принципы международного права, международные договоры, настоящий Кодекс и иные законодательные акты Республики Беларусь;

статью 6 «Задачи судов» изложить в следующей редакции: Конституционный Суд Республики Беларусь призван обеспечивать верховенство общепризнанных принципов международного права, Конституции, соответствие нормативных правовых актов государственных органов Конституции, ратифицированным международно-правовым актам Республики Беларусь. Общие и хозяйственные Суды в Республике Беларусь призваны защищать гарантированные Конституцией, международными договорами Республики Беларусь, актами законодательства… (и далее по тексту);

из статьи 25 абзац 3 «Компетенция Конституционного Суда Республики Беларусь» исключить формулировку «международных договорных и иных обязательств», абзац 4 – формулировку «актов межгосударственных образований, в которые входит Республика Беларусь»;

дополнить статьи, касающиеся компетенции общих судов Республики Беларусь, следующим положением: применять нормы международных договоров Республики Беларусь при рассмотрении дел, в случае отсутствия соответствующего законодательства либо его противоречия нормам международного договора.

2. Исключить из статьи 6 Гражданского кодекса Республики Беларусь, статьи 20 Закона о нормативных правовых актах, статьи 33 Закона о международных договорах Республики Беларусь формулировку «и имеют силу того нормативного правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательного для нее соответствующего международного договора».

3. Дополнить статью 1 п. 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь и изложить ее в следующей редакции: Уголовный кодекс Республики Беларусь основывается на Конституции Республики Беларусь, общепризнанных принципах и нормах международного права, а также международных договорах Республики Беларусь.

4. Включить во все законы Республики Беларусь, регулирующие права и свободы граждан, в том числе Закон о массовых мероприятиях Республики Беларусь, Закон о средствах массовой информации, статью следующего содержания: Если международным договором Республики Беларусь установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем законе, применяются положения международного договора.

5. Полагаем целесообразным пленуму Верховного Суда Республики Беларусь принять постановление о применении судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Республики Беларусь.

6. Министерству юстиции либо Министерству иностранных дел желательно ежегодно готовить сборник международных договоров Республики Беларусь для рассылки общим и высшим судам Республики Беларусь.

7. Институту усовершенствования подготовки судей желательно совместно с кафедрой международного права факультета международных отношений разработать национальную образовательную программу в области международного права для преподавания судьям общих судов.

Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь Зыбайло А. И.[390]

(В данном отчете ссылки на законодательство Республики Беларусь приводятся по состоянию на октябрь 2008 г.)

Конституция Республики Беларусь (ст. 2) провозглашает: «Человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства. Государство ответственно перед гражданином за создание условий для свободного и достойного развития личности…». Особый статус международных стандартов прав и свобод человека в Республике Беларусь подтверждается статьей 21 Конституции: «Обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства… Государство гарантирует права и свободы граждан Беларуси, закрепленные в Конституции, законах и *предусмотренные международными обязательствами*»[391]. Иностранцам Конституция гарантирует национальный режим и права, которыми они обладают в силу международных соглашений. Надзор за соблюдением гарантированных государством прав и свобод граждан, закрепленных в Конституции Республики Беларусь, законодательных актах и *предусмотренных международными обязательствами Республики Беларусь,* осуществляет прокуратура (ст. 7 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь» 2007 г.).

От степени реализации международных стандартов в области прав человека в национальном законодательстве и в правоприменительной практике зависит уровень демократизма политической системы и зрелости гражданского общества государства.

Первостепенное значение для реализации международных стандартов прав человека имело включение в Конституцию Республики Беларусь положения о приоритете общепризнанных принципов международного права (в числе которых принцип уважения прав человека и его основных свобод) и необходимости обеспечения соответствия им законодательства (ст. 8 п. 1). Республика Беларусь является участницей большинства универсальных международных договоров в области прав человека, часть из которых она заключила, будучи в составе СССР.

Однако сам факт участия того или иного государства в международных соглашениях вовсе не означает, что все их положения будут автоматически применяться и эффективно действовать. Необходимо приведение в действие системы правовых и иных (организационных) мер в национальном правопорядке, позволяющих обеспечить реализацию предписаний международно-правовых норм.

Правовое содержание этих мер зависит от решения в национальном законодательстве вопроса о соотношении международного и внутригосударственного права. Поскольку механизм согласования международного и национального права базируется на принципе, что государство обеспечивает выполнение международного договора всеми находящимися в его распоряжении властными действиями в соответствии с конституционными и иными положениями.

Конституция Республики Беларусь не содержит прямого и однозначного указания на место международных договоров в иерархии нормативных актов республики (за исключением указания о приоритете Конституции над нормами международных договоров). Нерешенным в рамках Конституции остался и вопрос о том, как действуют нормы международного права в случаях, когда отсутствует национально-правовое регулирование по данному вопросу. Не было предусмотрено Конституцией и право национальных судов применять международно-правовые нормы при осуществлении правосудия.

Однако в любом государстве права и свободы человека эффективно реализуются лишь тогда, когда в случае их нарушения пострадавшие имеют возможность обратиться за судебной защитой своих прав, в том числе «предусмотренных международными обязательствами» государства. Согласно ст. 2 п. 3 Пакта о гражданских и политических правах, участницей которого является Республика Беларусь, и в соответствии со ст. 60 ее Конституции каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки.

Новеллой в Конституции после внесения в нее изменений и дополнений стало положение, содержащееся в статье 61: «Каждый вправе в соответствии с международно-правовыми актами, ратифицированными Республикой Беларусь, обращаться в международные организации с целью защиты своих прав и свобод, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». Принцип исчерпания национальных средств правовой защиты при обращении в международные контрольные органы является следствием необходимости обеспечения международно-правовых обязательств, прежде всего национальными средствами правовой защи-

---

[390] Зыбайло Алла Ивановна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского государственного университета.

[391] Сравн.: «В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно *общепризнанным принципам и нормам международного права* и в соответствии с настоящей Конституцией» (ч. 1 ст. 17).

ты. Это напрямую связано с обязанностью судов оценивать подлежащий применению законодательный акт с точки зрения соответствия его международным стандартам прав человека.

Таким образом, наряду с целым рядом положительных, прогрессивных элементов, Конституция и принятый впоследствии Закон «О международных договорах Республики Беларусь» оставили нерешенными многие вопросы, непосредственно влияющие на процесс реализации международных обязательств Республики Беларусь, вследствие чего возникла и сохраняется по сей день неопределенность в понимании механизма национально-правовой имплементации международно-правовых норм.

Не останавливаясь на данных в научной литературе определениях этого понятия, отметим в общих чертах, что механизм имплементации имеет, как минимум, две стороны – законодательную и практическую. Законодательная сторона находит свое отражение в том, что международно-правовые нормы учитываются в нормах национального законодательства, т. е. воплощаются в жизнь в каждой стране. Вторая сторона – практическая, т. е. то, как на практике исполняются нормы международного права – напрямую или через нормы национального законодательства.

Отсутствие единого, однозначно понимаемого механизма имплементации норм международного права, несогласованность положений законодательства, санкционирующих применение международных договоров в национальной правовой системе, противоречия в законодательстве осложняют деятельность государственных органов при решении вопросов, связанных с применением международных стандартов прав человека. Не обобщается судебная практика в этом важном вопросе. Поэтому анализ действующего имплементационного законодательства, практики применения международных обязательств органами правосудия, выработка предложений по их совершенствованию сохраняют свою актуальность и составляют **основу настоящего исследования**.

Необходимой предпосылкой реализации (в т. ч. применения) международных обязательств на практике является наличие и соблюдение законодательной базы.

Значительное нововведение в вопросе соотношения международного и национального права было сделано Законом «О международных договорах Республики Беларусь». Согласно ст. 33 п. 2 Закона от 23 июля 2008 г. «нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется принятие (издание) внутригосударственного нормативного правового акта и имеют силу того нормативного правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора». Данное положение Закона не претерпело сколько-нибудь значительных изменений с 1999 г.[392] Аналогичная норма содержится в ст. 20 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» 2000 года, ст. 6 Гражданского кодекса 1998 года, ст. 3 Банковского кодекса 2000 года и др.

1. ПРОБЛЕМЫ ИЕРАРХИИ

Если исходить из буквального толкования вышеприведенной нормы, можно прийти к выводу, что международные договоры приравнены по своей юридической силе к закону – если соответствующий договор подлежит ратификации парламентом, указу – если для вступления договора в силу для Республики Беларусь достаточно его подписания Президентом республики, либо к постановлению правительства – если договор межправительственный (не подлежащий ратификации). В случае коллизии между нормативными правовыми актами субъекты правоотношений обязаны руководствоваться нормой акта, обладающего более высокой юридической силой. В случае коллизии между нормативными правовыми актами, обладающими равной юридической силой, действуют положения акта, принятого позднее (ст. 71 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»).

Отсюда следует вывод, что действие норм международного договора на территории республики может быть отменено путем принятия нового закона, декрета или указа. В случае коллизии между нормами международного договора и нормами закона, декрета или указа будет действовать норма более позднего по времени принятия акта. В некоторых ситуациях приоритет в любом случае может иметь закон, указ или декрет, даже если соответствующий документ был подписан до вступления в силу международного договора; это относится, например, к кодексам и декретам.

---

[392] См. Закон Республики Беларусь от 14 июня 1999 года «О внесении дополнений в Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров Республики Беларусь» (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 47, 2/42), Закон Республики Беларусь от 15 ноября 2004 года «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь» (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2004. № 180, 2/1080).

Вышеуказанные положения вступают в противоречие с принципом международного права *pacta sunt servanda* (договоры должны выполняться), поскольку отказ от исполнения международного договора есть нарушение этого принципа. Следовательно, налицо противоречие и с Конституцией Республики Беларусь, которая закрепила верховенство общепризнанных принципов международного права, и с нормами Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (ст. 26, 27), участницей которой является Республика Беларусь.

В соответствии со статьей 27 Венской конвенции 1969 г. государство не вправе ссылаться на свое внутреннее право в качестве оправдания невыполнения международного договора. На международном уровне деяние государства, не соответствующее тому, что требует от него международное обязательство (в том числе связанное с изменением или отменой его положений актами внутреннего законодательства) представляет собой не что иное, как нарушение этого обязательства[393]. Содержание такого поведения государства может быть различным: им может являться принятие закона или конкретного административного или другого решения по какому-либо делу, а также окончательного судебного решения [394]. В свою очередь нарушение государством своего международного обязательства влечет его международно-правовую ответственность, включая применение ответных мер[395]. В одних случаях сам факт принятия противоречащего международному праву закона порождает международную ответственность. Немало конфликтов такого рода решалось Европейским Судом по правам человека (например, решения по делу «Норрис против Ирландии» 1988 г., «Класс против Германии» 1978 г. [396] и др.).

Таким образом, следует констатировать, что в настоящее время положение заключенных Республикой Беларусь международных договоров в ее правовой системе является в некоторой степени неопределенным и зависимым от статуса нормативного правового акта, которым признается его обязательность.

Подход к соотношению внутреннего законодательства и международного права, закрепленный в ст. 33 Закона «О международных договорах Республики Беларусь», ст. 20 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», ст. 6 Гражданского кодекса Республики Беларусь, не является единственным. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь 1999 года (ст. 543), регламентируя правила международного гражданского процесса, предусматривает принцип *приоритета* международных договоров. Данный принцип закрепляется и в Уголовном кодексе Республики Беларусь 1999 года в отношении экстрадиции белорусских граждан и иностранцев, совершивших преступление (ст. 7). В Трудовом кодексе Республики Беларусь 1999 года (ст. 8) признается *примат* норм, ратифицированных и вступивших в силу международных договоров Республики Беларусь или конвенций Международной организации труда, в которых она участвует. В Уголовно-исполнительном кодексе Республики Беларусь 2000 года установлен принцип *приоритета* самоисполнимых норм международных договоров (ст. 3). Указания о приоритете норм международных договоров над соответствующими нормами законодательства республики в случае коллизий в отдельных отраслях права содержатся также в ст. 237 Кодекса о браке и семье 1999 года, п. 3 ст. 6 Инвестиционного кодекса 2001 года, ст. 5 Налогового кодекса 2002 года, ст. 4 Воздушного кодекса 2006 года и др.

Частичная отсылка к международным договорам нашла отражение и в некоторых законах (Закон об охране окружающей среды 1992 года (ст. 104 в ред. Закона 2002 г.), Закон о правах ребенка 1993 года (ст. 38 в ред. Закона 2000 г.), Закон о беженцах 1995 года (ст. 1 в ред. Закона 2003 г.), Закон о питьевом обеспечении 1999 года (ст. 44), Закон о гражданстве 2002 года (ст. 2) и др.).

Ряд нормативных актов предусматривает их совместное применение наряду с международными договорами. Так, Уголовно-процессуальный кодекс 1999 года устанавливает *совместное регулирование* уголовного процесса Кодексом и международными договорами Республики Беларусь, определяющими права и свободы человека и гражданина (ст. 1).

Таким образом, существует несогласованность формулировок норм отдельных законов, касающихся юридической силы международных договоров. Особенно если учесть, что в соответствии со ст. 10 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» в иерархии правовых актов кодексы имеют большую юридическую силу по отношению к другим законам. Напрашивается вывод о том, что нормы международных договоров стоят ниже кодексов. Однако этот вывод не согласуется с положениями самих кодексов, предусматривающих приоритет международных договоров, о чем речь шла выше.

---

[393] Статья 12 Статей об ответственности государств, одобренных Резолюцией Генеральной Ассамблеей ООН 56/83 от 12.12.2001 г. «Ответственность государств за международно-противоправные деяния».

[394] Комментарий к ст. 12 Статей об ответственности государств: Доклад Комиссии международного права. Пятьдесят третья сессия (2001 г.).

[395] Глава I I «Контрмеры» Статей об ответственности государств. A/RES/56/83.

[396] Norris v. Ireland, E.C.H.R., Series A, № 142 (1988), para. 31; Klass v. Germany, E.C.H.R., Series A, №28 (1978), para.33.

В целях совершенствования правового регулирования и правоприменительной деятельности представляется необходимым определить иерархическое соотношение между теми актами национального законодательства, которые выражают согласие на обязательность для Республики Беларусь международного договора, и остальными нормативными актами. К сожалению, данный вопрос не получил однозначного разрешения в рамках правовой системы Беларуси. Мнения ученых-юристов также различны. Так, проф. Г. А. Василевич считает, что осуществление ратификации международного договора в форме закона возводит последний в ранг актов, стоящих над обыкновенными законами[397]. По мнению доц. Л. В. Павловой, которое нами полностью разделяется, национально-правовой акт, одобряющий, утверждающий, ратифицирующий международный договор, – это чисто процедурный акт, которым государство признает юридическую силу этого договора, и берет на себя обязательство привести внутреннее законодательство в соответствие с ним[398].

Некоторые белорусские ученые полагают, что ст. 116 Конституции, ст. 5 Закона «О Конституционном Суде Республики Беларусь» 1994 г. свидетельствуют о признании приоритета ратифицированных и вступивших в силу международных договоров Республики Беларусь. Согласно положениям этих статей Конституционный Суд Республики Беларусь дает заключения о соответствии нормативных актов всех уровней, «международных договорных и иных обязательств Республики Беларусь Конституции и международно-правовым актом, ратифицированным Республикой Беларусь». И при выявлении такого несоответствия Суд может признать нормативный акт более низкого уровня неконституционным, что влечет за собой признание его «утратившим силу»[399].

Так, по мнению Г. А. Василевича, содержание указанных конституционных положений дает основания предположить, что в иерархии этих нормативных актов международные договоры, ратифицированные Республикой Беларусь, стоят на втором после Конституции месте[400]. «Международные договоры носят подконституционный, но надзаконный характер, включая кодексы и программные законы (их два), т. е. обладают по отношению к последним более высокой юридической силой». Здесь, считает Василевич, неприменимо правило о том, что новый закон отменяет старый, а должен действовать принцип lex specialis. Указанный принцип должен быть соблюден, даже если в новом законе прямо сказано о его верховенстве по отношению к международному договору. Исключение возможно при установлении в законе большего объема гарантий[401]. Таким образом, следует исходить из того, что ратифицированные договоры могут отменять или устанавливать любую правовую норму, за исключением конституционной.

Но вышеприведенные конституционные нормы – это вопрос *компетенции* Суда, но не *вопрос иерархии нормативных актов*, поскольку данная норма Конституции адресована исключительно Конституционному Суду и никем больше не может применяться.

Сегодня в республике фактически существует две иерархии нормативных актов: одна предназначена для Конституционного Суда (предусматривает приоритет ратифицированных международных договоров над законами, декретами, указами), другая – для всех остальных органов и должностных лиц государства (в соответствии с ней приоритет международных договоров отсутствует).

Важность определения места международных договоров в иерархии правовых актов состоит и в том, что в них часто содержатся нормы о дополнительных гарантиях прав и свобод человека, а также в том случае, если нормативно-правовое регулирование отсутствует. Существует также опасность произвольной трактовки соотношения нормативных актов, применяемых в Республике Беларусь, отдельными государственными органами.

В свое время на основании анализа содержания п. 3 статьи 8, а также п. 4 статьи 116 Конституции Республики Беларусь профессор кафедры международного права БГУ Л. В. Павлова предложила следующую схему иерархического соотношения нормативных актов, входящих в правовую систему Республики Беларусь:

---

[397] Василевич Г.А. Конституция и международные договоры белорусского государства как основа деятельности конституционного суда Республики Беларусь // Имплементация норм международного права в национальное законодательство: теория и практика: материалы междунар. науч.-практ. конф., Минск, 31 мая – 1 июня 2001 г. / Конференция органов конституц. контроля стран молодой демократии, Конституц. Суд Респ. Беларусь. Минск, 2001. С. 9.

[398] Выступления в дискуссиях // Там же. С. 124.

[399] В данном контексте это относится и к международным обязательствам Республики Беларусь. Но согласно той же статье 27 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года «государство не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для несоблюдения им международного договора».

[400] Василевич Г.А. Парламент Республики Беларусь: Конституц.-правовой аспект. Минск, 1995. С. 173.

[401] Василевич Г.А. Конституция и международные договоры белорусского государства как основа деятельности конституционного суда Республики Беларусь // Имплементация норм международного права в национальное законодательство: теория и практика: материалы междунар. науч.-практ. конф., Минск, 31 мая – 1 июня 2001 г. / Конференция органов конституцион. контроля стран молодой демократии, Конституц. Суд Республики Беларусь. Минск, 2001. С. 9.

1) общепризнанные принципы международного права;

2) Конституция Республики Беларусь;

3) ратифицированные договоры;

4) законы, декреты, указы Президента, международные обязательства Республики Беларусь, вытекающие из договоров, не подлежащих ратификации, и обычных норм международного права;

5) акты межгосударственных образований, участником которых является Республика Беларусь, подзаконные нормативные акты, принятые Советом Министров, Верховным Судом, Высшим Хозяйственным Судом, Генеральным прокурором[402].

2. НЕПОСРЕДСТВЕННОЕ ИЛИ ОПОСРЕДОВАННОЕ ПРИМЕНЕНИЕ?

Как уже упоминалось, предусмотренные международными обязательствами государства права и свободы граждан гарантированы Конституцией. Более того, Конституция устанавливает ответственность государственных органов и должностных лиц «за действия, нарушающие права и свободы личности» (ст. 59 п. 2, 3), а также предоставляет каждому лицу, чьи права нарушены, право на судебную защиту. В соответствии со ст. 2 п. 3. Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. статья 60 Конституции гарантирует «каждому... защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки. С целью защиты прав, свобод, чести и достоинства граждане в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда».

Представляется, что только через суд, его практику международные стандарты в области прав человека из базового ориентира входят в жизнь, становятся объективной реальностью.

Но нормы законов Республики Беларусь не свидетельствуют о том, что белорусские суды могут применять международные нормы о правах человека в случае пробелов в национальном законодательстве или нестыковки (неувязки) с международным договором о правах человека.

Действительно, «государство, все его органы и должностные лица действуют в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства» (ч. 2 ст. 7 Конституции), «суды осуществляют правосудие на основании Конституции и принятых в соответствии с ней иных нормативных актов» (ч. 1 ст. 112). Как видим, Конституция определила закрытый перечень нормативных актов, обязательных для исполнения национальными органами Беларуси. В данных нормах упоминание о международных договорах отсутствует. *К примеру, одним из важнейших положений Федерального Конституционного закона «О судебной системе РФ» 1996 г. является адресованное в ст. 3 всем судам предписание о применении ими при рассмотрении конкретных дел общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ»*[403].

Поэтому трудно согласиться с мнением, что правотворческие и правоприменительные органы при принятии решений **обязаны** руководствоваться нормами международных договоров, и при выявлении расхождений между вступившим в силу международным договором и иными правовыми актами суд при рассмотрении конкретного дела должен принять решение в соответствии с международным договором. Это связано не только с отсутствием в Конституции и Кодексе о судоустройстве прямого указания на необходимость применения международных договоров органами государства и его должностными лицами. Если вновь обратиться к содержанию ст. 33 Закона «О международных договорах Республики Беларусь», то можно выявить несоответствие терминологического характера, которое позволяет сделать вывод, что в п. 2. указанной статьи содержатся, по сути, взаимоисключающие понятия. Нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, «являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства» (в редакции Закона от 8.07.1998 г. – права).

Нельзя в связи с этим не заметить, что договор может быть частью права страны, может обладать силой закона, но не может быть отнесен к законодательству (!). Международные нормы занимают особое место в праве страны. В проекте Конституции России содержалась формулировка, аналогичная той, что содержит Закон Республики Беларусь. В ходе Конституционного совещания пришлось обратить внимание на ошибочность формулировки, и от нее отказались[404].

Положение п. 2 ст. 33 Закона «О международных договорах Республики Беларусь» можно понимать только таким образом: положения договоров должны быть инкорпорированы в законодательство Республики Беларусь, но при этом они «подлежат непосредственному применению».

Для уяснения существа проблемы целесообразно обратиться к таким понятиям, как «система законодательства», «система права», «правовая система», которые традиционно рассматриваются в литературе по общей теории права.

---

[402] Имплементация норм международного права во внутригосударственное законодательство / под ред. Л. В. Павловой Минск: БГУ, 2000. С.33.

[403] Собрание законодательства РФ от 6 января 1997 г. № 1. Ст. 1.

[404] Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. Гл. I.

Сегодня ученые-юристы стали четко разграничивать категории «система права государства» и «правовая система государства», включая первую во вторую. Ядро правовой системы составляет система права государства, т. е. внутреннее строение собственного, «отечественного», права, созданного на основе и в соответствии с принципами и механизмом законотворческого процесса в государстве, состоящего из относительно самостоятельных частей (отраслей, подотраслей, институтов).

По мнению известного российского ученого Ю. А. Тихомирова, правовая система включает следующие компоненты: а) правопонимание – правовые взгляды, правосознание, правовая культура, правовые теории, правовой нигилизм, б) правотворчество – познавательный и процессуально оформленный способ подготовки и принятия законов и иных правовых актов, в) правовой массив – структурно оформленную совокупность официально принятых и взаимосвязанных правовых актов, г) правоприменение – способы реализации правовых актов и обеспечения законности.[405]

Как указывает профессор И. И. Лукашук, термин «правовая система» использован в Конституции Российской Федерации для того, чтобы избежать приравнивания всех международных норм к законодательству. В отличие от законодательства в правовой системе страны международные нормы могут занимать различное положение[406].

По своей структуре правовая система государства представляет собой нормативно- и организационно-правовой комплекс, обеспечивающий регулирование общественных отношений в пределах юрисдикции данного государства и состоящий из трех основных блоков: 1) системы права данного государства, 2) комплекса норм международного права, допуск и применение которых санкционирован государством, 3) норм иностранного права, допущенных государством к применению в определенных случаях[407].

Как отмечал российский профессор А. Н. Талалаев, введение в национальную правовую систему новых правовых феноменов, каким является для нее международное право, связано с новым этапом ее развития, с правовым процессом, который охватывает не только собственно национальное (внутригосударственное) право, но и все элементы правовой системы, включая применение права, правосудие и правовое сознание[408].

Если государство вводит международно-правовые нормы в свою *правовую систему*, то оно таким путем закрепляет их действие во внутригосударственных отношениях. Вместе с тем государство может заимствовать модель поведения из нормы международного права и придать ей юридическую силу посредством закрепления в законе, сделав ее обязательной во внутригосударственных отношениях как часть своего *права*.

Формула «международное право – часть права страны» характерна для Великобритании и стран, входящих в Британское Содружество Наций. Согласно теории инкорпорации суд признает обычное международное право частью английского права лишь в том случае, если это закреплено в форме законодательных актов, судебных решений или установленного обыкновения.

При таком подходе не наблюдается какого-либо противоречия между положениями ст. 33 Закона о международных договорах и отсутствием конституционных полномочий у судей их применять (ст. 112 Конституции, ст. 7 Кодекса о судоустройстве).

Следует отметить, что законодательство Российской Федерации пошло по иному пути. Конституцией Российской Федерации установлено (ч. 4 ст. 15): «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». В соответствии с Гражданским кодексом РФ (ст. 7) «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора». Таким образом, законодательством Российской Федерации установлен безусловный приоритет норм, содержащихся в международных договорах Российской Федерации, над нормами внутреннего законодательства (кроме норм Конституции Российской Федерации, так как «не соответствующие Конституции Российской Федерации международные договоры Российской Федерации не подлежат введению в действие и применению» (п. 6 ст. 125). Заметим, что, несмотря на провозглашение курса на сближение законодательства Беларуси и России, юридическая сила международного договора, как источника права в двух государствах, значительно отличается. Таким образом, в процессе унификации законодательства двух государств необходимо будет разрешить и данное противоречие.

---

[405] Тихомиров Ю.А. Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. 1999. № 8. С. 6.

[406] Лукашук И.И. Конституция России и международное право // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 32–33.

[407] Иваненко В.С. Право международных договоров России // Российский ежегодник международного права. 2006. СПб., 2007. С. 62.

[408] Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституции Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С. 4.

Поэтому законодателю, на наш взгляд, целесообразно определиться, какой модели соотношения международного права следует отдать предпочтение: дуалистической, когда нормы международного права действуют внутри страны только после их инкорпорации (трансформации) во внутреннее законодательство, или монистической, признающей непосредственное действие международно-правовых норм в рамках национальной правовой системы.

Следует учитывать, что международное право не требует признания на внутригосударственном уровне своего примата и непосредственного действия. Выбор способа имплементации международных обязательств остается за государством. Международное право в большинстве своем имеет согласительную природу, а не императивную.

Многие белорусские юристы склоняются к признанию преимуществ модели непосредственного действия международного права в нашей республике. В частности, Г. А. Василевич писал еще 15 лет назад: «*Беларусью заключено множество международных договоров. (Некоторые из них продолжают действовать в порядке правопреемства после распада СССР.) В связи с приобретением суверенитета этот процесс будет развиваться еще более активно. Сейчас очень важно обеспечить обязательность и прямое действие международно-правовых норм. Необходимо также ликвидировать коллизии между ними и актами внутреннего законодательства*»[409].

Непосредственное применение норм международного права в значительной мере избавляет государство от необходимости принятия дополнительных правовых актов, имплементирующих положения международных соглашений в национальную правовую систему. Данный способ согласования позволяет государству активно и оперативно участвовать в международном правотворческом процессе, поскольку имеется возможность заключать и присоединяться к многочисленным международным соглашениям без предварительного изменения национального законодательства.

Также следует отметить, что непосредственное применение норм международного права повышает вероятность того, что международные обязательства будут выполнены именно так, как это предусмотрено в данных нормах. Трансформация может в какой-то степени придавать национальный оттенок реализации соответствующих положений международного права, что не всегда является желательным.

Несмотря на многие преимущества, непосредственное действие международного права сопряжено с рядом трудностей. Прежде всего это низкая информированность судей, прокурорских работников, адвокатов о системе международного права. Немногие национальные судьи, чиновники и просто граждане хорошо разбираются в международном праве, чтобы применять его должным образом.

Опыт государств, которые используют данную модель национально-правовой имплементации, показывает, что она создает множество проблем. Среди них: проблема самоисполнимости международных договоров, вопрос о соотношении норм международных договоров, заключенных от имени государства различными его органами (межгосударственные, межправительственные, межведомственные договоры), и национальными нормативно-правовыми актами различного уровня, проблема официального опубликования текстов международных договоров и др. Кроме того, национальные правоприменительные органы еще не готовы к прямому применению норм международного права, особенно это касается органов правосудия. Тем не менее следует не избегать данных трудностей, а преодолевать их. И в этом отношении весьма показателен опыт Нидерландов.

3. ПРОБЛЕМА САМОИСПОЛНИМОСТИ

Сложность проблемы непосредственного применения обусловлена также и тем, что возможность такого применения зависит от целей и содержания международного договора. Для того чтобы та или иная норма международного договора могла применяться как часть правовой системы, она должна быть самоисполнимой, т. е. сформулированной так, чтобы быть пригодной для непосредственного применения.

В отличие от них нормы несамоисполнимых международных договоров требуют для своего исполнения наличия акта внутригосударственного нормотворчества, конкретизирующего положения соответствующего документа. Необходимость его принятия объясняется тем, что несамоисполнимые международные договоры, как правило, имеют общий характер, определяют известные рамки, масштабы поведения, в пределах которых сами государства устанавливают права и обязанности субъектов национального права. Такие соглашения обычно принимаются в целях достижения определенного урегулирования отношений внутри страны.

К категории несамоисполнимых можно отнести и международный договор, нормы которого могут иметь прямое действие, но который содержит указания на обязательства государств-участников

409 Васілевіч Г. А. Міжнародныя дагаворы ў сістэме крыніц права Рэспублікі Беларусь // Весці АН Беларусі. 1993. № 3. С. 26.

пересмотреть свое внутреннее законодательство (ввести новые нормы или изменить старые). Так, несамоисполнимыми являются нормы международного права, предусматривающие признаки составов уголовно наказуемых деяний, признанными международным сообществом как преступления против человечества (геноцид), против прав и свобод личности (пытки), поскольку они лишь обусловливают введение специальных норм в уголовное законодательство. На государство ложится обязанность исполнить такие обязательства путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним законом.

О самоисполнимости международных норм в Республике Беларусь стали вести речь после принятия нового Гражданского кодекса в 1998 году. В соответствии со ст. 6 ГК нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, … подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта». Такая же формулировка впоследствии была закреплена в Законе «О международных договорах Республики Беларусь» (ст. 33) и Законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (ст. 20).

Какой орган государства может определять самоисполнимость международно-правовых норм, какие критерии должны применяться, определяется национальным правом. Нередки случаи злоупотребления таким понятием, когда явно самоисполнимые нормы признаются несамоисполнимыми, например, в США – нормы о правах человека. Кроме того, национальные суды традиционно привержены своей правовой системе и в большинстве случаев неспособны выявить самоисполнимые нормы, которые они могут применить непосредственно, в силу недостаточной подготовки в области международного права. По этому поводу могут возникать серьезные разногласия, что вызывает необходимость обозначения государственного органа, в чью компетенцию будет входить их разрешение. В большинстве стран, имплементационный механизм которых допускает непосредственное действие международно-правовых норм, право толкования международных договоров или общепризнанных норм на предмет их самоисполнимости принадлежит Конституционным судам или высшим судебным учреждениям государства.

Например, в ФРГ Конституционный Суд обозначил нормы, подлежащие непосредственному применению, и указал на пятнадцать общепризнанных принципов, которые должны применять все германские суды[410]. В Нидерландах Верховный Суд в своем решении от 30 мая 1986 года изложил критерии самоисполнимости норм международного права[411]. В Российской Федерации пленум Верховного Суда в своем постановлении от 10 октября 2003 года № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» дал разъяснения и рекомендации судам и правоохранительным органам по применению таких норм международного права. В постановлении, в частности, дано определение «общепризнанных принципов и норм международного права», подлежащих непосредственному применению, пояснена суть выражения «непосредственное применение», признаки самоисполнимых норм международного права и другие проблемные для правоприменителей вопросы.

Очень важное значение имеют разъяснения, содержащиеся в п. 8 постановления пленума: приоритетом над законами (федеральными, конституционными) обладают только ратифицированные международные договоры (межгосударственные, межправительственные). Что же касается нератифицированных международных договоров, то в этом случае идет дифференциация международных договоров в зависимости от уровня его заключения:

- нератифицированный межгосударственный договор – при условии его «самоисполнимости» и официального опубликования – имеет приоритет по отношению к указам Президента РФ и нормативным актам более низкого уровня;

- нератифицированный межправительственный договор, если он «самоисполним» и официально опубликован, имеет приоритет по отношению к нормативным актам правительства и нормативным актам более низкого уровня[412].

Полагаем, что имеет смысл определить круг таких норм и для белорусского правоприменителя, а также признать право решать вопрос (при наличии сомнений у суда, рассматривающего конкретное дело) о применении норм международного права (договорных и обычных), о самоисполнимости всех международно-правовых актов, подлежащих применению, за Конституционным Судом Республики Беларусь, как это предусмотрено в ряде европейских стран.

В случае возникновения такого рода разногласий, суд общей юрисдикции должен приостано-

---

[410] Привод. по: Лукашук И.И. Международное право в судах государств. М., 1993.

[411] Там же.

[412] О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5 от 10.10.2003 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.supcourt.ru/news_detale.php?id/

вить рассмотрение дела и запросить решение Конституционного Суда, мнение которого в таком случае станет решающим.

4. ПРАКТИКА НИДЕРЛАНДОВ

Для определения оптимального решения проблемы применения международных договоров в рамках национальной правовой системы большое значение имеет голландская правовая система. В ней в наибольшей мере нашло отражение уважение к международному праву.

Непосредственное действие международного права в ***Нидерландах*** регулируется статьей 93 Конституции, которая предусматривает, что положения договоров и решений международных организаций, которые могут быть обязательны для любого лица, имеют обязательную силу с момента опубликования. Существующая трактовка этого положения относится только к внутреннему действию самоисполнимых положений договоров и решений международных организаций. Далее в статье 94 Конституции Нидерландов говорится о приоритетности таких норм над голландским правом. Согласно ст. 91 все договоры нуждаются в одобрении парламентом, а в случае противоречия международного договора Конституции одобрение должно быть дано большинством в 2/3 голосов. Как видно, голландская правовая система признает приоритет договорных норм (самоисполнимых) даже над Конституцией.

Другими словами, применимость договорных положений в Нидерландах зависит от их содержания, а не от внутреннего закона. Договоры, которые обязывают государство в целом, хотя в Конституции о них ничего не говорится, также признаются как имеющие прямое действие в Нидерландах. Они, хотя и не обладают по Конституции приоритетом в отношении законов, обязательны для всех ветвей власти, включая судебную. Тенденция к ограничению прямого применения судами имеется лишь в отношении тех несамоисполнимых договоров, которые требуют издания имплементационных актов.

Несмотря на то что правительство Нидерландов провозгласило во многих случаях, что все международные договоры, являются ли они самоисполнимыми или нет, и международное обычное право имеют приоритет над национальным правом, такой общей нормы не закреплено в Конституции. В ст. 94 рассматривается вопрос о том, какой орган государства компетентен предпринять меры в случае коллизионной ситуации. Статья 94 голландской Конституции должна была ограничить компетенцию судов коллизионными ситуациями между самоисполнимыми положениями договоров и национальным правом. Согласно этой статье только в случае самоисполнимости договорных постановлений судам разрешается не применять противоречащее им внутреннее законодательство. Они, исходя из доктрины разделения властей, не должны обладать такой компетенцией в случае коллизии между национальным правом и положениями несамоисполнимых договоров или международного обычного права. Это функция законодательной или исполнительной власти предпринять необходимые меры. Эти органы также обязаны предпринять такие меры в случае коллизии между самоисполнимыми договорными положениями и национальным правом.

Другими словами, голландская правовая система наделяет суды всех инстанций компетенцией исследовать внутреннее законодательство и определять возможность его применения при соответствии самоисполнимым положениям договоров. Так, голландские суды и административные учреждения обязаны определять соответствие подлежащего применению акта на предмет соответствия Европейской Конвенции о защите прав человека и его основных свобод 1950 г. Голландским судам разрешено также рассматривать все договоры и обычное право на предмет определения исполнимости. Практика показывает, что они пользуются такой компетенцией без колебаний, но всегда тщательно учитывают баланс распределения власти между государственными органами в соответствии с Конституцией.

Показательно, что в Нидерландах уже в течение свыше 10 лет в Академии для судей каждый судья проходит курс по международному публичному праву, и, в частности, по праву прав человека, что уже дало весьма многообещающие результаты. В настоящее время голландские суды и административные учреждения активно используют нормы международного права и согласуют с ними свою деятельность.

5. ПРАКТИКА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Ознакомиться с практикой применения международных стандартов прав человека Верховным Судом и другими судами общей юрисдикции автор настоящего отчета не имел возможности. Тем не менее берусь утверждать, что судебная практика Республики Беларусь по вопросу применения норм международного права в целом крайне незначительна. Это объясняется, кроме традиционно осторожного отношения наших судей к международному праву, также известной противоречивостью имплементационного механизма Республики Беларусь.

Единственный судебный орган, который при рассмотрении дел руководствуется не только нормативными актами Республики Беларусь, но и нормами международного права, – это Конституционный Суд.

Особое значение приобретает анализ практики применения различных норм международного права Конституционным Судом. При этом следует иметь в виду то, что, несмотря на своеобразие конституционного правосудия, эта практика не может не представлять интереса и для обычных судов Республики Беларусь. Обращаясь к международному праву при разрешении конкретных дел, они неизбежно столкнутся с аналогичными или близкими проблемами.

Анализ заключений Конституционного Суда Республики Беларусь, связанных с применением норм международного права, показывает, что Суд, обосновывая свои решения, в большинстве случаев использовал международное право в качестве дополнительного аргумента, который не имел решающего значения. Во всех этих случаях Суд выносил свое заключение прежде всего на основе конкретных положений Конституции. Как правило, ссылки на нормы международного права лишь подтверждали аргументы, вытекающие из конституционных положений. Естественно, что у Суда при этом нет необходимости углубляться в детальный анализ правовых проблем, возникающих при прямом применении норм международного права.

Так, рассмотрев дело о соответствии Конституции Республики Беларусь и международно-правовым актам ч.1 ст. 182 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях, Конституционный Суд пришел к выводу, что ч. 1 ст. 182 КоАП, устанавливающая ответственность нанимателя за прием на работу граждан без прописки, противоречит Конституции и общепризнанным принципам международного права, приоритет которых закреплен в статье 8 Конституции. В мотивировочной части Заключения от 1 июня 1999 года № З-79/99 Суд сослался на Всеобщую Декларацию прав человека (ст. 23), Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (ст. 6), Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 66), Конвенцию МОТ № 111 «О дискриминации в области труда и занятий» (п. 1 ст. 1) и Конвенцию № 122 «О политике в области занятости» (п. 2 ст. 1). В резолютивной части того же Заключения Суд признал нормы ст. 182 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях, предусматривающие административную ответственность должностных лиц предприятий, учреждений и организаций за прием на работу граждан, проживающих без прописки, не соответствующими Конституции Республики Беларусь и *международно-правовым актам*[413].

При таком (опосредованном) применении норм международного права для судей, приводящих в своих решениях международно-правовую аргументацию, вопросы, связанные, в частности, с юридической обязательностью соответствующих норм и их самоисполнимостью, не имеют принципиального значения. Проблема самоисполнимости встает тогда, когда судебный орган (обычный или Конституционный Суд) опирается на нормы международного права в качестве непосредственного источника применимого права.

Конституционный Суд чаще всего использовал общие подходы, содержащиеся в соответствующих нормах международного права, не указывая конкретно, в чем состояло их нарушение. В резолютивной части своих заключений Конституционный Суд не ссылается на конкретные статьи, пункты, параграфы указанных им международно-правовых актов, он лишь констатирует факт нарушения международного акта. Например, в Заключении по делу о соответствии Конституции части второй статьи 116 Кодекса о браке и семье от 26 июня 1998 года № З-68/98 Суд, рассмотрев соответствующие конституционные положения, обратился к «международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь», и решил, что данный пункт статьи 116 КоБС на соответствует Конституции Республики Беларусь и Конвенции о правах ребенка[414].

Тем не менее активное использование Конституционным Судом Республики Беларусь норм международного права имеет большое практическое значение для правоприменителей. Конституционный Суд, ссылаясь на нормы международного права, преследует несколько целей.

Во-первых, Конституционный Суд показывает, что конституционные положения полностью соответствуют международно-правовым нормам, которые стали обязательными для Республики Беларусь.

Во-вторых, с помощью норм международного права Конституционный Суд устанавливает нормативное содержание положений, содержащихся в Конституции Республики Беларусь, иных нормативных актах.

В-третьих, Конституционный Суд ссылается на нормы международного права для аргументации своей позиции по существу. Использование Судом норм международного права помогает в ряде случаев сформулировать, обогатить или усилить правовую позицию по рассматриваемому

[413] Заключения и решения Конституционного Суда Республики Беларусь. 1999 – июль 2000 гг. Минск, 2000. С.16–20.

[414] Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. 1998. № 3. С. 22–26.

вопросу, позволяющую обосновать решение Суда. Следует иметь в виду, что мотивировочная часть решения Суда как составная часть решения имеет обязательную силу. Решение Суда в целом действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами.

В-четвертых, деятельность Конституционного Суда Республики Беларусь способствует определению места ее международных договоров в правовой системе страны.

6. ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Очевидна необходимость разработки единой однозначно понимаемой системы национально-правовой имплементации международно-правовых обязательств Республики Беларусь. Ее основными компонентами, на наш взгляд, могли бы стать:

1. Пересмотр положений соответствующих законов в пользу примата и непосредственного действия норм международного права. Одним из условий реализации верховенства норм международного права могло бы стать закрепление в законодательном порядке приоритета ратифицированных Республикой Беларусь международных договоров по отношению ко всем национальным правовым актам путем дополнения статей 33 и 20 Законов «О международных договорах Республики Беларусь» и «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» соответственно, примерно в следующей формулировке: «Если ратифицированный, вступивший в силу международный договор Республики Беларусь предусматривает иные правила, чем соответствующий закон Республики Беларусь, применяются правила международного договора». Межправительственные договоры, не подлежащие ратификации, и межведомственные договоры обладают приоритетом применения в отношении актов правительства или ведомства.

В указанных статьях данных Законов следует уточнить, что «нормы международных договоров Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью правовой системы Республики Беларусь».

Из ст. 33 Закона «О международных договорах Республики Беларусь», ст. 20 Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь», ст. 6 Гражданского кодекса Республики Беларусь следует исключить формулировку «и имеют силу того нормативного правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательного для нее соответствующего международного договора».

2. Закрепление непосредственного действия норм международных договоров требует надлежащего и компетентного толкования п. 1 ст. 112 Конституции, пересмотра ст. 6 и 7 Кодекса о судоустройстве и статусе судей. Судам должно быть предоставлено право рассматривать конкретные дела и на основании норм международного права, в первую очередь международных договоров Республики Беларусь.

3. В ст. 5 Закона «О Конституционном Суде Республики Беларусь» следует уточнить, что право Конституционного Суда рассматривать дела и давать заключения о соответствии «международных договорных и иных обязательств Конституции и международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь», распространяется на не вступившие в силу для Республики Беларусь международные обязательства. С момента провозглашения решения Суда о признании не соответствующим Конституции не вступившего в силу для Республики Беларусь международного договора, последний не подлежит введению в действие и применению. Это предложение корреспондируется с положением п. 1.2. Декрета Президента Республики Беларусь от 26.06.2008 г. № 14[415] Осуществление превентивного конституционного контроля за соответствием положений заключаемых международных договоров Конституции Республики Беларусь до окончательного выражения согласия на их обязательность позволяет предупредить сложные с технической и политической точек зрения ситуации, требующие прекращения участия государства в международных договорах по причине несоответствия их Конституции.

4. Определение иерархического соотношения между теми актами национального законодательства, которые выражают согласие на обязательность для Республики Беларусь международного договора, и остальными нормативными актами в Законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» либо иерархии нормативных актов, входящих в правовую систему Республики Беларусь, включая международные договоры Республики Беларусь.

На первых порах (пока возникнет возможность внесения изменений в соответствующие законы) нужно прежде всего решить вопросы толкования всех национальных законов, содержащих права и свободы граждан Беларуси.

К сожалению, часто забывают, что эффективность принятых государством на себя международных обязательств, равно как эффективность внутреннего законодательства в сфере защиты прав и

[415] О некоторых мерах по совершенствованию деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь: Декрет Президента Республики Беларусь от 26 июня 2008 г. № 14 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2008. № 158, 1/9829.

свобод граждан, может быть обеспечена только с помощью отрегулированного механизма толкования и применения национальных законов. Именно этот аспект функционирования правового государства является сегодня, на наш взгляд, ключевым и наиболее проблематичным. Огрехи в применении внутренних законов могут препятствовать реализации гражданами Республики Беларусь своих прав, предусмотренных международными обязательствами нашего государства.

В своей деятельности судебные органы государств исходят из презумпции того, что законодатель не имел намерения нарушить международные обязательства государства, и поэтому толкуют законы с учетом этих обязательств. Широкое распространение получил принцип доброжелательного отношения к международному праву, в соответствии с которым расхождения между внутригосударственным и международным правом должны решаться так, чтобы обеспечить реализацию международных норм и не породить международно-правовую ответственность государства.

Как утверждают некоторые российские ученые (проф. И. И. Лукашук), и смысл положения о приоритете применения договора перед законом состоит в том, что если невозможно путем толкования согласовать содержание правил договора с правилами закона, то в данном конкретном случае подлежат применению правила договора. Однако это не отменяет нормы закона, которая подлежит применению во всех случаях, когда не противоречит договору. Этого результата достигают путем толкования, так как предполагается, что национальный законодатель не имел намерения создать ситуацию для нарушения договорных обязательств государства.

Хотя органы правосудия могут выносить решения на основании национального законодательства, это, по нашему мнению, не лишает их права (и обязанности) руководствоваться положениями соответствующих международных договоров, особенно если нормативное содержание этих положений расширяет или конкретизирует то или иное право гражданина, закрепленное в Конституции или соответствующем законе.

Конституционную норму не следует толковать как препятствующую белорусским судам при рассмотрении конкретного дела в полной мере руководствоваться международно-правовым пониманием того или иного права. Пренебрежение таким пониманием может повлечь за собой нарушение принципа *pacta sunt servanda* и будет подтверждено международным контрольным органом (например, Комитетом по правам человека), куда гражданин Республики Беларусь может обратиться в случае нарушения его прав, предусмотренных общепризнанными нормами международного права, закрепленными в Пакте о гражданских и политических правах.

Граждане республики, равно как иностранцы и лица без гражданства, находящиеся на ее территории, должны знать, что для них реализация международно-признанных прав и свобод начинается «снизу», с решений судов и других государственных органов.

5. Полагаем, что имеет смысл определить круг норм международного права, которые могут применяться непосредственно, а также дать разъяснения и рекомендации по их применению и толкованию судами, как это было сделано, например, в ФРГ, Российской Федерации. Высшей инстанцией, решающей вопрос о том, может ли конкретная норма международного права рассматриваться как часть правовой системы Республики Беларусь, является Конституционный Суд Республики Беларусь.

В данных условиях большое значение придается обобщению и унификации практики применения международных стандартов в области прав человека, которое могли бы осуществлять Конституционный и Верховный Суды.

Применение норм международного прав предполагает не только поиск и толкование договоров, но и сопоставление их с законодательством, выбор применяемого права с учетом правил соотношения юридической силы норм разного уровня для вынесения обоснованного решения. Поэтому методика применения международных обязательств включает несколько последовательных этапов.

1. При подготовке решения дело квалифицируется прежде всего с точки зрения законодательства Республики Беларусь. Поскольку ведущей правовой основой системы страны является все же внутреннее право.

2. Следует определить, есть ли в данном законе (нормативном акте) отсылочные нормы к международному праву, т. е. возможно ли и по каким вопросам применение норм международного права, а также какой вариант (схема) действия последних предполагается – совместный с нормами закона, дополнительный или приоритетный.

3. Далее целесообразно узнать, заключен ли договор по соответствующим вопросам. В случае вынесения решения уже на первом этапе, только на основе закона, содержащего отсылки к международному праву, оно (решение) вполне может оказаться непроработанным, неполным или даже необоснованным.

4. Если договора нет, решение принимается в соответствии с законом; если есть, устанавливается наличие юридических условий действия договора. Суд, применяющий правила международ-

ного договора, должен в первую очередь убедиться в том, что Республика Беларусь дала свое согласие на обязательность для нее соответствующего договора одним из способов, установленных Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 года, т. е. в том, что данный договор юридически обязателен для Республики Беларусь. Немаловажное значение может приобрести вопрос об официальных оговорках, сделанных Республикой Беларусь при принятии на себя договорных обязательств, поскольку оговорки, как известно, исключают или изменяют юридическое действие тех или иных положений договора применительно к данному государству.

5. Суд применяет норму международного права с учетом того, что она является частью иной, международно-правовой системы и придает ей тот смысл, который она имеет в этой системе. Суд руководствуется правилами толкования норм международного права.

6. При необходимости суд может запросить мнение ученых и научных учреждений по вопросам, связанных с толкованием и применением норм международного права.

7. Важно также определить, пригодна ли необходимая норма (нормы) международного права для непосредственного применения, т. е. является ли она самоисполнимой. Чтобы быть непосредственно применимыми, нормы международного права должны обладать достаточно конкретным содержанием, способным порождать права и обязанности для физических и юридических лиц. Нормы международного права должны служить юридическим основанием для индивидуальных правоприменительных актов суда. В случае возникновения сомнений по вопросу определения самоисполнимости норм международного права, суд вправе приостановить рассмотрение дела и запросить мнение Конституционного Суда, которое станет в таком случае решающим.

8. Международно-правовые нормы, в отношении которых предусматривается издание регламентирующих их нормативных актов, применяются после издания таких актов и в соответствии с ними.

9. Далее необходимо сравнить, сопоставить нормы договора и соответствующего закона, в итоге чего определить применимое право (в соответствии с правилами соотношения юридической силы двух систем).

10. После всех пройденных этапов принимается решение в соответствии с применимым правом, которым может оказаться не только международное право, но и иностранное право, и внутреннее законодательство Республики Беларусь. Но применение своего закона будет осуществлено уже с учетом международных обязательств государства.

Безусловно, для применения норм международного права нужна особенно высокая квалификация и судей, и сотрудников других государственных органов. Считаем, что в Республике Беларусь сегодня нужно иметь основательную образовательную программу для подготовки практикующих юристов по международному публичному праву в целом и международному праву прав человека в частности. Разработку и осуществление данной программы следует возложить на Институт усовершенствования подготовки судей и кафедру международного права факультета международных отношений БГУ. Более того, необходима хорошо развитая система издания международных договоров, которые, в свою очередь, должны стать настольными книгами парламентариев, судей, адвокатов, представителей исполнительной власти.

Комментарии к двум отчетам по теме «Применение международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия» международного эксперта проекта Дж. МакБрайда[416]

ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящие комментарии сделаны к отчетам, подготовленным г-жой Л. Павловой (отчет Павловой) и г-жой А. Зыбайло (отчет Зыбайло) в рамках мероприятий Проекта ПРООН «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» (далее – Проект).

2. Оба отчета посвящены реализации международных стандартов в сфере прав человека при отправлении правосудия на национальном уровне. Для любой правовой системы выполнение международных обязательств является одной из самых трудных задач, так как это касается не только трансформации довольно широких принципов в конкретный национальный контекст, что часто ведет к необходимости разработки более детальных норм, но и обеспечения должной и последовательной реализации этих норм в различных ситуациях.

3. В этой части Проекта особый акцент делается на отношения между международными стандартами в сфере прав человека и национальной правовой системой, в особенности на вопрос о том, могут ли первые оказать должное влияние на национальную правовую систему.

4. Тем не менее формальные взаимоотношения между двумя нормативными системами могут послужить лишь отправной точкой, поскольку важнейшей целью является эффективная реализация международных стандартов в сфере прав человека на практике. В контексте отправления правосудия эффективная реализация указанных стандартов представляет собой задачу, выполнять которую предстоит многим, а именно судьям, адвокатам, прокурорам, сотрудникам правоохранительных органов, министерств, ведомств, политикам и даже представителям средств массовой информации.

5. В связи с этим важно видеть, как различные участники этого процесса используют указанные стандарты в своей повседневной работе, и определить, есть ли у них соответствующие инструменты для выполнения их обязанностей в соответствии с данными стандартами. И в данном контексте необходимыми условиями являются адекватная подготовка и доступ к важной информации.

6. Вначале комментарии касаются соответствующих международных стандартов в сфере отправления правосудия, применение которых необходимо рассмотреть. Далее рассматриваются возможные варианты реализации, приведенные в обоих отчетах, перед изучением содержащегося в них анализа ситуации в Республике Беларусь. Затем проводится альтернативная оценка проблем, связанных с реализацией международных стандартов в сфере прав человека, на основе практики применения Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Европейская Конвенция). В заключение делается обзор предложений, которые приведены в отчетах по реформам и другим мерам, направленным на более эффективную реализацию международных принципов в сфере прав человека, связанных с отправлением правосудия.

СООТВЕТСТВУЮЩИЕ СТАНДАРТЫ

7. Только в отчете Павловой делаются успешные попытки каким-либо образом определить масштабы международных стандартов в сфере прав человека для целей Проекта. В связи с этим рассматриваются договоры, обычное международное право и документы международных организаций.

8. В ходе обсуждения договоров Пакт о гражданских и политических правах (Пакт) и Европейская Конвенция правильно определяются, как наиболее уместные для Проекта. Тем не менее необходимо также принять во внимание ряд других инструментов, а именно Конвенцию о правах ребенка (в частности, статью 40), Международную конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации (в частности, статью 5а), Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (в частности, статью 15), Конвенцию о правах инвалидов (статью 13), Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания (в частности, статью 15), Рамочную конвенцию о защите национальных меньшинств (в частности, статьи 4 и 10), Конвенцию о статусе апатридов и Конвенцию о статусе беженцев (в частности, статью 16 в обоих документах), поскольку в них также заложены важные требования, касающиеся отправления правосудия в особых контекстах или в отношении особых групп лиц.

---

[416] Джереми МакБрайд (Великобритания), Барристер в Monckton Chambers, г. Лондон; приглашенный профессор Центрально-Европейского Университета, г. Будапешт; член научного комитета агентства Европейского союза по основополагающим правам человека.

9. В отчете Павловой не отмечается, что список прав, не подлежащих частичной отмене, который приведен в Пакте, отличается от аналогичного списка, приведенного в Европейской Конвенции. Однако на практике это не имеет серьезного значения, так как после ратификации Пакта Беларусь уже приняла на себя более широкие обязательства, которые может усилить статья 53 Европейской Конвенции, запрещающая использование ее положений для ограничения прав и свобод, гарантированных другими инструментами.

10. В этом отчете указывается на возможность ограничения многих других прав, однако не устанавливается различие между тем, что в ряде случаев это прямо сформулированное положение, а в других случаях это связано с толкованием. Данное замечание не связано с педантизмом, оно подчеркивает важность связанного с договорами прецедентного права, которому ни один из отчетов не уделяет серьезного внимания. Прецедентное право рассматривается ниже (см. пункты 76–80).

11. В отчете Павловой допущена ошибка – сделано предположение, что право на свободу и безопасность и право на справедливое разбирательство не входят в список положений и прав, которые могут быть ограничены или, вне всяких сомнений, не ограничиваются. Конечно, есть ряд явных ограничений – например, на ведение публичных слушаний – и во многих случаях прецедентное право содержит ряд ограничений в отношении доступа к судебному разбирательству. В чрезвычайных ситуациях могут вводиться определенные ограничения обоих прав, однако их масштаб, вне всякого сомнения, сдерживается защитной ролью, которую играет суд, обеспечивая то, что права, которые не ограничиваются – запрет на применение пыток, не нарушаются. Кроме того, это сдерживается также и неприемлемостью использования доказательств, полученных с применением пыток, бесчеловечного и унижающего человеческое достоинство обращения и наказания.

12. Это может быть связано с [неточным] переводом, тем не менее представляется, что в отчете Павловой делаются ссылки на право доступа к правосудию, которое конкретно гарантировано как Пактом, так и Европейской Конвенцией. Однако важно отметить, что право на такой доступ в плане возможности начать разбирательство фактически явно не выражено в тексте положений, связанных с правом на справедливое рассмотрение (статьи 14 и 6 соответственно). Данные положения касаются только процесса вынесения решения, а в отчете Павловой указывается обратное (см. стр. 3–4 текста на английском языке). Тем не менее в отчете справедливо отмечается, что оба инструмента на самом деле обеспечивают определенную защиту права на доступ [к правосудию]. Однако это вытекает из толкования постановлений Европейского Суда по правам человека (Европейского Суда), Комитета ООН по правам человека (Комитета по правам человека) при рассмотрении соответственно заявлений и информации, которые они уполномочены получать.

13. В качестве уместных в отношении отправления правосудия было бы также полезно определить ряд других положений обоих инструментов, а именно, необходимость тщательного и эффективного расследования случаев смерти и утверждений о плохом обращении (позитивные обязанности, связанные с правом на жизнь и запретом на применение пыток, бесчеловечного и унижающего человеческое достоинство обращения). Это касается и права на эффективную судебную защиту от предполагаемых нарушений прав и свобод, гарантированных Пактом и Европейской Конвенцией (см. статьи 2(3) и 13 соответственно), необходимости судебного контроля как меры защиты там, где на многие права накладываются ограничения (вопрос толкования) и запрета на использование ограничений на ненадлежащие цели в статье 18 Европейской Конвенции, объявляющей вне закона оскорбительные судебные преследования.

14. В отчете Павловой верно указано, что право на справедливое расследование становится принципом международного права, но для отправления правосудия в такой же мере уместен запрет на произвольное задержание в соответствии с обычным международным правом. Последнее имеет особое значение в работе сотрудников правоохранительных органов, а также подчеркивает ту важную роль, которую призваны играть суды, гарантируя, что ни одно лицо не будет неправомерно лишено свободы. Тем не менее обязательства по обычному международному праву, как правило, не выходят за пределы этих же обязательств в договорах о правах человека и их масштаб часто неясен. В целом, договоры о правах человека гораздо важнее для определения мер по отправлению правосудия. В связи с этим вызывает сомнение получение значительных преимуществ в случае реализации предложения, содержащегося в отчете Павловой, и направленного на использование норм законодательства Голландии, которые требуют применять положения обычного международного права, в Республике Беларусь.

15. В отчете Павловой правильно подчеркивается необходимость выполнения решений международных организаций, таких как ООН, ОБСЕ и Совет Европы, которые детализируют и конкретизируют более абстрактные формулировки права. Тем не менее их значение в качестве инструмента толкования следует рассмотреть более полно, и это связано с недостаточной определенностью их формального статуса, в частности, является ли их характер обязательным или рекомендательным. Конечно, говорится, что они обязательны в связи с повелительной формой изложения, однако ис-

пользуемый язык не может изменить тот факт, что у этих субъектов права нет официальных полномочий по разработке общих норм, обязательных для исполнения государствами. Тем не менее это не столь важно, так как более абстрактные формулировки в таких инструментах, как Пакт или Европейская Конвенция, фиксируют обязательство, и данные решения лишь определяют то, что это обязательство за собой влечет.

16. Более того, необходимо заметить, что такое толкование обеспечивают не только решения руководящих органов вышеуказанных организаций; полезное руководство в отношении международных обязательств можно найти в деятельности созданных ими других субъектов права. Особо уместны для отправления правосудия работа Конгрессов ООН по предотвращению преступности и обращению с преступниками, стандарты Комитета по предотвращению пыток, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, а также деятельность Европейской комиссии по эффективности правосудия.

ВОЗМОЖНЫЕ МЕРЫ ПО РЕАЛИЗАЦИИ

17. Эффективная реализация является ключевым фактором для выполнения международных обязательств, принятых в области прав человека, и для этого существует много способов. Однако важно не слишком концентрироваться на методах, хотя они, вне сомнения, играют важную роль. Более пристальное внимание следует уделить тому, что они достигают по сути.

18. В отчете Павловой верно указаны различные средства реализации, приведенные в статье 2 Пакта, однако содержится ошибочное предположение о том, что, не обращаясь к этим средствам, Европейская Конвенция «определяет лишь один метод реализации ее положений – прямое применение ее норм в национальной судебной практике».

19. На самом деле Европейский Суд в отличие от Комитета по правам человека с его позицией по отношению к Пакту никогда не настаивал на формальном включении положений Европейской Конвенции в национальное законодательство (см. пункт 69). В решениях Комитета министров Совета Европы, принятых в рамках реализации его роли согласно статье 46 по надзору за исполнением решений Европейского Суда, никогда не выражалось беспокойство по поводу того, что это не делается.

20. В связи с этим подход Европейского Суда и Комитета министров вполне уместен, так как на практике ни один из методов не обеспечивает полной реализации международных стандартов в любой из национальных правовых систем.

21. Поэтому, как говорится в отчете Зыбайло, невозможно сделать простой выбор между дуалистической и монистической моделями в подходе к международным правовым обязательствам. Даже в тех странах, которые используют монистическую модель, характер определенных международных обязательств – или их восприятие, когда их свойство самоисполнимости не принимается (см. ниже пункты 25–28 и 84–93) – может быть таким, что их реализация на практике невозможна без принятия специального законодательного акта. В реальности ни одна страна не способна полагаться на монистическую модель при реализации своих международных обязательств.

22. Более того, несмотря на то что дуалистическая модель использования конкретных правовых мер может вполне подойти для реализации международных обязательств, многое зависит от (a) того, как это делается – специфика страны, как отмечается в отчете Зыбайло, может сделать это очень проблематичным – а еще больше от (b) толкования данных мер на практике, и, в частности, соответствует ли оно подходу международных организаций – таких, как Комитет по правам человека и Европейский Суд, который приобретает обязательный характер. Без каких-либо исключений это потребует ряда мер, которые в рамках национальной правовой системы придадут силу решениям этих организаций и это, в некотором отношении, монистическая адаптация к дуалистической системе.

23. В отчете Зыбайло верно указывается на отсутствие в международном праве общего требования о придании прямого действия договорам, однако в отчете в основном делается акцент на этот подход в контексте Республики Беларусь.

24. Большая часть отчета Павловой посвящена анализу подходов к реализации международных стандартов в сфере прав человека в нескольких национальных системах. Акцент сделан и на усилия в этой связи на конституционном уровне.

25. В отчете Павловой анализ начинается с США, где, несмотря на положение Конституции, придающее договорам силу высших законов страны, существует не много случаев, когда международные договоры о правах человека непосредственно применяются на территории страны, хотя ее Конституция и законы, по сути, вводят в действие целый ряд их положений. Частично это связано с тем, что США не ратифицировали ряд договоров, и с тем, что суды не считают положения других самоисполнимыми и поэтому могут придавать им законную силу, либо судам препятствуют в придании им такой силы из-за условий, на которых был ратифицирован данный акт.

26. Конечно, имеется четкое различие между положениями договоров, которые являются или не являются самоисполнимыми, т. е. между теми, реализация которых не потребует законодательных мер, и теми, для реализации которых они необходимы для придания судом полной законной силы положению[417]. Тем не менее носит положение договора о правах человека самоисполнимый характер или нет, является предметом не международного, а национального права, как указано в отчете Зыбайло. Для международного права важно выполнение принятых на себя обязательств, и обычно для этого не указываются конкретные средства. Тем не менее, как четко указано в статье 27 Венской конвенции о праве международных договоров, сторона «не вправе ссылаться на нормы национального законодательства в оправдание неисполнения договора».

27. На самом деле в каждой стране свой подход к тому, является ли конкретное положение самоисполняющимся или нет, это зависит и от времени рассмотрения вопроса; больше данных по реализации – особенно в виде прецедентного права – может помочь судам сделать вывод, что конкретное требование договора носит самоисполнимый характер (см. ниже пункты 84–93). Предложенные в отчетах Павловой и Зыбайло соответствующие критерии из опыта Нидерландов и Российской Федерации, могут быть полезными, однако больше внимания следует уделять тому, что происходит на практике. Во многих случаях суды стран принимали очень консервативный подход к применению таких критериев или национальные суды неверно понимали, что влечет за собой положение, даже если они готовы считать его самоисполнимым.

28. Более того, уверенность в изначальной самоисполнимости положений при реализации международных договоров о правах человека является не совсем обоснованной. Это может помочь при пробеле или недосмотре и при конфликте между международной и национальной нормами, но главным средством реализации международных стандартов в сфере прав человека – гражданских, политических, экономических и социальных – всегда будут детальные законодательные меры – Гражданский и Уголовно-процессуальный кодексы и законы, регулирующие назначение и деятельность судей, сотрудников полиции, прокуратуры и адвокатов. Без этих мер невозможно реализовать многие требования к отправлению правосудия, даже если нормы, связанные с правом на свободу и безопасность и правом на справедливое расследование, были правильно определены как в какой-то мере самоисполнимые (см. пункты 86–88).

29. Кроме отличия в подходах, касающегося самоисполнимости, отчеты Павловой и Зыбайло указывают и на то, что конституционные нормы, которые придают ратифицированным договорам силу закона, могут отличаться в деталях. Это особенно касается степени приоритетности, которую они имеют над нормами национального законодательства или – как в Нидерландах – Конституции, но важно отметить, что отчеты не указывают на практическую важность указанных деталей в связи с отправлением правосудия.

30. Тем не менее отсутствие данной информации не является серьезной проблемой, поскольку на практике, как уже указывалось, для прямого введения в действие положений договора в соответствии с Конституцией часто конституционного предписания бывает недостаточно, чтобы обеспечить эффективную реализацию прав человека.

31. Тем не менее по понятной причине на авторов обоих отчетов произвела впечатление ситуация в Нидерландах, где у всех судов имеются полномочия оценивать соответствие норм национальных законов положениям договоров и применять последние, которые носят самоисполнимый характер, в случае противоречия между ними. В отчете Зыбайло правильно отмечен особенно важный факт, что суды используют «данные полномочия без колебаний». Подчеркивается, что при оценке адекватности средств реализации международных стандартов в сфере прав человека самым важным является их реализация на практике. Кроме того, это довольно новое явление и суды других стран, располагающие такими возможностями, не воспользовались ими или делали это очень осторожно (см. пункт 81). В любом случае важно помнить, что применимое в одной правовой системе не всегда можно просто перенести в другую, или это может потребовать значительную подготовительную работу.

32. В отчете Павловой прослеживается связь между принятием в Великобритании Акта о правах человека (1998 г.) и мерами по приданию прямого действия праву Европейского союза, однако это дискретная мера, хотя бы потому, что Европейская Конвенция является инструментом Совета Европы, а не ЕС. Тем не менее Акт 1998 года также не предоставляет Европейской Конвенции права прямого действия, требуя использовать ее нормы для толкования действующих и будущих законов и, в частности, налагает обязательство обеспечить толкование, соответствующее требованиям Европейской Конвенции. В случаях, когда невозможно обеспечить соответствующее толкование Европейской Конвенции, данное обязательство не может потребовать от судов ввести в действие ее

[417] См. T. Buergenthal, «Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law», 235 *Recueil des cours*. 1992. С. 303–400.

положения. В таком случае суды могут лишь заявить о несовместимости закона или нормы и законодателям предстоит разрешить данное противоречие.

33. На практике эта проблема встречается редко, так как обеспечение совместимого толкования, как правило, реально. И это подчеркивает еще одну важную роль, которую суды могут сыграть в реализации международных стандартов в сфере прав человека, для чего, однако, необходимо знание указанных стандартов и наличие нормы – возможно, подкрепленной положением закона – чтобы ввести их в действие в конкретной ситуации.

34. В отчетах Павловой и Зыбайло делается ссылка на специальную программу обучения и подготовки судей и усилия по повышению информированности общественности, которые также важны для обеспечения прямой реализации международных договоров в судах Нидерландов, несмотря на то что это в большей степени связано с мерами Европейского союза – для которых имеется дополнительный стимул в виде отношений инстанционности между судами в Нидерландах и Европейским судом, а не договорами о правах человека.

35. Несмотря на данное предостережение, не следует недооценивать значимость обучения и подготовки для обеспечения эффективной реализации. Например, в Великобритании все судьи прошли курс подготовки по Европейской Конвенции после принятия Акта о правах человека в 1998 г. и вступление Акта в силу было отложено до его завершения. Данный курс очень положительно повлиял на способность судов рассматривать вопросы, касающиеся прав и свобод по Европейской Конвенции. Аналогичный результат был получен недавно в Украине после проведения программы подготовки всех судей по Европейской Конвенции в начале нынешнего десятилетия.

36. Такой опыт важнее официального статуса международных договоров в сфере прав человека и его следует внедрить в Беларуси как часть мероприятий, нацеленных на обеспечение эффективной реализации таких договоров.

37. К сожалению, в отчетах не приводится конкретных примеров о практике в рассматриваемых странах, лишь упоминается, что ситуацию во многих странах Европы можно использовать при обсуждении ниже реализации Европейской Конвенции (см. пункты 66–109).

38. В позиции, отмеченной в отчете Павловой, есть потенциальное преимущество, касающееся стран, где договоры, противоречащие Конституции, не могут быть ратифицированы или для этого требуется обязательное изменение Конституции, ибо такое ограничение может подтолкнуть соответствующую страну к анализу положения дел до ратификации, а затем будут приняты необходимые меры. Однако в отношении Пакта для Беларуси это не даст практических результатов, так как он был ратифицирован задолго до того, как эффективной реализации стали уделять серьезное внимание. В любом случае вряд ли договор в сфере прав человека будет противоречить положениям Конституции, хотя во Франции выражали озабоченность в связи с договорами, которые гарантировали права меньшинств, поскольку Конституция страны гарантирует равенство граждан и в этой связи вначале потребовалось изменить Конституцию страны.

39. Следует отметить, что страны, где были проведены серьезные исследования соответствия норм национального законодательства и практики требованиям Европейской Конвенции, внося необходимые изменения или делая оговорки с определением проблем, достигли наибольших успехов в области ее реализации, по крайней мере, судя по числу обращений в Европейский Суд. Проведение анализа соблюдения требований международных стандартов, с учетом в полной мере требований, разработанных в рамках прецедентного права, было бы полезным дополнением к другим мерам, обеспечивающим реализацию данных стандартов, так как это поможет определить наличие пробелов в законодательстве и на практике. Такой анализ необходимо провести перед ратификацией новых договоров. Было бы полезным во всех отношениях, чтобы законодатели рассмотрели результаты анализа после комментариев со стороны гражданского общества по поводу выводов указанного анализа.

40. В связи с этим интересно заметить, что в отчете Зыбайло уделено определенное внимание международным стандартам, которые принимаются во внимание при разработке норм национального законодательства. Тем не менее практических примеров процесса не приводится. Это печально, так как, невзирая на возможную важность положений, которые в некоторой форме придают прямое действие указанным стандартам, первичной основой для реализации прав человека будут нормы национального законодательства, которые прокуроры, полиция и даже суды призваны использовать в своей повседневной работе. На самом деле эти нормы им легче использовать, нежели чем международные инструменты, что связано с тем, как последние сформулированы.

41. В связи с этим уместно уделить больше внимания методам, направленным на то, чтобы при разработке и последующем толковании учитывались требования международных стандартов в сфере прав человека. Последнее зависит от судов, у которых имеется основа для их рассмотрения, при этом первое требует вовлечение правительств и парламентов в процесс, схожий с процессом определения совместимости, рассмотренным в предыдущем параграфе.

42. В случае с правительством может потребоваться правовой анализ конкретного проекта – его может провести сотрудник-юрист или специализированный орган (например, Государственный Совет в Бельгии) – для законодателей это может потребовать анализ до принятия закона (осуществляемый, например, Совместным комитетом по правам человека в Великобритании) или его опубликования (Конституционный Совет во Франции).

43. В целом, из практики сравнения можно извлечь урок, говорящий об отсутствии единого решения для эффективной реализации международных стандартов в сфере прав человека. Такая реализация возможна лишь при сочетании мер и продолжении анализа их действия на практике.

ПОЛОЖЕНИЕ ДЕЛ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

44. Из отчетов Павловой и Зыбайло следует, что формально Республика Беларусь приняла подход ряда стран Европы, который обеспечивает договорам прямую юридическую силу, однако при этом они должны соответствовать Конституции.

45. В отчете Павловой также предлагается, чтобы нормы международного права – из текста не ясно, отдельные или все нормы обычного международного права – считались превалирующими над национальными нормами и Конституцией. В связи с этим нельзя ничего сказать, так это касается права Республики Беларусь, с которым автор не знаком. Однако, поскольку данная точка зрения основана на международных нормах, например, Уставе ООН и Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г., представляется, что здесь, к сожалению, происходит смешение неоспоримой обязанности по выполнению международных обязательств с используемыми для этого методами. Полагаю, что в международном праве нет ничего, что бы требовало формального придания таким нормам приоритета, несмотря на то что это должно происходить на практике, если страна не намеревается нарушать принятые на себя обязательства.

46. В нынешнем контексте нет необходимости искать такую приоритетность, ибо она не имеет реального значения для эффективной реализации международных стандартов в сфере прав человека, касающихся отправления правосудия. Может показаться необычным, но более важная задача состоит в том, чтобы обеспечить соблюдение международных стандартов в сфере прав человека за счет детально разработанных законов и практики отправления правосудия.

47. В отчетах Павловой и Зыбайло указывается на неопределенность положения, занимаемого договорами в иерархии правовых норм, следующих за Конституцией. Это очень прискорбно, так как их применение не стимулируется и создается путаница в вопросе их действия. Но такая неопределенность не должна быть формальным барьером для учета требований международных договоров в сфере прав человека при толковании и применении положений Конституции и национальных законов. На практике именно это, а не прямой конфликт между национальными и международными стандартами, происходит чаще всего в случае, когда международные стандарты не действуют. Такой толковательный подход также сможет помочь решить проблему, приведенную в отчете Зыбайло, а именно – Конституция «при отправлении правосудия не дает судам права применять нормы международного права», так как они должны применять нормы национального законодательства, но при этом международные стандарты используются как руководство при определении их смысла.

48. Однако если договорам о правах человека должна придаваться сила закона, вне всяких сомнений, было бы предпочтительнее, чтобы они превалировали над всеми законами, независимо от того, приняты они до или после ратификации, нежели – как предлагается в отчете Зыбайло – могли быть отменены принятыми позднее законами, так как это дает положениям соответствующих договоров большую стабильность. Это, конечно, лишь практическое рассуждение, так как – в отличие от того, что гласит отчет Зыбайло – факт, что норма позднее принятого закона заменит норму договора, не обязательно приведет к нарушению общих принципов международного права или Венской конвенции о праве международных договоров; оно будет иметь место лишь при отсутствии другой правовой базы для придания силы соответствующему обязательству по договору, так как страны, в целом, свободны в выборе средств исполнения своих международных обязательств.

49. В отчете Зыбайло не указано, является ли последующая отмена обязательств по договору в сфере прав человека проблемой на практике. Если да, то, конечно, потребуются меры для прекращения этого или в процессе подготовки проекта, или посредством постоянного придания приоритета международным договорам в сфере прав человека. Еще одно возможное решение проблемы: разрешить отмену актом законодательства, при этом требованием для вступления его в силу должно быть явно выраженное указание на то, что это является целью данного акта. Это привлечет внимание к такому важному шагу и может сильно помешать его осуществлению. Такой подход показал свою эффективность в Великобритании в отношении мер, потенциально затрагивающих нормы права Европейского союза и Акта о правах человека 1998 г.

50. Упомянутое в отчетах Павловой и Зыбайло включение ряда международных норм в законодательство с определенным приоритетом – например, в Гражданский Кодекс 1998 г. – потенциально полезный инструмент, но было бы гораздо легче судить о нем при наличии четких пояснений о его использовании на практике. В ряде случаев международные нормы подлежат непосредственному применению, однако, как в случае с Уголовно-исполнительным кодексом 1999 г., лишь совместно воздействуют на регулируемую деятельность, не имея никакого приоритета. Не указано, в какой мере это полезно, да и полезно ли вообще на практике, при этом здесь может возникнуть путаница.

51. В любом случае в отчетах явно не указано, что этот инструмент был особенно важным в отношении международных стандартов в сфере прав человека, так как представляется, что он касается вопросов с международным элементом, включая иностранных граждан, процедуру экстрадиции, дипломатические и консульские миссии. Более того, использование для целей реализации общих ссылок на данные стандарты может быть проблематичным на практике, поскольку может быть неясным, какие же стандарты будут применяться. Вместе с тем из приведенной информации трудно понять, что такая ссылка может на практике добавить к конституционному требованию о придании договорам силы или почему парламент счел такую ссылку уместной. Кроме того, если договоры имеют приоритет, существует возможность для путаницы, упомянутой в отчете Зыбайло, так как это противоречит общему подходу Конституции в отношении договоров.

52. Возможно, более полезным является конкретное требование применять международные стандарты совместно с нормами Уголовно-процессуального кодекса с приоритетом первых. Тем не менее не указано, какое у него было влияние, то же самое можно сказать и о сопоставимых требованиях в Трудовом кодексе и документах, направленных на выполнение конкретных договорных обязательств, например, по беженцам и апатридам.

53. Тем не менее вывод в отчете Павловой о том, что механизмы в Беларуси содержат «предпосылки для применения международных обязательств в работе судов и иных правоприменительных органов», по меньшей мере, оправдан.

54. Однако в данном контексте реальное значение имеет лишь практика.

55. В связи с этим с 1997 г. в решениях Конституционного Суда было свыше ста ссылок на международные стандарты в сфере прав человека, тем не менее другие суды ссылались на них гораздо реже.

56. Однако невозможно оценить значение данных ссылок, так как приведенный в отчете Павловой анализ не содержит конкретных деталей, которые могли бы указать на их качество или влияние. В связи с этим возникают важные вопросы: Ссылались ли суды на все уместные стандарты? Правильно ли они их поняли? Учитывались ли решения Комитета по правам человека и Европейского Суда в их работе? Можно ли сказать, что ссылки оказали решающее воздействие на решения судов?

57. В отчете Зыбайло нет информации о нынешней судебной практике Верховного Суда, однако это не выглядит особенно важным. Отсутствие такой информации может указывать на трудности в ее поиске, и, следовательно, анализе. Если это так, то такая ситуация вызывает сожаление как из-за ограниченности отчетов при описании нынешней ситуации, так и из-за отсутствия широкого распространения судебной практики, что серьезно затрудняет стимулирование применения международных стандартов для юридической мотивировки, а также выступлений юристов в судах. Только если решения будут содержать четкое послание об уместности ссылки на такие стандарты при вынесении судебного решения, это будет происходить чаще, а со временем и более компетентно. Этот вопрос, вне сомнения, требует решения для более эффективного применения международных стандартов в сфере прав человека в судопроизводстве.

58. В связи с этим обнадеживает, что в отчете Зыбайло указывается, что решения Конституционного Суда о применении норм международного права уместны и для других судов Республики Беларусь. Однако очень жаль, что эти решения не ссылаются на конкретные статьи или пункты международных правовых актов, а лишь констатируют факт их нарушения, так как это вряд ли поможет другим судам понять методику применения международных стандартов в сфере прав человека.

59. В то же время также печально, что в отчете Зыбайло отсутствуют ссылки на прецедентное право Комитета по правам человека и Европейского Суда, касающееся применения международных инструментов, поскольку, как уже указывалось, лишь рассмотрение прецедентного права позволит реально оценить, что эти стандарты за собой влекут. Это не противоречит оценке значения применения Конституционным Судом международных стандартов, содержащейся в отчете Зыбайло. Конечно, решения могут обеспечить соблюдение этих стандартов и определить место договоров в национальной правовой системе, но нынешний подход не очень помогает другим применять эти стандарты. Используемая без учета прецедентного права аргументация может неверно ориентировать.

60. В отчете Павловой предприняты определенные попытки объяснить причину ограниченного применения международных стандартов в сфере прав человека, а именно отмечается, что прежде всего их использование не указано среди их полномочий – то же указано и в отчете Зыбайло – это проблемы, которые связаны с общей организацией исполнения международных обязательств, особенно актов межгосударственных образований, а также потенциально противоречивыми подходами к реализации конкретных законов, таких как упомянутые выше, и недостаточной подготовкой судей в сфере международного права.

61. Первые два пояснения отражают чрезмерно формальный подход к закону и не являются естественными препятствиями для эффективной реализации многих международных стандартов в сфере прав человека, поскольку, как уже было указано (см. пункт 61), их можно с пользой применять при толковании и применении национальных норм независимо от статуса стандартов. Однако проблему использования международных стандартов в сфере прав человека можно решить, давая более четкие указания о направлениях их использования. Третье пояснение является конкретным проявлением двух первых, а четвертое имеет серьезное значение; без хорошего знания соответствующих международных стандартов в сфере прав человека трудно ожидать, что судьи смогут сыграть свою роль в их реализации. Тем не менее, несмотря на то что подготовка и распространение материалов может решить вопрос ознакомления с ними, остается аспект культуры, который связан с желанием эффективно использовать международные стандарты в сфере прав человека. Данный аспект рассматривается ниже, в процессе анализа опыта применения Европейской Конвенции (см. пункты 99–100).

62. В отчете Зыбайло отмечается, что прокуратура обязана осуществлять надзор за соблюдением гарантированных государством прав и свобод граждан, закрепленных в Конституции Республики Беларусь, законодательных актах, и предусмотренных международными обязательствами Республики Беларусь. Несмотря на то что надзор является одним из инструментов защиты прав и свобод, которые предусмотрены международными стандартами в сфере прав человека, гарантии права на эффективную судебную защиту и права на доступ к правосудию гораздо сильнее подчеркивают возможность для потенциальных жертв обратиться в суд для защиты своих прав и свобод, которые были нарушены. Это правильно признается в отчете Зыбайло – указывается, что «в любой стране права и свободы человека эффективно реализуются лишь тогда, когда в случае их нарушения пострадавшие имеют возможность обратиться за судебной защитой своих прав». Это требование следует отражать при любых реформах мер по реализации международных стандартов в сфере прав человека.

63. Важно обеспечить, чтобы суды могли применять международные стандарты в сфере прав человека, принятые Республикой Беларусь. Для этого нужны как должная формальная основа для их применения, так и практические инструменты, обеспечивающие судебную защиту прав и свобод. Чтобы данные стандарты применялись в реальности, а не абстрактно, судьи должны быть полностью осведомлены о том, как они истолковываются в международном судопроизводстве и что они точно уместны для ситуации в Беларуси.

64. При этом усилия, направленные на применение международных стандартов в сфере прав человека, следует нацелить и на всех других участников процесса отправления правосудия, что правильно признается в отчете Зыбайло. Указывается, что часто этому не уделяется должное внимание, иначе не возникали бы излишние проблемы и у отдельных лиц был бы доступ к соответствующем рекомендациям о том, как получить возмещение, на которое они вправе претендовать.

65. Норма Конституции, отмеченная в отчете Зыбайло, о праве лица обращаться в международные организации для защиты своих прав и свобод является важным нововведением и, несомненно, дополняет обязательство – подразумеваемое в случае с Пактом и явное в случае с Европейской Конвенцией (в статье 34) – не мешать эффективной реализации права направлять заявления или письма в адрес Комитета по правам человека и Европейский Суд. Однако обращение в международные организации всегда дополнительное средство защиты; согласно международным стандартам в сфере прав человека первичные средства защиты – национальные механизмы, которые должны быть наиболее эффективными. Обращение к международным процедурам, к сожалению, означает, что на национальном уровне не выполняются принятые [страной] обязательства (см. ниже пункты 66–71). Этот факт должным образом признается в отчете Зыбайло.

ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ

66. Наряду с демонстрацией значительной продуктивности, ежегодная статистика Европейского Суда свидетельствуют об удручающе низком уровне реализации Европейской Конвенции. В течение 2007 г. было подано свыше 54000 заявлений и к концу года число заявлений, подлежащих

рассмотрению, достигло почти 104000[418]. Более того, в течение этого года было вынесено свыше 1700 решений суда, и в большинстве из них было выявлено нарушение одного или более положений Европейской Конвенции.

67. Вне сомнения, статистика никогда не дает всей картины и некоторые могут сказать, что ежегодно 90 – 95 процентов заявлений признаются недопустимыми и этот факт является подтверждением хорошей реализации Европейской Конвенции. Тем не менее такая точка зрения ведет к самоуспокоенности. Во многих заявлениях, сочтенных недопустимыми, приведены ужасные истории и часто они отклоняются лишь потому, что поздно подаются в Европейский Суд или потому, что не были использованы все средства на национальном уровне, а это дает почву для утверждений о неисчерпанности, несмотря на то что успешный результат далеко не гарантирован. Действительно, во многих случаях недостатки заявлений, которые отклоняются, сами по себе являются просто отражением того, что положения Европейской Конвенции не в полной мере включены в правовые системы Высоких Договаривающихся Сторон. Эти отклонения являются неизбежным следствием неадекватного понимания или знания адвокатов, представляющих соответствующих заявителей в Европейском суде.

68. Более того, несмотря на то что число случаев, когда Европейский Суд выявил имевшие место нарушения, может показаться довольно небольшим, учитывая, что сейчас число Высоких Договаривающихся Сторон составляет сорок семь, часто они касаются многих заявителей и являются лишь проявлением более широкой проблемы, иногда подтвержденной не только в самих заявлениях, которые отклоняются из-за неприемлемости, но и в отчетах других межгосударственных надзорных механизмов и неправительственных организаций, которые освещают ситуацию с правами человека в государстве-ответчике. Кроме того, суть этих дел часто повторяется, будь то вопрос, по которому решение уже принималось против того же государства-ответчика, или против другого, когда последствия для нынешнего государства-ответчика носят очевидный характер. Существование такого количества повторяющихся дел, в частности, подчеркивает неэффективность реализации в странах – членах Совета Европы прав и свобод, гарантированных Европейской Конвенцией[419].

69. Проблема реализации состоит не в том, какой статус имеет Европейская Конвенция в национальном законодательстве, так как сейчас ее положения, тем или иным образом, стали частью права Высоких Договаривающихся Сторон[420]. Это не всегда было так, тем более что Европейский Суд сделал заявление, что такое включение не было в числе важнейших требований Европейской Конвенции для Высокой Договаривающейся Стороны[421]. Тем не менее такая точка зрения не препятствует значительным усилиям по реализации Европейской Конвенции в странах, где она автоматически не стала частью законодательства через ратификацию. Это имеет место, но о том, что факт включения норм Европейской Конвенции в той или иной форме [в национальное право] не воспрепятствовал, да и сейчас не препятствует нарушениям гарантированных прав и свобод, часто забывали. На самом деле факт официального включения стал причиной самоуспокоенности ряда Высоких Договаривающихся Сторон в отношении выполнения взятых на себя важнейших обязательств согласно статье 1 Европейской Конвенции. Как признал Европейский Суд, важнейшим аспектом остаются меры, принимаемые по эффективной реализации норм Европейской Конвенции на практике, а не включение их в национальное право.

70. Неудача в обеспечении полной реализации норм Европейской Конвенции, вне всякого сомнения, прежде всего связана с действием (бездействием) со стороны исполнительной и законодательной власти и требуются серьезные усилия для изменения практики и введения соответствующих новых процедур, а именно: эффективного обучения, надзора за деятельностью должностных лиц и детального изучения законопроектов с целью предотвращения нарушений[422]. Так, основная ответственность за неисполнение требований Европейской Конвенции лежит на исполнительной и законодательной власти, однако и суды также вносят свой вклад в их неправильную реализацию.

---

[418] См. Part XII of the Court's *Annual Report 2007*.

[419] Было сделано предположение, что наличие таких дел отвлекает Европейский Суд от выполнения его «важнейшей роли», т.е. вынесения решений по более важным делам, касающимся толкования и применения Конвенции (*Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, 15 ноября 2006 г., пункт 35), но при всех достоинствах этой точки зрения, нет никаких сомнений, что неуклонно растущее число индивидуальных обращений согласно статье 34 является отражением факта несоблюдения Высокими Договаривающимися Сторонами через национальные институты (включая суды) своего обязательства в соответствии со статьей 1 обеспечить права и свободы, гарантированные Европейской Конвенцией, каждому лицу в рамках их юрисдикции.

[420] Всеобъемлющее исследование национального статуса Европейской Конвенции можно найти в работе R. Blackburn и J Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (2001).

[421] Напр., *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden*, 5614/72, решение от 6 февраля 1976 г., пункт 50.

[422] Ни одна из мер не была предпринята в полном объеме, но положение дел улучшилось, в частности, благодаря реализации программ помощи и содействию со стороны межправительственных и неправительственных организаций.

Они вовлечены хотя бы в связи с тем, что часто являются последней инстанцией, рассматривающей суть дела перед тем, как его рассмотрение начнется в Страсбурге – результат требования исчерпать все возможности внутри страны – и, конечно, ряд жалоб о нарушениях Европейской Конвенции связан с деятельностью судебной системы.

71. При обеспечении эффективной реализации Европейской Конвенции – и в той же мере это касается Пакта – суды столкнутся с тремя видами трудностей. Во-первых, требования Европейской Конвенции считаются нечеткими и поэтому их невозможно должным образом реализовать. Во-вторых, предполагается, что суды не всегда могут реализовать требования Европейской Конвенции без принятия соответствующих законодательных актов. В-третьих, считается, что реализации препятствует отсутствие соответствующих ресурсов, причем как персонала, так и доступа к литературе и аргументации. Данные трудности, по крайней мере, в ряде случаев взаимосвязаны и в какой-то мере реальны. Тем не менее нет оснований считать их непреодолимыми, но решение этой проблемы, вне сомнения, потребует более серьезных усилий, даже если это потребует действий не в одной стране, а коллективных шагов со стороны государств – членов Совета Европы.

Отсутствие ясности

72. Предположения о том, что в Европейской Конвенции нет достаточной ясности, чтобы ее могли применять национальные суды, высказывались неоднократно с момента ее принятия, и в качестве типичного комментария можно привести высказывание английского судьи лорда Деннинга: «В ней содержатся общие заявления принципиального характера. Они способны привести к значительным затруднениям в процессе реализации, так как дают почву для большого числа неопределенностей. Их не так легко привести в систему»[423]. Данные комментарии делались в противовес методу анализа конкретных ситуаций в общем праве вместе с его очень детальным законодательством. Тем не менее критика в отношении требований Европейской Конвенции звучит не только от адвокатов и судей из стран с системой, основанной на общем праве. Это неудивительно, так как в ней используются концепции «арест» и «задержание», означающие совсем разное в правовых системах Высоких Договаривающихся Сторон. Более того, несмотря на то что во всех правовых системах, в которых должна применяться Европейская Конвенция, есть другие, более широкие концепции «национальная безопасность» и «общественная безопасность», их как раз легко применять при всех различиях вкладываемых значений, которые зависят от таких факторов, как история, культура и социальная среда. В дополнение, в Европейской Конвенции используются термины с довольно разным резонансом, в зависимости от того, какой из двух официальных языков используется, например «гражданские права и обязательства» и «права и обязанности гражданского характера» в статье 6.

73. Более того, Европейская Конвенция не является статическим инструментом, и развитие ее толкования может привести к достаточно разным выводам, относящимся к требованиям конкретных положений и основанным на предположительно изменяющемся консенсусе, который, вероятно, отражает преобладающую, а не единую точку зрения Высоких Договаривающихся Сторон[424]. Это также инструмент, которому придается более глубокое значение по сравнению с буквальным прочтением текста. Так, например, использование таких терминов, как «законный» и «предписанный по закону» не ограничено, по сути, требованием о наличии формальной правовой базы для ограничения прав и свобод, так как здесь также подразумевается, что использование разрешенных ограничений не будет произвольным и будет реализовано в соответствии с положением, которое будет как приемлемым, так и предвидимым[425].

74. Может быть, даже более требовательным выглядит тот факт, что Европейская Конвенция представляет собой инструмент, которому должно придаваться целевое назначение, и в связи с этим такие требования, как право на доступ к правосудию и запрещение самооговора, должны, как уже отмечалось выше (см. пункт 12), читаться в тексте статьи 6, которая в отличие от большинства других представляет собой положение, являющееся довольно точным в своей формулировке[426].

75. Изменяющиеся обстоятельства, в которых применяется Европейская Конвенция, также бросают вызов. Конечно, вряд ли разработчики могли себе представить, что Европейскому Суду придется разбирать дела, связанные с признанием изменения пола[427], использованием добровольной

---

[423] *См. Chief Immigration Officer, ex parte Salamat Bibi* [1976] 3All ER 843 at 847.

[424] См., например, *Sheffield and Horsham v United Kingdom* [GC], 22985/93 и 23390/94, 30 июля 1998 г. и *Christine Goodwin v United Kingdom* [GC], 28957/95, 11 июля 2002 г. по вопросу о признании перемены пола.

[425] См., например, *Silver and Others v United Kingdom*, 5847/72 et al, 25 марта 1983 г. и *Witold Litwa v Poland*, 26629/95, 4 апреля 2000 г.

[426] См. *Golder v United Kingdom,* 4451/70, 21.02 1975 и *Funke v France*, 10828/84, 25.02 1993.

[427] См. дела, приведенные в сноске 9.

эвтаназии[428], а также невозможностью получения двумя незамужними сестрами такого же освобождения от налога на наследство после смерти одной из них, которым пользуются оставшиеся в живых супруги или партнеры по однополому браку[429]. Это лишь небольшая часть дел, рассмотрение которых является подтверждением того, что Европейская Конвенция уместна даже через 58 лет после ее принятия.

76. Несмотря на трудности, гораздо менее оправданной является ссылка на проблему ясности сегодня, даже когда это касается потребности уравновесить конфликтующие интересы в четко ограниченных правах, которые приведены в статьях 8–11, и, в частности, применить изменяющуюся концепцию предела оценки[430]. Это связано с наличием целого ряда указаний по этим и другим вопросам в прецедентном праве Европейского Суда (когда лорд Деннинг делал комментарии, практически не было соответствующего прецедентного права), не говоря уже об их доступности[431].

77. Всегда будут дела, которые потребуют рекомендаций Европейского Суда и, вне сомнения, в ряде случаев его решения могут счесть непонятными или даже рассеянными[432]. Однако Европейский Суд уже рассматривал очень многие аспекты, связанные с Европейской Конвенцией, которые предстоит рассмотреть национальным судам, пусть в некоторых случаях в слушаниях участвовала и другая Высокая Договаривающаяся Сторона. Даже если Европейский Суд не рассмотрел какой-то вопрос, необходимая методология будет очевидной для тех, кто ее ищет.

78. Это не означает, что национальный суд и Европейский Суд в Страсбурге не могут обоснованно прийти к разным выводам о требованиях Европейской Конвенции в конкретной ситуации. Однако это может на самом деле случиться, только если должным образом было учтено прецедентное право, но, к сожалению, оно часто игнорировалось, слишком быстро отклонялось или применялось в очень узком смысле[433].

79. Более того, даже если допустить наличие определенных проблем с пониманием якобы трудной методологии, связанной с реализацией Европейской Конвенции и ее прецедентного права, реальная трудность с приданием силы требованиям Европейской Конвенции представляется меньшей при поиске правильного соотношения между конфликтующими интересами – для которых прохождение дела от национального суда до Страсбурга может быть полезно для прояснения позиции согласно Европейской Конвенции, а не при применении относительно более простых положений статей 5 и 6 и в случае потребности в более формальной правовой основе для любого ограничения права на свободу.

80. Поэтому в прецедентном праве давно и четко подтверждено, что задержание более чем на семь суток до первого судебного заседания неприемлемо для целей статьи 5(3) – на самом деле, даже если этот срок значительно превышает тот, который повсеместно будет принят – однако дела поступают в Страсбург, так как национальные суды не порицали должным образом задержания на больший срок[434]. Более того, даже если обвиняемый предстал перед судом, во многих ситуациях вообще не изучается правомерность дальнейшего задержания, продленного прокурором, и не принимается мер, несмотря на очевидный факт, что время лишения свободы с момента помещения лица под стражу и до доставки в суд было необоснованно длительным[435]. То же можно сказать о медлительности судебного надзора за законностью задержания[436] и о недостаточно широком исследовании судом оснований для такого задержания[437], не говоря уже об отсутствии должной реакции на отложения судебных слушаний по гражданским и уголовным делам, ведущие к необоснованным задержкам, противоречащим статье 6[438].

---

[428] Например, *Pretty v United Kingdom* (2346/02), 29 апреля 2002 г.

[429] Например, как в деле *Burden and Burden v United Kingdom* [GC], 13378/05, 29 апреля 2008 г.

[430] *Например,* подход к делам *Lingens v Austria*, 9815/82, 8 июля 1986 г. и *Muller v Switzerland*, 10737/84, 24 мая 1988 г. 9815/82. Первое касалось ограничения выражения взглядов политиками, а второе касалось усилий, направленных на защиту общественной морали.

[431] Кроме прецедентного права имеется целый ряд аналитических документов. Ниже обсуждается проблема доступности прецедентного права.

[432] Например, правомерность включения права не свидетельствовать против себя в гарантию на беспристрастное рассмотрение согласно статье 6, притом, что в отличие от статьи 14 Пакта об этом конкретно не говорится, не была пояснена Европейским Судом в деле *Funke v France*, 10828/84, 25 февраля 1993 г.

[433] Напротив, полное рассмотрение прецедентного права может привести к тому, что Европейский Суд будет считаться с выводом, сделанным на национальном уровне; см. *Tammer v Estonia*, 41205/98, 6 февраля 2001 г.

[434] См., например, *Pantea v Romania*, 33343/96, 03.06.2000 и *Ahmet Özkan и Others v Turkey*, 21689/93, 06.04.04 г.

[435] См., например, *Ilijkov v Bulgaria*, 33977/96, 26.07.01 г. и *Ньseуэп Esen v Turkey*, 49048/99, 08.08.06 г.

[436] См., например, *M B v Switzerland*, 28256/95 30.11.2000 г. и *Jablonski v Poland*, 33492/96, 21.12.2000 г.

[437] См., например, *I I v Bulgaria*, 44082/98, 09.06.05 г. и *Ньseуэп Esen v Turkey*, 49048/99, 08.08.06 г.

[438] См., например, *Guiraud v France*, 64174/00, 29.03.05 г. (10 лет и 3 месяца на расследование, которое заняло более 6 лет и 8 месяцев и три уровня отправления правосудия) и *Munari v Switzerland*, 7957/02, 12.07.05 г. (9 лет, 11 месяцев и 12 дней на одном уровне отправления правосудия).

81. Кроме того, удивительно, что в Страсбург до сих пор поступают дела, где национальные суды никогда не подвергали сомнению наличие правовых оснований для таких мер, как обыск или прослушивание переговоров, но их отсутствие было очевидным для Европейского Суда, и это было единственным основанием для заключений о нарушении Европейской Конвенции[439].

82. Ни один из этих вопросов не является очень трудным и не требуют тщательного ознакомления с судебной практикой Европейского Суда. На самом деле это одни из основных правовых задач, с которыми должен справиться любой судья. Эти недостатки в применении Европейской Конвенции можно исправить за счет обучения, однако их будет невозможно искоренить без серьезных усилий по изменению устоявшихся взглядов на отношения между индивидуумом и государством. Это потребует укрепления уверенности судей, чтобы они уверенно и комфортно использовали свое право на независимость, как того требует Европейская Конвенция и членство в Совете Европы.

83. Еще одна проблема, влияющая на ясность, касается качества перевода текста Европейской Конвенции на другие, не являющиеся официальными, языки. Как показывает различие в текстах на английском и французском, непросто точно перенести концепцию, используемую в одном языке, в другой язык[440]. Очень жаль, но судьи и адвокаты часто жалуются на качество перевода некоторых терминов Европейской Конвенции на другие языки, кроме английского и французского. Обычно для них это не проблема, так как они жалуются, хорошо зная реальные требования Европейской Конвенции. Однако такие ошибки и погрешности в переводе могут ввести в заблуждение других, и их следует либо исправить, либо национальные суды должны пояснить, что приведенную формулировку следует понимать согласно толкованию Европейским Судом текста на английском и французском языках. То же можно сказать и о переводе текстов других международных стандартов в сфере прав человека.

Отсутствие компетенции

84. Проблема, с которой сталкиваются национальные суды при реализации норм Европейской Конвенции, состоит в отсутствии полной ясности в отношении того, что же требуется. Также возникает вопрос, входит ли выполнение данного требования в компетенцию суда. Конечно, сам факт того, что нормы договора стали частью законодательства страны, вовсе не означает достаточность этого для выполнения принятых [страной] обязательств.

85. Довод государств-ответчиков, что положения Европейской Конвенции не носят самоисполнимый характер, не был воспринят Европейским Судом и был твердо, но вежливо отвергнут с учетом невозможности ссылки на нормы Конституции в оправдание неисполнения международных обязательств, и в этой связи необходимость для Высокой Договаривающейся Стороны найти необходимые средства означает использование любых мер[441].

86. Даже если возможный несамоисполнимый характер положений Европейской Конвенции может быть существенной чертой нарушения, это не учитывается Европейским Судом, хотя ряд судей сделали это, выразив особое мнение, например, судьи Валтикос и Матчер в деле *Киулля против Италии*[442] в отношении права на компенсацию в соответствии со статьей 5(5) за лишение свободы в нарушение Европейской Конвенции. По их мнению, «даже если национальное право включает нормы Конвенции, трудно понять, как национальный суд может ввести в действие положения параграфа 5 статьи 5, если нет более четкого положения в национальном праве, дающего практически значимое пояснение содержания данной нормы“[443]. Конечно, какие из положений Европейской Конвенции считать несамоисполнимыми, будут решать национальные суды, и по этому вопросу Европейский Суд официально не может дать рекомендаций. Сколько бы национальные суды непосредственно не рассматривали этот вопрос – в противовес, может быть, фактически более частым решениям с таким обоснованием, которое не очень подробно рассматривается в мотивировке – всегда отмечался очень консервативный подход к возможности реализации какого-либо положения, особенно в первые годы после ратификации. Например, ряд национальных судов принял решения не считать самоисполнимыми положения статей 5, 6, 11 и 13 полностью, в то время как другие не испытывали затруднений с их применением[444].

87. Несомненно, ряд элементов данных положений национальные суды не могут применить без некоторых мер по их реализации, однако трудно представить, чтобы положения, например, статьи 5(3) не были, особенно вместе с прецедентным правом Европейского Суда, достаточными для

---

[439] См., например, *A v France*, 14838/89, 23.11.93 г., *Hewitson v United Kingdom*, 50015/99, 27.03.03 г. и *Elci and Others v Turkey*, 23145/93, 13.11.03 г.

[440] Например, в статье 6 использование «прав и обязательств гражданского характера» (французский язык) в большей степени предполагает вопросы частного права, чем английское выражение «гражданские права и обязанности».

[441] Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 27.

[442] 11152/84, 22.02.89 г.

[443] Параграф 2 их особого мнения.

[444] См., например, AA Khol, «The Influence of the Human Rights Convention on Austrian Law», 18 *AJCompL* 237 (1970).

того, чтобы суд мог выяснить, что срок с начала задержания подозреваемого и до его/ее появления в суде не был коротким, когда прошло уже несколько дней, или принять решение, что задержание было произвольным и поэтому незаконным, когда с учетом возраста выпившего лица и его поведения было бы уместнее доставить его домой, а не в полицейскую камеру[445]. Аналогично необоснованным будет предположение, что невозможно руководствоваться правом, приведенным в статье 6(3)(d), на вызов свидетелей в суд при отсутствии конкретного положения в национальном законодательстве.

88. Элементы положений, которые невозможно реализовать без дополнительных актов законодательства – представляется невозможным, чтобы положение полностью было несамоисполнимым – особенно вероятно будут включать многие позитивные обязательства, которые были выявлены Европейским Судом как проистекающие из прав и свобод, гарантированных Европейской Конвенцией. Так, выполнение обязанности по расследованию гибели людей и заявлений о пытках, бесчеловечном и унижающем достоинство обращении и наказании[446] вряд ли возможно без специального законодательства. То же самое касается и необходимости мер по защите лиц, подвергающихся риску[447], а также обязанности иметь систему апелляции при высылке законно проживающих в стране иностранцев и лиц, осужденных за совершение уголовных правонарушений. В соответствии с требованиями Протокола 7 – это вопросы, которые суды вряд ли смогут решить без специального законодательства.

89. Однако эти вопросы касаются лишь некоторых требований Конвенции, и не всегда следует перекладывать ответственность на парламент, когда дело касается претворения судами в жизнь прав и свобод, гарантированных Конвенцией.

90. Проблема, связанная с этим, касается предпочтения, которое отдается специальным положениям национального законодательства, которые, невзирая на требования Европейской Конвенции, идут вразрез с толкованием ее положений Европейским Судом, так как считается, что специальные положения национального законодательства нельзя игнорировать[448]. Да, легче полагаться на национальные нормы, однако если это делать в отрыве от требований Европейской Конвенции, это будет не только игнорированием факта, что положения Конвенции стали частью законов страны, независимо от формы включения, но и очень ограниченным способом соблюдения буквы закона. В ряде случаев конфликт между положениями Европейской Конвенции и национальной правовой нормой возникает вследствие того, как эта норма была понята, и в ее тексте нет ничего, что требовало бы нарушения Европейской Конвенции. Учитывая, что Европейская Конвенция стала частью законодательства – не говоря уже о том, что в большинстве стран есть аналогичные нормы Конституции – нельзя отрицать, что она – часть системы мер, направленных на определение подлинного смысла текста актов законодательства.

91. Более того, если есть выбор между толкованием, которое соответствует нормам Европейской Конвенции, и противоречащим ее требованиям, следует выбрать первое, что не будет вызывающим споры несоблюдением соответствующего положения закона; это лишь его применение, полностью учитывающее правовой контекст. Учет Конвенции при применении закона является потребностью, как уже отмечалось (см. пункт 32), на которую конкретно указали в Великобритании в Акте о правах человека от 1998 г.[449], однако это было сделано на основе подхода, уже используемого судами при признании значения международных обязательств страны[450]. Такой подход в большей мере подходит для стран, где Европейской Конвенции после ее ратификации явно придается внутренняя законная сила. Более того, несмотря на то что при толковании положений законов с целью соблюдения требований Европейской Конвенции невозможно избежать явных конфликтов, следует заметить, что на практике они случаются реже, чем иногда считается, и не нужно ждать, пока Европейский Суд отвергнет такое толкование. В дополнение, нужно подчеркнуть, что использование такого толкования не требует от национального суда отказа применить норму права, что в любом случае не входит в сферу его компетенции[451].

---

[445] *Witold Litwa v Poland*, 26629/95, 04.04. 2000 г.

[446] См., например, *Aksoy v Turkey*, 21987/93, 18.12.96 г. и *Salman v Turkey* [GC], 21986/93, 27.06 2000 г.

[447] См., например, *Osman v United Kingdom* [GC], 23452/94, 28.10.98 г. и *Öneryildiz v Turkey* [GC], 48939/99, 30.11.04 г.

[448] См., например, *Enhorn v Sweden*, 56529/00, 25.01.05 г., касающегося использования положения законодательства о принудительном задержании ВИЧ-инфицированного лица на три месяца, когда возможность менее жестких мер не рассматривалась.

[449] В силу раздела 3.

[450] См., например, *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech* [1994] QB 198 и *R v Lord Chancellor, ex p Witham* [1998] QB 575.

[451] В судебной практике ряда стран только у Конституционного Суда есть такая компетенция, но это не нужно, если соответствующее толкование Европейской Конвенции предотвращает любой конфликт с конституционными гарантиями или обязательствами по договору.

92. Можно сказать, что такой подход дает основания для пересмотра принципа недопустимости повторного рассмотрения уже решенного Европейский Судом дела, где было выявлено нарушение статьи 6, и позволяет обеспечить самое эффективное средство для [устранения] такого нарушения – возобновление судебных слушаний. Конечно, доктрина принципа недопустимости повторного рассмотрения может стать препятствием для их возобновления в отсутствие специальной правовой нормы, позволяющей сделать это после выявления нарушения Европейской Конвенции. К счастью, такое случается реже, чем ранее, но комплексный подход к применению законодательства страны – сочетающего Европейскую Конвенцию и национальные нормы – будет правильным путем исполнения правозащитных обязательств, вытекающих из Европейской Конвенции[452].

93. То же можно сказать и о других правозащитных обязательствах, которые вытекают из Европейской Конвенции. Очень часто используется положение о компенсации как единственном виде реакции на нарушения, при этом неправильно ссылаются на факт, что это была основная реакция Европейского Суда, и игнорируют факт, что суд применял статью 46 – очевидно, более специальную норму, а не статью 13, в которой определено правозащитное обязательство для Высоких Договаривающихся Сторон. При этом в отношении статьи 13 прецедентное право, наряду с этим касаясь ее зеркальной нормы, обязанности исчерпать все средства в стране в статье 35 – указывает[453] на наличие гораздо большего числа средств, которые могут и должны быть использованы при нарушении Европейской Конвенции. Толкования положений национального законодательства, которые связаны с жалобами на несоблюдение прав и свобод, гарантированных Европейской Конвенцией, даже если это не было их первоначальной целью, нужно рассматривать постоянно, не оставляя этот вопрос для разрешения судом в Страсбурге.

Недостаток ресурсов

94. Третьим препятствием для эффективной реализации являются ресурсы. Это также влияет на исполнительную и законодательную власти, однако, характер обязательств по Европейской Конвенции таков, что они немедленно вступают в силу и трудности с ресурсами Европейский Суд может учесть, но не примет в качестве оправдания их неисполнения[454]. Необходим поиск решений: изменение приоритетов, реорганизация бюджета, использование имеющихся ресурсов более эффективно, это может быть и помощь со стороны других стран – членов Совета Европы.

95. Наличие необходимого числа судей, вне сомнения, влияет на возможность рассмотрения дел в разумные сроки и это соответствует требованиям статьи 6(1). Однако на этом вопросе подробно останавливаться не стоит, так как судьи не могут повлиять на его решение. Тем не менее самым эффективным способом использования судей является предоставление опытным судьям возможности высказывать свое мнение. Более того, несмотря на то что процессуальные нормы, которые могут привести к ненужным задержкам, и есть то, что судьи во всех системах не в состоянии изменить сами, они могут изменить другие касающиеся их работы моменты[455]. Изменение таких моментов может привести лишь к скромным улучшениям, но это сфера, где любая экономия времени играет роль и для сторон по делу, и для государства, действия которого в противном случае могут быть оспорены в Страсбурге.

96. Не следует также забывать, что в определенной степени задержки могут быть вызваны действиями отдельных судей, которые не справляются со своей работой, и нежеланием решать эту проблему – то ли из-за смущения, то ли из-за ложного чувства коллегиальности или нежелания вмешиваться в личные трудности – что лишь обостряет ситуацию и наносит вред всей системе юстиции[456]. Более того, в такой ситуации реакция лишь на поступающие жалобы может быть недостаточной, так как не все, кто страдает из-за задержек, будут заниматься этим вопросом, особенно если они не могут надеяться на успешный результат. Упреждающий подход, при котором решение проблемы пытаются найти до того, как люди начинают жаловаться, может быть более уместным для поиска решения, которое, будем надеяться, будет связано с поощрением и практической помощью, а не санкциями, как единственной мерой для получения результата.

97. Проблема дефицита ресурсов связана не только с отсутствием достаточного числа сотрудников, но и с наличием у них соответствующей квалификации для решения стоящих перед ними задач. В связи с этим у них должен быть, по меньшей мере, адекватный уровень знаний требований

---

[452] Озабоченность, что данное средство до сих пор недоступно всем, привела Комитет министров Совета Европы к принятию Рекомендации № R(2000) 2 о пересмотре или возобновлении ряда дел на национальном уровне после принятия решений Европейским Судом по правам человека.

[453] См. P van Dijk, F van Hoof, A van Rijn and L Zwaak (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4th ed), с. 125–161 и глава 32.

[454] См. *Prodan v Moldova*, 49806/99, 18 мая 2004 г.

[455] Признается точка зрения, что и практику юристов придется изменить, если такие изменения пойдут на пользу.

[456] Это не означает, что нельзя демонстрировать понимание, когда задержка происходит из-за личных трудностей судьи.

Европейской Конвенции и способность использовать их должным образом. Применение знаний касается не только судей национальных судов, но и юристов, участвующих в судебных заседаниях в интересах истца или ответчика по гражданским делам или обвиняемого и обвинения по уголовным делам – так как способы постановки ими проблем, так же, как и аргументы, которые они используют, могут серьезно повлиять на то, как развивается дело, пусть даже общую ответственность за правильное применение закона несет судья. Последнее уместно только в отношении судей и является отражением того, что знаний никогда не бывает много; что судьи обязаны быть готовыми включить требования Конвенции в их понимание общей цели юридической деятельности.

98. Понятно, что в первые годы после ратификации Европейской Конвенции во многих странах о ее требованиях знал довольно ограниченный круг судей и юристов. Тем не менее представляется важным, чтобы обучение и ознакомление с этими требованиями было всеобъемлющим. Однако очевидно, что оно до сих пор не является таковым, несмотря на все усилия, предпринимаемые Советом Европы, другими организациями и представителями судебной системы и юридической профессии. Если этот пробел в знаниях не будет ликвидирован, в дальнейшем трудности с эффективной реализацией положений Европейской Конвенции будут иметь постоянный характер.

99. Однако знания о Европейской Конвенции не связаны лишь с ознакомлением с ее основными положениями – для этой цели обучение нынешних судей и юристов является основным краткосрочным решением – но и с возможностью отслеживать процесс развития прецедентного права и понимать его уместность и последствия для различных вопросов, которые могут возникнуть перед национальным судом[457]. В долгосрочной перспективе этого можно достичь, только изменив учебные планы университетов и профессиональных институтов и на самом деле пропитав их положительной оценкой Европейской Конвенции и ее прецедентного права. Даже при всей его важности для обучения экспертов, специального курса по правам человека будет недостаточно, так как курсы уголовного, процессуального, вещного, семейного и даже коммерческого права должны принимать во внимание то, как Европейская Конвенция и прецедентное право влияют на сферу их действия и применение. Кроме того, будет важным постоянное ознакомление представителей всех юридических профессий с вопросами, связанными с Европейской Конвенцией, с тем, чтобы все судьи и юристы шли в ногу с событиями, имеющими отношение к их работе.

100. Тем не менее простого наличия технических навыков недостаточно. Столь же важно наличие реального доступа к прецедентному праву, и для многих юристов и судей серьезным препятствием является то, что до сих пор большая часть текстов имеется только на английском и французском языках. Комитет министров Совета Европы подчеркнул, что за обеспечение перевода прецедентного права на язык(и), используемый в стране, прежде всего отвечает правительство страны – члена организации[458]. Однако масштабы перевода прецедентного права на другие языки стран – членов Совета Европы до сих пор недостаточны для решения задач. Часто все ограничивается переводом важнейших и имеющих отношение к конкретной Высокой Договаривающейся Стороне решений. Этого, вне сомнения, недостаточно для работы; это лишь часть информации, которая позволяет уделить внимание уже известным проблемам, нежели понять, как дела, касающиеся другой Высокой Договаривающейся Стороны, выявляют недостатки в собственной стране, которые еще предстоит осознать.

101. Жаль, что в отличие от ситуации, связанной со вступлением в Европейский союз, автоматически не делается перевод существующего прецедентного права на язык присоединяющейся страны с тем, чтобы оно было доступно с момента ратификации Конвенции. Несмотря на большой объем материалов, содержащих прецедентное право по Конвенции, вряд ли он превышает объем переводов правил и директив Европейского союза. Однако объем расходов был бы значительным и бюджет Совета Европы не рассчитан на это, хотя расходы были бы вполне оправданными.

102. Несмотря на то что страны – члены Совета Европы не могут уклоняться от совместно принятых на себя обязательств по переводу прецедентного права, имеет смысл использовать другой подход, сделав акцент на переводе всего прецедентного права на другие основные языки, используемые в Европе, включая немецкий, русский и испанский. Хотя бы в среднесрочной перспективе это может обеспечить на практике доступ к прецедентному праву для большинства юристов и судей без чрезмерных расходов, хотя и не на родном для кого-то языке. Будет целесообразнее объединить усилия стран – членов организации в решении этой задачи, так как финансирование такой работы в одиночку является слишком большим бременем.

103. Перевод – не единственный проблемный аспект доступа к прецедентному праву. К сожалению, до сих пор у многих судей и юристов нет достаточного компьютерного оборудования, обе-

[457] См. Рекомендацию Rec(2004)4 Комитета министров странам – членам организации о Европейской Конвенции по правам человека при обучении в университетах и в ходе профессиональной подготовки.

[458] Рекомендация Rec(2002)13 Комитета министров странам – членам организации об опубликовании и распространении ими Европейской Конвенции по правам человека и прецедентного права Европейского Суда по правам человека.

спечивающего доступ к прецедентному праву по мере необходимости, также следует продолжить модернизацию оборудования в судах с тем, чтобы у каждого судьи был доступ к соответствующей базе данных прецедентного права по Европейской Конвенции в случае возникновения необходимости. В конце концов, у каждого судьи должен быть свой компьютер с доступом в Интернет[459].

104. Акцент на прецедентное право может показаться чрезмерным для некоторых судей и юристов, воспитанных в духе традиций гражданского права. Это может помешать им понять важность прецедентного права для эффективной реализации Европейской Конвенции. При столкновении с прецедентным правом ряд судей и юристов отвечают, что это нечто чуждое для их традиции, и что они не являются юристами, специализирующимися в сфере общего права.

105. Несомненно, необходимость соблюдения прецедентного права, особенно с учетом используемого объема, может сбить с толку из-за предполагаемой разницы в подходах данных правовых традиций, но это кажущаяся, а не реальная разница. Прецеденты являются признаком не только систем общего права; во многих гражданских системах также часто делаются ссылки на ранее рассмотренные дела, даже если это и не осуществляется временами строгим прецедентным способом, применяемым юристом из системы общего права. Более того, значение дел состоит в том, что они конкретизируют применение относительно абстрактных положений в конкретных ситуациях и являются руководством к действию в аналогичных ситуациях в будущем. В системах, которые не делают ссылки на дела, в том числе и потому, что они не всегда публикуются – такое руководство часто обеспечивается специальными решениями вышестоящих судов и поэтому обращение к прецедентному праву Европейской Конвенции не является таким существенным отходом, как можется показаться на первый взгляд.

106. Следует также помнить, что лишь четверо из 47 судей Европейского Суда – выходцы из стран с общим правом[460], и другие 43 судьи вовсе не считают, что использование прецедентного права навязывается меньшинством (хотя, по меньшей мере, один из нынешних судей накопил обширный опыт в сфере общего права в США[461]). Оно, напротив, считается самым полезным инструментом для эффективной реализации Конвенции. Постоянное использование прецедентного права сменяющими друг друга судьями Европейского Суда из стран с гражданским правом является подтверждением факта, что все судьи и юристы могут легко им овладеть, невзирая на правовые традиции их стран при условии достаточной подготовки и поддержки в этой сфере. Тем не менее это предполагает определенные изменения в правовой культуре и уместным будет определенное понимание переходного процесса.

107. Существует еще одна культурная проблема, к которой нужно относиться, наверное, менее терпимо – о ней я упоминал вначале – нежелание ряда судей в полной мере следовать философии, лежащей в основе Европейской Конвенции и согласно которой ограничение прав и свобод должно тщательно расследоваться и не должно носить несоразмерный характер. Это нежелание очевидно, например, во многих случаях, касающихся ненадлежащего срока содержания под стражей до суда. Это также неоднократно отмечалось в случаях, когда ряд национальных судов отдает предпочтение защите репутации общественных деятелей, а не права на свободу самовыражения. Такой подход может отражать разные ценности, но как только был четко определен общий подход Суда, его следует использовать для разрешения таких конфликтов, невзирая на то, что всегда следует принимать во внимание обстоятельства конкретного дела. Продолжающееся пренебрежение к прецедентному праву Европейского Суда по вопросам, где его позиция была четко выражена, не только ведет к лишним слушаниям в Страсбурге, но также может доказать серьезное несоблюдение закона, который принесшие присягу судьи обязались отстаивать. Это вопрос, в решении которого Конституционный и Верховный суды должны сыграть ведущую роль. В итоге, неоднократное неприменение прецедентного права Европейской Конвенции, когда оно носит явный характер, может вызвать вопрос о дальнейшем пребывании судьи в своей должности.

108. Однако можно подумать и о внесении нормы в национальное законодательство, которая прямо потребовала бы от национальных судов применять прецедентное право Европейского Суда в процессе использования и толкования положений Европейской Конвенции, если нет устоявшейся практики в данной сфере. Существование такой нормы – а она довольно успешно внедрена в Великобритании[462] – подчеркнет уместность прецедентного права и даст формальную основу для учета его теми, кто в противном случае счел бы это неуместным.

---

[459] Это также может помочь в достижении большей эффективности при обмене информацией между судьями и юристами и при подготовке решений.

[460] Кипр, Ирландия, Мальта и Великобритания.

[461] Судья Жупанчич из Словении.

[462] Акт о правах человека 1998 г., раздел 2(1), включает требование учитывать прецедентное право.

Вывод

109. Несомненно, указанные «препятствия» сдерживали эффективную реализацию Европейской Конвенции – они столь же применимы и к другим международным стандартам, особенно к Пакту. Однако предполагаемые «препятствия» не всегда касаются вопросов, которые сразу следовало бы характеризовать таким образом, особенно если бы суды занимались ими больше – иногда с помощью исполнительной и законодательной ветвей – чем это было на самом деле. Сразу после принятия Европейской Конвенции мог иметь место страх перед неизвестным, что препятствовало усилиям понять ее требования. Ни этот инструмент, ни его прецедентное право не следует рассматривать как тайну, как некоторые судьи и юристы, вероятно, считают до сих пор. Это препятствие можно преодолеть, обеспечив ситуацию, когда связь между Европейской Конвенцией и прецедентным правом Европейского Суда не только не разрывается, но и надлежащим образом поддерживается. Это может потребовать дополнительных ресурсов – особенно на перевод и обучение – для некоторых Высоких Договаривающихся Сторон, но, в итоге эффективная реализация станет реальностью только после изменения культуры, связанного с превращением Европейской Конвенции и ее прецедентного права в один из основных национальных источников права государства, а не внешних. Для этого необходимо, чтобы Конституционный и Верховный суды подали пример.

ШАГИ ПО ПОВЫШЕНИЮ ЭФФЕКТИВНОСТИ РЕАЛИЗАЦИИ НА НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЕ

110. Оба отчета содержат полезные предложения, направленные на более эффективную реализацию международных стандартов в сфере прав человека в целом, однако, они могут быть особенно важны для отправления правосудия.

111. Так, в отчете Зыбайло указывается на желательность прежде всего прояснения соотношения договоров и законодательства. В идеале это приведет к установлению приоритета первых, и это, по меньшей мере, поможет определить другие шаги, необходимые для их эффективной реализации.

112. Основой для сомнений – согласно отчету Зыбайло – является, главным образом, дискуссия среди ученых; может быть, они могли бы быть рассеяны в решении Конституционного Суда. Однако в связи с тем что Зыбайло предполагает наличие двух иерархий – одной для Конституционного Суда и второй для других органов и чиновников – такое решение может быть неэффективным для этой цели. Может потребоваться изменение Конституции, изменение законодательства, как предлагается в отчете Зыбайло, или совместное решение Конституционного и Верховного судов. Только эксперт в сфере белорусского права может дать точный ответ, поскольку у автора нет необходимых для этого знаний, однако, учитывая разницу в подходах, отмеченных в двух отчетах, решение, сочетающее их оба настолько, насколько это возможно, имеет наибольшие шансы на успех.

113. Конечно, выход из этой тупиковой ситуации представляется важным, так как представления о том, что одна иерархия законов предназначена для Конституционного Суда, а другая – для других судов, указывают на использование законов, а не верховенство права, и являются несовместимыми с основными понятиями конституционализма.

114. Однако, несмотря на то что придание договорам приоритета по отношению к законам будет полезным первым шагом, этому не следует придавать слишком большое значение, поскольку, несмотря на не совсем удачное сравнение в отчете Зыбайло ситуаций в Республике Беларусь и Российской Федерации, приоритет договоров над законами не помешал Европейскому Суду выявить множество нарушений Европейской Конвенции со стороны Российской Федерации. В контексте отправления правосудия эти факты были связаны с использованием уголовного судопроизводства в политических целях для запугивания арестом или возвращением под стражу[463], невыполнением обязательства о проведении тщательного и эффективного расследования заявлений о нарушениях прав задержанных лиц сотрудниками правоохранительных органов[464], несоблюдением срока исполнения решений суда по гражданским делам против государственных чиновников[465], плохим обращением во время допросов[466], неоправданно долгим предварительным заключением[467], несоблюдением требований о справедливом судебном разбирательстве[468], а также многими другими

[463] См. *Gusinskiy v Russia*, 70276/01, 19 мая 2004 г.

[464] См., например, *Mammadov (Jalaloglu) v Azerbaijan*, 34445/04, 11 января 2007 г., *Baysayeva v Russia*, 74237/01, 5 апреля 2007 г. и *Kozinets v Ukraine*, 75520/01, 6 декабря 2007 г.

[465] См., *Pridatchenko and Others v Russia*, 2191/03, 3104/03, 16094/03, 24486/03, 21 июня 2007 г.

[466] См., например, *Sheydayev v Russia*, 65859/01, 7 декабря 2006 г., *Chitayev and Chitayev v Russia*, 59334/00, 18 января 2007 г. и *Masalova and Nalbandov v Russia*, 839/02, 24 января 2008 г.

[467] См., например, *Govorushko v Russia*, 42940/06, 25 октября 2007 г., *Korshunov v Russia*, 38971/06, 25 октября 2007 г. и *Lind v Russia*, 25664/05, 6 декабря 2007 г.

[468] См., например, *Khudobin v Russia*, 59696/00, 26 октября 2006 г., *Shabanov and Tren v Russia*, 5433/02, 14 декабря 2006 г. и *Krasulya v Russia*, 12365/03, 22 февраля 2007 г.

случаями, когда российские власти мешали Европейскому Суду рассматривать жалобы, связанные с функционированием системы уголовного правосудия[469].

115. Может быть, более желательным является использование единого ориентира при применении международных стандартов в сфере прав человека, а не одного общего и положений для каждой отрасли законодательства, которые используют разные, а порой и вводящие в заблуждение подходы для введения этих стандартов в действие. Ясно, что это невозможно во всех случаях, особенно там, где закон касается реализации конкретного договора. Однако такому подходу следует отдать предпочтение по сравнению с дополнениями в законодательство, предложенными в отчете Павловой.

116. Во-вторых, в отчете Зыбайло общим судам предлагается предоставить возможность обращаться в Конституционный Суд за получением имеющего обязательный характер решения о применении международных стандартов, что тоже, несомненно, будет полезно как часть любого решения проблемы конституционной шизофрении, связанной с вопросом об иерархии. Тем не менее в более простых случаях такая возможность не должна препятствовать самостоятельному применению общими судами данных стандартов. Иначе Конституционный Суд просто завалят делами, а использование эффективного средства защиты прав будет отложено. Более того, такой подход помешает реализации стандартов в сфере прав человека, что является неотъемлемой частью сферы ответственности общих судов, особенно при толковании и применении белорусского законодательства.

117. С другой стороны, есть сомнения в целесообразности предлагаемого в отчете Зыбайло предоставления Конституционному Суду полномочий для принятия решений о соответствии Конституции Республики Беларусь положений еще не ратифицированных договоров, что позволит обеспечить более эффективную реализацию международных стандартов в сфере прав человека, связанных с отправлением правосудия. И это не потому, что такие полномочия вызывают возражения, поскольку их потенциальная полезность уже отмечалась (см. пункт 38). Однако в нынешнем контексте этот аспект не является столь приоритетным, особенно с учетом того, что довольно трудно представить, чтобы те или иные положения международных договоров в сфере прав человека, связанные с отправлением правосудия, противоречили Конституции, даже если некоторые из них более требовательны в отношении предлагаемой ими защиты.

118. В-третьих, поскольку приоритет отдается договорам, было бы уместным, как и предлагается в отчете Зыбайло, выяснить основу, в соответствии с которой положение договора следует рассматривать как самоисполнимое, чтобы возможность полемики или путаницы была сведена к минимуму, а то и вообще к нулю. Несмотря на то что этот аспект может прояснить Конституционный Суд – как предлагается в отчете Зыбайло, желательно сделать это как можно скорее во избежание излишней неопределенности в данном вопросе. Если появление соответствующей нормы в самой ближайшей перспективе маловероятно, целесообразно включить сделанное предложение в пакет предлагаемых конституционных и законодательных изменений.

119. В-четвертых, как указывается в обоих отчетах, конечно, будет желательно внести изменения в Кодекс о судоустройстве и статусе судей с целью обеспечения ясности того, что международные правовые стандарты (и в связи с этим международные стандарты в сфере прав человека) включены в правовую основу судебной системы. Это следует сделать для того, чтобы избежать сомнений в законности их использования в качестве основы для принятия решений. Может возникнуть сомнение в реальной необходимости такого шага в том случае, если договорам явно будет отдан приоритет над законодательством. Тем не менее представляется целесообразным избежать каких-либо сомнений в этом вопросе.

120. В-пятых, и это указано в отчете Зыбайло, многие потенциальные конфликты между национальным законодательством и международными стандартами можно разрешить путем толкования законодательства таким образом, чтобы сделать его совместимым с данными международными стандартами. В связи с этим было бы желательным четко и ясно указать на необходимость такого подхода к толкованию, включив при этом в Кодекс о судоустройстве и статусе судей положение о том, что международные стандарты входят в правовую основу судебной системы.

121. В-шестых, необходимость такого подхода к толкованию может быть подтверждена постановлением пленума Верховного Суда, как это указано в отчете Павловой. Однако данная рекомендация нацелена на международное право в целом и было бы желательно иметь более конкретное постановление о применении судами международных стандартов в сфере прав человека – такие постановления уже приняты Верховными судами Российской Федерации и Украины – поскольку у них есть определенные признаки, которые достаточно сильно отличают их от более общих обязательств в соответствии с международным правом.

---

[469] См., например, *Poleshchuk v Russia*, 60776/00, 7 октября 2004 г., *Shamayev and Others v Georgia and Russia*, 36378/02, 12 апреля 2005 г., *Fedotova v Russia*, 73225/01, 13 апреля 2006 г., *Popov v Russia*, 26853/04, 13 июля 2006 г., *Nurmagomedov v Russia*, 30138/02, 7 июня 2007 г., *Knyazev v Russia*, 25948/05, 8 ноября 2007 г. и *Ryabov v Russia*, 3896/04, 31 января 2008 г.

122. Также было бы уместно, если бы такое постановление было похоже на постановления Верховных судов двух соседних государств, которые указали на необходимость принимать во внимание и ссылаться на прецедентное право защищающих права человека международных организаций при обосновании судебного решения. Это не только демонстрирует тот факт, что прецедентное право было принято во внимание и служит стимулом для других использовать соответствующие аргументы, но также подчеркивает, что применение международных стандартов в сфере прав человека связано не только с анализом текстов договоров. Их положения оживляются и приобретают более полное значение, находя свое отражение в решениях таких организаций, как Комитет по правам человека и Европейский Суд. Как показал опыт применения Европейской Конвенции, если не уделять должное внимание прецедентному праву Европейского Суда, это, несомненно, приведет к неправильному применению Европейской Конвенции и слушаниям в Страсбурге, являющимся достаточно затратными, так как надлежащее применение соответствующих положений Конвенции все равно потребуется.

123. Было бы также желательно, чтобы в таком постановлении была подчеркнута та роль, которую международные стандарты в сфере прав человека могут сыграть в придании смысла законам и другим актам национального законодательства. Законы и другие акты законодательства составляют основу любой правовой системы и в связи с тем, что они являются главными средствами введения в действие международных стандартов, эти стандарты следует учесть при толковании и применении национального законодательства.

124. Несомненно, будет полезным, как и предлагается в отчете Зыбайло, чтобы в этом процессе суды имели возможность ознакомиться с точкой зрения ученых и научных учреждений по конкретному вопросу применения международных стандартов в сфере прав человека. Однако, по уже приведенным причинам, разочаровывает то, что ни в одном из отчетов нет явного указания на необходимость учитывать прецедентное право таких организаций, как Комитет по правам человека и Европейский Суд.

125. Необходимо проявлять осторожность в отношении содержащегося в отчете Зыбайло предложения запрашивать мнение правительства по вопросам применения международного права. Несмотря на то что такое мнение уместно должным образом учитывать для «обеспечения единства действий Республики Беларусь в международных отношениях», этот подход более приемлем для применения классического международного права, касающегося отношений между странами, нежели чем международных стандартов в сфере прав человека, относящихся к международному публичному праву и не подчиняющихся принципу взаимности. Это не значит, что правительство не может выражать свое понимание требований международных стандартов в сфере прав человека, однако больший акцент следует делать на учет прецедентного права таких организаций, как Комитет по правам человека и Европейский Суд, так как там более авторитетно указывается на их реальное содержание.

126. В-седьмых, в обоих отчетах правильно указывается на важность соответствующей подготовки и доступа к необходимой документации.

127. Говоря об обучении, следует отграничить неотложную необходимость обеспечить действующих судей – и всех остальных лиц, имеющих отношение к юридическому процессу – достаточной основой для выполнения существующих международных обязательств. Однако необходимо реформировать обучение и подготовку судей и представителей всех юридических профессий с учетом значительных концептуальных изменений, связанных с применением международных стандартов – договоров и прецедентного права – и обеспечить, чтобы обучаемые ознакомились с соответствующим материалом, который имеет отношение к программе обучения. В связи с этим важно подчеркнуть, что начать обучение можно с основных принципов международного права, однако, если дело касается международных стандартов в сфере прав человека, важно, чтобы их требования рассматривались практически в каждой части учебных программ. Как уже давно отмечает прецедентное право Европейского Суда и как подчеркивается в прецедентном праве Комитета по правам человека, вопросы, связанные с правами человека, касаются не только международного или конституционного права. Они могут возникнуть в связи с коммерческими сделками, семейными спорами, обеспечением правопорядка и владением собственностью, не говоря уже обо всех аспектах процессуального права. Могут существовать специалисты по правам человека, но стандарты являются общей заботой и это должно найти свое отражение в подготовке тех, кто станет судьями, юристами, полицейскими и прокурорами.

128. Также важно, чтобы подготовка не ограничивалась начальным этапом введения в специальность. Права человека – это живой предмет, как подчеркивает прецедентное право, поэтому для профессиональных юристов важно продолжать учебу, чтобы быть в курсе событий.

129. Тем не менее обучение не будет иметь большого смысла без обеспечения доступа к материалам, необходимым для должного применения международных стандартов в сфере прав чело-

века. Несмотря на то что сборники договоров, как указывается в отчетах, могут быть полезными, еще более важными будут наличие доступа к прецедентному праву и анализ связанных с ним последствий. Вполне вероятно, что на данном пути возникнут определенные препятствия, касающиеся знания иностранных языков, о чем говорит опыт применения Европейской Конвенции, но этот же опыт указывает и на пути преодоления таких препятствий. Более того, если вышестоящие суды укажут на правомерность обращения к данным материалам, то появится рынок, связанный с проведением исследований, подготовкой сборников и переводов.

130. В отношении переводимого материала особое внимание следует уделить его качеству и, во избежание путаницы, обеспечить точный перевод терминов, значения которых при использовании на национальном и международном уровнях первоначально кажутся одинаковыми, но на самом деле серьезно отличаются. В этом процессе было бы полезным издание специального словаря.

131. В-восьмых, реализация не касается только разрешения споров и вынесения решений, здесь имеется и профилактический аспект. Если придать международным стандартам в сфере прав человека приоритет по сравнению с законами и остальной частью законодательства страны, это может помочь исправить ошибки судебной и исполнительной власти, но ошибки лучше не совершать. Меры по тщательному изучению проектов законов и иных нормативных правовых актов – о чем говорится в пунктах 39–42 – несомненно, приведут к снижению риска возникновения таких ошибок.

132. Наконец, вполне уместен общий подход к применению норм международного права в отдельных случаях, но удивляет то, что придается важное значение необходимости поиска нормы, дающей разрешение на применение договора, что является явным нарушением особенно важных положений Конституции. Причина удивления заключается в том, что такая ситуация не может быть связана с договором, касающимся защиты прав человека и, особенно отправления правосудия. В любом случае, несмотря на то что это является основанием для признания юридической недействительности согласно статье 46 Венской конвенции о праве [международных] договоров, следует помнить, что статья 45 препятствует стране использовать это в качестве основания для признания действия договора недействительным, если после выявления соответствующих фактов: (а) в явной форме было выражено согласие с тем, что договор действителен, или остается в силе, или его действие продолжается в зависимости от обстоятельств; или (б) вследствие своего поведения страна рассматривается как признавшая действительность договора, или оставление его в силе, или его действие в зависимости от обстоятельств.

133. В нынешнем контексте важнее выработать схему, не имеющую непосредственного отношения к правам человека, и это желательно на случай оспаривания акта или меры, которые будут нарушать эти права – в том числе, происходящие из международных стандартов – с целью их определения на раннем этапе процесса, и, в случае нарушения, рассмотрения вопроса о том, подпадает ли данное вмешательство под разрешенное ограничение. Только если подойти к решению проблемы таким более конкретным образом, появится вероятность надлежащего рассмотрения требований соответствующих гарантий прав человека. Следует отметить, что в основе анализа будет лежать более формальный подход к применению международного права, но важно, чтобы обеспечение прав человека было на переднем плане. Более того, для анализа оспариваемых акта или меры была бы желательной ссылка на конституционные гарантии и в то же время на международные стандарты, так как они неизбежно полностью или частично совпадут, а рассмотрение прецедентного права, относящегося к международным стандартам, может быть полезным для разъяснения как требований Конституции, так и данных стандартов.

ВЫВОД

134. Как указывалось в начале, реализация международных стандартов в сфере прав человека – особенно трудная задача. Это подтверждает анализ двух отчетов и опыт европейских стран. Не существует единого решения, а тем более простого; нужны различные методики, эффективность которых следует постоянно анализировать, чтобы в случае необходимости внести в них изменения. Принятие в Великобритании Акта о правах человека в 1998 г. – почти через 50 лет после ратификации Европейской Конвенции – является тому подтверждением.

135. Несмотря на пользу от ряда возможных технических изменений, самый важный аспект реализации международных стандартов в сфере прав человека касается лиц, задачей которых является определение того, соблюдаются они или нет. Это может быть решение задержать кого-либо, преследовать его или ее в судебном порядке, выпустить под залог или какое-либо другое решение из целого множества решений, связанных с отправлением правосудия, при этом принимающие его лица обязаны уважать права человека. Частично это связано со знаниями, но здесь также должна быть позиция. Должная реализация международных стандартов в сфере прав человека при отправлении правосудия зависит от правомерности внедряемых стандартов и это не может произойти очень быстро. Тем не менее пример и поддержка со стороны руководителей различных органов, вовлеченных в процесс отправления правосудия, могут послужить стимулом в этом вопросе.

VIII. ПРИМЕНЕНИЕ НАКАЗАНИЙ, АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ

Отчет о вводном семинаре

29 января 2008 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Применение наказаний, альтернативных лишению свободы». Семинар состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 101 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- областные и приравненные к ним прокуратуры;
- Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- районные суды всех областей Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Постоянная комиссия по национальной безопасности Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Постоянная комиссия по правам человека, национальным отношениям и средствам массовой информации Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- Главное управление внутренних дел Мингорисполкома;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Академия управления при Президенте Республики Беларусь;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Гродненский государственный университет;
- Полоцкий государственный университет;
- ОО «Белорусская ассоциация молодых христианских женщин»;
- ОО «Белорусская ассоциация женщин-юристов».

Работу семинара открыл Валерий Леонидович Калинкович, заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, выступив с докладом о практике применения наказаний судами Республики Беларусь в 2007 году. С докладом о системе наказаний и иных мер уголовной ответственности в Республике Беларусь выступил Владимир Михайлович Хомич, директор Научно–практического центра проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь. До перерыва с докладами о практике применения наказаний, не связанных с лишением свободы, выступили Николай Иванович Герменчук, судья Верховного Суда Республики Беларусь, и Ирина Викторовна Кучвальская, доцент кафедры хозяйственного права Гомельского государственного технического университета. Работа в первой части семинара завершилась докладом Андрейса Юдинса, доцента уголовного права Академии полиции Латвийской Республики, о системе мер уголовной ответственности в Латвии, не связанных с лишением свободы. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили список актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

Участниками семинара было подчеркнуто, что, в отсутствие должного материального, организационного и кадрового обеспечения, а также в условиях несовершенного законодательства, система исполнения наказаний в Республике Беларусь, не связанных с лишением свободы, является неэффективной. В результате обсуждения, участниками был выработан следующий список проблемных вопросов в области применения наказаний, не связанных с лишением свободы, требующих детального изучения:

1. Закрепить за судом исключительное право на санкционирование меры пресечения в виде содержания под стражей.

2. Рассмотреть возможность снижения нижнего предела санкций за преступления, предусмотренных в Уголовном кодексе Республики Беларусь.

3. Рассмотреть возможность исключения такой меры наказания как лишение свободы за преступления, не представляющие большой общественной опасности.

4. Рассмотреть возможность предоставления судьям права назначать на выбор несколько вариантов наказаний, не связанных с лишением свободы.

5. Закрепить принцип индивидуализации уголовной ответственности, основанной на а) изучении детальной характеристики личности; б) социального контекста совершения преступления.

6. Закрепить возможность использования при рассмотрении вопроса о назначении наказания таких факторов, как беременность, многодетность и т.д. в качестве смягчающих обстоятельств.

7. При назначении наказания следует лучше учитывать интересы жертвы преступления.

8. Следует более детально регламентировать порядок исполнения наказания в виде общественных работ.

9. Усовершенствовать институт ограничения свободы без направления в исправительные учреждения.

10. Необходимо создать механизм эффективной работы с осужденными по статьям 77 и 78 Уголовного кодекса Республики Беларусь (осуждение с отсрочкой исполнения наказания и осуждение с условным неприменением наказания);

11. Изучить возможность законодательного закрепления порядка участия общественных организаций при исполнении наказаний, не связанных с лишением свободы.

Отчет национального эксперта в области применения уголовных санкций Хомича В. М.[470]

1. ОПИСАНИЕ ПРОБЛЕМЫ И ПОСТАНОВКА ЗАДАЧ

1.1. Современная уголовная политика должна быть социально-ориентированной и по возможности не сопровождаться отрывом осужденного от привычных условий, в которых происходит процесс нормальной жизни человека. Такая ориентация вовсе не означает отказа от применения строго изоляционных мер наказания (лишение свободы, пожизненное заключение) для преступников, представляющих серьезную опасность для общества и его граждан в связи с совершением тяжких и особо тяжких насильственных и корыстно-насильственных преступлений.

Эта давно и хорошо известная истина продолжает оставаться нереализованной в реальной уголовно-правовой политике и в системе постоянных реформаций, которым подвергается сравнительно не так давно принятый и вступивший в действие Уголовный кодекс Республики Беларусь (далее – УК). Касается это и системы уголовных санкций, совершенствование которой, конечно, необходимо прежде всего, чтобы ***на деле*** обеспечить экономию социальных, материальных и уголовно-процессуальных ресурсов судебно-наказательной и уголовно-исполнительной деятельности ***при безусловном обеспечении безопасности общества, граждан и государства***. Ожидаема реализация именно такого направления в деятельности всех системных образований уголовной юстиции. Как справедливо заметил Председатель Верховного Суда Республики Беларусь накануне обсуждения на пленуме проблемы оптимизации применения наказания в виде лишения свободы: «Есть мировые тенденции в уголовном праве, в подходах к наказанию, которые мы не можем не учитывать»[471].

1.2. Необходимость наказания в виде **лишения свободы**, даже в условиях стабилизированной преступности, очевидна и определяется тем, что оно позволяет изолировать от общества наиболее опасных преступников в целях частного и общего предупреждения преступлений.

Лишение свободы выступает в качестве основного показателя (критерия) опасности преступного деяния, высшей мерой его публичного осуждения со стороны общества и государства. Наказание лишением свободы уже только **в качестве угрозы его применения** за нарушение уголовного запрета выполняет функцию охраны общества от преступных посягательств посредством общего предупреждения (сдерживания). Однако ***в реальных практиках*** лишение свободы все-таки должно назначаться преимущественно в отношении преступников, ***потенциально представляющих опасность*** для общества в случае их оставления на свободе, а не только в связи с уголовно-правовой оценкой общественной опасности совершенного преступного деяния. Практика дифференциации применения уголовных санкций, установленных законом за совершение соответствующих преступлений, должна быть сориентирована на эффективное предупредительно-исправительное воздействие в отношении конкретного правонарушителя.

1.3. Уровень лишения свободы должен снижаться как за счет адекватного применения иных видов наказания и мер уголовной ответственности, так и посредством совершенствования ***формы и порядка его исполнения*** на основе введения так называемых *полуоткрытых и открытых форм его отбывания*. Это более эффективный и комплексный подход к поддержанию необходимого карательного и предупредительного потенциала лишения свободы, чем резкий переход к практике назначения наказаний, не связанных с изоляцией осужденных от общества, но, к сожалению, размытых по своему карательному содержанию и слабо адаптированных к эффективному исполнению в отношении определенных категорий правонарушителей вследствие их антиобщественной распущенности и очевидного злоупотребления форматом свободного общества и человека.

1.4. Реформирование уголовного и уголовно-исполнительного законодательства (1993–1999 гг.) было сориентировано на прогнозируемое расширение применения альтернативных реальному лишению свободы мер уголовной ответственности в отношении лиц, вступивших в конфликт с уголовным законом, при сохранении угрожающего потенциала лишения свободы в качестве обеспечительного и воздействующего фактора, в том числе и в процессе применения альтернативных лишению свободы видов наказания и мер уголовной ответственности.

Однако уголовно-судебная политика оставалась и остается традиционно сдержанной в отношении реализации указанных тенденций. Пока не удалось стабилизировать карательную политику на основе рационального снижения уровня лишения свободы даже за совершение преступлений, не

---

[470] Хомич Владимир Михайлович, директор Научно-практического центра проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор, член Научно-консультационного совета при Конституционном Суде Республики Беларусь и при Верховном Суде Республики Беларусь.

[471] См.: Советская Белоруссия. 2009. 25 марта.

представляющих большой общественной опасности, и менее тяжких преступлений посредством назначения наказаний, не связанных с изоляцией от общества, и альтернативных лишению свободы иных мер уголовной ответственности.

Основная причина – завышенный общий карательный уровень наказуемости большинства преступных деяний, чрезмерно большие сроки лишения свободы, особенно при назначении данного наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров (по сравнению с УК 1960 г.). В 2008 г. в исправительных колониях содержалось уже более 6 тысяч осужденных, которым данное наказание было назначено на срок свыше 10 лет, из них более 2 тысяч – на срок свыше 15 лет (16 процентов от всех осужденных, отбывающих данное наказание; в 2000 г. таких осужденных было не более 4 тысяч – 8,4 процента). За последние шесть лет средний срок лишения свободы, приходящийся на одного осужденного, возрос с 6 до 8,8 года для мужчин и с 4,6 до 5,8 года – для женщин.

На этом уголовно-правовом фоне сохраняется и поддерживается устойчиво карательный (пенитенциарный) уклон судебной практики и правосудия по уголовным делам. Подтверждением тому является практика преимущественного назначения наказания в виде лишения свободы за преступления, не являющиеся тяжкими.

Так, в 2002 г. из 19031 осужденного к лишению свободы 1791 осужден к данной мере наказания за совершение *преступлений, не представляющих большой общественной опасности,* и 6290 – *за менее тяжкие преступления;* в 2003 г. из 20599 осужденных к лишению свободы – соответственно 1966 и 8325; в 2004 г. из 20033 осужденных к лишению свободы – 979 и 11615; в 2005 г. из 19999 осужденных к лишению свободы – соответственно 773 и 11414; в 2006 г. из 18495 осужденных к лишению свободы – соответственно 197 и 10868; в 2007 г. из 18082 осужденных к лишению свободы – соответственно 241 и 10981; в 2008 г. из 15467 осужденных к лишению свободы – соответственно 257 и 9445. Таким образом, более 50 процентов лишенных свободы – это лица, осужденные за совершение ***нетяжких преступлений***.

В конечном итоге это привело к деформации лишения свободы как наиболее строгого наказания и средства изоляции от общества действительно опасных преступников. Лишение свободы постепенно утрачивает свойство **радикальной** карательной меры для большинства населения в плане как общего, так и специального предупреждения, поскольку применяется повсеместно, как и повсеместно происходит освобождение от его отбывания по амнистии (проводятся, как правило, ежегодно), или вследствие условно-досрочного освобождения, которые также утрачивают свойство **исключительности.** Применяются указанные виды освобождения от наказания без достаточной исправительно-предупредительной подготовки и обоснования, опять же, ради ***высвобождения мест*** для последующего применения лишения свободы в отношении новых и «старых» осужденных *(более 42 процентов осужденных, отбывающих ныне лишение свободы, ранее уже осуждались и отбывали данное наказание, из них более 25 процентов – неоднократно; при этом более 60 процентов из них ранее осуждались к лишению свободы за нетяжкие преступления).*

Так, в соответствии с требованиями уголовного закона условно-досрочное освобождение может быть применено судом только при условии, что осужденный (отбывающий наказание) ***доказал*** свое **исправление.** Между тем в среднем около 10,8 процента условно-досрочно освобожденных из исправительных колоний совершают умышленное преступление еще в течение неотбытой части срока лишения свободы. Если сюда добавить условно-досрочно освобожденных, которые совершают преступление после истечения неотбытой части наказания, но до погашения судимости, то это еще (примерно) 15 процентов. В такой ситуации и лишение свободы, и условно-досрочное освобождение от наказания трудно рассматривать в качестве серьезных факторов даже предупреждения преступлений. Об исправительном воздействии на преступников такой карательной практики вообще говорить не приходится.

1.5. Нерациональность, а самое главное, – огромные социальные издержки такого «расточительного» применения лишения свободы (его назначения и последующего освобождения) – вызывают ***необходимость оптимизации сроков лишения свободы*** в таких пределах, когда лишение свободы на определенный срок будет восприниматься преступником как ***осознаваемо-эффектированное страдание*** за совершенное преступление и не приведет к необратимому психическому привыканию к жизни в условиях изоляции от общества, да еще и в среде себе подобных преступников-осужденных. При таком подходе определенный судом срок лишения свободы не следует корректировать – осужденный должен отбыть наказание полностью и до конца. Институт условно-досрочного освобождения от наказания в виде лишения свободы должен применяться в исключительных случаях, а основания и условия его применения должны быть изменены *(для условно-досрочного освобождения необходимо отбыть во всех случаях не менее трех четвертей срока наказания, в обязательном порядке трудоустроиться и работать или выполнять посильные общественные работы).* По общему правилу, следует исключить применение условно-досрочного

освобождения от таких наказаний как арест, исправительные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Это повысит карательно-предупредительный потенциал этих видов наказания по отношению к лишению свободы.

1.6. Объективная оценка функционирования пенитенциарных систем привела уголовно-правовую доктрину к необходимости социальной переориентации взглядов на цели применения наказания с проблем исправления на проблемы безболезненного вхождения осужденных в социальные формы жизнедеятельности после отбытия наказания, особенно после отбытия наказания в виде лишения свободы. Во многих государствах начался процесс переосмысления сути наказания в виде лишения свободы. Сегодня преобладающим в пенитенциарной науке является положение, что исполнение наказания в виде лишения свободы должно быть ориентировано **не на исправление**, а на ресоциализацию и/или дополнительную социализацию.

Профессор Ф.Р. Сундуров пишет, что идея ресоциализации осужденных фактически выступает в качестве одной из концептуальных основ не только уголовно-правовой, но и уголовной политики в целом, он подчеркивает необходимость рассмотрения системы уголовно-правового воздействия с позиций их ресоциализационного эффекта[472].

Если провозглашаемая до сих пор система социализации личности осужденного предполагала формирование личности путем привития ей определенных шаблонов поведения, гарантировавших ее самостоятельность лишь в определенных рамках, то ныне необходимо говорить о его подготовке к жизнедеятельности в условиях свободного общества, его полноценной социальной адаптации и ресоциализации. Вполне понятно, что новые требования должны предъявляться и к уголовно-правовой, и к уголовно-исполнительной политике (системе исполнения наказания), и к основаниям и практике применения досрочного освобождения от наказания.

1.7. Существенно возрастает социально-восстановительная функция уголовной ответственности – понимание того, что для общества очень важно добиваться рационального применения не только санкций возмездно-ресоциализационного характера, но и при этом обеспечивать усилиями виновного максимально возможное возмещение причиненного преступлением вреда.

2. ИСХОДНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ОЦЕНКА ДЕЙСТВУЮЩЕЙ СИСТЕМЫ НАКАЗАНИЙ

2.1. Есть основания полагать, что наказание (различные виды наказаний) в большинстве случаев оказывает удерживающее воздействие. Здравый смысл обычно подсказывает, что удерживающее воздействие увеличивается по мере усиления суровости наказания. Но это далеко не так, особенно в условиях современного развития общественных и государственных систем и устройства человеческого бытия, резкого усиления материально-ценностных потребностей в мотивации поведения людей и их активности.

Отсюда напрашивается вопрос, насколько эффективна действующая система видов наказания. Позволяет ли она проводить более взвешенную и эффективную карательную политику противодействия преступности, в том числе в аспекте желательного снижения применения лишения свободы посредством назначения иных наказаний, которые, подавляя (удерживая) асоциальные устремления виновного, одновременно стимулировали бы осужденных к соблюдению требований правопорядка. Разумеется, здесь (на национальном уровне) необходимо учитывать и такие криминогенные факторы, как высокий уровень бытового и небытового потребления алкоголя, социальная неустроенность и другие деструктивные факторы криминогенного характера.

Вопрос прежде всего касается эффективности действующей системы видов наказаний *(их избыточности или достаточности, согласованности, адаптированности социальным условиям, отсутствия или наличия социальных и организационных ресурсов для обеспечения их исполнения),* а также совершенства проводимой карательной политики в аспекте индивидуализации наказания при его назначении судом.

2.2. Не является нормальным (как с точки зрения содержания наказания, так и его назначения с учетом реализации принципа индивидуализации), когда **четверть лиц**, осужденных к таким наказаниям, как ограничение свободы и исправительные работы, откровенно уклоняются от соблюдения очевидно не строгих требований режима отбывания и исполнения этих наказаний, а уголовно-исполнительные органы не в состоянии понудить их к отбыванию наказания ничем иным как путем привлечения к уголовной ответственности. Или штраф не применяется судами только потому, что у осуждаемых нет достаточных средств (денежных) и имущества, на которые может быть обращено взыскание по штрафу, даже в тех случаях, когда это было бы вполне справедливым и приемлемым

[472] См.: Сундуров Ф.Р. Ресоциализационная функция уголовного закона и механизм ее реализации // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы: материалы IV Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 250-летию образования Моск. гос. ун-та им. М.В. Ломоносова и состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 27 – 28 мая 2004 г. М.: ЛексЭст, 2005. С. 560.

для общества и государства наказанием правонарушителя. Общественные работы суд не назначает, потому что нет надлежащего организационного обеспечения их исполнения.

Казалось бы, столь большое видовое разнообразие наказаний (при этом в статусе основных), которые предусматривает УК Беларуси (всего 9, не считая специальных наказаний для военнослужащих), должно было послужить серьезным аргументом для переосмысления практики назначения наказания в аспекте более глубокой и социально ориентированной индивидуализации. Но этого не произошло. В конечном итоге снижение уровня лишения свободы было достигнуто за счет большего применения наказания в виде ограничения свободы. Так, если в 2006 г. ограничение свободы было назначено 11266 осужденным, то уже в 2007 г. (после введения ограничения свободы без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа) – 15864 осужденным (22,3 процента от числа всех осужденных), в 2008 г. – 17436 осужденным (25,4 процента). Количество осужденных к наказанию в виде ограничения свободы в 2008 г. превысило в абсолютных числах число лиц, осужденных к наказанию в виде лишения свободы (15467 – 22,6 процента). В среднем более 60 процентов осуждаемым к ограничению свободы данное наказание назначается без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа. Казалось бы, тенденция обнадеживающая, если ее рассматривать только в контексте очевидного сокращения применения лишения свободы. Однако расширение применения ограничения свободы, и особенно без направления осужденных в исправительное учреждение открытого типа (скажем прямо, вместо лишения свободы), ослабило действие карательных факторов обоих видов наказания в реализации целей уголовной ответственности.

Наказание ограничением свободы в силу размытости карательных свойств, их неувязки с личностными свойствами преступников-осужденных, которым оно назначается, отсутствия должной системы организации исполнения и надзора за осужденными не стало серьезным сдерживающим фактором преступности и ресоциализации правонарушителей. Слабый предупредительный и исправительный эффект исполнения данного наказания (в принципе, в условиях нахождения осужденного на свободе), особенно в отношении преступников с устойчивыми асоциальными установками, да еще на фоне злоупотребления алкоголем, очевиден. Конечно, наказание ограничением свободы приемлемо для преступников, которые обладают устойчивой мотивацией на социальную реабилитацию, возвращение к нормальным условиям жизни, несмотря на совершенное преступление, и воспринимают кару ограничением их свободы в качестве серьезного сдерживающего фактора. К сожалению, более 30 процентов осужденных, отбывающих ограничение свободы, в силу антиобщественных склонностей и потребностей не воспринимают кару ограничением свободы в качестве серьезного карательно-предупредительного фактора, ориентируясь на то, что главным ущемлением их прав является принудительная организация и использование их труда.

Аналогичная оценка и такого традиционного наказания, как исправительные работы. Высокая степень эффективности данного наказания в советское время обеспечивалась всеобщей обязанностью трудиться в рамках организованной государственной системы занятости – альтернативных источников жизни и социального устройства не было и не могло быть. Теперь ситуация изменилась, отсюда и проблемы в организации и обеспечении отбывания и исполнения исправительных работ.

2.3. Конечно, рассматривать эффективность воздействия исполненного наказания в аспекте одного лишь удержания непозволительно, ибо наказание может изменять преступника в лучшую или худшую сторону совершенно независимо от того, оказывает оно или не оказывает сдерживающего воздействия. Но очевидно, что введение в ходе реформы новых видов наказания и сохранение традиционных не привело к улучшению карательно-исправительных начал в уголовной политике. Согласованность наказаний по степени тяжести кары и ее соответствие (ее соотнесение) тяжести преступления (что закреплено в санкциях статей Особенной части УК) – это всего лишь **исходное начало** законности при осуществлении правосудия по уголовным делам.

Если государство намерено получить исправительно-предупредительный эффект от применения того или иного наказания, то следует учитывать, что каждое наказание имеет, помимо прочего, свой карательно-исправительный ресурс (или предел), а также рассчитано и социально ориентировано на определенную категорию правонарушителей. Это предполагает более строгую и практическую увязку назначения наказания с принципом его индивидуализации и возможностями общесоциального контроля правонарушителей, подвергнутых ответственности посредством применения соответствующего наказания.

2.4. Нет сомнений, что назначаемое судами наказание соответствует санкции статьи (назначается в пределах санкции) Особенной части УК, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, и, в принципе, соответствует и тяжести совершенного преступления. Проблема заключается в том, что годами складывающаяся судебная практика исходила, главным образом, из принципа законности и возмездно-карательных начал при применении уголовных санкций.

В общем-то это правильное требование общих начал назначения наказания, но, будучи возведенным в абсолют, оно привело к тому, что принцип индивидуализации (он все-таки нацелен на ресоциализационный (а сейчас и на восстановительный) эффект применения наказания) повсеместно стал трактоваться только в аспекте **соответствия назначаемого наказания характеру и опасности совершенного преступления,** а также в какой-то мере – обстоятельствам, отягчающим и смягчающим ответственность виновного. При назначении наказания менее всего учитываются прогнозные факторы (обстоятельства), указывающие на возможность виновного вернуться к нормальным условиям социальной жизни после отбытия назначенного наказания. При таком алгоритме применения наказание, хотя и назначается в рамках закона, **но достаточно произвольно**, поскольку, преследуя возмездно-карательную цель, оно определяется при очевидном формальном учете личности виновного на возможность достижения соответствующих целей уголовной ответственности в аспекте перспектив (рисков) возвращения (невозвращения) осужденного к нормальным условиям социальной жизни. В этом основная причина негативного влияния практики назначения, исполнения и освобождения от наказания на динамику рецидива и предупреждение преступности.

2.5. Выход из создавшейся кризисной ситуации в оптимизации практики индивидуализации видов наказания при осуществлении правосудия по уголовным делам, назначении таких наказаний, которые являются наиболее и карательными, и ресоциализирующими для конкретного преступника. Только при реализации таковой практики индивидуализации наказания при его назначении, в том числе с использованием института смягчения наказания (ст. 70 УК), учитывая завышенный карательный уровень санкций, можно рационально и социально экономно использовать карательный потенциал и лишения свободы, и ограничения свободы, и исправительных работ, равно как и других наказаний.

В аспекте данного предложения следует обратить внимание на опыт зарубежных государств относительно внедрения социально ориентированных практик индивидуализации наказания посредством представления суду специально-подготовленного заключения, содержащего предложения о целесообразности применения к виновному той или иной меры уголовно-правового воздействия на основе прогнозно-оценочной характеристики социально-ролевых качеств виновного и допустимых (возможных) рисков в процессе его реабилитации. Максимально продуктивное решение этой задачи возможно только тогда, когда эта функция будет возложена на службу пробации как организационно оформленное образование уголовно-исполнительной системы. Специфика этого подразделения заключается в том, что оно функционально, предметно и, самое главное, комплексно отвечает за исполнительный аспект применения тех наказаний и мер уголовной ответственности, которые не связаны с изоляцией виновного (осужденного) от общества. Отбор такого рода осужденных должен начинаться до передачи дела виновного в суд и аккумулироваться в представлении службой пробации суду досудебного доклада, содержащего рекомендации относительно избрания виновному соответствующей меры уголовной ответственности на основе вероятностных оценок и прогнозов (рисков) его социальной реабилитации. Сегодня такая увязка правосудия по уголовным делам (практики индивидуализации наказания и иных мер уголовной ответственности) и уголовно-исполнительных практик – один из самых удачных проектов в области оптимизации применения уголовных санкций, не связанных с реальным применением лишения свободы, который успешно реализуется во многих европейских государствах. Мы имели возможность убедиться в этом на примере деятельности службы пробации Латвии, где она создана не так давно.

2.6. Не все виды наказания сегодня по своим карательным свойствам адаптированы к социальным возможностям контролировать и удерживать (предупреждать) криминогенную распущенность с учетом личностной типологии преступности и преступлений, а тем более успешно содействовать социальному исправлению правонарушителей.

Проблематичен, как уже отмечалось, карательный и исправительно-трудовой потенциал наказания в виде **ограничения свободы.** Данное наказание предусматривалось как ограничение свободы посредством направления осужденного на установленный судом срок в места обязательного привлечения к труду, где он должен был находиться под надзором органов, ведающих исполнением наказания, и не мог без разрешения этого органа покидать пределы административного района места отбывания наказания. В принципе, суть этого наказания не была нова. По своим ограничениям и организационно-правовому режиму исполнения это не что иное, как закрепление бывшего условного осуждения к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду (ст. 23-1 УК 1960 г.) в качестве самостоятельного вида наказания (ограничения свободы).

Адекватная оценка карательной стороны ограничения свободы как самостоятельного наказания связана с качественной характеристикой сущности и объема кары, которая заключается в факте принудительного удаления осужденного из места его жительства и контролируемого удержания

по месту обязательного привлечения к труду в специальном учреждении открытого типа. Осужденный пребывает в пределах границ исправительного учреждения открытого типа и проживает в специально оборудованном общежитии, которое не должен покидать в свободное от работы время без разрешения администрации учреждения. В сравнительном отношении ограничение свободы имеет большое сходство с так называемыми открытыми формами исполнения лишения свободы. Так, если сравнивать отбывание лишения свободы в исправительной колонии-поселении с отбыванием ограничения свободы в исправительном учреждении открытого типа, то очевидно, что разница между режимом отбывания лишения свободы и режимом отбывания ограничения свободы не более чем условная. Между тем разница в правовых последствиях осуждения к этим наказаниям существенная. Конечно, в целях обособления этих наказаний можно еще больше ослабить карательные элементы ограничения свободы, однако практика исполнения ограничения свободы свидетельствует, что резервы такого совершенствования исчерпаны или, по крайней мере, непродуктивны. Кроме того, необходимые режимные условия исполнения ограничения свободы могут быть обеспечены только при надлежаще организованных и контролируемых формах трудоиспользования осужденных.

Ограничение свободы по рейтингу строгости было рассчитано и на применение в отношении лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления. И в этом смысле оно должно было стать определенного рода альтернативой лишению свободы. Проблема однако состояла в том, как организовать надлежащий надзор за осужденными по месту отбывания данного наказания, учитывая ограниченный спрос в трудовых ресурсах по месту нахождения исправительного учреждения и очевидную проблематичность надзора за достаточно пестрой и неоднозначной категорией осужденных, прибывающих для отбывания ограничения свободы. Поэтому кризисные явления с организацией исполнения наказания в виде ограничения свободы начали возникать уже с самого начала его применения.

Исполнение наказания в виде ограничения свободы возложено на исправительные учреждения открытого типа. Указанные образования с большой долей условности можно назвать ***учреждениями***, поскольку организационно они функционируют в виде администраций (по аналогии прежних специальных комендатур), которые и должны обеспечить принудительное пребывание осужденных вне места их жительства, а по месту обязательного привлечения к труду, а также надзор за ними в течение всего срока отбывания наказания. Осужденные на время отбывания наказания прописываются по месту нахождения администрации исправительного учреждения открытого типа и не могут без разрешения администрации покидать границы территории места привлечения к труду (условно – границы данного исправительного учреждения), которые определяются в установленном порядке. Оказалось, что основная задача обеспечения исполнения наказания в виде ограничения свободы, состоящая в том, чтобы прописанные к определенному исправительному учреждению открытого типа осужденные работали компактно на производствах или работах, приближенных к месту расположения администрации учреждения, оказалась трудно выполнимой (если не более). В большинстве случаев осужденные стали распределяться на работы, значительно отдаленные от места дислокации администрации учреждения, и фактически находились вне надзора, который в таких случаях возлагался на службу участковых инспекторов.

2.5. Учитывая объективные трудности в организации труда лиц, осужденных к ограничению свободы, начиная с середины 2003 г. стало практиковаться отбывание ограничения свободы на дому. Такие осужденные трудоустраивались по месту жительства, как правило, самостоятельно. Одновременно была поставлена задача возможного реформирования данного наказания. Предлагалось закрепить два вида ограничения свободы: с направлением в исправительное учреждение открытого типа и без направления в такое учреждение, то есть с отбыванием ограничения свободы на дому (по месту жительства).

Законом Республики Беларусь от 9 июня 2006 г. № 12-З[473] такие изменения и дополнения были внесены в статью 55 УК и соответственно в УИК. Ныне УК Беларуси предусматривает два вида наказания ограничением свободы: с удалением осужденного из места его жительства и направлением в исправительное учреждение открытого типа и без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа (в условиях его пребывания по месту жительства в режиме ограничений свободы, предусмотренных ст. 48^1 УИК).

В свою очередь, ограничение свободы **без направления в исправительное учреждение открытого типа** может быть назначено и нетрудоспособным лицам, в том числе несовершеннолетним, достигшим 14-летнего возраста и совершившим преступление, за которое они подлежат уголовной ответственности. Для указанной категории осужденных при отбывании ограничения свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа (на дому), а также для всех осуж-

[473] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 92, 2/1219.

денных, отбывающих данный вид ограничения свободы и обучающихся на очной (дневной) форме обучения в учреждениях образования (в том числе достигших совершеннолетия) не устанавливается требование обязательного привлечения к труду.

Обратим внимание, что система ограничений свободы при данном виде наказания в виде ограничения свободы допустима, в принципе, при отсрочке исполнения наказания в виде лишения свободы (ст. 77 УК). Но в этом случае уголовно-исполнительный контроль за соблюдением осужденными таких ограничений ***более актуализирован*** и мотивационно обеспечен угрозой применения назначенного наказания в виде лишения свободы.

2.6.3. С октября 2006 г. суды начали активно применять новый вид ограничения свободы. По данным судебной статистики в 2007 г., каждое четвертое лицо, осуждаемое к наказанию в виде ограничения свободы, осуждалось к данному наказанию без направления в исправительное учреждение открытого типа.

К сожалению, введение нового вида ограничения свободы не сопровождалось усилением организационных начал в его исполнении. Осужденные, отбывающие ограничение свободы по месту жительства в сельской местности, вообще оказались вне надзора. Если не считать, что введение данного вида ограничения свободы позволило применять данное наказание к несовершеннолетним и нетрудоспособным как альтернативу лишения свободы, то в целом старые проблемы сохранились. По-прежнему наблюдается высокий уровень уклонения осужденных от отбывания ограничения свободы.

Нельзя не поставить вопрос о системном соотношении по строгости нового вида ограничения свободы с наказанием в виде исправительных работ. Все-таки наказание в виде ограничения свободы мыслилось как принудительная «прописка» осужденного на срок отбывания наказания не по месту жительства. В противном случае это наказание вообще утрачивает свои карательные свойства в качестве самостоятельного наказания.

2.6. Есть серьезные основания к тому, чтобы **реорганизовать** ограничение свободы с направлением в исправительное учреждение открытого типа в открытую форму отбывания лишения свободы и отказаться от наказания в виде ограничения свободы как такового. Отбывание и исполнение открытых форм лишения свободы должно быть основано на индивидуальной или групповой самоорганизации и самодисциплине осужденного (осужденных) под надзором учреждений и органов уголовно-исполнительной системы и обязательном трудоустройстве осужденных. Открытые формы отбывания лишения свободы должны вводиться и применяться в отношении впервые осужденных к лишению свободы за:

– умышленные преступления, не представляющие большой общественной опасности, – после отбытия не менее шести месяцев лишения свободы в исправительной колонии в условиях общего режима;

– менее тяжкие преступления (неосторожные и умышленные) соответственно после отбытия не менее шести месяцев лишения свободы в исправительной колонии-поселении и одного года в исправительной колонии в условиях усиленного режима;

– тяжкие преступления, не связанные с применением насилия и посягательством на жизнь и здоровье людей, и осужденных к лишению свободы на срок до шести лет, – после отбытия одного года данного наказания в исправительной колонии в условиях усиленного режима (в таких случаях целесообразнее дать перечень соответствующих преступлений, осуждение за которые к лишению свободы является препятствием к применению открытых форм лишения свободы, в этот перечень не должны включаться и некоторые насильственные преступления, например умышленные менее тяжкие телесные повреждения, хулиганство и др.).

Отбывание лишения свободы в открытом режиме – одна из прогрессивных форм исполнения лишения свободы, которая позволяет рационально и экономно использовать предупредительный и ресоциализационный ресурс данного наказания, одновременно снимая негативные социальные последствия изоляции правонарушителей от общества. Все осужденные, отбывающие лишение свободы в открытом режиме, продолжают числиться (состоять на пенитенциарном учете) за теми исправительными колониями, из которых они были «командированы» для отбывания лишения свободы в открытом режиме. Места отбывания лишения свободы в открытом режиме определяются администрацией исправительного учреждения на основе предварительных заявок и потребностей в рабочих ресурсах и при согласии осужденного работать на предложенных условиях. Осужденные могут направляться для выполнения работ в порядке открытого отбывания лишения свободы на весь период срока наказания или только на часть этого срока с учетом сезонного характера выполняемых работ или ограниченного объема (срока) их выполнения. В последнем случае осужденные могут быть направлены для выполнения работ в иные места на указанных условиях. Не должна исключаться возможность выполнения таковых работ в порядке открытого отбывания лишения свободы и по месту жительства лица до его осуждения.

Решение об открытом режиме отбывания лишения свободы должно приниматься индивидуально в отношении каждого осужденного на основе его личностной социально-психологической оценки и степени готовности (заключения) выполнить все условия и обязательства, касающиеся порядка и требований отбывания лишения свободы в открытом режиме. На основе положительного заключения для каждого осужденного с его участием разрабатывается **«задание-обязательство»,** в котором отражаются все условия и порядок открытого отбывания лишения свободы, система ограничений режимного характера, место и характер выполняемых работ, правовые последствия выполнения и невыполнения осужденным условий открытого отбывания лишения свободы. Важнейшим условием открытого отбывания лишения свободы должно стать выполнение осужденным **общественных работ.**

Обязательным элементом открытого отбывания лишения свободы является распространение на указанную форму отбывания наказания правовых последствий осуждения и отбывания лишения свободы с определенными стимулирующими факторами негативного и позитивного характера, а именно:

– период открытого отбывания лишения свободы исчисляется сроком лишения свободы, определенным приговором суда;

– лицо, отбывавшее лишение свободы в открытом режиме, считается ранее осуждавшимся к лишению свободы, а также отбывавшим данное наказание, если оно совершило новое преступление в пределах срока судимости;

– нарушение осужденным, отбывающим лишение свободы в открытом режиме, одного из условий такого отбывания наказания по неизвинительным причинам является безусловным основанием отмены данного порядка исполнения лишения свободы и направления осужденного для дальнейшего отбывания лишения свободы в соответствующую исправительную колонию. При этом в отбытый срок лишения свободы период открытого отбывания лишения свободы в таких случаях засчитывается из расчета два дня открытого отбывания лишения свободы за один день лишения свободы. Аналогичный порядок исчисления должен применяться при определении неотбытой части лишения свободы при совершении осужденным во время открытого отбывания лишения свободы преступления и назначения наказания по совокупности приговоров;

– в отношении осужденных, отбывших лишение свободы в открытом режиме в соответствии с установленным им **заданием-обязательством,** суд по представлению органа внутренних дел или администрации исправительного учреждения с учетом достигнутой степени социальной реабилитации и адаптации осужденного может принять решение об освобождении его от дополнительного наказания, а также о снятии (сокращении срока) судимости.

Введение открытой формы исполнения (отбывания) лишения свободы позволит существенно активизировать социально-реабилитационный аспект применения лишения свободы, используя достаточно высокий карательно-предупредительный (устрашающий) потенциал данного наказания. Государство получит возможность рационально, с пользой для общества и самих осужденных использовать их трудовой ресурс, повысится предметно и функционально ответственность органов и учреждений уголовно-исполнительной системы (и не только их) за осуществление уголовно-исполнительной политики. Кроме того, открытая форма исполнения лишения свободы – самая простая в правовом, процессуальном и организационном смысле альтернатива реальному (традиционному) лишению свободы. С учетом допустимого контингента осужденных, в отношении которых может вводиться открытая форма отбывания лишения свободы, это примерно 25–30 процентов осужденных, отбывающих лишение свободы.

2.7. Ограничение свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа, если не считать сами элементы ограничения свободы поведения осужденного по месту жительства и срок, на который они применяются, то даже специалисту трудно идентифицировать в качестве конкретно-определенного вида (в данном случае подвида) наказания. Осужденный, оставаясь и находясь в привычном для него домашнем и бытовом окружении, сохраняет возможность прямо или косвенно уклоняться от соблюдения этих запретов, учитывая их произвольный и предметно-нефункциональный характер, а самое главное – отсутствие системного контроля за его поведением. Очень быстро было усвоено – не следует нарушать те режимные обязанности-ограничения, которые связаны с очевидными учетно-контрольными функциями (явка на регистрацию, на работу, выезд за пределы места жительства только с согласия уголовно-исполнительной инспекции).

Наказание ограничением свободы с отбыванием его на дому с учетом его карательного содержания, которое сводится в основном к контрольно-режимным ограничениям, не диссонирует с таким более мягким наказанием, как исправительные работы, при отбывании которого для осужденного также устанавливаются определенные ограничения свободы (невозможность увольнения с работы без письменного разрешения уголовно-исполнительной инспекции; обязанность уведомлять инспекцию об изменении места жительства; на срок до трех месяцев может быть установлена

обязательная явка осужденного на регистрацию в инспекцию). Более того, карательное воздействие исправительных работ существенно усиливается имущественным компонентом карательного воздействия (ежемесячные удержания из заработка в пределах до 25 процентов). Поэтому система карательных ограничений, сопровождающих исполнение и отбывание наказания в виде ограничения свободы по месту жительства, должна стать принудительно-обеспечительным комплексом исполнения и отбывания исправительных работ. В связи с этим предлагается предусмотреть в качестве самостоятельного наказания «исправительные работы» двух видов – исправительные работы в традиционном виде и исправительные работы с ограничением свободы (усиленный вариант исправительных работ). Усиление карательных свойств исправительных работ за счет введения элементов ограничения свободы усилило бы надзорную функцию за отбыванием данного наказания, расширило бы карательно-предупредительный и исправительный потенциал данного наказания как альтернативы лишению свободы. Одновременно необходимо увеличить срок исправительных работ **с двух до трех лет**, а также предусмотреть, что минимальная сумма ежемесячных удержаний из заработка осужденного не должна быть менее двух базовых величин. Наконец, это позволило бы увеличить штатный состав уголовно-исполнительных инспекций за счет сотрудников администраций исправительных учреждений открытого типа.

Последнее заключение является очень важным, поскольку в республике не была организационно сформирована система исполнения альтернативных лишению свободы видов наказания, как и альтернативных наказанию уголовных санкций, хотя это предполагалось сделать после принятия Уголовно-исполнительного кодекса. Уголовно-исполнительные инспекции, на которые было возложено исполнение практически всех уголовных санкций, не связанных с ограничением или лишением осужденного свободы, без структурной реорганизации и увеличения штатной численности сотрудников не обеспечивают и не в состоянии обеспечить надлежащий и эффективный надзор за отбыванием указанных уголовных санкций. Нежелание формировать завершенную и профессионально-активную систему органов по исполнению уголовных санкций, не связанных с лишением свободы, существенно дезориентирует общество, государство и правосудие в необходимости применения альтернативных лишению свободы видов наказания и мер уголовной ответственности.

Исправительные работы с элементами ограничения свободы традиционно давно существуют и применяются в Республике Польша. Этот вид наказания сохранен и в УК Республики Польша 1997 г. (см. ст. 33, 34–36 УК). При этом традиционно этот вид наказания в Польше всегда именовался не исправительными работами, а ограничением свободы. Ограничение свободы (исправительные работы) в соответствии со статьей 34 УК Республики Польша может назначаться на срок от одного до двенадцати месяцев. Весьма характерно, что осужденный в обязательном порядке привлекается к выполнению определенных работ, которые являются составной частью содержания данного наказания.

Если осужденный не работает (не имеет постоянного места работы), то в этом случае он привлекается к выполнению неоплачиваемой работы на общественные цели, то есть фактически в принудительном порядке привлекается к выполнению общественных работ в пределах от двадцати до сорока часов в месяц. УК Польши не предусматривает общественные работы в качестве самостоятельного наказания и исходит из того, что общественные работы могут эффективно исполняться только в рамках определенной системы принудительного ограничения свободы.

В отношении работающих суд применяет практику обязательных работ с отчислением в доход государства либо на общественные цели от десяти до двадцати пяти процентов из заработка осужденного. При этом назначение этого вида наказания увязано с изучением и учетом позиции самого осужденного на возможность применения данного вида наказания. Как правило, суд одновременно обязывает осужденного извиниться перед потерпевшим или произвести выплату на содержание лица, потерпевшего от преступления, а также воздержаться от потребления алкоголя или других одурманивающих средств. В этом случае таковые обязанности становятся (являются) составной частью назначенного осужденному наказания, что позволяет воздействовать на осужденного большей системой мер в период отбывания данного наказания.

3. ПРОБЛЕМА ОПТИМИЗАЦИИ УГОЛОВНЫХ САНКЦИЙ

3.1. При всем многообразии видов наказания, применяемых государствами в разные исторические периоды, сегодня в качестве основных выступают три вида наказания – штраф, лишение свободы (включая лишение на определенный срок, пожизненное лишение свободы и арест), а также общественные работы. Именно на эффективном применении (балансировании) этих видов наказания, а также постепенном замещении наказания в виде лишения свободы штрафом и системой пробации, сочетания пробации (испытания) с общественными работами и было достигнуто существенное сокращение применения лишения свободы в западно-европейских государствах при со-

хранении должного уровня контроля преступности, безопасности общества и поддержания высокого предупредительного эффекта кары лишением свободы.

3.1.1. **Об интенсификации применения штрафа.** Штраф, лишая осужденного преступника денежных доходов и сбережений, что составляет основу его свободы и успешного бытия, способен удерживать от рецидива подавляющую массу правонарушителей. Это было уже давно понято многими государствами, и штраф как наказание превратился ***в первую и основную альтернативу лишению свободы***. Он стал той основой, на которой сегодня успешно реализуются и снимаются конфликты интересов виновного (правонарушителя), потерпевших и государства в организации и поддержании правопорядка, эффективно решается задача общего и частного предупреждения преступлений при минимальных социальных и материальных издержках общества и государства.

Штраф имеет один недостаток в контексте реализации целей уголовной (охранительной) политики и целей уголовной ответственности – он не в состоянии обеспечить предупредительную и исправительную задачу в отношении агрессивно-ориентированной и асоциально-запущенной части преступников, мотивированных на совершение опасных для граждан и общества преступлений. Изоляция такого рода преступников от общества в порядке применения лишения свободы, в том числе на относительно длительный срок, **необходима и оправданна**. Обратим внимание, что в среднем в республике ежегодно совершается 8–9 процентов преступлений, относящихся к категории тяжких и особо тяжких.

В современной доктрине уголовного права не без оснований утверждается, что штраф является наиважнейшей и эффективной карательной альтернативой лишению свободы. Практика современных западно-европейских государств (Бельгия, Германия, Голландия и др.) наглядно подтверждает высокую эффективность штрафа в качестве меры уголовного наказания за преступления средней тяжести как имущественного, так и неимущественного (насильственного) характера, а также за большинство неосторожных преступлений. Уровень применения штрафа в указанных государствах давно превысил 70 процентов[474].

Надо признать, что в советский период штраф не рассматривался как традиционно воспринимаемое и поощряемое социалистическим уголовным правом наказание, хотя и предусматривался системой в числе самостоятельного вида наказания. Только начиная с 80-х годов отношение к штрафу как мере уголовного наказания начало меняться, был существенно расширен перечень санкций, предусматривающих возможность назначения данного наказания.

Тем не менее применение данного наказания не было столь динамичным, как ожидалось, хотя к концу 80-х годов к штрафу приговаривалось 12–13 процентов всех осужденных[475]. Это был максимальный уровень применения штрафа, которого удалось достичь в период после 60-х годов.

Но уже в тот период было отмечено, что уровень карательного воздействия штрафа на индивида будет постоянно возрастать в связи с объективными изменениями в общественном сознании граждан иерархии ценностей, которые представляются актуальными для человека и которых он может лишиться. Ориентация общества на рыночную экономическую модель свободы и независимости человека объективно изменяет и субъективное восприятие карательных свойств денежного штрафа, увеличивает силу его воздействия. Применение штрафа как наказания сегодня оказывает глубокое и разностороннее карательное и предупредительное (удерживающее) воздействие на правонарушителя, а глубина его восприятия особенно возрастает, если штраф применяется на альтернативной лишению свободы основе.

Возможные изменения в системе регламентации, применения и исполнения штрафа обсуждались и обсуждаются в Республике Беларусь. В практической плоскости более широкое применение штрафа судами в отношении преступников, не нуждающихся в изоляции от общества, сдерживается трудностями, точнее, невозможностью его взыскания вследствие отсутствия соответствующих денежных сбережений и доходов у граждан, привлекаемых к уголовной ответственности. Это давно и хорошо известная проблема, которая до настоящего времени не разрешена в законодательстве государств, образованных на постсоветском пространстве. С учетом возможных усилий, предпринимаемых судами для более широкого применения штрафа, уровень осуждения к данному наказанию в Республике Беларусь не превышал в среднем 12–13 процентов за последние пять лет.

Между тем социальные условия для более широкого применения штрафа имеются, особенно если он будет назначаться на альтернативных лишению свободы условиях и при максимально возможной его индивидуализации с учетом материального положения виновного. Мотивация виновных избежать изоляции от общества за неотвратимо грозящее наказание посредством матери-

---

[474] См.: Короли Бард. Альтернативные меры уголовного наказания // Альтернативы тюремному заключению в Республике Казахстан: материалы междунар. конф. М.: PRI, 2000. С. 80.

[475] См.: Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX – начала XXI века: учебник для вузов / под ред. д-ра юрид. наук проф. А.И. Зубкова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: НОРМА, 2002. С. 547.

альной компенсации причиненного преступлением вреда, в том числе уплаты штрафа, очевидна. Однако после того как суд назначил наказание в виде штрафа, мотивация осужденного трансформируется в желание избежать излишних издержек материального характера, обусловленных необходимостью уплаты (взыскания) штрафа. Отсюда легальные, полулегальные и незаконные формы сокрытия своего имущества и доходов, которые предпринимаются осужденными задолго или заранее (до совершения преступления и изобличения виновного).

Предложения о введении так называемой шведской системы исчисления и применения штрафа, которая используется в большинстве стран Западной Европы и которая предполагает высокий уровень индивидуализации данного наказания с учетом материального положения виновного, пока не воспринимаются. И все-таки следует обратить внимание, что в соответствии с указанной законодательной моделью применения штрафа в приговоре к штрафу уже заложена (предопределена) возможность изоляции от общества осужденного к штрафу на срок, равный количеству штрафных дней в случае его неуплаты.

В целях расширения применения штрафа и стимулирования осужденного к его уплате можно предложить и другие модели применения штрафа, практикуемые в законодательстве и практике ряда государств[476]. Принципиально все они основаны на механизме альтернативности штрафа лишению свободы. В этом суть социального осмысления политики карательного замещения лишения свободы наказанием в виде штрафа.

Так, в английской системе применения штрафа данное наказание применяется на альтернативной лишению свободы основе, но без назначения срока лишения свободы, которым заменяется штраф в случае его неуплаты. Обычно оппоненты такого подхода говорят, что это не вполне приемлемо с правовой точки зрения, поскольку суд, дескать, назначает уже осужденному за соответствующее преступление новое наказание без отмены первоначального приговора. Это не совсем так, поскольку в приговоре о назначении штрафа на альтернативной основе заложены правовые основания судебной трансформации состоявшегося приговора в части применения лишения свободы вместо неуплаченного штрафа.

Элементы подобной модели применения штрафа используются в УК Израиля. Так, в соответствии со статьей 71 упомянутого Кодекса «суд, приговоривший лицо к штрафу, вправе назначить ему тюремное заключение сроком до трех лет, в случае если штраф полностью или частично не был вовремя выплачен, но при этом срок тюремного заключения вместо штрафа не будет превышать срок тюремного заключения, предусмотренный за преступление, за совершение которого был назначен штраф».

Схожей моделью является конструкция, когда суд при назначении штрафа одновременно в приговоре определяет срок лишения свободы на тот случай, если осужденный не выплатит штраф в установленный срок.

Так в § 28 УК Норвегии (Общегражданский уголовный кодекс Норвегии) сказано: «В приговоре об уплате штрафов устанавливается срок тюремного заключения от 1 дня до 3 месяцев, или в случаях, названных в § 63, – до 4 с половиной месяцев, который назначается, если не выплачиваются штрафы».

В статье 40 УК Бельгии сказано: «В случае неуплаты штрафа в двухмесячный срок с момента приговора или решения, если они были вынесены в состязательном процессе, либо с момента официального уведомления о них, если соответствующие решения были приняты заочно, штраф может быть заменен тюремным заключением, срок которого устанавливается приговором или решением об осуждении и который не может превысить шести месяцев для осужденных за преступления, трех месяцев для осужденных за проступок и трех дней для осужденных за полицейское нарушение».

Во всех случаях осужденный может освободиться от отбывания тюремного заключения, уплатив штраф, учитывая приоритет штрафа, назначенного по приговору за совершенное преступление.

Следует обратить внимание на одну существенную деталь. В соответствии с европейским подходом штраф как уголовное наказание в правовой интерпретации рассматривается как ***денежное взыскание*** в противовес имущественному взысканию (например, конфискации). Из этого следует, что применение штрафа в качестве наказания основано на обращении взыскания на денежные сбережения и доходы осужденного. Во всяком случае **принудительное обращение взыскания штрафа на имущество осужденного**, по общему правилу, не допускается или такая возможность ограничена.

---

[476] См.: Grebing G. Recht und Praxis der Tagessatz – Geldstrafe // Juristenzeitung. 1976. № 23/24. S. 728–246; Horn E. Probleme bei der Bestimmung der Mindest-und Höchstqeldstrafe // Neue Zeitschrift für Strafrecht. 1990. S. 264–278; Kalmthout Anton M., Tak Peter J.P. Sanctions-systems in the member-states of the Council of Europe. Part I. Deventer, Antwerp, London, Frankfurt, Boston, New York, 1988. 423 p.; Kalmthout Anton M., Tak Peter J.P. Sanctions-systems in the member-states of the Council of Europe. Part II. Deventer-Boston, 1992. 398 p.

Уголовное (уголовно-исполнительное) законодательство Республики Беларусь, равно как и других государств СНГ не содержит подобных ограничений. Не касаясь оценки подобного подхода к применению штрафа, укажем, что социальная основа исполнения штрафа в национальной системе права ***гораздо шире*** и ее лишь следует более эффективно использовать на принципах альтернативности лишению свободы.

В связи с этим предлагается назначать штраф в социально допустимых пределах – при отсутствии серьезного риска для безопасности общества и государства оставления осужденного на свободе за совершение тяжкого преступления – только *на альтернативной* лишению свободы основе. По усмотрению суда – за менее тяжкие преступления и преступления, не представляющие большой общественной опасности, за которые может быть назначено наказание в виде лишения свободы. В этом случае суд, назначая наказание в виде штрафа, определяет и срок лишения свободы, который осужденному предстоит отбыть, если назначенный по приговору штраф, подлежащий приоритетному исполнению, не будет уплачен в установленный срок.

Следует, по нашему мнению, обратить внимание на то, что предлагаемая альтернативная процедура назначения (исполнения) штрафа за тяжкие преступления должна применяться только при ***согласии*** обвиняемого на такой вариант применения штрафа, учитывая достаточно высокий предел лишения свободы, который может быть назначен за такое преступление и, соответственно, размер штрафа.

В порядке обсуждения предлагается следующий вариант редакции статьи 50 УК:

«Статья 50. Штраф

1. Штраф есть денежное взыскание, назначаемое судом в случаях **и порядке**, установленных настоящим Кодексом.

2. Штраф назначается в пределах от тридцати до одной тысячи базовых величин.

3. Размер штрафа определяется судом с учетом характера и степени общественной опасности совершенного преступления и материального положения виновного, его семьи, а также с учетом его заработка или иного дохода.

4. Принимая решение о назначении штрафа за преступление, не являющееся тяжким, суд может назначить данное наказание на альтернативной лишению свободы основе, если санкция статьи Особенной части настоящего Кодекса предусматривает наряду со штрафом возможность применения этого наказания.

5. При возможности оставления на свободе совершившего тяжкое преступление лица без серьезной опасности для общества, штраф в пределах от трехсот до трех тысяч базовых величин с учетом требований, предусмотренных частью третьей настоящей статьи, может быть назначен только на альтернативной лишению свободы основе и при согласии обвиняемого на уплату назначенного судом штрафа в установленный срок.

6. В случаях назначения штрафа в порядке и на условиях, предусмотренных частями четвертой и пятой настоящей статьи, суд определяет в приговоре срок лишения свободы в пределах санкции статьи Особенной части настоящего Кодекса, предусматривающей ответственность за совершенное преступление. При неуплате осужденным штрафа в установленный срок суд производит замену наказания в виде штрафа лишением свободы на срок (в пределах срока), определенного приговором.

7. При невозможности взыскания штрафа, который назначен судом на безальтернативной лишению свободы основе, и отсутствии признаков уклонения осужденного от его уплаты суд по представлению органа, на который возложено исполнение приговора, заменяет штраф общественными работами или исправительными работами в соответствии со статьями 49 и 52 настоящего Кодекса.».

Конечно, по предложенному варианту оптимизации применения штрафа существуют определенные опасения. Не исключены случаи, когда осужденный попытается все-таки уклониться от исполнения такого приговора. Таковой риск существует. Однако не пытаться разрешить проблему оптимизации применения штрафа на принципах минимизации социальных и материальных ресурсов, направляемых государством на обеспечение исполнения уголовных санкций, было бы неправильно. Во многом проблема обеспечения исполнения такого рода санкций комплексного характера должна решаться на уровне правосудия, при принятии решения о применении в отношении преступника той или иной меры уголовно-правового воздействия. Более 70 процентов лиц, совершающих преступления и осуждаемых в Республике Беларусь, – это лица, имеющие семью, постоянное место жительства, определенные материальные сбережения, наконец, близких родственников и друзей, и поэтому мотивация уклониться от исполнения штрафа, который им назначен, по существу, вместо лишения свободы, может возникнуть как мгновенная реакция, и не носит устойчивого характера. Осужденный, который заинтересован в сохранении своего семейного бытия, постарается исправить сложившуюся ситуацию иным образом, в конечном ито-

ге, поймет, что укрываться от исполнения наказания в такой ситуации нецелесообразно, что это чревато достаточно серьезными последствиями, как бы долго он не пытался укрываться от исполнения приговора. Применение штрафа на альтернативной лишению свободы основе должно прогнозироваться при наличии и с учетом такого рода позитивных факторов детерминации поведения осужденного.

Наконец, можно предложить определенную систему обеспечительных мер посредством введения для таких осужденных специальных ограничений на период исполнения штрафа, например, в рамках установления профилактического наблюдения. Обратим внимание, что применение штрафа на альтернативной лишению свободы основе означает, что уклонение осужденного от исполнения такового наказания в виде штрафа, следует рассматривать и как уклонение от наказания в виде лишения свободы, поскольку оба наказания взаимно увязаны и определены приговором суда. Соответственно есть правовые основания выдачи лица, как укрывающегося в другом государстве от исполнения приговора в виде лишения свободы.

Могут быть предложены и другие меры в плане процессуального и правового обеспечения исполнения такого рода уголовных санкций. Важно то, что подобная система применения штрафа делает достаточно серьезный прорыв в практике расширения применения штрафа в качестве наказания.

3.1.2. ***О социальной компенсации в системе уголовных санкций и оптимизации восстановительной функции уголовной ответственности.*** Это направление касается необходимости внедрения социально компенсационных элементов при применении таких форм реализации уголовной ответственности, которые применяются на альтернативной наказанию основе (осуждение с отсрочкой исполнения наказания, осуждение без назначения наказания). Речь идет о реализации в практической плоскости положения, которое закреплено в части 3 статьи 44 УК: «Уголовная ответственность должна способствовать восстановлению социальной справедливости». Если это так, то возникает вопрос, каким образом посредством применения соответствующих мер уголовной ответственности можно реализовать эту цель. Разумеется, восстановление социальной справедливости не исчерпывается тезисом о том, что осуждение лица за совершенное преступление является ***основанием*** для взыскания с него имущественного ущерба и материального возмещения морального вреда. Указанные меры компенсационного характера реализуются не посредством содержательных компонентов уголовной ответственности. Мы же имеем в виду содержательные компоненты самой уголовной ответственности, которые наряду с целями уголовной ответственности предметно реализуют функцию восстановления социальной справедливости по отношению к нарушенному правопорядку как охраняемой обществом ценности.

Естественно, что в качестве такового компонента может быть только фискальная мера или мера (услуга) имущественного характера и она должна:

– замещать (быть основанием и условием замещения в совокупности с другими условиями) карательные элементы уголовной ответственности;

– применяться на условиях согласия виновного на уплату такой фискальной меры;

– наконец, быть совместима с необходимостью эффективного осуществления целей уголовной ответственности и восстановления социальной справедливости.

Предполагается внедрить институт социальной компенсации в рамках таких форм реализации мер уголовной ответственности как осуждение с отсрочкой исполнения наказания (ст. 77 УК) и осуждение без назначения наказания (ст. 79 УК). Одновременно следует расширить возможность применения указанных мер уголовной ответственности и в отношении лиц, совершивших тяжкие преступления (за исключением насильственных преступлений), если обвиняемый в ходе судебного разбирательства заявит о желании выплатить социальную компенсацию, при условии применения к нему соответствующих мер уголовной ответственности. Предусмотреть, что, в случае неуплаты назначенной суммы социальной компенсации в установленный срок (например, в течение срока отсрочки), осужденный направляется для отбывания назначенного судом наказания в виде лишения свободы.

Не секрет, что упомянутые альтернативные наказанию формы уголовной ответственности сегодня недооцениваются судами и не воспринимаются гражданами, в известной мере, ввиду недостаточной **насыщенности** этих форм ответственности мерами воздействия, реально обременяющими (лишающими определенных благ) осужденного, а также в связи с отсутствием надлежащего контроля и критериев оценки степени социальной реабилитации (исправления) осужденного в период испытания (профилактического наблюдения).

Институт социальной компенсации может быть включен в качестве условия освобождения от уголовной ответственности (для некоторых видов освобождения от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям), особенно в отношении лиц, впервые совершивших менее тяжкое преступление.

Введение в систему альтернативных наказанию мер уголовной ответственности (ст. 77 и 79 УК) социальной компенсации позволит существенно повысить ресурсный уровень предупредительного и исправительного воздействия указанных мер уголовной ответственности и, наконец, эффективно восполнять социальные издержки и вред, вызванный фактом совершения преступления.

Общество и государство несет значительные социальные издержки не только вследствие совершения преступлений, но и нерациональных затрат (процессуальных, судебных, уголовно-исполнительных, профилактических), связанных с неэффективным применением уголовных санкций, неадаптированных социальным и экономическим условиям и возможностям их реализации. Несмотря на предпринимаемые правоохранительной системой меры, уровень возмещаемого ущерба, причиняемого преступлениями, в конечном итоге остается неудовлетворительным. Нельзя не обратить внимание, что на фоне проводимых экономических преобразований обострились и актуализировались конфликты материальных интересов различных групп населения и, как следствие этого, активизировалась корыстная и социально-экономическая составляющая в мотивации совершения как традиционно общеуголовных преступлений, так и преступлений в сфере экономической, служебной и управленческой деятельности.

Для разрешения обозначенных проблем в плане предупреждения преступлений корыстной направленности ненасильственного характера более приемлемы меры уголовно-правового воздействия, связанные с более эффективным использованием фискально-имущественных факторов воздействия на правонарушителя на основе альтернативности их применения по отношению к наказанию в виде лишения свободы.

Справочно: *социальную компенсацию в рамках соответствующих форм уголовной ответственности следует понимать как особую систему социально-фискального замещения карательных мер воздействия уголовной ответственности некарательными (условно некарательными). Уголовная ответственность, в том числе насыщенная элементами воздействия компенсационного характера, не должна утрачивать своего основного свойства – осуждения деяния как преступного, а лица, совершившего преступление, – как осужденного за преступление со всеми вытекающими из этого уголовно-правовыми последствиями.*

Социальная компенсация выступает и в качестве условия допустимой индивидуализации уголовной ответственности лица, совершившего преступление, не сопряженное с насилием или посягательством на жизнь и здоровье, посредством осуждения его с отсрочкой исполнения назначенного наказания в виде лишения свободы или без назначения наказания, и как мера имущественного воздействия (достаточно серьезная), но которая не является по основаниям и форме ее применения наказанием в виде штрафа.

Социальная компенсация имеет, помимо штрафа, иное социальное содержание. В отличие от штрафа она может «формироваться» не только за счет средств осужденного, но и членов его семьи, родственников, иных лиц, всех, кто заинтересован в судьбе осужденного. Отсюда социальная компенсация как условие осуждения виновного без назначения наказания может определяться в размерах, гораздо превышающих размеры штрафа.

Используя универсальность отечественной законодательной конструкции уголовной ответственности, основу которой составляет состояние судимости (осуждения), возникающее вследствие постановления в отношении лица, совершившего преступление, обвинительного приговора, предлагается наполнять режим осуждения (испытания) в рамках соответствующих форм уголовной ответственности фискальным обременением их применения (необходимостью уплаты социальной компенсации).

Введение социальной компенсации как условия и как специфической меры фискального воздействия вместо наказания (как правило, лишения свободы) за совершение тяжкого ненасильственного преступления приемлемо в отношении лиц, совершающих корыстные преступления, особенно в сфере экономической деятельности. В борьбе с преступлениями, имеющими финансовую, имущественную мотивацию и направленность, целесообразнее применять меры того же характера, то есть меры, нейтрализующие материальные интересы виновного. Такие способы реагирования на преступления корыстной направленности, во-первых, не снижают предупредительный потенциал уголовной ответственности; во-вторых, компенсируют причиненный государству, обществу и гражданам ущерб; в-третьих, позволяют экономить на государственных затратах, связанных с исполнением наказания в виде лишения свободы.

Социальная компенсация, хотя и является по содержанию фискальной мерой воздействия на осужденного, но и по процедуре ее применения не может рассматриваться как наказание в виде штрафа, поскольку применяется на принципах условного самообременения (самоопределения). Возможность уплаты компенсации в рамках применения указанных альтернативных наказанию мер уголовной ответственности зависит от воли обвиняемого, если он изъявит такое желание, чтобы

избежать назначения наказания или исполнения назначенного наказания, то суд должен обсуждать возможность ее применения с учетом всех обстоятельств уголовного дела и личности виновного. Согласие обвиняемого на уплату социальной компенсации является комбинированным дополнительным условием для назначения обвиняемому альтернативной наказанию меры уголовной ответственности в виде осуждения с отсрочкой применения назначенного наказания или осуждения без назначения наказания. Даже при согласии обвиняемого на уплату социальной компенсации суд не обязан и не должен применять указанные альтернативные наказанию меры уголовной ответственности при отсутствии базовых оснований их применения, когда с учетом опасности совершенного преступления и характера поведения обвиняемого (образа его жизни в докриминальный период), существуют серьезные опасения в возможности достигнуть исправительного и предупредительного результата без реального применения соответствующего наказания.

Введение социальной компенсации не должно нарушать общих стандартов индивидуализации наказания и иных мер уголовной ответственности с учетом характера опасности совершенного преступления, степени устойчивости антиобщественных устремлений виновного и необходимости решения в комплексе задачи предупредительного и исправительного воздействия на преступника посредством применения соответствующей уголовной санкции, предусмотренной уголовным законом.

Справочно: *идея социальной компенсации или фискального взыскания, налагаемого на преступника, не является новой в системе мер уголовно-правового воздействия на преступность. В ряде европейских государств система социально-компенсационных (фискальных) мер начала складываться еще в 80-е годы прошлого века на основе дискреционных полномочий прокурора и судов по разрешению уголовных дел вне официальных судебных процедур. Основная идея заключалась в том, чтобы предложить обвиняемому (подозреваемому) такую систему альтернативного выбора в качестве условия отказа от традиционного уголовного преследования (которое заканчивается осуждением и вынесением приговора к определенному наказанию), которое соответствовало бы целям уголовной ответственности и наказания. Единственным элементом, который был предложен практикой в качестве такой альтернативы и условия, стал фискальный подход, то есть уплата социальной компенсации в доход государства или на благотворительные цели. При этом идея социальной компенсации (фискального штрафа) по началу применялась лишь в отношении тех преступлений, которые по категории западно-европейской квалификации относятся к уголовным проступкам или уголовным правонарушениям. Но впоследствии идея социальной компенсации была распространена и на те преступления, за которые в соответствии в уголовным законом обвиняемый может быть подвергнут наказанию в виде лишения свободы сроком на пять лет (Бельгия) или шесть лет (Нидерланды). Так, хищение в любой форме, совершенное публичным должностным лицом при отягчающих обстоятельствах, равно как и получение взятки при отягчающих обстоятельствах, наказывается в пределах от пяти до десяти лет лишения свободы. По общему правилу, не исключается применение трансакции и по этим преступлениям.*

Важным обстоятельством применения социальной компенсации (в разных государствах она называется по-разному: в Бельгии и Нидерландах – трансакция, Шотландии – фискальный штраф, Франции – штраф по соглашению) было то, что в этом случае обвиняемому (подозреваемому) гарантируется освобождение от уголовного преследования, то есть уголовное дело в отношении обвиняемого вообще не поступает в суд, если были выполнены все условия, связанные с уплатой социальной компенсации. Кстати, по уголовным делам указанной категории, если они передаются в суд (ввиду несогласия обвиняемого на предложенную сумму социальной компенсации), в 75–80 процентах случаев суд назначает именно штраф, при этом чаще всего не в максимальных пределах, учитывая материальное положение обвиняемого.

Следует обратить внимание также на то, что уплата социальной компенсации и завершение уголовного преследования в большинстве случаев не сопровождается вынесением судебного вердикта, и это было достаточно серьезным (неравенством) для тех, кто подвергался официальной судебной процедуре и уплачивал штраф как меру наказания и поэтому признавался судимым. В связи с этим в Рекомендации R(87)18, принятой Комитетом министров государств – членов Совета Европы, обращалось внимание, что решение об отказе от уголовного преследования на основе использования дискреционных полномочий прокурора при установлении вины лица в совершенном преступлении должно квалифицироваться как осуждение (судимость). Многими государствами эта проблема разрешена посредством введения института приказа судьи взамен вынесения приговора.

В предлагаемой нами модели использования социальной компенсации лицо, признанное виновным в совершении преступления, осуждается посредством вынесения обвинительного приговора (с отсрочкой исполнения наказания или без назначения наказания), и в течение определенного периода является судимым, находится под профилактическим наблюдением, то есть

претерпевает бремя возложенной уголовной ответственности. Социальная компенсация является дополнительным обременением, сопровождающим реализацию указанных нами мер уголовной ответственности.

Исходя из критерия применимости социальной компенсации в рамках реализации мер уголовной ответственности, предусмотренных статьями 77 и 79 УК, к лицам, впервые совершившим тяжкие преступления по признаку их «несопряженности с посягательством на жизнь и здоровье человека», это коснется незначительного круга преступлений – 38 составов преступлений, предусмотренных УК. В их числе 16 относятся к тяжким коррупционным преступлениям. Иные составы тяжких преступлений содержатся в других главах УК, а именно: 10 – в главе о преступлениях против собственности; 9 – в главе о преступлениях против порядка осуществления экономической деятельности; 2 состава – в главе о преступлениях против здоровья населения; 1 состав – в главе о преступлениях против общественного порядка и общественной нравственности. От общего числа осуждаемых за тяжкие преступления социальная компенсация может коснуться около тысячи осуждаемых (около 1 процента от всех осужденных).

3.1.3. ***Общественные работы как наказание и как общественная санкция исправительно-трудового воздействия: возможности эффективного применения (и комбинированного применения) в системе уголовных санкций.*** Введение в УК 1999 г. в качестве самостоятельного вида наказания общественных работ не было абсолютной неожиданностью для специалистов. Такого рода наказание в практике зарубежных государств существует с начала 70-х годов. Однако задолго до этого общественные работы появились скорее как мера общественного взыскания за незначительные правонарушения. Организационно их исполнение осуществлялось органами местного самоуправления, которые были весьма заинтересованы в применении в отношении правонарушителей такого рода санкций.

В УК общественные работы были введены только в качестве наказания. Использование института общественных работ в качестве общественной санкции исправительно-трудового воздействия (возложения на правонарушителя обязанности выполнить в определенном объеме работы на благо общества) уголовный закон не предусмотрел. Это привело к ограниченному формату применения судами общественных работ, в том числе и в качестве наказания. Уровень применения общественных работ в качестве наказания остается неудовлетворительным и постоянно снижается. Так, если в 2007 г. к данному наказанию осуждено 1054 лица (1,5 процента от всех осужденных), то уже в 2008 г. – 712 лиц (1 процент).

В контексте уголовного права одним из основных вопросов, требующих четкого правого разрешения, является определение сущности данного вида наказания. Как известно, содержанием любого наказания является комплекс лишений и ограничений, возлагаемых на осужденного при осуждении к соответствующему наказанию.

Базовым элементом, определяющим карательную сторону данного наказания, выступает принудительный характер привлечения осужденного к выполнению общественно-полезных работ. Объем соответствующих ограничений наказания в виде общественных работ зависит и от их продолжительности (от 60 до 240 часов, а в отношении несовершеннолетних — от 30 до 180 часов). Такие работы выполняются в свободное от основной работы или учебы время, и это существенно ограничивает право осужденного на отдых и свободное распоряжение этим временем. Кроме того, нахождение осужденного в очередном отпуске по основной работе не освобождает его от отбывания общественных работ.

Карательное содержание общественных работ определяется и системностью их отбывания (не более двух, трех или четырех часов в день), поскольку от этого зависит общий срок, исчисляемый днями, в течение которых осужденный будет пребывать в состоянии исполнения данного наказания.

Наконец, общественные работы должны быть по своей сути общественно-полезными, то есть выполняться бесплатно не только осужденным, но и быть бесплатными по отношению к обществу и государству, организующими их исполнение и отбывание.

Общественные работы и как общественная мера взыскания, и как наказание предполагают безвозмездное (т. е. бесплатно вообще, в принципе) выполнение правонарушителем в свободное для него время определенных работ на благо общества. Никакая заработная плата за такую работу никому не начисляется (разумеется, и правонарушителю), тем более никакая компенсация за выполненную работу ни государству, ни исполнительному органу не производится учреждением или организацией, где выполнялись эти работы.

Тем не менее при подготовке и принятии УИК принцип абсолютной безвозмездности выполнения общественных работ был нарушен: было предусмотрено, что стоимость выполненных осужденным общественных работ перечисляется соответствующей организацией в доход государства (ч. 2 ст. 26 УИК). Организации, которым стали по «согласованию с ними» направлять осужденных

для выполнения общественных работ, не проявляли в этом заинтересованности, поскольку никакой выгоды (экономии) от работ, выполняемых осужденными в свободное для них время, они не имели, кроме дополнительных обязанностей и непроизводственных затрат. Экономически и организационно для работодателя было более выгодно выполнять эти работы силами работников, состоящих в штате.

Ситуация была изменена только 4 января 2003 г., то есть спустя два года после введения в действие УИК[477].

Касаясь содержания элементов кары в обязательных работах, К.Н.Тараленко справедливо отмечает, что степень ограничений посредством наказания в виде обязательных работ выражается в следующих моментах:

– во-первых, в их интенсивности, то есть ежедневной занятости осужденного на работах. На практике может сложиться ситуация, когда один осужденный, занятый на основной работе или учебе, будет иметь в день меньше свободного времени для отбывания назначенного наказания, чем другой осужденный. Следовательно, общая продолжительность наказания первого осужденного возрастет по отношению к продолжительности наказания другого осужденного, не занятого ни работой, ни учебой. Представляется, что это необходимо учитывать при назначении данного наказания и организации его исполнения;

– во-вторых, ограничения в наказании в виде обязательных работ во многом выражаются в конкретном труде, к которому осужденные привлекаются, и зависят от его вида и тяжести[478].

Данную область закон оставил практически неурегулированной, указав лишь на то, что это должны быть «общественно-полезные» работы, вид которых определяется местными исполнительными и распорядительными органами по согласованию с уголовно-исполнительной инспекцией. Получается, что уголовно-исполнительная инспекция может согласовать с местными исполнительными и распорядительными органами и определить осужденному произвольно любой вид работ, тяжесть и общественная полезность которых будет существенно варьироваться. Совершенно очевидно, что это должны быть работы, не требующие специальной квалификации, безопасные для осужденного при их выполнении, не престижные, но необходимые для общества. Чтобы не сужать сферу применения обязательных работ, труд должен быть неквалифицированным. Требование наличия определенной квалификации и профессиональной подготовки осужденных неизбежно приведет к конкуренции в данной области отношений, что несовместимо с принципом равенства граждан перед законом и справедливости уголовного наказания.

Важными критериями при определении вида работ (труда) для исполнения данного наказания являются:

– очевидность результатов выполнения общественных работ и объективная возможность проконтролировать их выполнение. Инспекция и работодатель должны быть в состоянии легко контролировать выполнение осужденными определенных для них работ. Как правило, осужденный должен работать в непосредственном обозрении работодателя либо результаты его труда должны поддаваться количественному учету;

– общественная значимость и полезность выполнения общественных работ. Хотя данные критерии указаны в законе, но они подлежат конкретизации, поскольку любой производительный труд в широком смысле является полезным для общества. Данные критерии применительно к общественным работам следует рассматривать в узком смысле. Прежде всего это работы, которые необходимы **конкретной** общности людей, проживающих на территории, где работает осужденный. Именно поэтому закон определение перечня работ и мест их выполнения относит к компетенции местной власти;

– работодатель и общество не должны рассчитывать на получение прямой (коммерческой) выгоды от этой работы.

Социальная инфраструктура, на которой может быть организовано исполнение и отбывание наказания в виде обязательных работ, весьма обширна.

В рамках государственных и муниципальных учреждений и организаций это могут быть работы по хозяйственному обслуживанию этих организаций и социальному обслуживанию населения (например, уборка территории и помещений местных государственных и муниципальных органов, парков, скверов, мест захоронения, обслуживание пациентов в медицинских учреждениях, работа по озеленению территории, распространение различной корреспонденции и т. п.).

---

[477] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 8, 2/932.

[478] Тараленко К.Н. О содержании наказания в виде обязательных работ // Развитие альтернативных санкций в российской уголовной юстиции: опыт и перспективы: сб. материалов междунар. конф., Москва, 29–30 мая 2002 г. М.: PRI, 2002. С. 69.

В негосударственных некоммерческих организациях это могут быть также работы, связанные с безвозмездным удовлетворением потребностей неопределенного круга граждан, проживающих на определенной территории, в части, не противоречащей уставным требованиям этих организаций (например, организации по оказанию помощи отдельным категориям населения: дома престарелых, хосписы, учреждения по реабилитации наркоманов и т. п.).

В коммерческих организациях – только в части их деятельности по поддержанию в надлежащем санитарном, противопожарном состоянии зданий и прилегающей территории организаций, мойка окон, вывоз мусора и т. п.

Органы местного самоуправления обязаны регулярно (ежемесячно) предоставлять в уголовно-исполнительные инспекции перечень общественно значимых работ, которые могут выполняться осужденными к общественным работам.

Следует специально оговорить, что относительно несовершеннолетних необходим еще один критерий определения вида труда при отбывании ими общественных работ. В отношении этой категории осужденных должны учитываться особенности возраста. Так, при определении наказания несовершеннолетним необходимо учитывать их потребность в общении со сверстниками, низкую конфликтную компетентность несовершеннолетних, чувство взрослости и критичность самосознания. Поэтому их труд при отбывании данного наказания должен быть организован в коллективе законопослушных граждан; труд осужденных несовершеннолетних по возможности должен быть скрыт от глаз неограниченного круга людей, чтобы не вызвать чувство протеста подростка. Об этом, в частности, свидетельствует положительный латвийский опыт применения общественных работ в отношении несовершеннолетних[479].

Исполнение наказания в виде общественных работ должно быть организовано таким образом, чтобы была уверенность в том, что осужденный не будет «отдыхать» на работах в результате возникшего простоя, отсутствия работы. Недопустимо подходить к вопросу выбора вида работ из формальных соображений или направлять осужденного на работы, заведомо предполагая, что его усилия могут и не быть востребованы в конкретное время у конкретного работодателя, что осужденный будет находиться «в ожидании» работы, а это «ожидание» будет зачтено в срок отбытия наказания.

Не менее важным является вопрос об альтернативности наказания в виде общественных работ в системе уголовных санкций. По нашему мнению, данное наказание является альтернативным не только по отношению к краткосрочному лишению свободы (аресту), но и к штрафу и исправительным работам. В то же время, рассчитывая на более широкое применение общественных работ, следует сказать, что данное наказание недостаточно представлено в санкциях статей Особенной части УК, особенно за совершение менее тяжких преступлений. Только 49 статей Особенной части УК предусматривают санкцию в виде общественных работ. В 47 санкциях статей УК наказание в виде общественных работ предусмотрено за преступления, не представляющие большой общественной опасности и только в двух санкциях статей УК общественные работы предусмотрены за менее тяжкие преступления.

Обращаясь к историческим истокам появления данного наказания, следует учитывать, что общественные работы являются одним из новейших «изобретений» в системе наказаний и иных мер уголовно-правового принуждения. Впервые это наказание было введено в Уголовный кодекс Швейцарии в 1971 г. и применялось только в отношении несовершеннолетних правонарушителей в возрасте от 7 до 18 лет. С 1990 г. общественные работы стали назначаться в качестве основного наказания и к совершеннолетним, в том числе в качестве дополнительного наказания. Швейцария стала первым западноевропейским государством, признавшим общественные работы в качестве основного вида наказания.

В последние два десятилетия XX века общественные работы получили широкое распространение. Их законодательному закреплению и практическому применению предшествовали серьезные эксперименты. Этот вид наказания, не обладая обременяющими карательными факторами, пригоден для экспериментирования как в качестве наказания, так и санкции общественного исправительного воздействия; он может применяться и контролироваться даже без серьезной законодательной базы, поскольку в большинстве стран более или менее существуют те социальные институты, которые способны обеспечить их исполнение (например, органы местного самоуправления).

Общественные работы могут предусматриваться и в качестве особого обязательства при условном освобождении или условном осуждении, что и было реализовано в ряде регионов Российской

[479] См.: Витольд Захарс. Исполнение уголовного наказания в виде принудительных работ в Латвийской Республике // Альтернативы лишению свободы в системе правосудия Республики Беларусь: материалы междунар. конф., Минск, 26 – 27 ноября 2003 г. Минск, 2003. С. 40–42.

Федерации в качестве отдельного проекта[480]. Проведение такого эксперимента по применению общественных работ до официального введения их в действие в качестве наказания оказалось, по мнению специалистов, более эффективным их применением в таком комбинированном виде[481]. Европейская практика давно освоила применение общественных работ как санкции общественного исправительного воздействия и взыскания. Сегодня общественные работы широко применяются в европейских странах и как наказание – самостоятельно или в качестве дополнительного за незначительные по опасности преступления[482]. При этом общественные работы, как и штраф, – это те единственные наказания, которые могут назначаться при соответствующих условиях и по решению прокурора.

В плане оптимизации системы альтернатив чрезвычайно важно ***использование общественных работ в виде возлагаемой на осужденного обязанности исправительно-испытательного характера*** при осуждении с отсрочкой исполнения наказания (лишения свободы) – статья 77 УК, осуждении с условным неприменением наказания – статья 78 УК, осуждении без назначения наказания – статья 79 УК, при условно-досрочном освобождении от наказания.

Что касается продолжительности выполнения общественных работ в качестве наказания и в качестве возлагаемой на осужденного обязанности исправительного характера, то они могут быть разными.

В европейской практике характер выполняемых работ определяется или судом, или органом, исполняющим наказание, по согласованию с местными органами самоуправления либо организациями, нуждающимися в помощи. Обычно это различного рода общественно полезная деятельность ***для неприбыльных организаций, ассоциаций, церквей и т.п.***

Правонарушители исполняют различного рода общественные задания: уборка и оформление парков, садов, скверов, улиц, посадка деревьев; покраска и ремонт заборов; разбивка садов и цветников; оформление общественных зданий; мелкое (не массовое) производство для общественных нужд, которое организуется в мастерских, специально создаваемых службами пробации. Характерно, что некоторые осужденные по завершении срока наказания продолжают заниматься такого рода общественной деятельностью, что свидетельствует о правильности выбора меры наказания и об эффективности оказанного на них воспитательного воздействия.

В зависимости от правовых традиций национальное законодательство исполнение общественных работ возлагает либо на судью (например, Франция), либо на ***специальные службы пробации,*** которые, как правило, ведают исполнением всех альтернативных наказаний и мер уголовной ответственности.

Опыт внедрения общественных работ в практику правосудия по уголовным делам показывает, что для их эффективного применения требуются активные усилия по распространению информации о содержании данного наказания, его социальной и уголовно-правовой эффективности. Внедрение общественных работ и их надлежащее исполнение во многом зависит от того, как воспринимается данное наказание общественностью и населением, наконец, органами местного самоуправления, поскольку именно на них ложится основное бремя ответственности в организации выполнения таких работ по месту жительства осужденных.

Эффективность общественно-полезных работ, выполняемых осужденными, зависит и от реальных возможностей правонарушителя надлежащим образом выполнять работы в пределах ограничений, предусматриваемых данным наказанием. Чтобы избежать ненужных срывов во время исполнения данного наказания, суд должен обладать надежной информацией ***о личности лица,*** совершившего преступление.

Обязательные работы отбываются осужденным только по месту его жительства, во всяком случае в пределах местности, позволяющей осужденному без особых трудностей после работы или до работы прибыть к месту отбывания и выполнения обязательных работ. Выполнение обязательных работ может быть организовано и по месту основной работы осужденного, если предприятие, где постоянно работает осужденный, нуждается в выполнении соответствующих работ.

Практика исполнения общественных работ в ряде стран показала, что выполнение осужденными работ по социальному обслуживанию больных, пенсионеров, ветеранов труда и войны на дому (закупка им продуктов питания, лекарств, приготовление пищи, выполнение иных поручений по их просьбе) в качестве отбывания данного наказания, требует специального расчета рабочего времени, необходимого для их выполнения.

---

[480] См.: Усачев В.Н. Опыт реализации общественных работ при условном осуждении // Развитие альтернативных санкций в российской уголовной юстиции: опыт и перспективы: сб. материалов междунар. конф., Москва, 29–30 мая 2002 г. М.: PRI, 2002. С. 115–129.

[481] См.: Будатаров С.М. Перспективы уголовного наказания в виде обязательных работ // Там же. С. 107–114.

[482] Известные рекомендации по применению общественных работ были сформулированы в Токийских правилах, где они упоминаются в перечне возможных наказаний, рекомендуемых для назначения судами, а также в Резолюции (76) 10 Комитета министров Совета Европы «О некоторых мерах наказания, альтернативных лишению свободы» // Совет Европы и Россия: сб. док. / отв. ред. Ю.Ю. Берестнев. М.: Юрид. лит., 2004. С. 472–473.

Обязательные работы считаются отбытыми, если суммарное количество часов, отработанных осужденным, равно количеству часов, определенному приговором суда.

4. АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ НАКАЗАНИЮ МЕРЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Они должны стать альтернативой не только реальному применению лишения свободы, но и неэффективному применению иных видов наказания.

В практике отечественного правосудия относительно применения альтернативных форм и видов мер уголовной ответственности, основанных на системе пробации под угрозой применения назначенного наказания в виде лишения свободы, существует одно давно появившееся заблуждение. Выражается оно в том, что с учетом большого спектра наказаний, менее строгих, чем лишение свободы, которые могут быть в соответствии с санкцией назначены виновному, судам рекомендуется не применять отсрочку исполнения наказания в виде лишения свободы или условное неприменение данного наказания, если с учетом обстоятельств дела и личности виновного суд может назначить более мягкое, чем лишение свободы, наказание. Эту позицию нельзя признать относительно правильной, поскольку она ориентирована на дифференциацию и индивидуализацию сугубо наказательного (карательного) потенциала уголовной санкции. В альтернативных наказанию (лишению свободы) формах реализации уголовной ответственности комбинируется и сочетается такая система мер уголовно-правового воздействия, которая не совместима не только с реальным лишением свободы (в качестве компонента воздействия используется только угроза применения этого наказания), но и с другими наказаниями (ограничением свободы, исправительными работами и т. д.).

Вопрос о наличии оснований и условий избрания виновному альтернативной наказанию формы и меры уголовной ответственности должен разрешаться судом на первоначальном этапе на основе прогнозного определения необходимости ее применения в установленной законом комбинации, а не после того, как суд, с учетом санкции Особенной части УК и принципа индивидуализации, назначит виновному лишение свободы на соответствующий срок. В этом суть судебной технологии назначения указанных альтернативных наказанию мер уголовной ответственности.

4.1. Осуждение с отсрочкой исполнения назначенного наказания в виде лишения свободы, равно как и осуждение с условным неприменением лишения свободы на принципах пробации (испытания), с учетом включения в процесс испытания соответственно общественных работ и системы социальной компенсации, – меры уголовной ответственности гораздо более эффективные в исправительном и предупредительном отношении, чем наказание исправительными работами или ограничением свободы.

К сожалению, альтернативные наказанию меры уголовной ответственности не стали доминирующими. Более того, за восемь лет действия УК наказательный уклон в применении уголовных санкций преобладал.

Так, если из 57074 лиц, привлеченных к уголовной ответственности судами (действовал УК 1960 г.), в 2000 г. было осуждено с назначением различных видов наказания **38343** лица (**69,2** %), то в 2001 г. (введен в действие УК 1999 г.) из 43525 – **41510** (**95,3** %); в 2002 г. из 53626 – **49192** (**83,7** %); в 2003 г. из 65383 – **57464** (**87,8** %); в 2004 г. из 73713 – **65160** (**88,4** %); в 2005 г. из 77594 – **68573** (**88,4** %); в 2006 г. из 78238 – **68476** (**87,4** %); в 2007 г. из 70996 – **64906** (**91,4** %); в 2008 г. из 68531 – **63651** лицо (**92,9** %).

4.2. УК Беларуси, хотя и сохранил чрезмерно широкий перечень видов различных наказаний, оценку которым мы попытались дать, тем не менее, как никакой другой, сформировал социально-ориентированную систему содержательных и функциональных компонентов уголовной ответственности, альтернативных наказанию.

Законодательное определение уголовной ответственности, которое дано в части 1 статьи 44 УК, основано на дифференцированном использовании уголовно-правовых санкций посредством применения на основе осуждения в рамках института уголовной ответственности различных по форме и содержанию мер уголовно-правового воздействия.

Содержанием уголовной ответственности охватываются не только традиционно карательные меры ответственности (наказание), но и иные меры уголовно-правового характера, не связанные с реальным применением наказания.

Объединяющим правовым началом различных по характеру мер уголовной ответственности является факт осуждения лица, совершившего преступление, как преступника. Принципиально важный момент в уяснении сущности осуждения (судимости) как исходного начала уголовной ответственности состоит в том, что состояние (наличие) осуждения связывается с обвинительным приговором (государственным осуждением преступника), а не с назначенным по приговору суда наказанием.

Состояние осуждения (судимости) лица, установленное приговором суда, выражает правовой режим уголовной ответственности и предопределяет правовую возможность принудительно-

го воздействия на осужденного с целью его ресоциализации посредством применения в режиме осуждения как наказания, так и иных мер уголовно-правового воздействия (мер испытательных, испытательно-профилактических, профилактико-исправительных и даже сугубо воспитательных). То есть допускается возможность комбинирования в режиме осуждения различных по характеру мер воздействия на осужденного.

Противопоставляя преступлению и преступнику нетрадиционно понимаемое наказание (хотя оно и остается неизменно основным средством обеспечения уголовно-правового запрета на совершение преступления), а уголовную ответственность, объединяющую различные по характеру меры уголовно-правового воздействия, часть 2 статьи 44 УК определяет не цели наказания, а цели уголовной ответственности. И в доктринальном, и в сугубо практическом аспекте такое решение является правильным. Наказание уже давно не является единственным средством воздействия на преступника в рамках функционального обеспечения задач, стоящих перед уголовным законом.

4.3. Положенная в основу уголовно-правовой санкции концепция «**осуждение – режимно-правовая основа уголовной ответственности»** позволила посредством комбинирования в режиме осуждения различных по характеру и содержанию мер воздействия на преступника выделить следующие конструктивные формы реализации уголовной ответственности (ст. 46 УК):

а) осуждение с применением (исполнением) назначенного судом наказания (традиционная форма реализации уголовной ответственности);

б) осуждение с отсрочкой применения назначенного наказания (в течение срока отсрочки, вплоть до принятия судом решения об освобождении от наказания, осужденное лицо находится в режиме осуждения, обязано выполнять установленные для него обязанности и запреты, а равно иные условия испытания, гарантирующие ему освобождение от назначенного наказания по истечении отсрочки) – статья 77 УК;

в) осуждение с условным неприменением назначенного наказания (в течение испытательного срока осужденное лицо находится в режиме осуждения, должно выполнять обязанности, установленные для осужденных, а равно иные условия испытания, обеспечивающие неприменение назначенного наказания – по истечении испытательного срока данное лицо автоматически освобождается от назначенного наказания со снятием судимости) – статья 78 УК;

г) осуждение без назначения наказания (в течение срока судимости осужденный находится в режиме профилактического наблюдения и должен выполнять обязанности, установленные для осужденных) – статья 79 УК;

д) осуждение с применением принудительных мер воспитательного характера (в отношении несовершеннолетних) – статья 117 УК.

Введение такой системы мер уголовной ответственности и закрепление ее на нормативном уровне в УК Беларуси было своего рода *«диверсией»* на традиционно устоявшийся институт уголовного наказания. Многолетние дискуссии о понятии и содержании уголовной ответственности, и, самое важное, – адекватное ее соотношение с наказанием – впервые были реализованы на постсоветском (и не только) пространстве в УК Беларуси 1999 г.

В качестве дополнительных мер уголовной ответственности на заключительных стадиях ее реализации, точнее, после отбытия наказания в виде лишения свободы, но в пределах срока судимости, за осужденными, в случаях, предусмотренных уголовным законом, может осуществляться ***профилактическое наблюдение*** или ***превентивный надзор*****.** Следует обратить внимание, что и профилактическое наблюдение, и превентивный надзор могут и должны более эффективно использоваться для обеспечения контролируемого поведения осужденных, особенно при реализации альтернативных наказанию мер уголовной ответственности; наполняться конкретными реабилитационными программами, а не сводиться только к учетно-регистрационной деятельности соответствующих уголовно-исполнительных органов.

Справочно: *в республике не была организационно сформирована система исполнения альтернативных лишению свободы уголовных санкций, хотя это предполагалось сделать после принятия Уголовно-исполнительного кодекса. Уголовно-исполнительные инспекции, на которые было возложено исполнение практически всех уголовных санкций, не связанных с ограничением или лишением осужденного свободы, без структурной реорганизации и увеличения штатной численности сотрудников не смогли обеспечить надлежащее и эффективное исполнение указанных уголовных санкций. Организационно и материально уголовно-исполнительные инспекции все еще находятся вне системы Департамента исполнения наказаний МВД Республики Беларусь. Более того, проявляется тенденция отхода от намерений формирования завершенной и профессионально выстроенной системы органов по исполнению уголовных санкций, не связанных с ограничением или лишением свободы. Подтверждением тому – возложение функции осуществления профилактического наблюдения и превентивного надзора на органы внутренних дел (а непосред-*

ственно – на участковых инспекторов). Это существенно дезориентирует общественное мнение и правосудие в необходимости применения альтернативных наказанию мер уголовной ответственности.

Необходимо на основе системы уголовно-исполнительных инспекций создать многофункциональную службу пробации (исполнения) и социальной реабилитации осужденных.

4.4. Такие формы реализации уголовной ответственности, как **осуждение с отсрочкой исполнения назначенного наказания** (ст. 77 УК) и **осуждение с условным неприменением назначенного наказания** (ст. 78 УК), представляют собой альтернативные наказанию меры (формы) уголовной ответственности. Они основаны на возможности достижения целей уголовной ответственности без применения ***любого наказания,*** хотя в комбинированном виде обе альтернативы наказанию используют потенциал угрозы исполнения наказания в виде лишения свободы в качестве обеспечительного воздействующего фактора в процессе прохождения осужденным испытания. Лишение свободы, которое назначено в комбинации с испытанием, действительно может быть реально исполнено, если в течение определенного времени осужденный не выполнит соответствующие условия испытания. Законодательство ряда государств предусматривает возможность применения пробации и применительно к штрафу (см. § 59 УК Германии, ст. 132-31 УК Франции, § 52 УК Норвегии), хотя такая комбинация в реальных практиках встречается редко.

Условия испытания сводятся к следующему:

– осужденный не должен совершать новых преступлений, **более того**, своим поведением подтверждать законопослушный и добропорядочный образ жизни;

– осужденный должен соблюдать обязанности контрольно-ограничительного характера, обусловленные режимом профилактического наблюдения (см. ст. 81 УК);

– осужденный должен соблюдать обязанности исправительного (воспитательного) характера, установленные судом на период испытания.

Период испытания определяется сроком отсрочки (ст. 77 УК) или испытательным сроком (ст. 78 УК). Во время испытания осужденный пребывает в состоянии осуждения за совершенное преступление.

Применение отсрочки исполнения (ст. 77 УК) и условного неприменения наказания (ст. 78 УК) построено на единой правовой конструкции – системе испытания (пробации) осужденного на возможность его саморесоциализации без применения назначенного наказания (но при сохранении возможности его применения) в течение всего периода испытания.

Вместе с тем указанные меры различаются по степени режимных ограничений, которые сопровождают процесс испытания, а также – по процедуре оценки результатов испытания.

При условном неприменении наказания контроль за осужденным в период испытания осуществляется в режиме профилактического наблюдения, а при отсрочке исполнения наказания могут быть установлены более строгие режимные ограничения для осужденного (ч. 4 ст. 77 УК).

Завершается период испытания при условном неприменении наказания без специального «*подведения итогов*» судом, назначившим осужденному данную меру уголовно-правового воздействия. Если поведение осужденного в период испытательного срока было относительно стабильным с точки зрения правопорядка и выполнения осужденным установленных для него обязанностей, условное неприменение назначенного наказания не было отменено, то по истечении указанного срока осужденный автоматически освобождается от назначенного ему наказания (основного и дополнительного, если оно было назначено) с погашением судимости.

При отсрочке исполнения назначенного наказания по завершении срока отсрочки (периода испытания) суд на основе всесторонней оценки поведения осужденного определяет степень ресоциализации (доказанность исправления) и выносит по этому вопросу определение. Освобождение осужденного от назначенного наказания возможно, если осужденный в период отсрочки доказал свое исправление. По результатам отсрочки при наличии соответствующих оценок суд может принять и иные решения (продлить срок отсрочки еще на шесть месяцев или заменить назначенное наказание в виде лишения свободы на более мягкое наказание – ч. 7 ст. 77 УК).

Особенности режимно-правового и процедурного обеспечения испытания осужденного на возможность его саморесоциализации без реального исполнения назначенного наказания в виде лишения свободы должны учитываться судом при выборе одной из указанных мер уголовной ответственности при наличии достаточных к тому оснований.

4.5. Применение указанных альтернативных наказанию мер уголовной ответственности пока не воспринято и не освоено судебной практикой с должным пониманием их эффективности. Данные в абсолютных цифрах и процентах о применении этих мер уголовной ответственности по отношению к общему числу осужденных за период с 2001 по 2008 г. представлены в таблице 1.

Таблица 1.

Сведения об осужденных с отсрочкой исполнения наказания и с условным неприменением наказания

Годы	Общее количество осужденных	в том числе		
		с отсрочкой исполнения наказания (ст. 77 УК)	с условным неприменением наказания (ст. 78 УК)	в процентном отношении к общему числу осужденных
2001	43525	2430	1909	5,6 / 4,4
2002	53626	1635	1453	3,1 / 2,7
2003	65383	4097	2661	6,3 / 4,1
2004	73713	4518	2553	6,1 / 3,5
2005	77594	4769	2892	6,2 / 3,7
2006	78238	5118	3104	6,5 / 4,0
2007	70996	3095	1611	4,4/2,3
2008	68531	2145	1288	3,1/1,9

Из таблицы видно, что уровень применения указанных альтернатив лишению свободы был и остается недопустимо низким, особенно в сравнении с применением аналогичных мер, предусмотренных УК Беларуси 1960 г. (ст. 43 и 44-1). Их применение в середине 90-х годов достигало уровня соответственно 10 и 8 процентов к общему числу осужденных.

Резкое снижение уровня применения этих мер уголовной ответственности было связано, с одной стороны, с запретом на их применение в отношении лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, а с другой – переводом значительного количества преступных деяний из категории менее тяжких в категорию тяжких преступлений. Ситуация в какой-то мере была исправлена в начале 2003 года, когда законодатель разрешил применять и отсрочку исполнения наказания, и условное неприменение наказания в отношении несовершеннолетних и лиц пенсионного возраста, совершивших и тяжкие преступления[483]. Однако и это не позволило выйти хотя бы на дореформенный уровень применения этих мер уголовной ответственности. Более того, ежегодно применение указанных мер снижается, а в 2008 г. достигло рекордно низкого уровня.

4.6. **Осуждение без назначения наказания** (ст. 79 УК) – наиболее мягкая мера уголовно-правового воздействия в рамках института уголовной ответственности. Избрав при наличии соответствующих оснований указанную форму реализации уголовной ответственности для лица, совершившего преступление, суд постановляет обвинительный приговор без назначения какого-либо наказания.

В течение срока судимости осужденный пребывает в режиме профилактического наблюдения и должен выполнять обязанности, установленные частью 2 статьи 81 УК. В этом и заключается правовое и фактическое содержание данной меры уголовно-правового воздействия. Указанная мера уголовной ответственности применяется в отношении лиц, впервые совершивших преступление, не являющееся тяжким, и которые своим активно-добросовестным поведением после совершения преступления стойко подтверждают стремление вести впредь законопослушный образ жизни.

Эта форма (мера) уголовной ответственности была воспринята судами с особой настороженностью. В 2001 г. суды вообще воздержались от применения осуждения без назначения наказания. В 2002 и 2003 гг. уже было осуждено без назначения наказания соответственно **1006** и **1108** человек (1,9 % и 1,7 % от общего числа осужденных). Начиная с 2004 г. применение данной меры уголовной ответственности резко сокращается: 2004 г. – **505** осужденных (0,7 %); 2005 г. – **428** осужденных (0,6 %); 2006 г. – **389** осужденных (0,5 %); 2007 г. – **276** осужденных (0,4 %); 2008 г. – **268** осужденных (0,4 %). Существенным недостатком указанной меры уголовной ответственности, повлиявшей на непринятие ее судебной практикой, явилось отсутствие действенных механизмов правового воздействия на осужденного в период ее исполнения, в частности, за невыполнение осужденным в течение срока судимости режимных требований профилактического наблюдения. Надо признать, что ни уголовное, ни уголовно-исполнительное законодательство вообще не предусматривает какой-либо ответственности за антиобщественное поведение в рамках реализации возложенной на осужденного уголовной ответственности в виде осуждения без назначения наказания. Представляется необходимым в таких случаях предусмотреть возможность замены в судебном порядке профилактического наблюдения, которое осуществляется за осужденными без назначения наказания в течение срока судимости, на более ограничительную (более обременительную для осужденного) систему наблюдения – превентивный надзор.

[483] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 8, 2/922; № 83, 2/974.

4.7. Возможность расширения применения подобных мер уголовной ответственности и повышения их эффективности в предупреждении преступности и социальной реабилитации осужденных может быть сведена к следующим позициям:

– введение для обвиняемого обязанности уплаты (выплаты) социальной компенсации в качестве одного из необходимых условий осуждения с отсрочкой исполнения наказания (ст. 77 УК) и осуждения без назначения наказания за совершение тяжкого преступления ненасильственного характера;

– введение обязательного выполнения общественных работ в систему условий испытания осужденного. Выполнение общественных работ осужденными следует предусмотреть и для случаев осуждения лица без назначения наказания (ст. 79 УК);

– обязанности исправительного характера, которые суд вправе возлагать на осужденного на период испытания, не должны формулироваться в виде закрытого перечня;

– система мер режимно-ограничительного контроля за поведением осужденного не должна оставаться неизменной в течение всего периода испытания, а постоянно корректироваться с учетом поведения осужденного.

4.8. **Осуждение с применением в отношении несовершеннолетнего принудительных мер воспитательного характера** (ст. 117 УК) – специальная мера уголовной ответственности, применяемая только в отношении преступников в возрасте до восемнадцати лет, совершивших преступление, не представляющее большой общественной опасности, или впервые совершивших менее тяжкое преступление, и при наличии иных, указанных в законе условий.

Вместо наказания суд по приговору назначает несовершеннолетнему принудительную меру воспитательного характера (допустимо назначение одновременно двух и более мер, если их применение совместимо). Принудительные меры воспитательного характера назначаются и применяются на основе осуждения (обвинительного приговора). В течение определенного времени несовершеннолетний находится в состоянии осуждения (ст.121 УК) и за ним осуществляется профилактическое наблюдение (ст. 81 УК).

Указанная мера уголовной ответственности достаточно эффективно применяется в отношении несовершеннолетних правонарушителей. В 2006 г. и 2008 г. в абсолютном выражении она превысила число несовершеннолетних, которые были осуждены к наказанию в виде лишения свободы. Применение данной меры возросло по сравнению с 2002 г. более чем в три раза, а применение к несовершеннолетним наказания в виде лишения свободы за указанный период сократилось почти в 2,5 раза. Следует обратить внимание и на достаточно высокий уровень применения отсрочки исполнения наказания в отношении несовершеннолетних. Начиная с 2003 г. уголовный закон разрешил применять эту меру уголовной ответственности в отношении несовершеннолетних, совершивших тяжкие преступления.

Сведения о применении наказания и иных мер уголовной ответственности в отношении несовершеннолетних см. в таблице 2.

Таблица 2

Сведения о применении наказания и иных мер уголовной ответственности в отношении несовершеннолетних *(в абсолютных показателях и в процентном отношении к общему числу осужденных несовершеннолетних)*

Годы	Лишение свободы	Отсрочка исполнения наказания	Условное неприменение наказания	Исправительные работы	Прочие меры наказания	Принудительные меры воспитательного характера	Всего осужденных
2002	**1548** (32,4 %)	**551** (11,5 %)	**185** (4 %)	**456** (9,5 %)	**1955** (37,6 %)	**230** (5%)	**4779**
2003	**1310** (21 %)	**2256** (35,5 %)	**798** (13 %)	**425** (7 %)	**1534** (16,4 %)	**449** (7,1%)	**6357**
2004	**1119** (20,1%)	**1982** (36 %)	**600** (11 %)	**288** (5,2 %)	**880** (16,7 %)	**600** (11%)	**5560**
2005	**1093** (21 %)	**1663** (32 %)	**671** (13 %)	**236** (4,5 %)	**792** (14,5 %)	**766** (15%)	**5254**
2006	**978** (14,9%)	**1966** (34 %)	**728** (12,5 %)	**258** (4,4 %)	**868** (16,9 %)	**1006** (17,3%)	**5812**
2007	**994** (18,5%)	**1466** (28,7%)	**491** (9,6%)	**140** (2,7%)	**1094** (21,4%)	**970** (19,0%)	**5113**
2008	**674** (15 %)	**999** (22,3 %)	**350** (7,8 %)	**136** (3,0 %)	**1273** (28,4%)	**1044** (23,3 %)	**4484**

5. ЮВЕНАЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ И ПРЕДПОСЫЛКИ ПРИМЕНЕНИЯ УГОЛОВНЫХ САНКЦИЙ

5.1. Задача ювенального судопроизводства не в том, чтобы освободить несовершеннолетних преступников от справедливого наказания, а в том, чтобы найти иные возможности и внести коррективы в поведение несовершеннолетнего на основе процедур примирения и восстановления нормального порядка его жизни и его социального окружения, и чтобы достигнутый социальный результат примирения не остался без внимания суда при определении степени вины и меры ответственности *(п. 9 Рекомендаций № R (99) 19 Комитета министров Совета Европы государствам – членам Совета Европы. Посредничество в уголовных делах)*.

В настоящее время в Республике Беларусь идея и необходимость комплексного подхода к проблеме правонарушений несовершеннолетних и проблеме предупреждения их безнадзорности нашла отражение в Законе Республики Беларусь от 31 мая 2003 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»[484].

Сегодня на повестку дня необходимо поставить проблемы, которые возникают при применении уголовно-правовых мер в связи с деянием несовершеннолетнего, то есть о специфике уголовного судопроизводства на всех стадиях и о путях (способах) оптимизации названного судопроизводства на принципах ювенологии. Подобное направление обсуждения и поиска мотивируется поэтапностью и важностью именно данной области отношений, особой значимостью последствий уголовно-правового воздействия на психику и, в целом, судьбу несовершеннолетнего в рамках традиционной системы уголовного преследования и применения уголовных санкций. Следует согласиться с актуальностью повышенного внимания именно к этим проблемам, тем более что здесь нет предмета спора.

Вместе с тем сведение ювенальной юстиции к узкой области проблем расследования и разрешения уголовных дел ***нельзя признать достаточным***. Необходимо отметить, что УК и УПК Республики Беларусь предусматривают крайне незначительное правовое поле для применения механизмов предварительного примирения и восстановления позитивно ориентированного статуса несовершеннолетнего.

Между тем практически по всем категориям уголовных дел, если речь идет о несовершеннолетнем (подозреваемом или обвиняемом), следует проводить уже со стадии предварительного следствия примирительные и восстановительные (реабилитационные) процедуры, чтобы избежать обвинительного приговора, а если это невозможно, то все-таки принять во внимание рекомендации и результаты проведения таких процедур.

Юстиция для несовершеннолетних, во исполнение этой самой восстановительной функции, должна быть снабжена хорошо развитой системой социальных служб. Наконец, должно быть создано реабилитационное пространство, которое и предполагает существование комплексной сети социально-реабилитационных программ, нацеленных на защиту прав ребенка.

К сожалению, даже в рамках такой развитой и традиционно-государственной структуры, какой являются комиссии по делам несовершеннолетних, не предусмотрено создание службы социальных работников. При судебных и следственных органах отсутствуют важные профессиональные фигуры (социальные работники, пробаторы, кураторы и т. д.), которые во многих странах мира обеспечивают управление процессами ресоциализации несовершеннолетних правонарушителей уже на досудебных стадиях уголовного судопроизводства.

Важным моментом эффективного функционирования ювенальной юстиции является разработка и применение методов досудебной социально-психологической реабилитации. Несовершеннолетние правонарушители должны предварительно направляться в службы, которые применяют такие методики ресоциализации, и только после определенной работы с такими детьми органами ювенального правосудия может приниматься решение о проведении или прекращении судебного производства по уголовному делу.

Решения ювенальных судов относительно характера мер воздействия в каждом случае должны **основываться** *на материалах предварительного социально-психологического изучения личности подростка, условий его жизни и воспитания, степени криминальной и педагогической запущенности, результатов применения предшествующих реабилитационных мероприятий вне рамок уголовной ответственности.*

Поскольку профилактико-реабилитационная работа в системе ювенальной юстиции должна строиться на основе комплексной многоуровневой социальной технологии, при соблюдении принципа личного участия и несовершеннолетнего, и представителей различных организаций (отдельных граждан) в поиске выхода несовершеннолетнего из кризисной ситуации под контролем юрисдикционных органов ювенальной юстиции (уполномоченных на принятие юридически значимых решений), центр осуществления технологических функций в ювенальной юстиции должен пере-

[484] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2003. № 64, 2/949.

меститься, организационно и содержательно, на региональный (местный) уровень. Это позволит обеспечить:

– организацию первичного взаимодействия с несовершеннолетними группы риска на основе сигналов, поступивших из школы, социальных служб, милиции и от отдельных граждан;

– предметное социологическое и криминологическое изучение дефектов в процессе социализации подростков, организовать индивидуальное и групповое (комплексное) профилактирование социального окружения с вовлечением в этот процесс самого подростка. Знание о конкретных обстоятельствах нарушений процессов социализации подростка должно быть изначально сориентировано на применение некарательных или административно-принудительных технологий, наконец, стать эмпирической основой для проведения примирительных и восстановительных процедур при нарушении уголовного закона в качестве предварительного условия вовлечения несовершеннолетнего в систему уголовного судопроизводства;

– введение результатов первичного анализа ситуации подростка, вступившего в серьезный конфликт с законом, в индивидуально выверенные рекомендации по применению соответствующих программ восстановительного правосудия и реабилитации.

Только в этом случае и сама уголовная юстиция по делам несовершеннолетних приобретет качественно иное содержание и сможет принимать нетрадиционные решения по ресоциализации несовершеннолетнего, вступившего в конфликт с уголовным законом.

Естественно, что технология такого поведения субъектов ювенальной юстиции, включая ювенальный суд, должна быть материально и процедурно закреплена в законе о ювенальной юстиции и соответственно в уголовном и уголовно-процессуальном законе.

С учетом введения в уголовное судопроизводство по делам несовершеннолетних посреднических процедур (технологий) примирения и восстановления, а также включения несовершеннолетнего на досудебных стадиях в программы реабилитационных мероприятий представляется возможным внести следующие изменения в УК:

1. Часть первую статьи 115 УК (Лишение свободы) сформулировать следующим образом:

«Лицу, впервые совершившему в возрасте до восемнадцати лет преступление, не представляющее большой общественной опасности, а равно менее тяжкое преступление при условии успешного проведения посреднических процедур, завершившихся восстановлением нарушенных прав потерпевшего и общества, вовлечением несовершеннолетнего в программу личностной социальной реабилитации, наказание в виде лишения свободы не назначается».

2. Дополнить статью 116 УК (Назначение наказания) частью второй следующего содержания:

«Лицу, совершившему преступление в возрасте до восемнадцати лет, суд, учитывая обстоятельства, указанные в части первой настоящей статьи, а также результаты проведенных посреднических процедур по восстановлению нарушенных преступлением прав потерпевшего и общества, а также возможность ресоциализации несовершеннолетнего на основе его добровольного участия в реабилитационных программах под контролем органов и учреждений, осуществляющих профилактику правонарушений несовершеннолетних, может назначить наказание ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса, либо назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрено этой статьей, либо применить меры уголовной ответственности, предусмотренные статьями 77, 78, 79 и 117 настоящего Кодекса независимо от тяжести совершенного преступления».

3. Главу 46 УПК (Производство по уголовным делам о преступлениях, совершенных лицами в возрасте до восемнадцати лет) необходимо дополнить нормами, предусматривающими возможность проведения, наряду с предварительным расследованием, посреднических процедур по примирению несовершеннолетнего обвиняемого с потерпевшим, предоставления несовершеннолетнему возможности лично загладить причиненный преступлением вред, провести независимое социально-психологическое изучение личности несовершеннолетнего и его социального окружения на возможность добровольного участия несовершеннолетнего в специальных программах социальной реабилитации. В частности, главу 46 УПК необходимо дополнить статьей следующего содержания:

«Статья 462[1]. **Приостановление производства по уголовному делу несовершеннолетнего в связи с проведением посреднических процедур по примирению и восстановлению нарушенных прав потерпевшего**

1. Производство по уголовному делу несовершеннолетнего, впервые совершившего преступление, не являющееся особо тяжким, и признавшего свою вину, может быть при-

остановлено по представлению комиссии по делам несовершеннолетних или ходатайству законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого на срок до трех месяцев для организации и проведения посреднических процедур примирения и восстановления, а также вовлечения несовершеннолетнего на добровольной основе в программы социальной реабилитации.

Приостановление производства по уголовному делу допускается только с санкции прокурора. Посреднические процедуры примирения осуществляются без непосредственного участия прокурора, но под его контролем. Результаты примирительных и восстановительных процедур незамедлительно сообщаются прокурору.

2. Несовершеннолетний обвиняемый, в отношении которого производство по уголовному делу приостановлено, а также его законные представители, под надзор которых передается несовершеннолетний, дают письменные обязательства относительно того, что они не будут предпринимать никаких действий, которые могли бы воспрепятствовать уголовному судопроизводству, нанести какой-либо вред заинтересованным в деле лицам, либо быть восприняты как уклонение несовершеннолетнего от ответственности за совершенное преступление.

При совершении действий, которые несовместимы с указанными требованиями, либо подрывают добровольность и искренность примирения обвиняемого и потерпевшего, производство по уголовному делу может быть возобновлено до истечения срока, на который оно было приостановлено.

3. Несовершеннолетний обвиняемый, заключенный под стражу, в отношении которого принято решение о приостановлении производства по уголовному делу в соответствии с частью первой настоящей статьи, освобождается из-под стражи и передается под присмотр в порядке, предусмотренном статьей 123 настоящего Кодекса.

4. В случае примирения несовершеннолетнего обвиняемого с потерпевшим, полного возмещения причиненного преступлением вреда и с учетом деятельного раскаяния несовершеннолетнего, результатов проведения реабилитационных мероприятий производство по уголовному делу несовершеннолетнего, обвиняемого в совершении нетяжкого преступления, может быть прекращено по постановлению надзирающего прокурора.

В остальных случаях производство по уголовному делу возобновляется, а материалы с результатами проведенных примирительных и восстановительных процедур, а также рекомендациями относительно назначения несовершеннолетнему наказания или иной меры уголовной ответственности по завершении предварительного расследования с уголовным делом направляются прокурором в суд».

Таковы в самом общем виде изменения и дополнения, которые, по нашему мнению, должны быть внесены в УК и УПК, чтобы обеспечить хотя бы в какой-то мере реализацию принципов ювенальной юстиции в уголовном судопроизводстве в части оптимизации применения уголовных санкций в отношении несовершеннолетних правонарушителей.

6. ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Традиционно в заключении в кратком и обобщенном виде воспроизводятся предложения и рекомендации, которые желательно осуществить в плане совершенствования законодательства и правоприменительной практики в области более эффективного применения уголовных санкций. Многолетние и продолжительные дискуссии по этим вопросам обычно сводятся к предложениям о необходимости существенного сокращения применения лишения свободы. Против этого сегодня уже никто не возражает. Вопрос заключается лишь в том, как и за счет каких иных наказаний и мер уголовной ответственности этого можно достичь, сохраняя необходимый уровень контроля над преступностью и обеспечивая должную безопасность граждан, общества и государства от преступных посягательств. При этом мы исходим из того, что ни одно государство сегодня пока не отказалось и вряд ли когда откажется от изоляционных видов наказания в отношении лиц, которые по характеру совершенных преступлений представляют серьезную опасность для общества и граждан.

Тем не менее проблемы в осуществлении уголовной политики в области применения уголовных санкций в рамках действующего законодательства существуют. Обусловленность этих проблем многопланова и их преодоление возможно на основе комплексных, системно-согласованных решений социального, правового, организационного характера. Стратегически проблема обозначена и заключается в оптимизации системы уголовных санкций и их рационального применения. Вы-

ступая 25 марта 2008 г. на совещании судей республики, Президент сказал буквально следующее: «Нам необходимо искать новые возможности для совершенствования уголовной ответственности и ее оптимизации. **Пришло время проявлять более взвешенный подход к применению такого вида наказания, как лишение свободы.** Его удельный вес хотя и сокращается, но все же остается неоправданно высоким»[485].

В настоящем отчете нами представлены основные проблемы применения действующей в республике системы уголовных санкций и предлагаются способы их разрешения. Они непростые, как и далеко неоднозначны наши рекомендации по совершенствованию системы мер уголовной ответственности и практики их оптимального применения. Было бы поспешно выносить их в заключение. Понять смысл наших рекомендаций и их назначение проще, ознакомившись с отчетом полностью и в той последовательности, в которой он изложен.

[485] См.: Советская Белоруссия. 2008. 25 марта.

Комментарии к отчету по теме «Применение наказаний, альтернативных лишению свободы» международного эксперта проекта А. Юдинса[486].

Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в сфере применения уголовных санкций Хомича Владимира Михайловича по теме совершенствование Белорусского законодательства и правоприменительной практики в области оптимизации применения мер наказания, не связанных с лишением свободы, представляет собой всесторонний анализ проблем применения альтернативных наказаний в уголовном праве Республике Беларусь. Критически анализируя ситуацию в республике, сравнивая правоприменительные стандарты и решения белорусского уголовного права и уголовного права других государств, учитывая рекомендации международных организаций, автор отчета определяет проблемы белорусского уголовного права и недостатки реализуемой уголовной политики, при этом формулирую возможные решения, реализация которых могла бы способствовать более эффективному достижению целей уголовного правосудия.

Признавая высокую ценность отчета, подготовленного Хомичем В.М., прилагаемые международным экспертом комментарии в содержательном плане можно рассматривать как продолжение упомянутого документа. Предлагаемые комментарии обращают внимание на отдельные вопросы уголовного права и уголовной политики, решение которых, с точки зрения автора, должно способствовать более эффективному применению уголовных наказаний и иных мер уголовной ответственности в Республике Беларусь.

Подготовленные комментарии имеют тезисный характер – любой из затронутых вопросов заслуживает более подробного освещения, однако в рамках установленной формы – комментарии к отчету – не представляется возможным обозначить и детально обосновать сделанные выводы, сослаться на статистические данные, результаты исследований и сравнение уголовно-правовых систем и правоприменительной практики.

Уголовное право и уголовно-правовая репрессия не является самодостаточной системой. По сути своей уголовное право и уголовное наказание имеет служебную функцию – эффективно охранять важные общественные блага, включающие в себя интересы отдельных лиц, групп лиц и общества в целом.

Статья 44 Уголовного кодекса Республики Беларусь определяет уголовную ответственность как осуждение от имени Республики Беларусь по приговору суда лица, совершившего преступление, и применение на основе осуждения наказания либо иных мер уголовной ответственности в соответствии с Уголовным кодексом. Этимологически термин «осуждение» связан с отрицательной оценкой, неодобрением, порицанием деяния. Не вызывает сомнения факт, что осуждение лица за совершенное им преступление в числе прочего включает негативную оценку содеянного. Однако уголовно-правовая оценка и реакция государства на правонарушение не должно быть лишь ретроспективной. Осознавая это, авторы Уголовного кодекса Республики Беларусь обоснованно указывают, что уголовная ответственность имеет целью исправление лица, совершившего преступление, и предупреждение совершения новых преступлений как осужденным, так и другими лицами; уголовная ответственность призвана способствовать восстановлению социальной справедливости[487]. Руководствуясь данной правовой нормой и решая вопрос о применении уголовного наказания лицу за конкретное правонарушение, суд должен использовать такие формы воздействия, которые если и не исправят лицо, то, по крайней мере, удержат от новых правонарушений в будущем.

Сам по себе факт признания деяния преступным и осуждение лица, его совершившего, в отдельных случаях может оказать позитивное влияние на будущее поведение осужденного и предотвратить совершение новых правонарушений. Однако в большинстве случаев для достижения уголовно-правовых целей суд не только выражает негативную оценку совершенному лицом деянию, но и применяет наказание или иные меры уголовной ответственности.

Для достижения целей уголовного наказания важно, чтобы в рамках уголовного процесса применяемые меры соразмерно ограничивали права лица (а), были бы нацелены на оказание помощи лицу, нарушившему закон (б) и посредством этого способствовали бы предотвращению преступного рецидива (в).

Недопустимо применение уголовного наказания и иных мер уголовной ответственности с целью отомстить правонарушителю за совершение преступного деяния (а) и/или причинить ему страдания (б). Наказание или иные меры уголовной ответственности должны вызывать у осужденного переживания и сожаление о содеянном. Но достигаться это должно не посредством унижения лица, причинения вреда его здоровью, создания таких условий существования, которые причиняют фи-

---

[486] Андрейс Юдинс (Латвия), Dr.iur., эксперт в области уголовного права и уголовной политики Центра общественной политики «Провидус», ассоциированный профессор Академии полиции Латвии.

[487] См.: части 2 и 3 статьи 41 Уголовного закона.

зическое страдание человеку (отсутствие необходимой одежды, крова, лишние возможности удовлетворять физиологические потребности в питании, сне и т. д.). **Опыт применения уголовно-правовой репрессии не подтверждает тезис, что жестокость в отношении преступника способствует его исправлению и удержанию от новых правонарушений.**

Нет основания и переоценивать значение суровости наказания как средства достижения общей (генеральной) превенции правонарушений. Существует мнение, что чем суровее наказания предусмотрены в уголовном законе, чем суровее правоприменительная практика, тем меньше людей решаются на совершение правонарушений. Однако факты показывают несостоятельность данной точки зрения. **Определенное превентивное значение имеет факт признания деяния преступным (а) и реагирование правоохранительных органов на его совершение (б). В свою очередь факт, предусмотрено ли за конкретное деяние лишение свободы, либо другие виды наказания, не оказывает влияния на уровень преступности в обществе.** Нужно признать, что значительная часть правонарушений совершается без предварительной подготовки, спонтанно, и общая практика применения уголовных наказаний за правонарушения конкретного вида не оказывает никакого влияние на поведение лица – как не побуждает к нарушению закона, так и не удерживает от правонарушения. Информация о возможной уголовной ответственности может оказывать удерживающее влияние на лицо, которое предварительно готовится к совершению преступления. Но и в этих случаях лицо обычно надеется на успешную для него реализацию преступного замысла и даже если учитывает риск раскрытия преступления, то представляет себе уголовное наказание достаточно абстрактно. Даже наличие в уголовном законе такого наказания, как смертная казнь, не приводит к отказу от совершения преступлений, за которое преступник может быть лишен жизни. Еще меньше оснований полагать, что, например, возможное лишение свободы на 6 лет более сдерживающее, нежели лишение свободы на 3 года.

Нельзя также согласиться с точкой зрения, что уголовное наказание может восстановить справедливость только в том случае, если после его применения преступника лишают свободы. Исторически данное положение непосредственно является продолжением представления средневекового уголовного права, признававшего справедливость телесных наказаний, а в еще более ранний период – реализацию принципа талиона, усматривающего справедливость в причинении нарушителю такого же вреда, который он причинил интересам других лиц («глаз за глаз, зуб за зуб»). Несмотря на всю прогрессивность современного уголовного права, желание видеть в уголовном наказании источник страдания для преступника по-прежнему не преодолено. Современное общество не требует, чтобы страдание преступника было бы физическим и публичным. Но **не причиняющее боль наказание по-прежнему часто интерпретируется как несправедливое. Уголовное право – как теория, так и практика – должны полностью отказаться от такого взгляда на уголовно-правовую репрессию.**

Ответ на вопрос о том, каким должно быть наказание за преступление предопределен нашим видением того, какие цели должны быть достигнуты при реализации уголовно-правовой репрессии. Отсутствие ясного видения, как и заблуждения в отношении целей уголовного наказания уменьшает пользу от его применения или даже полностью лишает возможности достигнуть социально-значимого результата.

Современное **уголовное право должно демонстрировать больший прагматизм** – быть направленным на снижение уровня преступности и предотвращение преступного рецидива. Для достижения этой цели особое внимание должно быть обращено на содержание каждого отдельного вида наказания и его эффективность в достижении уголовно-правовых целей.

Очевидно, неправильно было бы противопоставлять форму уголовного наказания его содержанию – внешний и внутренний элемент наказания неразрывно связаны. Однако необходимо признать, что государственная реакция на преступное деяние, даже признанная законом в качестве уголовного наказания, не обеспечит защиту общественных интересов и не будет способствовать предотвращению преступлений, если она, имея форму уголовного наказания, не имеет соответствующего содержания.

Признание определенной формы государственного воздействия на правонарушителя уголовным наказанием не гарантирует его эффективности. Важно, чтобы наказание или иная форма уголовной ответственности, будучи примененной к правонарушителю, оказывало бы на его поведение корригирующее воздействие, заставляло бы измениться и удерживало бы в дальнейшем от нарушений закона. Чтобы оказать такое воздействие, необходимо понимать причины каждого конкретного преступного поведения, осознавать факторы, которые способствовали тому, что лицо в определенный момент преступило уголовно-правовой запрет. **По сути своей уголовно-правовая репрессия должна быть *лекарством, оздоровительным курсом*, призванным помочь правонарушителю, и, за счет предотвращения новых правонарушений, защитить общество.** Преступник должен рассматриваться как лицо, имеющее проблемы (а), не желающее

соблюдать общепринятые нормы поведения (б) и причиняющее вред другим лицам и обществу в целом (в).

Лицо, совершившее преступление, часто не способно критически оценить свое поведение, понять причины, доведшие его до конфликта с законом. Если правонарушитель формально наказан, но примененная в отношении него уголовно-правовая репрессия лишена содержания, то вероятность преступного рецидива не устраняется и не уменьшается и значит, общество рискует снова пострадать от преступных действий индивида. Применяемое в отношении правонарушителя наказание должно учитывать не только вред, причиненный преступным деянием, но и риск преступного рецидива. Вероятность совершения лицом новых преступных деяний должна рассматриваться как факт, указывающий на необходимость применить в отношении лица такую форму уголовно-правового воздействия, которая включала бы оказание помощи осуждаемому лицу и устранение факторов, которые могут провоцировать или способствовать совершению новых преступных деяний.

С осужденными за преступления лицами необходимо работать квалифицированным специалистам – социальным работникам, педагогам, психологам, медикам, причем, чем серьезнее проблемы лица, тем более интенсивной должна быть работа с лицом в рамках исполнения уголовного наказания. Важно также учитывать, что **ресоциализирующая работа предполагает активное участие самого осужденного лица – осужденный не предмет, на который воздействуют с помощью ресоциализирующих программ, а активный участник происходящего.**

Принятие точки зрения, что система уголовного наказания должна быть нацелена на оказание помощи правонарушителю, не означает, что меры уголовно-правого воздействия не могут быть жесткими и неприятными для осужденного лица. Принимая на себя ответственность за будущее осужденного и имея цель максимально уменьшить/устранить риск преступного рецидива, вовлеченные в процесс исполнения наказания лица могут использовать различные инструменты воздействия, в том числе и такие, которые лицом воспринимаются как ограничивающие его права и свободы. При этом важно понимать, что **уголовное наказание и другие меры уголовной ответственности служат цели, а не являются целью сами по себе**.

Лишение свободы, являющееся для многих синонимом понятия «уголовное наказание», понимаемое лишь как помещение преступников в места лишения свободы и гарантирующее, что в течение установленного срока они, будучи лишенными свободы, не создадут угрозы и не причинят вреда другим лицам, **не является полноценным уголовным наказанием**. Такое лишение свободы представляет собой лишь форму уголовного наказания, но оно лишено содержания, которое должно способствовать достижению уголовно-правовых целей. Нет оснований надеяться на то, что помещенные в исправительные заведения лица самостоятельно переосмыслят свое поведение и исправятся благодаря тому, что их свобода ограничена. **Лишение свободы без налаженной работы, направленной на ресоциализацию заключенных, дает лишь краткосрочный эффект и не устраняет/не уменьшает риска преступного рецидива.** В случае совершения лицом новых преступных действий после освобождения из мест лишения свободы, не понимая истинных причин преступного поведения лица, часто делаются выводы о наличии у него преступных наклонностей и его «неисправимости». При этом замалчивается или игнорируется факт, что **рецидивная преступность объективно указывает на то, что уголовно-правовая репрессия, примененная к лицу, была неэффективна – государственные учреждения, применявшие и исполнявшие наказание, не смогли разобраться с проблемами конкретного человека, не смогли понять, как оказать ему помощь и удержать от новых правонарушений.**

Преступность в целом, а рецидивная преступность в особенности, отражает проблемы общества. Преступное поведение лица опосредованно связано с допущенными упущениями в педагогической, социальной работе, с безразличием к проблемам отдельных индивидов. Признавая это, вопрос об уголовно-правовой репрессии в каждом конкретном случае должен решаться, учитывая потребность осужденного в социальной, психологической, педагогической помощи. Осознавая и устраняя факторы, способствующие совершению уголовных правонарушений, помогая лицам, нарушившим закон, понять и осознать вредоносность ранее совершенного преступления, государство устраняет ранее допущенный брак, помогает лицу и защищает общество от новых преступных посягательств. **Безопасность общества стоит того, чтобы тратить финансовые и человеческие ресурсы на оказание помощи правонарушителям.**

Обобщая вышесказанное, можно сделать следующие выводы:

[1] Уголовные наказания и иные меры уголовной ответственности должны быть направлены на оказание такой помощи осужденному лицу, которая призвана способствовать возвращению лица к полноценной жизни, принятию им нормы общественного поведения, уменьшению вероятности преступного рецидива.

[2] Внимание следует обратить на СОДЕРЖАНИЕ применяемых наказаний и иных мер уголовной ответственности. При этом «содержание наказания» понимается в данном случае как единство всех последствий для лица, вызванных применением наказания или иных мер уголовной ответственности – совокупность возложенных обязанностей; ограничений поведения; организация работы с осужденным; возможности, предоставляемые лицу, отбывающему наказания; используемая система мотивации; реакция на уклонение от возложенных обязанностей и т. д. В правоприменительной практике следует учитывать, что момент применения наказания является началом важного процесса ресоциализации преступника. Не следует рассматривать применение наказания как завершающий этап уголовного процесса.

Признавая применение уголовного наказания не целью уголовного процесса (а), не завершающим этапом уголовного процесса (б), а лишь средством восстановления справедливости и обеспечения безопасности общества (в), следует признать, что лишение свободы не может рассматриваться как основная уголовно-правовая реакция. Законодатель, судебные институции и учреждения исполнения наказаний должны осознавать, что **лишение свободы представляет собой достаточно дорогое средство поддержание относительной стабильности и предотвращения роста преступности. Само по себе активное применение лишения свободы в правоприменительной практике не способствует снижению уровня преступности и в долгосрочной перспективе не обеспечивает бóльшую безопасность общества.** Лишение свободы демонстрирует обществу, что государство реагирует на преступления и, заботясь о безопасности общества, сурово наказывает преступников. Однако:

• содержание заключенных обходится государству (а значит, и обществу) достаточно дорого – затраченные ресурсы непропорциональны пользе, которое получает общество от применения данного наказания;

• нет доказательств тому, что лишение свободы способствует эффективному достижению уголовно-правовых целей – исправлению лица и предотвращению новых правонарушений;

• во время отбытия лицом лишения свободы общество защищено от новых посягательств с его стороны. Но изолированный от общества, утративший социальные связи человек, после отбытия наказания, с трудом ориентируясь в изменившемся обществе, не имея работы и средств существования, потенциально более опасен для общества по сравнению с преступником, отбывавшим наказание, не связанное с лишением свободы;

• приспосабливаясь к жизни в исправительном учреждении, заключенный вынужденно принимает предлагаемую/требуемую модель поведения. Однако внешне безупречное соблюдение правил внутреннего распорядка и отсутствие дисциплинарных нарушений не всегда означает исправления лица. В связи с этим важно помнить, **изоляция лица от общества не является целью наказания, а должна использоваться лишь как средство, обеспечивающее возможность социальным работникам, психологам, педагогам непрерывно вести работу с заключенным** с целью помочь ему ресоциализироваться после отбытия наказания;

• лишение свободы является наказанием, которое должно быть применено лишь в случаях, когда достижение уголовно-правовых целей невозможно с помощью альтернативных наказаний, что соответствует принципу минимального вмешательства (*minimum intervention*).

Современное уголовное право не предполагает отказ от применения лишения свободы. Но удельный вес этого наказания в правоприменительной практике многих стран уменьшается, уступая место альтернативным формам воздействия на правонарушителя. Одновременно с этим лишение свободы становится более *содержательным* наказанием, предполагающим интенсивную работу с заключенными с целью их скорейшей ресоциализации. Рассматривая лишение свободы как крайнюю меру уголовно-правового воздействия на лиц, совершивших преступление, нужно учитывать, что:

• применение лишения свободы может быть оправдано лишь после исследования возможностей применения в конкретном случае других уголовных наказаний или мер уголовной ответственности, если при этом сделан обоснованный вывод, что ни одна из предусмотренных альтернативных лишению свободы санкций не будет эффективной для достижения целей уголовного правосудия;

• приняв решение применить в качестве наказания лишение свободы, внимательно следует решать вопрос о сроке данного наказания. Срок лишения свободы не должен быть излишне продолжительным. Следует иметь в виду, что лишение лица свободы на длительный срок является одним из факторов, который после освобождения заключенного из мест лишения свободы, может быть одной из причин совершения нового преступления. С другой стороны, желаемого эффекта от применения уголовного наказания также сложно достичь, применяя лишение свободы и на очень короткие сроки, например на месяц или несколько недель. Надежда на то, что краткосрочное

пребывание в месте заключения станет *прививкой,* отвращающей от преступной деятельности, на практике часто не оправдывается. Напротив, краткосрочное пребывание в тюрьме часто приводит осужденного к выводу, что ничего страшного в лишении свободы нет и опасаться уголовного осуждения не стоит;

• для уменьшения риска пенитенциарного рецидива необходимо активно использовать механизмы прогрессивной система организации лишения свободы – отбывание лишения свободы должно быть организовано таким образом, чтобы осужденное к данному наказанию лицо было бы мотивировано к исправлению и принятию помощи, предлагаемой лицу в течении исполнения наказания. При этом позитивные изменения, происходящие с отбывающим лишение свободы лицом, должно приводить к улучшению бытовых условий и социального положения лица – изменению режима отбытия наказания, переводу на более высшую ступень отбывания наказания, предоставлению больших возможностей для общения с находящимися на свободе лицами, возможности совершать больше покупок в магазине, чаще встречаться с родственниками и т. д.

• в отношении лиц, демонстрирующих желание исправиться и вернуться в общество для нормальной жизни, учитывая достигнутые результаты в исправления лица и заключение специалистов (психолога, социального работника, педагога, работника службы пробации), целесообразно организовывать отбывание заключительной части лишения свободы в учреждениях открытого типа, допускающие возможность покидать учреждение на определенное время, а также работать за пределами учреждения.

Важное значение для достижения целей уголовного наказания имеет институт условно-досрочного освобождения из мест лишения свободы при условии отбытия определенной части примененного наказания и достижения цели исправления лица. Возможность условно-досрочного освобождения является фактором, мотивирующим заключенного, начиная со дня прибытия, соблюдать установленные в учреждении правила, участвовать в ресоциализирующих программах, открыто общаться с психологом, педагогом, работником службы пробации, осваивать профессии, получать образование, участвовать в общественно-полезном труде. Важно иметь в виду, что **мотивация через поощрение, возможность улучшить свое положение является намного более эффективной по сравнению с запугивающим лицо воздействием, выражающимся в предупреждении о неблагоприятных последствиях в случае несоблюдения установленных правил**. Комитет министров Совета Европы, в принятой в 2003 году Рекомендации «Об условно-досрочном освобождении», подчеркивает, что условно-досрочное освобождение в соответствии с законом должно быть применимо в отношении любых осужденных к лишению свободы, в том числе лицам, осужденным к пожизненному лишению свободы.[488]

Вместе с тем надо обращать внимание на порядок и условия применения досрочного освобождение. **Оно не должно быть автоматическим, гарантированным только потому, что лицо отбыло установленную законом минимальную часть наказания**. Условно-досрочное освобождение применимо, если очевиден прогресс в достижении целей уголовного правосудия и работники службы пробации/социальные работники дают заключение о том, что вероятность преступного рецидива невелика и лицо готово к возвращению к жизни в обществе.

Отказ в применении условно-досрочного освобождения конкретному лицу не может быть мотивирован тяжестью ранее совершенного преступления и наличием у лица многократных судимостей – указанные факты учитывались при назначении наказания, а также учтены законодателем, при установлении для соответствующих категорий осужденных лиц более длительной обязательной части наказания, после которого лицо может быть освобождено условно-досрочно.

После условно-досрочного освобождения лицо должно находиться в поле зрения службы пробации или другого государственного учреждения, которое призвано наблюдать за поведением лица и оказывать ему помощь для скорейшей адаптации в обществе.

Условно-досрочное освобождение лица от отбывания лишения свободы целесообразно дополнять возложением на него специальных дополнительных обязанностей, например, не менять место жительства без разрешения надзирающего учреждения; не посещать установленные места или заведения; не употреблять спиртные напитки; находиться в ночное время по месту проживания и т. д.

Негативно оценивается практика применения амнистии и связанное с ней освобождение от отбывания наказания. Акт применения амнистии является нормативным и потому порождает последствия для широкого круга лиц, определяемого в законе не индивидуально, а обозначая лишь критерии применения амнистии. Формальное соответствие установленным критериям является основанием освобождения от отбывания наказания.

---

[488] Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole) https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=70103&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

Досрочное освобождение лица по амнистии непосредственно не связано с прогрессом в его исправлении. Амнистия, решая проблему переполненности пенитенциарных учреждений, не способствует уменьшению уровня преступности. Освобождение по амнистии часто является «незаслуженным подарком» правонарушителю со стороны государства, что не способствует снижению уровня рецидивной преступности. Регулярно проводимые амнистии устранят исключительность данного акта – амнистия воспринимается как должное, само собой разумеющееся. Амнистия на многих заключенных оказывает негативное влияние, культивирует инфантилизм вместо того, чтобы побуждать осужденных активно менять свою жизнь к лучшему. **Правоприменительная практика, сочетающая активное применение лишения свободы с последующим регулярным применением амнистий не способствует достижению целей уголовной юстиции. Более целесообразным является отказ от применения лишения свободы лицам, совершившим деяния, которые не причинили значительного вреда общественным отношениям, применяя уголовные наказания и меры ответственности, не связанные с лишением свободы.**

Призыв к более широкому применению уголовных наказаний, не связанных с лишением свободы, отражает гуманизм и прагматичность современного уголовного права. **Неразумно тратить значительные финансовые и человеческие ресурсы на содержание осужденных лиц в местах заключения, если цели уголовного наказания с большей эффективностью и меньшими затратами могут быть достигнуты без применения лишения свободы.** Признавая потенциал альтернативных наказаний и уголовно-правовых мер, их эффективность и экономичность, во многих европейских странах, реформируя национальное законодательство и правоприменительную практику, круг альтернатив лишению свободы был значительно расширен и новые альтернативные наказания эффективно применяются в отношении нарушителей уголовно-правового запрета.

В 1992 году Комитет министров Совета Европы принял Рекомендацию № R(92)16 «О наказаниях и санкциях, не связанных с лишением свободы»[489]. Данный документ устанавливает стандарты, которые призваны способствовать тому, чтобы национальное законодательство и практика обеспечивала бы справедливое и эффективное применение уголовных наказаний и иных мер, исполняемых в обществе, то есть не связанных с лишением свободы. Данные правила не являются модельным кодексом, но определяют принципы, которые должны учитываться, создавая и развивая систему альтернативных наказаний (наказаний, исполнение которых не связано с изоляцией нарушителя от общества).

Уголовный Кодекс Республики Беларусь предусматривает широкий круг наказаний и иных мер уголовной ответственности, не связанных с лишением свободы. Это не означает, что данный круг не может быть расширен. Однако в настоящий момент внимание следует обратить на уже известные и применяемые на практике наказания и иные меры уголовной ответственности с целью установить и устранить факторы, препятствующие эффективному достижению целей уголовной юстиции без применения лишения свободы. **Применение в полном объеме предусмотренных в законе уголовных наказаний и иных мер уголовной ответственности представляется для данного момента более значимой, чем пополнение перечня уголовных наказаний новыми видами альтернатив лишению свободы.** Появление новых альтернативных наказаний возможно, и в случае появления соответствующих предложений, они должны быть внимательно рассмотрены. Но нет необходимости ставить задачу «изобрести» новые наказания, не связанные с лишением свободы.

Принимая решение о введении новых инструментов в систему наказаний и иных мер уголовной ответственности, полезно ознакомиться с положениями Рекомендации Комитета министров Совета Европы Rec(2000)22 «Об улучшении выполнения европейских правил о наказаниях и мерах, не связанных с лишением свободы»[490], в которой подчеркивается, что, инициируя новые альтернативные наказания или меры уголовной ответственности, необходимо организовывать активную

---

[489] Recommendation No. R (92) 16 of the Committee of Ministers to Member States on the European Rules on Community Sanctions and Measures, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives .

Перевод названия рекомендации как «Европейские правила о наказаниях и санкциях, не связанных с лишением свободы» представляется более понятным по сравнению с дословным переводом – Европейские правила об общественных наказаниях и мерах. Данные меры и наказания не понимаются как применяемые самим обществом и не рассматриваются как альтернатива государственной реакции на правонарушения. Понятие «community sanction and measures» используется для обозначения наказаний и иных форм уголовной ответственности, исполнение которых происходит без изоляции лица от общества, т. е. без лишения свободы – данные наказания и ограничения исполняются «*в обществе (коммуне)*».

[490] Recommendation Rec(2000)22 of the Committee of Ministers to member states on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/legal_instruments/Rec.R(2000)22.asp#TopOfPage

информационную кампанию с целью разъяснения обществу пользы нововведения и получения от общества максимально широкой поддержки.[491]

В целях укрепления системы наказаний, не связанных с лишением свободы, целесообразным решением могло бы стать создание Государственной службы пробации Республики Беларусь. Службы пробации во многих странах являются учреждениями, ответственными за исполнение уголовных наказаний, отбываемых в обществе (не связанных с лишением свободы). В отличие от учреждений традиционной системы приоритетом которых часто становится соблюдение формальных требований в отношении организации исполнения уголовных наказаний и недостаточное внимание к сути и целям применяемой уголовно-правовой репрессии, службы пробации в первую очередь обращены в своей профессиональной деятельности на содержание работы с лицами, нарушившими уголовный запрет. Эффективно работающая служба пробации представляет собой социальную службу, имеющую власть и полномочия в отношении лиц, осужденных за совершение преступных деяний. Но власть эта используется не с целью механически изолировать нарушителей от общества, и таким образом на относительно короткий срок защитить общество от некоторых преступных посягательств. Работа пробационных служб нацелена на оказание помощи лицам, совершившим правонарушения, активном надзоре за их поведением и их ресоциализации. Кроме того, во многих странах работники служб пробации активно работают и оказывают помощь лицам, отбывающим наказание в исправительных учреждениях, помогая им подготовиться к освобождению. Службы пробации часто являются институциями, от имени государства поддерживающими проведение процедур примирения (медиации) в уголовном процессе, готовящими по запросу прокуратуры и суда оценку рисков совершения новых преступных деяний конкретным лицом, а также выполняющими другие функции в рамках уголовного процесса и исполнения уголовных наказаний.

Уголовные наказания и меры уголовной ответственности, исполняемые без изоляции лица от общества, должны быть **наполнены разумным содержанием**. Это означает, что примененная в отношении лица уголовно-правовая репрессия не должна восприниматься осужденным и обществом как освобождение от наказания. **Исполнение наказаний не должно быть формальным, применяемые ограничения и возлагаемые обязанности должны способствовать достижению целей уголовного правосудия**. Руководствуясь этим принципом, следует учитывать, что:

- применение наказаний и иных мер уголовной ответственности, не связанных с лишением свободы, обычно должно быть сопряжено с установлением для лица комплекса ограничений поведения и возложения специальных обязанностей, например, обязанности участвовать в пробационных программах[492], продолжать учебу, консультироваться у специалиста (например, психолога, нарколога), не выезжать из страны; не менять места жительства без согласия на то учреждения, надзирающего за исполнением наказания и т. д.;
- целесообразно предусмотреть возможность комбинировать различные альтернативные наказания/иные меры уголовной ответственности для более эффективного воздействия на правонарушителя;
- оставаясь на свободе, лицо должно быть мотивировано к устранению причин, приведших к нарушению закона;
- поведение осужденного лица и выполнение им возложенных обязанностей должно активно контролироваться государственным учреждением, ответственным за исполнение наказание;
- в процесс исполнения наказания целесообразно вовлекать заинтересованные негосударственные организации – партнерство с негосударственным сектором (общественными и религи-

---

[491] См.: п.18 Рекомендации Комитета министров Совета Европы Rec(2000)22 «Об улучшении выполнения европейских правил о наказаниях и мерах, не связанных с лишением свободы» // Recommendation Rec(2000)22 of the Committee of Ministers to member states on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/legal_instruments/Rec.R(2000)22.asp#TopOfPage

[492] На важность разработки и применения программ, не связанных с тюремным заключением, в рамках уголовного правосудия обращают внимание Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила). (United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) Adopted by General Assembly resolution 45/110of 14 December 1990 http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp46.htm). Пробационная программа представляют собой специально разработанный курс, комплекс мероприятий, имеющий целью оказание помощи лицу в решении определенных конкретных проблем. Разработаны и на практике активно применяются сотни программ, направленных на коррекцию социального поведения и социальную реабилитацию. Учитывая проблемы конкретного правонарушителя, лицо, например, может стать участником программы, направленной на снижение агрессивности поведения, на преодоление алкогольной или иной зависимости; развитии чувства собственного достоинства и самоуважения и т.д. В рамках программы происходят регулярные встречи специалистов и вовлеченных в программу лиц. В ходе обсуждений, дискуссий, совместного рассмотрения различных жизненных ситуаций, выполнения практических заданий и прочих мероприятий налицо оказывается воздействие, призванное помочь ему измениться, объяснить причины его проблем, указать путь их решения.

озными организациями, учебными заведениями, различными объединениями граждан), активное участие общественности[493] в программах, направленных на исправление осужденных лиц обеспечивает более интенсивную работу с правонарушителем и оказание ему помощи, например, в поисках работы, избавлении от алкогольной или иной зависимости, контроле немотивированной агрессии и т. д.

В свою очередь разумность содержания означает, что обязанности и ограничения поведения должны устанавливаться не механически, с целью лишь увеличить объем уголовно-правовой репрессии, а с учетом особенностей и потребностей конкретного правонарушителя, принимая во внимание интересы потерпевшего и других членов общества. Бесполезные для конкретного лица и общества обязанности и ограничения поведения не понимаются правонарушителем, и их исполнение и соблюдение не является эффективным средством исправления лица.

Наказания, иные меры уголовной ответственности, а также в их рамках возлагаемые на лицо дополнительные обязанности и ограничения поведения должны применяться с учетом необходимости соблюдения прав человека, проявляя уважение человеческого достоинства правонарушителя.[494]

Обязанности, программы, средства и формы надзора должны подбираться с учетом информации, всесторонне характеризующей лицо. **Для выбора соразмерного и эффективного уголовно-правового воздействия на лицо в рамках применяемой уголовно-правовой репрессии полезным может быть подготовка специального независимого доклада (*evaluation report*), подробно характеризующего лицо и дающего оценку рисков в случае применения лицу наказания, не связанного с лишением свободы.** Данный документ, подготовленный специалистом, не заинтересованным в исходе уголовного дела, значительно облегчает задачу суда применить наказание, которое будет эффективным и соразмерным в отношении конкретного лица. Во многих странах подобные доклады готовятся работниками службы пробации или социальных служб.

С целью индивидуализации применяемой в отношении лица формы и объема уголовно-правового воздействия, целесообразным может быть предоставление судам возможности возлагать на осужденное лицо таких обязанностей и ограничений, которые непосредственно не предусмотрены в Уголовном кодексе. Данный подход не расширяет круг установленных законом уголовных наказаний и не позволяет суду применять в отношении лица чрезмерно репрессивные средства воздействия. Вместе с тем, например, озвученные в приговоре обязанности воздержаться от посещения указанных мест, воздерживаться от контакта с определенными лицами, обязательно посещать школу и т. д. могут быть очень полезны для достижения целей уголовного наказания в каждом конкретном случае.

Позитивно оценивается наличие в Уголовном кодексе Республики Беларусь норм, предусматривающих осуждение с отсрочкой исполнения наказания и условное неприменение наказания. Применяя данные меры, важно использовать предусмотренную возможность применения дополнительных обязанностей (а), заботиться об эффективном надзоре за поведением лица (б), обеспечить возможность получения лицом помощи, которая должна способствовать достижению целей уголовной юстиции.

Штраф в уголовно-правовых системах многих государств рассматривается как одна из главных альтернатив лишению свободы. Размеры штрафа, порядок определения размеров, уголовно-правовые последствия уклонения от данного наказания по-разному регулируются в уголовных кодексах различных государств. Однако общим признаком является возможность, применив штраф, эффективно воздействовать на правонарушителя и предотвращать совершение новых преступных деяний. Приветствуя широкое применение штрафа в качестве уголовного наказания, необходимо учитывать следующие аспекты:

• штраф не является универсальным уголовным наказанием – возможность с его помощью достигнуть цели уголовной юстиции в значительной степени зависит от уровня благосостояния лица.

---

[493] Следует отметить, что активное участие общественности в осуществлении правосудия по уголовным делам, особенно в обращении с правонарушителями, в Токийских правилах обозначено как одна из основополагающих целей принятия Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением. (см. art. 1.2 United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) Adopted by General Assembly resolution 45/110of 14 December 1990 http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp46.htm). Европейские правила о наказаниях и санкциях, не связанные с лишением свободы (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives), также обращают внимание на необходимость информировать общественность о сущности и целях наказаний, не связанных с лишением свободы, а также использовать общественный ресурс для достижения целей уголовной юстиции.

[494] См.: пункты 1.5, 3.9. Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением. (United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) Adopted by General Assembly resolution 45/110of 14 December 1990 http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp46.htm); статью 3 Конвенция о защите прав человека и основных свобод. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AE69C60-8259-40F8-93AF-8EF6D817C710/0/RussianRusse.pdf

При применении данного уголовного наказания особого внимания заслуживает вопрос определения размера штрафа. Штраф не должен быть ни чрезмерно большим, ни слишком маленьким. Уплата штрафа не должна разорять осужденное лицо, как, впрочем, и не должна остаться для лица незамеченной. Одной из причин популярности штрафа в западноевропейском уголовном праве связано с тем, что в структуре общества 60–70 процентов населения образует средний класс – платежеспособное население, осознающее цену денег;

• штраф в качестве уголовного наказания за тяжкие или особо тяжкие преступления часто не вызывает понимания в обществе, что усложняет достижение цели общей превенции. Вместе с тем факт признания Уголовным кодексом преступления тяжким или особо тяжким не всегда означает, что конкретное деяние причинило такой вред общественным отношениям, который должен исключить возможность применения в качестве основного наказания штрафа. Возможны ситуации, когда применение штрафа было бы эффективно и соразмерно за деяния, которые в Уголовном кодексе обозначены как тяжкие или особо тяжкие преступления, и в связи с этим не предусматривающие возможности применения в качестве основного наказания штрафа (например, особо злостное хулиганство, квалифицированные составы легализации («отмывания») материальных ценностей, приобретенных преступным путем; ряд экологических преступлений).

Рассматривая значение штрафа в системе уголовных наказаний Республики Беларусь, есть основание полагать, что:

• круг преступных деяний, совершение которых может быть наказано штрафом, целесообразно расширить. Данное расширение не должно было бы рассматриваться практикой как призыв к более частому применению штрафа, но обеспечило бы для суда дополнительную возможность применить к правонарушителям наказания, которое максимально способствовало бы достижению целей уголовной юстиции;

• возможно увеличение максимального размера штрафа, и применение его в качестве основного наказания. Данное изменение *оправдало* бы применение штрафа за более опасные преступные деяния. При рассмотрении данного предложения необходимо обратить внимание на уголовно-правовые последствия уклонения от уплаты денежного штрафа. Привлечение к уголовной ответственности за неуплату штрафа является возможной, но не единственно допустимой моделью. В общей части Уголовного кодекса может быть установлен порядок замены неуплаченного штрафа в случае злостного уклонения от исполнения наказанием. Возможен и дугой подход – в каждом приговоре, применяя штраф, суд может указывать вид и меру наказания, которая будет исполнена в случае уклонения лица от уплаты денежного штрафа;

• штраф в соответствии с Уголовным кодексом может быть присужден в качестве основного или дополнительного наказания. В целях повышения эффективности воздействия применяемой уголовной репрессии, судам целесообразно обращать внимание на предусмотренную возможность применять штраф в качестве дополнительного наказания и комбинировать его применение с другими видами наказания или мерами уголовной ответственности.

Как эффективная альтернатива лишению свободы в уголовно-правовых системах многих государств показало себя такое наказание как общественные работы. Данное наказание предусмотрено и в Уголовном Кодексе Республики Беларусь. **Общественные работы не следует рассматривать непосредственно как компенсацию обществу вреда, причиненного преступным деянием – общественные работы могут и должны активно применяться не только в связи с совершением посягательств, причинивших материальный вред охраняемым интересам.** Возложение в уголовно-правовом порядке обязанности бесплатно выполнять работу, имеющую социальную значимость, при правильной организации исполнения данного наказания может оказывать воспитательное воздействие на лиц вне зависимости от вида совершенного преступления. Данное наказание вряд ли может быть признано справедливым в случае осуждения лица за особо тяжкие или тяжкие преступления, причинившие серьезный вред здоровью лица, либо направленные на лишение жизни потерпевшего. Очевидно, неадекватным данное наказание может быть признано в случаях наказания за насилие сексуального характера. Однако во многих других ситуациях данное наказание должно быть признано справедливым, соразмерным и направленным на достижение целей уголовной юстиции.

Организуя исполнение данного наказания, необходимо обеспечить лицу возможность выполнять значимую для общества работу. Желательно, чтобы осужденный по исполнению данного наказания имел бы возможность видеть результаты своего труда, получить оценку выполненной работы. Недопустимо исполнение данного наказания, требуя от лица выполнения очевидно бесполезных для общества работ – такая организация исполнения общественных работ не только не способствует достижению целей наказания, но и может причинить вред.

Исполнение общественных работ должно быть организовано и контролируемо компетентным учреждением. Во многих государствах координирующую и надзорную функцию в отношении ис-

полнения данного наказания выполняют государственные службы пробации. При этом служба пробации непосредственно не выступает работодателем, но, заключив договоры с государственными организациями, муниципальными предприятиями, школами, детскими садами, благотворительными организациями, направляет на работы и следит за тем, чтобы общественно значимые работы выполнялись.

Содержание общественных работ не должно исчерпываться лишь обязанностью отработать определенное количество часов в пользу общества. Целесообразно связать исполнение данного наказания с возможностью вовлечь лицо в предлагаемые пробационные программы, имеющие целью оказания помощи лицу и устранению факторов, которые могут в дальнейшем стать причиной преступного рецидива.

Решая вопрос о виде и объеме применяемой уголовно-правовой репрессии, целесообразно рассматривать возможность комбинирования общественных работ с другими уголовными наказания, иными мерами уголовной ответственности, обязанностями и ограничениями. Опыт применения данного наказания в других странах показывает, что хорошие результаты обычно дает применение общественных работ вместе с отсрочкой исполнения наказания, условным неприменением наказания, а также штрафом. **Применение комплексного уголовно-правового воздействия на правонарушителя не должно рассматриваться как противоречащее принципу, допускающему применения только одного основного наказания за каждое отдельно совершенное правонарушение.**

Заботясь об эффективности уголовно-правовой реакции и развитии системы наказаний, не связанных с лишением свободы, следует обратить внимание на нормы ювенальной юстиции. Осознавая ответственность за безопасность общества и руководствуясь гуманными соображениями, чрезвычайно важно правильным образом организовать работу с детьми, причинившими вред, за который предусмотрена возможность применения уголовного наказания. Заботясь о развитии ювенальной юстиции на национальном уровне, полезными могут оказаться, Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила)[495], Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних (Эр-Риядские руководящие принципы)[496], а также принятые 5 ноября 2008 года Рекомендация Комитета министров Совета Европы «О европейских правилах о несовершеннолетних правонарушителях, в отношении которых применены наказания или иные меры»[497] и 24 сентября 2003 года Рекомендация Комитета министров Совета Европы «О новых подходах в отношении преступности несовершеннолетних и роли ювенальной юстиции»[498].

В отношении детей карательная философия уголовно-правовой репрессии должна полностью уступить место новой доктрине. В рамках ювенальной юстиции государство сталкивается не с малолетними преступниками, нуждающимися в нашей жалости и сострадании по причине недостижения возраста совершеннолетия, а с детьми, которые причиняют зло в силу педагогических упущений, заброшенности, неверных представлений о допустимых способах удовлетворения своих потребностей.

Развитие ювенальной юстиции возможно не только в рамках уголовно-правовых институтов, но и с полным выводом детей из системы уголовно-правовой юстиции. Вместе с тем надо признать, что даже наиболее прогрессивные страны не отказываются полностью от возможности применения мер уголовного воздействия в отношении детей, нарушивших уголовный запрет. Очевидно, и Республика Беларусь не готова стать государством, предусматривающим уголовную ответственность только для совершеннолетних лиц. Однако возможность применения уголовных наказаний к несовершеннолетним не должна осознаваться как основная реакция на преступные деяния, совершенные несовершеннолетними. В отношении несовершеннолетних необходимо по возможности шире практиковать применение мер воспитательного характера, использовать освобождение от уголовной ответственности и наказания, а в случае необходимости применения уголовного наказания останавливать выбор на таких формах, которые не связаны с лишением свободы.

---

[495] Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила») http://www.un.org/russian/documen/gadocs/convres/r45-110.pdf

[496] Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних http://www.un.org/russian/documen/gadocs/convres/r45-112.pdf

[497] Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1367113&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

[498] Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2003)20&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

Рассматривая развитие системы альтернативных лишению свободы наказаний как закономерный процесс, происходящий в рамках развития системы уголовного права и общих тенденций уголовной политики, следует учитывать возрастающую роль потерпевшего в уголовном процессе. Соглашаясь с основополагающими принципами восстановительного правосудия *(restorative justice),* целесообразно развивать и совершенствовать правовые нормы, позволяющие потерпевшим и другим заинтересованным лицам играть активную роль в разрешении общественного конфликта, вызванного совершением преступного деяния. Конкретными мерами в рамках данного процесса могло быть стать законодательное закрепление порядка проведения и значения для уголовного дела процесса медиации (процесса примирения правонарушителя и потерпевшего, проводимого специально-подготовленным посредником).

Медиация в уголовных делах активно применяется во многих странах мира и признается эффективным средством решения уголовно-правового конфликта. В зависимости от характера совершенного правонарушения, причиненного вреда и характеризующей правонарушителя информации, успешный процесс медиации может быть признан основанием для освобождения лица от уголовной ответственности, освобождения от уголовного наказания или принимаемым во внимание обстоятельством, смягчающим ответственность правонарушителя. Законодательство многих европейских стран признало медиацию эффективным дополнением к традиционному уголовному процессу или как альтернативу ему. Общие принципы и порядок организации процесса медиации в уголовных делах закреплены в Рекомендации Комитета министров Совета Европы № R (99) 19.[499]

Во многих восточно-европейских странах фактором, усложняющим введения медиации в уголовных делах, является представление, что коммуникацию с потерпевшим и правонарушителем должен осуществлять работник полиции, прокуратуры, суда, а участие сторонних лиц – медиатора/посредника – представляется нежелательным или даже недопустимым. Ситуация может еще больше усложниться, если предложение проведения процессов медиации исходит от негосударственных (общественных) организаций. В связи с этим следует отметить, что государство в лице правоохранительных органов не обладает эксклюзивным правом осуществлять разрешение уголовно-правового конфликта и связанных с ним последствий. Инициатива гражданского общества способствовать восстановлению справедливости, в том числе и используя такую форму, как медиация, должны поощряться. Способствуя введению в жизнь прогрессивных форм восстановительного правосудия, желательно принятие специальных правовых норм, которые регулировали бы данные отношения, а также подчеркивали бы их признание со стороны государства.

[499] Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters. Adopted by the Committee of Ministers on 15 September 1999 https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

IX. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Отчет о вводном семинаре

20 марта 2008 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Гарантии реализации конституционного права на судебную защиту». Семинар состоялся в конференц-зале Минского международного образовательного центра.

В семинаре приняли участие 104 человека, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Постоянная комиссия по законодательству и судебно-правовым вопросам Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Академия управления при Президенте Республики Беларусь;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Гродненский государственный университет;
- Полоцкий государственный университет;
- Гомельский государственный университет;
- Брестский государственный университет;
- Адвокатская фирма «Баранаускас, Сесичкас, Стукас и партнеры», Вильнюс, Литва.

Работу семинара открыл Александр Анатольевич Симонов, заместитель Министра юстиции Республики Беларусь, выступив с докладом о реализации в Республике Беларусь права граждан на квалифицированную юридическую помощь. С докладами о проблемах реализации права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном, административном, гражданском и хозяйственном процессах выступили заведующий юридической консультацией Ленинского района г. Минска № 2 Назаров Александр Григорьевич и адвокат специализированной юридической консультации № 1 Минской городской коллегии адвокатов Макарчик Наталья Ивановна. С анализом международных стандартов в области предоставления правовой помощи выступила Ольга Дмитриевна Савич, адвокат Юридической консультации Центрального района г. Минска № 2, а с опытом Литвы по формированию эффективной системы предоставления квалифицированной правовой помощи присутствующих познакомил управляющий партнер адвокатской фирмы «Баранаускас, Сесичкас, Стукас и партнеры», Вильнюс, Литва, Линас Сесичкас. В первой половине дня участники семинара обсудили вопросы взаимодействия адвокатов и студентов-юристов по оказанию правовой помощи незащищенным слоям населения в рамках юридических клиник при университетах. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили список актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения участниками был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с реализацией права граждан на юридическую помощь:

1. Следует детально изучить вопросы, связанные с субъектами оказания и получения юридической помощи в Республике Беларусь.

2. Предлагается проанализировать порядок и условия предоставления юридической помощи по уголовным делам, когда подозреваемый/обвиняемый не могут самостоятельно оплатить услуги адвоката.

3. Рассмотреть вопрос о предоставлении гарантированной государством юридической помощи по административным делам в случаях, когда обвиняемый не в состоянии оплатить услуги адвоката, а возможная санкция за правонарушение – лишение свободы.

4. Следует рассмотреть вопрос о сужении круга гражданских дел, по которым юридическая помощь предоставляется адвокатами бесплатно.

5. Необходимо изучить вопросы, связанные с оплатой труда адвокатов, предоставляющих юридическую помощь по назначению.

6. Следует более детально изучить вопросы, связанные с определением критериев нуждаемости при решении вопроса о предоставлении «бесплатной» юридической помощи.

Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса адвокатов Савич О. Д.[500]

Предметом исследования выступали положения действующего законодательства Республики Беларусь, практики его применения по вопросам предоставления бесплатной юридической помощи по гражданским, уголовным, административным делам; процессуальным возможностям адвоката-защитника подозреваемого (обвиняемого), адвоката-представителя в уголовном и гражданском процессе; применимые международно-правовые акты и судебные решения в указанной области; положения действующего законодательства ряда зарубежных стран по вопросам предоставления юридической помощи.

1. ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ БЕСПЛАТНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ, КОГДА ПОДОЗРЕВАЕМЫЙ (ОБВИНЯЕМЫЙ) НЕ МОГУТ САМОСТОЯТЕЛЬНО ОПЛАТИТЬ УСЛУГИ АДВОКАТА

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Бесплатная юридическая помощь может оказываться адвокатами в уголовном процессе в двух случаях: когда они участвуют в уголовном деле по назначению, либо когда субъекта получения юридической помощи освободили от ее оплаты компетентные органы. Последнее основание закреплено в ч. 8 ст. 46 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – УПК), однако практического применения в уголовном процессе в настоящее время фактически не имеет.

Обязанность обеспечить участие защитника в деле, то есть назначить его через коллегию адвокатов, возникает у органа, ведущего уголовный процесс, в следующих случаях: 1) при наличии об этом ходатайства подозреваемого или обвиняемого; 2) для получения подозреваемым или обвиняемым бесплатной юридической консультации до начала первого допроса в случае задержания или применения меры пресечения в виде заключения под стражу; 3) в случае, когда участие защитника в производстве по материалам и уголовному делу обязательно (п. 1–6 ч. 1 ст. 45 УПК), а подозреваемый или обвиняемый не имеют защитника; 4) при невозможности для избранного подозреваемым или обвиняемым защитника участвовать в первом допросе подозреваемого или обвиняемого не позднее 24 часов с момента обретения положения защитника, либо неявке его в тот же срок для участия в производстве следственных и других процессуальных действий, либо при невозможности для защитника участвовать в производстве по уголовному делу свыше 3 суток, если подозреваемый или обвиняемый настаивают на его участии в производстве по уголовному делу (ч. 2 ст. 46 УПК).

Участие защитника в производстве по уголовному делу обязательно:

1) об этом ходатайствуют подозреваемый или обвиняемый;

2) подозреваемый или обвиняемый являются несовершеннолетними;

3) подозреваемый или обвиняемый не владеют языком, на котором ведется производство по уголовному делу, либо являются неграмотными;

4) подозреваемый или обвиняемый в силу своих физических или психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

5) лицо подозревается или обвиняется в совершении особо тяжкого преступления;

6) между интересами подозреваемых или обвиняемых имеются противоречия и если хотя бы один из них имеет защитника.

Единственным случаем из перечисленных четырех оснований, когда существует обязанность назначить защитника, при котором юридическая помощь подозреваемому, обвиняемому должна оказываться абсолютно бесплатно, является дача подозреваемому, обвиняемому бесплатной юридической консультации до начала первого допроса в случае задержания или применения меры пресечения в виде заключения под стражу (п. 2 ч. 2 ст. 46 УПК).

Что касается п. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 46 УПК, то законодатель, устанавливая основания для обязательного участия защитника в деле, прямо не предусматривает, что оказание юридической помощи в этих случаях осуществляется бесплатно. То есть обязательное участие защитника в деле по закону автоматически не освобождает подозреваемого и обвиняемого от оплаты юридической помощи. В то же время указание в ч. 9 ст. 46 УПК о том, что расходы по оплате труда адвокатов в порядке, определяемом Советом Министров, относятся на счет государственного бюджета и в случаях, когда адвокат участвовал в дознании, предварительном следствии и в судебном разбирательстве по назначению, фактически этому способствует.

В то же время фактически юридическая помощь, оказываемая подозреваемому, обвиняемому адвокатом по назначению бесплатной не является. В соответствии с ч. 9 ст. 46 и ч. 2 ст. 163 УПК в

[500] Савич Ольга Дмитриевна, кандидат юридических наук, адвокат юридической консультации № 2 Центрального района г. Минска.

случае признания обвиняемого виновным суд обязан взыскать с него процессуальные издержки, в том числе и суммы, выплаченные государством защитнику за оказание юридической помощи по назначению. Таким образом, юридическая помощь предоставляется обвиняемому как бы «в кредит». При этом в настоящее время суд обязан взыскать с обвиняемого расходы по оплате труда адвоката и в том случае, если обвиняемый заявлял о своем желании защищать себя самостоятельно, однако этот отказ не был удовлетворен.

По нашему мнению, законодательство Республики Беларусь, не предусматривая случаев полного или частичного освобождения подозреваемого и обвиняемого от оплаты услуг адвоката, и указывая во всех случаях на обязанность суда взыскать с обвиняемого процессуальные издержки, в том числе и суммы, выплаченные адвокату (ч. 2 ст. 163 УПК), защищает прежде всего государственный бюджет. Поскольку в соответствии с ч. 4 ст. 163 УПК в случае, если подозреваемый или обвиняемый были освобождены от оплаты помощи адвоката, расходы по оплате его труда принимаются на счет государства. Следует отметить, что участие адвокатов по уголовным делам в порядке назначения в Республики Беларусь составляет более 50 процентов от всей юридической помощи, оказываемой адвокатами, и с каждым годом растет.

Таким образом, действующее законодательство предусматривает возможность для государства взыскать в регрессном порядке понесенные им расходы по оплате юридической помощи с самого обвиняемого по приговору суда. Если же такая возможность будет исключена, то 50 процентов всей юридической помощи в уголовном процессе будет оплачиваться не гражданами, а государственным бюджетом.

Единственной нормой уголовно-процессуального законодательства, указывающей на материальное положение обвиняемого, является ч. 2 ст. 47 УПК. В ней указывается, что отказ от защитника не принимается в связи с отсутствием средств для оплаты юридической помощи или иными обстоятельствами, свидетельствующими о вынужденном отказе от защитника. Однако на законодательном уровне не выработано никаких критериев, в соответствии с которыми граждан можно было бы отнести к категории лиц, не имеющих средств для оплаты помощи адвоката. В результате ч. 2 ст. 47 УПК фактически создала существующее на практике положение, когда оплата труда адвоката напрямую зависит от доброй воли обвиняемого, подозреваемого, в том числе и имеющих средства на оплату юридической помощи. *Действующее сегодня понятие назначения защитника предоставляет при этом защитника любому лицу, ходатайствующему об этом по любой категории дела* (даже по преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, не предусматривающим наказание в виде лишения свободы; по делам об уклонении от отбывания наказания; нарушении правил превентивного надзора – т. е. то, что с точки зрения международного права не является основанием «требует интересы правосудия»).

Процесс оказания юридической помощи в порядке назначения заключается в следующем. Юридическая помощь оказывается только адвокатами. Обязанность оказания юридической помощи в порядке назначения налагается на каждого члена коллегии адвокатов, при уклонении от работы в порядке назначения на адвоката могут быть наложены повышенные отчисления в фонд коллегии адвокатов. Каждая юридическая консультация обслуживает в порядке назначения конкретный следственный либо судебный орган (например, юридическая консультация Фрунзенского района г. Минска обслуживает в порядке назначения: Фрунзенский РУВД г. Минска, прокуратуру Фрунзенского района г. Минска, суд Фрунзенского района г. Минска; юридическая консультация Партизанского района г. Минска – Партизанский РУВД г. Минска, прокуратуру Партизанского района г. Минска, суд Партизанского района г. Минска и т. д.). Для организации обеспечения следственный (судебных) органов по участию адвокатов в порядке назначения составляются графики ежемесячных дежурств адвокатов, в том числе в ночное время, выходные и праздничные дни. Указанные списки дежурств до начала месяца предоставляются в обслуживаемый (как правило, по территориальному принципу) следственный (судебный) орган. Требование следственного органа о необходимости участия адвоката для защиты подозреваемого (обвиняемого) как правило, сообщается по телефону в юридическую консультацию, фиксируется в специальном журнале, после чего заведующий незамедлительно выделяет адвоката из списка дежурных адвокатов для осуществления защиты подозреваемого (обвиняемого). В ночное время (выходные, праздничные дни) орган, ведущий уголовный процесс, напрямую созванивается с дежурным адвокатом, указанном в графике дежурств в конкретный день, и указывает о необходимости его участия в порядке назначения для защиты подозреваемого (обвиняемого). После проведения работы в порядке назначения, адвокатом составляются конкретные документы (в которых следователь или суд подтверждают факт работы адвоката в конкретное время) для оплаты его участия в порядке назначения (механизм составления указанных документов, их перечень перечислены в Рекомендациях по применению Инструкции о порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств местного бюджета, утвержденной постановле-

нием Министерства юстиции Республики Беларусь и Министерства финансов от 30.08.2007 года №57/129, утвержденной постановлением президиума Республиканской коллегии адвокатов от 25.09.2008 года №01/03).

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Анализ материальных гарантий права на юридическую помощь в уголовном процессе приводит к следующим выводам. Государство не эффективно использует ограниченные бюджетные ресурсы, предоставляя любому подозреваемому, обвиняемому адвоката – защитника по назначению. Действующее законодательство не содержит материального (финансового) критерия доступа к бесплатной юридической помощи по назначению органа, ведущего уголовный процесс. Никто не проверяет, может ли человек самостоятельно оплатить юридическую помощь. Фактически предусматривается обязательное участие защитника по любому уголовному делу по ходатайству подозреваемого, обвиняемого независимо от его материального положения, что тяжким бременем ложится на государственный бюджет.

Очевидно, что государство должно определить механизм выявления действительно малообеспеченных и неимущих граждан. Следующим шагом после этого должно стать определение порядка оказания бесплатной юридической помощи тем, кто в ней действительно нуждается, путем внесения изменений и дополнений в действующее законодательство. Механизмом же выявления малообеспеченных лиц может стать, на наш взгляд, уровень материальной обеспеченности граждан и совместно проживающих с ними совершеннолетних членов семьи за предшествующий календарный период (к примеру, за 6 последних месяцев).

Вместе с тем одного закрепления в законе положения о том, каким категориям граждан юридическая помощь должна оказываться бесплатно (т. е. имеющим среднедушевой доход ниже величины прожиточного минимума), явно недостаточно. Необходимо определить и саму процедуру представления гражданином документов, подтверждающих его право на бесплатную юридическую помощь. Поскольку, как показывает опыт других стран, отсутствие процедуры собирания и представления таких документов приводит к тому, что юридическая помощь любому лицу, заявляющему о своей малообеспеченности, в любом случае оказывается ему адвокатами бесплатно.

По нашему мнению, следует разграничить механизм оказания бесплатной юридической помощи, как это имеет место во многих зарубежных странах, на 2 группы: 1) предоставление бесплатной юридической помощи, когда участие защитника обязательно; 2) полное или частичное освобождение от оплаты юридической помощи по ходатайству самого подозреваемого, обвиняемого. Однако в любом случае, даже при наличии оснований для обязательной защиты по делу, изначально обвиняемому должно быть предоставлено время для того, чтобы пригласить защитника самому.

Очевидно, что такое разграничение можно провести только в том случае, если исключить из ч. 1 ст. 45 УПК пункт 1, предусматривающий в качестве основания для обязательного участия защитника в деле ходатайство самого подозреваемого, обвиняемого. Благодаря именно данному пункту процент оказания бесплатной юридической помощи, оказываемой адвокатами в порядке назначения, так велик. Ведь де-факто юридическая помощь оказывается бесплатно любому подозреваемому, обвиняемому по его ходатайству независимо от его материального положения. Следовательно, данный пункт делает ненужным и все последующие основания обязательного участия защитника в деле. Надо отметить, что ходатайство подозреваемого (обвиняемого) как основание для обязательного участия защитника в деле отсутствует в законодательстве большинства зарубежных стран.

При анализе самих оснований для обязательного участия защитника по делу следует отметить, что их перечень может подлежать сокращению. Так, свободная личность, как правило, не может принуждаться к реализации своих субъективных прав. Принудительное осуществление субъективных прав – это несвобода или ограниченная свобода, поскольку при таком подходе личность рассматривается лишь как средство достижения публичных интересов Основания, указанные в п. 2 и 4 ч. 1 ст. 45 УПК как основания для принудительной защиты, осуществляемой вопреки воле подозреваемого, обвиняемого, действительно не вызывают сомнений. Несовершеннолетний и лицо, страдающее психическими недостатками, могут не понимать, что, отказываясь от защитника, они причиняют вред собственным интересам.

Отдельной конкретизации требуют иные основания обязательного участия защитника по делу. Представляется, что закон неоправданно расширяет обязанность принудительной защиты и в остальных случаях.

Лица, страдающие физическими недостатками (немые, слепые, глухие), не владеющие языком судопроизводства, вполне отдают себе отчет в собственном поведении, правильно оценивают происходящее, и сами должны решить, нужен им защитник или нет. Принуждение в таких случаях

недопустимо, т.к. означает навязывание чужой воли человеку, способному принимать правильные решения в защиту своих интересов. Этот вывод касается также тех случаев, когда в деле несколько обвиняемых, между интересами которых имеются противоречия, и один из которых имеет защитника. Подозреваемый (обвиняемый) может руководствоваться самыми разнообразными соображениями при принятии вполне осмысленного решения об отказе от защитника. И это решение необходимо уважать, чтобы оградить личность от излишнего принуждения, предотвратить ее враждебное отношение к правосудию.

Таким образом, по нашему мнению, перечень оснований для обязательного участия защитника по делу можно сократить, сохранив обязательное участие защитника в деле, если: 1) подозреваемый или обвиняемый являются несовершеннолетними; 2) подозреваемый или обвиняемый являются неграмотными; 3) подозреваемый или обвиняемый в силу психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту; 4) лицо подозревается или обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено пожизненное заключение или смертная казнь.

Планируемые изменения в действующее законодательство могут быть следующими:

1. Часть 3 ст. 45 УПК изложить в следующей редакции: «При наличии обстоятельств, предусмотренных пунктами 2–6 части первой настоящей статьи, обвиняемому, подозреваемому должно быть предоставлено не более трех суток, а в случае необходимости участия защитника в первом допросе подозреваемого или обвиняемого – не более 24 часов для того, чтобы пригласить защитника самостоятельно. Если защитник не приглашен самим обвиняемым, подозреваемым, их законными представителями, а также другими лицами по их поручению, орган уголовного преследования или суд обязаны обеспечить участие защитника в производстве по уголовному делу. В этих случаях постановление органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определение суда об участии защитника являются обязательными для коллегии адвокатов (юридической консультации). В постановлении (определении) о назначении защитника должны содержаться причины, по которым подозреваемый, обвиняемый, их законные представители, а также другие лица по их поручению не могут пригласить защитника самостоятельно.

2. Пункт 1 ч. 1 ст. 45, а также п. 1 ч. 2 ст. 46 УПК исключить.

3. Часть 8 ст. 46 УПК изложить в следующей редакции: «В случае, когда участие защитника в производстве по материалам и уголовному делу не является обязательным, а подозреваемый, обвиняемый ходатайствуют об участии защитника, заведующий юридической консультацией или президиум коллегии адвокатов, а также орган, ведущий уголовный процесс, вправе освободить подозреваемого, обвиняемого полностью или частично от оплаты юридической помощи. Для этого подозреваемый, обвиняемый в письменном заявлении указывает причины, по которым он не в состоянии полностью или частично оплатить юридическую помощь защитника. К заявлению прилагаются документы, подтверждающие уровень материальной обеспеченности самого подозреваемого, обвиняемого и совместно проживающих с ним совершеннолетних членов семьи за шесть месяцев, предшествующих обращению за оказанием юридической помощи. В случае освобождения подозреваемого, обвиняемого от оплаты юридической помощи заведующим юридической консультации или президиумом коллегии адвокатов оплата труда защитника производится за счет средств коллегии адвокатов, в других случаях – за счет государства, исходя из среднего заработка адвоката, определяемого коллегией адвокатов».

4. Вернуться к прежней редакции ч. 4 ст. 163 УПК и установить, что суд вправе, а не обязан взыскать с осужденного суммы, выплаченные защитнику за ведение дела в порядке назначения.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Согласно п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах «каждый вправе иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточных средств для оплаты защитника».

В Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, указано, что если задержанное лицо не имеет адвоката по своему выбору, оно во всех случаях, когда этого требуют интересы правосудия, имеет право воспользоваться услугами адвоката, назначенного для него судебным или иным органом, без оплаты его услуг, если это лицо не располагает достаточными денежными средствами.

Согласно Европейской Конвенции о правах человека (ч.3 ст. 6) каждый обвиняемый имеет право защищать себя лично или посредством выбранного защитника, или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользовать услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия. Аналогичные положения содержатся в Европейской Хартии об основных правах, иных документах.

В соответствии с Основными принципами, касающимися роли юристов (адвокатов), правительства должны обеспечивать эффективные процедуры и гибкие механизмы эффективного и равного доступа к юристам для всех лиц, находящихся на территории и подпадающих под их юрисдикцию, без какого-либо различия; предоставление достаточных финансовых и иных средств для оказания юридических услуг бедным и, в случае необходимости, другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении. При этом (пункт 6) во всех случаях, когда того требуют интересы правосудия, каждый такой человек, не имеющий адвоката, имеет право на помощь адвоката, опыт и компетентность которого соответствуют характеру правонарушения, назначенного в целях предоставления ему эффективной юридической помощи бесплатно, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг адвоката.

Американская конвенция о правах человека конкретизирует, что неотъемлемое право индивида на помощь со стороны защитника, предоставляемого государством с оплатой или безвозмездно, предоставляется, если сам обвиняемый не нанимает собственного защитника в течение периода времени, установленного законом.

Согласно Резолюции 78(8) Комитета министров Совета Европы лицо, предоставляющее бесплатную юридическую помощь, должно получать достаточное вознаграждение за его работу по представлению интересов клиента.

Согласно Рекомендации (2000)21 Комитета министров о свободе заниматься юридической профессией необходимо стимулировать юристов к оказанию юридических услуг бесплатно лицам, находящимся в экономически сложном положении.

В проекте Комиссии Европейских сообществ для принятия Рамочного Решения Совета об определенных процессуальных правах в уголовном процессе на территории Европейского союза устанавливается, что юридическая консультация должна предоставляться подозреваемым в совершении преступления бесплатно, если такие расходы повлекут для него или его иждивенцев чрезмерные финансовые трудности. При этом указывается, что государства должны обеспечить наличие механизма для выяснения, располагает ли подозреваемый достаточными финансовыми средствами для оплаты юридической помощи.

В Решениях ЕС по конкретным делам отмечается, что обязанность осужденного выплатить небольшую часть судебных расходов после осуждения при определенных условиях может иметь место; хотя, как правило, такие расходы обратному взысканию не подлежат. При этом в тех случаях, когда выяснится, что обвиняемый для предоставления ему бесплатной юридической помощи скрыл свою платежеспособность, приказ о взыскании с него услуг адвоката безусловно может быть вынесен (документ ООН Правила процедуры и доказывания). По результатам исследований систем бесплатной юридической помощи, проведенных «Центром по защите прав общественных интересов» Колумбийского университета США в странах Восточной Европы, вступающих в Европейское сообщество, одной из выработанных рекомендаций явилась следующая: «Если защитник по уголовному делу предоставляется бесплатно без рассмотрения финансовой ситуации подсудимого, то должны быть установлены четкие гарантии того, что на малоимущего подсудимого в случае его осуждения не будет возложена обязанность возместить расходы на предоставленного ему защитника».

В Решении Комитета ООН по правам человека (Тревор Беннетт против Ямайки) (1999) разъяснено, что предоставленное подсудимому право на назначение защитника по уголовному делу в то же время не предоставляет подсудимому права требовать назначения защитника по собственному выбору бесплатно.

В Решении Фрэнк Робинсон против Ямайки (1989) было указано, что любое дело о тяжком преступлении отвечает критерию «интересов правосудия», поэтому не вызывает сомнений в том, что в таких делах бесплатная юридическая помощь должна быть доступна. Аналогичная позиция изложена в Решении Конрой Леви против Ямайки (1998).

Анализ зарубежного опыта

В большинстве стран Центральной и Восточной Европы предоставление бесплатной юридической помощи по уголовным делам связано с механизмом обязательной защиты. Обязательная защита предусматривается для определенных категорий дел, относительно которых в законе содержится требование о том, что обвиняемый должен быть представлен адвокатом, даже если он не может оплатить его услуги. Обязательная защита не обусловлена материальным положением обвиняемого. В случае же, когда защита необязательна, обвиняемый может обратиться с просьбой о назначении ему адвоката на основании малообеспеченности. В данном случае предусматривается полное или частичное освобождение от оплаты юридической помощи (Польша, Словакия).

Если адвокат был назначен по делу с обязательной защитой, от обвиняемого после осуждения могут потребовать возместить расходы по оплате труда адвоката (Болгария, Чехия, Венгрия). В некоторых случаях может быть принято решение о полном или частичном освобождении от оплаты

судебных издержек (Литва, Словакия). В некоторых странах оплата судебных расходов является необходимостью, а освобождение допускается только в исключительных ситуациях (Венгрия, Латвия).

В *Российской Федерации* юридическая помощь по уголовным делам в порядке назначения, согласно п. 1 ч. 1 ст. 51 УПК также, как и в Республике Беларусь, оказывается любому лицу, независимо от его платежеспособности, в случае, если он настаивает на участии адвоката: в указанной статье закреплено, что участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника. Процесс оказания юридической помощи в порядке назначения (посредством дежурных адвокатов) фактически идентичен аналогичному механизму в Республике Беларусь.

В то же время следует отметить, что ряд адвокатских палат РФ пытается изменить указанную ситуацию хотя бы тем, что обязывает орган, ведущий уголовный процесс, в постановлении о назначении защитника указывать, по каким причинам подозреваемый (обвиняемый) не в состоянии самостоятельно пригласить защитника. Например, решением совета Адвокатской палаты Новгородской области от 17.03.2002 года установлено, что «в случае назначения защитника по ходатайству подозреваемого, обвиняемого, в постановлении должны содержаться причины, по которым указанные лица или их родственники не могут пригласить защитника самостоятельно».

В *Кыргызской Республике* бесплатная юридическая помощь предоставляется поставщиками, определенными в законе о Бесплатной юридической помощи. Поставщиками юридической помощи являются лица, имеющие право на адвокатскую деятельность. В каждом административном районе Министерство юстиции через своих координаторов формирует списки адвокатов, желающих оказывать бесплатную юридическую помощь. Списки направляются в органы следствия и суда по территориальности.

Следователь или судья обязан разъяснить гражданину его право на получение бесплатной юридической помощи (далее – БЮП) и ознакомить со списком адвокатов. Если гражданин нуждается в такой помощи, то он должен заполнить специальную форму – заявление о БЮП. Гражданин должен иметь право выбора адвоката из списка. Прибывший по просьбе клиента адвокат заключает договор с клиентом об оказании ему БЮП.

После окончания дела адвокат предоставляет заявление и договор с клиентом в Областное управление юстиции для получения оплаты. В форме заявления должна быть предусмотрена графа для записей следователя, судьи, подтверждающих факт участия адвоката в следствии или суде.

В делах с обязательным участием защитника если подозреваемый (обвиняемый) не смог выбрать или отказался от адвоката, то следователь и/или судья назначает адвоката из вышеупомянутого списка. Отказ от услуг адвоката должен происходить только в присутствии адвоката, который обязан разъяснить гражданину его права на БЮП. Оплата труда адвоката основывается на постановлении следователя или судьи, в котором указывается время и объем работы адвоката.

В *ЮАР* длительный период времени в предоставлении бесплатной юридической помощи по уголовным делам действовала система *Judicare* – направления дел частным адвокатам. Принятие демократической Конституции в 1994 г. привело к беспрецедентному росту спроса на юридические услуги. Была закреплена обязанность предоставлять юридическую помощь в уголовных делах, если обвиняемые не имеют средств для оплаты услуг адвоката, и если «будет иметь место существенная несправедливость» в случае отсутствия представительства. В связи с возросшим количеством уголовных дел расходы в этой системе стали увеличиваться и вышли из-под контроля. Совет по юридической помощи был вынужден рассмотреть другие модели предоставления юридической помощи. Были организованы проекты с использованием различных способов привлечения общественных адвокатов, получающих зарплату. В конечном итоге, было принято решение перейти на *модель общественного защитника*, которая включала бы как квалифицированных адвокатов, работающих в офисах общественных защитников, так и стажеров, прикрепленных к юридическим клиникам, финансируемым Советом. Последним этапом развития единого подхода к предоставлению юридической помощи стала организация юридических центров. Эта система включает две модели работы общественных защитников, а также услуги пара-юристов и работников службы юридической помощи. Кроме того, Совет заключает соглашения о сотрудничестве с поставщиками юридических услуг, такими как юридические фирмы и юридические клиники при университетах, а также руководит собственным подразделением стратегических судебных процессов. Если юридические центры или подразделение стратегических судебных процессов не могут заниматься какими-либо делами, то их направляют частным адвокатам.

Интересным можно признать следующий подход законодателя к бесплатному представительству. Предусмотрен отказ от предоставления бесплатной юридической помощи по отдельным уголовным и гражданским делам, причем даже в тех случаях, когда лицо имеет право на бесплатную юридическую помощь и соответствует категории «малообеспеченности».

По уголовным делам юридическая помощь не оказывается:

- получено признание вины или вина может быть признана в рамках сделки о признании вины;
- имеется признание в совершении преступления, и аргументы в защиту или оправдание обвиняемого являются настолько простыми, что обвиняемый может привести их без посторонней помощи;
- совершено дорожно-транспортное нарушение или любое другое нарушение, связанное с использованием автомобиля (за исключением виновного убийства);
- заявитель желает возбудить частное обвинение;
- директор Совета по юридической помощи не уверен, что апелляция по уголовному делу имеет обоснованные шансы на успех;
- дело относится к определенным типам, которые Совет время от времени исключает;
- человек в третий, четвертый и т.д. раз обвиняется в одном и том же или подобном преступлении;
- лицо обвиняется в неуплате средств на содержание, если только не будет получено согласие директора Совета.

В *Англии* в подавляющем большинстве случаев юридическая помощь предоставляется частнопрактикующими адвокатами. Кроме того, проводится эксперимент с участием пяти или шести офисов общественного защитника. Эксперимент начался сравнительно недавно и пока нет точной информации о его ходе.

В *Голландии* право на юридическую помощь закреплено в Конституции Нидерландов, где провозглашается, что лица, не имеющие возможности оплачивать расходы на необходимые юридические услуги, имеют право воспользоваться положениями, закрепленными в Законе о юридической помощи.

Голландская система юридической помощи представляет собой смешанную модель, по которой юридическая помощь предоставляется частными адвокатами и адвокатами (юристами), работающими в *Офисах по предоставлению бесплатной юридической помощи и консультаций (далее – Офисы по БЮП).*

В Законе о юридической помощи определены три вида услуг, на которые могут претендовать клиенты:

(i) Бесплатная часовая консультация, которая предоставляется по правовым проблемам любого характера, в основном штатными юристами, работающими в *Офисах по БЮП.* Сотрудники этих Офисов направляют заявителя к частному адвокату, в случае если заявителю необходима более содержательная консультация или представительство интересов в суде. Таким образом, Офисы выполняют очень важную функцию отбора и распределения заявлений о юридической помощи. Такие Офисы были открыты более чем в 30 территориальных округах по стране. Существует также информационный центр и веб-страница для информирования населения.

(ii) Юридическая помощь на основе Сертификата для консультации о юридической проблеме требующей больше одного часа, оказываемая частным адвокатом. Совет по юридической помощи на основе широкого круга финансовых документов, а также оценки характера юридической проблемы заявителя определяет правомочность лица на получение бесплатной юридической помощи. У заявителя могут потребовать оплаты части расходов по стоимости юридической помощи в зависимости от его финансового положения.

(iii) Представительство частным адвокатом.

В исключительных случаях заявитель может быть освобожден от выплаты денежного взноса, особенно в уголовных делах и в делах о предоставлении убежища. Если заявитель обращается с просьбой о выдаче второго сертификата в течение шести месяцев, то сумма денежного взноса, причитающегося к уплате заявителем, снижается.

Офисы по предоставлению бесплатной юридической помощи и консультаций

Штатные сотрудники Офисов по БЮП могут рассматривать любые вопросы в сфере уголовного, гражданского, административного судопроизводства, вопросы трудовых жилищных, социальных и потребительских споров, а также иммиграционных вопросов. Заявители могут обращаться по телефону, электронной почте или персонально в 30 Офисах по всей стране. Сотрудники предоставляют правовую информацию, оказывают простые консультации, направляют к адвокатом и таким образом выполняют важную функцию фильтрации заявлений о юридической помощи. Сотрудники этих Офисов предоставляют первоначальные услуги, посредством которых граждане получают доступ в систему юридической помощи. Заявители получают быструю консультацию, ориентируются в системе юридической помощи или получают направление к адвокату.

Частные адвокаты, привлеченные к работе по схеме юридической помощи

Частные адвокаты, имеющие право предоставлять финансируемую государством юридическую помощь, регистрируются в одном из пяти региональных Советов по юридической помощи.

Около 67 процентов голландских адвокатов принимают участие в системе юридической помощи, большинство из них оказывают услуги по очень низким расценкам. Обычно частные адвокаты занимаются делами на основании сертификатов, в основном из-за их специализации в семейном, гражданском, уголовном праве или в делах по правам беженцев. Частные адвокаты, например, ведут все уголовные дела. Также составляются списки дежурных адвокатов. Когда дело завершено, адвокат выставляет Совету по юридической помощи счет за отработанные часы. Адвокаты получают фиксированную оплату в соответствии со схемой, в которой оплата услуг адвоката варьируется в зависимости от характера проблемы, а также вида предоставленных услуг (консультация или процедурная помощь). Учитывается также трудоемкость дела. В 2001 году средний часовой тариф составлял €83.

В *Литве* Закон Литовской Республики о гарантированной государством юридической помощи от 28 марта 2000 г. предусматривает предоставление юридической помощи гражданам Республики Литва, иностранцам, постоянно проживающим в Литве, и лицам без гражданства в уголовных, гражданских и административных делах с учетом имущественного положения и годового дохода лица, претендующего на получение юридической помощи.

Закон о гарантированной государством юридической помощи определяет три типа юридической помощи: первичная юридическая помощь, гарантированная государством юридическая помощь и юридическая помощь, предоставляемая общественными учреждениями. Первичную и государственную юридическую помощь предоставляют юристы. В соответствии с положениями закона, такую помощь могут оказывать начинающие адвокаты; общественные учреждения предоставляют бесплатную юридическую помощь в установленном общественными учреждениями и согласованном с Министерством юстиции порядке. В Законе также предусматривается, что юридическая помощь финансируется из государственного бюджета и муниципальных бюджетов. Закон предусматривает оплату расходов на юридическую помощь в зависимости от уровня доходов/имущества конкретного лица; чем выше уровень доходов/имущества, тем меньшую часть расходов берет на себя государство.

Первичная правовая помощь – предоставляется юристами самоуправления или государственными учреждениями, с которыми самоуправление заключило договор.

Вторичная правовая помощь – предоставляется двумя категориями адвокатов:

а) адвокаты, которые предоставляют вторичную правовую помощь постоянно и только лицам, имеющим право на получение вторичной правовой помощи (адвокаты, работающие полный рабочий день/ общественные защитники);

б) адвокаты, которые предоставляют вторичную правовую помощь при необходимости (частные адвокаты), включены в список адвокатов *ex officio*, составляемый Адвокатурой на основе четких критериев, они заключают договор со службами правовой помощи, получают фиксированную плату за каждое дело, получают дела, которые не взяли адвокаты, работающие полный рабочий день, из-за чрезмерной нагрузки, конфликта интересов и т. д.

2. ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ БЕСПЛАТНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ ПО АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ В СЛУЧАЯХ, КОГДА ОБВИНЯЕМЫЙ НЕ В СОСТОЯНИИ ОПЛАТИТЬ УСЛУГИ АДВОКАТА, А ВОЗМОЖНАЯ САНКЦИЯ ЗА ПРАВОНАРУШЕНИЕ – ЛИШЕНИЕ СВОБОДЫ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Предоставление бесплатной юридической помощи по административным делам нормативно-правовыми актами Республики Беларусь не предусмотрено.

В то же время, по мнению председателя Республиканской коллегии адвокатов Республики Беларусь, статья 6 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» предоставляет возможность освобождения от оплаты юридической помощи физических лиц, в том числе и по административному делу. Согласно разосланному в президиумы коллегий адвокатов письму РКА №01-21/281 от 18.07.2005 года освобождение от оплаты юридической помощи по административным делам возможно в исключительных случаях, когда лицо, привлекаемое к административной ответственности, имеет психические или физические недостатки, которые лишают его возможности самостоятельной защиты прав и интересов, а также по некоторым категориям административных правонарушений, как то нарушение порядка организации и проведения собраний, митингов, шествий, демонстраций и других. В случае, когда по указанной категории дела задержано большое количество людей, настаивающих на предоставлении им адвоката, последний в большинстве случаев назначается независимо от материального положения такого лица.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Согласно Резолюции (78) 8 Комитета министров Совета Европы от 2 марта 1978 года о юридической помощи и юридических консультациях «Никто не может быть лишен в силу препятствий экономического характера возможности использования им защиты своих прав в любых судах, правомочных выносить решения по гражданским, торговым, административным, социальным или налоговым делам. При рассмотрении того, является ли эта помощь необходимой, следует учитывать:

а) финансовые возможности и обязательства заинтересованного лица;

б) ожидаемую величину судебных расходов.

При этом юридическая помощь должна предоставляться даже в тех случаях, когда заинтересованное лицо способно оплатить часть судебных издержек. В этом случае юридическая помощь может быть предоставлена при финансовом участии лица, которому она предоставляется, при условии, что это участие не превышает его возможностей».

В соответствии с Рекомендацией R (93) 1 Комитета министров СЕ от 8 января 1993 года государствам-членам об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев населения правительствам следует содействовать эффективному доступу беднейших слоев населения к судам, в особенности путем (пункт 3 а) оказания юридической или любых других форм помощи всем судебным инстанциям (гражданским, уголовным, коммерческим, административным, общественным и т. д.) и всем состязательным или несостязательным процессам независимо от того, в каком качестве выступают заинтересованные лица.

Анализ зарубежного опыта

Как правило, в странах Центральной и Восточной Европы указывается о праве на юридическое представительство при обжаловании (в апелляционном порядке) действия нормативного акта, затрагивающего права гражданина. При обжаловании решения административного суда в Словакии и Чехии юридическое представительство является обязательным.

В *Словакии, Чехии, Словении* Конституционные Суды могут предоставлять бесплатное юридическое представительство. Как правило, это имеет место в исключительных ситуациях, если у заявителя нет достаточных средств и суд не отклонил его ходатайство.

В некоторых странах (*Болгария, Венгрия*) юридическая помощь при административном судопроизводстве не предоставляется. В других странах (*Литва, Польша, Словакия, Чехия*) критерии для предоставления бесплатной юридической помощи такие же, как и по гражданским делам.

Согласно ст. 18 Конституции Королевства *Нидерландов* от 17 февраля 1983 года, «каждый имеет право на юридическую помощь в представлении его интересов в гражданском, уголовном и административном процессе. Порядок предоставления юридической помощи малообеспеченным лицам устанавливается Актом парламента».

Во всех без исключения *постсоветских странах* в Кодексах об административных правонарушениях не оговорено, что по каким-то конкретным категориям административных дел юридическое представительство является обязательным, в том числе и в случае, когда возможная санкция за правонарушение – административный арест.

В *Российской Федерации* только после начала проведения эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам, у отдельных субъектов федерации стал закрепляться общий подход, аналогичный подходу по гражданским делам, о том, каким категориям граждан может быть предоставлена бесплатная юридическая помощь, в том числе и по административным делам (при этом это сделано не всеми адвокатскими образованиями. Так, например, в законах г.Москвы, Московской области такие нормы отсутствуют, как и в законодательстве большинства других субъектов Федерации. В то же время, такое положение содержится в законе Санкт-Петербурга «О предоставлении бесплатной юридической помощи» от 26.12.2007 года).

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Представляется, что постановление РКА от 21.12.2007 года «О критериях отнесения физических лиц к категории граждан, подлежащих освобождению от оплаты за оказание юридической помощи» можно дополнить также категорией административных дел, бесплатную юридическую помощь по которым также целесообразно представлять малоимущим гражданам, критерии отнесения к которым перечислены в указанном постановлении.

3. ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ БЕСПЛАТНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В соответствии с Законом Республики Беларусь «Об адвокатуре» (статья 6) юридическая помощь оказывается бесплатно коллегиями адвокатов за счет своих средств истцам в судах первой

инстанции при ведении дел, связанных с трудовыми правоотношениями, о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой, а также физическим лицам, освобожденным в установленном действующим законодательством порядке от оплаты юридической помощи.

Таким образом, в законе на сегодняшний день закреплен широчайший перечень гражданских дел, по которым указывается на обязанность адвоката по предоставлению бесплатной юридической помощи (все трудовые правоотношения, алиментные обязательства; возмещение вреда и т. д.) и при этом постоянно отмечается, что данный перечень целесообразно расширять и далее.

Следует отметить, что такого широкого перечня нет фактически ни в одной стране. При этом непонятным представляется подход о том, что даже при увольнении человека по нереабилитирующим основаниям (за прогул, нахождение в состоянии алкогольного опьянения) ему положено бесплатное представление его интересов в суде.

Причем в Республике Беларусь по гражданским делам вся бесплатная работа ложиться не на плечи государства, а на плечи каждого адвоката, поскольку оплачивается за счет средств коллегий адвокатов. Это так называемая практика гуманизма по отношению к одним гражданам за счет других (т. е. адвокатов) не соответствует международным стандартам.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Нормы международного права прямо не предусматривают права на бесплатную юридическую помощь по гражданским делам. В частности, это касается ст. 6 Европейской Конвенции, посвященной справедливому судебному разбирательству. Однако за последние 25 лет содержание этой нормы было значительно расширено Европейским Судом.

В основополагающем решении по делу Эйри против Ирландии суд указал, что «часть 1 статьи 6 может в некоторых случаях понуждать государство предоставлять помощь адвоката (по гражданским делам), когда она необходима для обеспечения реального доступа к правосудию либо по причине того, что по определенным категориям дел юридическое представительство является обязательным по внутреннему законодательству некоторых государств-участников или в силу сложности процесса». Эта позиция Суда была неоднократно подкреплена впоследствии, когда он признавал в качестве нарушения ст. 6 непредоставление государством бесплатной юридической помощи в тех случаях, когда отсутствие квалифицированной юридической помощи, ввиду сложности дела или процесса и отсутствия у заявителя средств для привлечения представителя по своему выбору, фактически приводило к лишению заявителя доступа к правосудию в таких вопросах, как установление попечительства над ребенком, возмещение ущерба и др.

Уже в 2005 году Суд принял решение, в котором была признан обязанность государства предоставить бесплатную юридическую помощь ответчикам по делу о защите деловой репутации, несмотря на то что в ряде предыдущих решений непредоставление помощи по данной категории дел было признано оправданным (так как такое судебное разбирательство не является столь «определяющим», как, например, связанное с семейными правами и правоотношениями). Признание нарушения ст.6 было основано на том, что малоимущим ответчикам противостояла транснациональная корпорация с практически неограниченными ресурсами, а рассмотрение дела затянулось почти на 10 лет и было связано с рассмотрением огромного количества сложных доказательств (Стилл и Моррис против Великобритании №68416/01.2005.).

Европейский Суд в ряде случаев налагает на государство ответственность, если приходит к выводу, что оно не обеспечило ответчика, который по финансовым соображениям не смог себе позволить обратиться к адвокату, бесплатной юридической помощью. Так, в деле «Артико против Италии», исходя из обязанности государства обеспечить доступ к правосудию, Суд указал, что государства-участники обязаны предпринять шаги для того, чтобы ответчик смог эффективно использовать свое право на бесплатную юридическую помощь.

Согласно Резолюции (78) 8 Комитета Министров Совета Европы от 2 марта 1978 года о юридической помощи и юридических консультациях «Никто не может быть лишен в силу препятствий экономического характера возможности использования им защиты своих прав в любых судах, правомочных выносить решения по гражданским, торговым, административным, социальным или налоговым делам. При рассмотрении того, является ли эта помощь необходимой, следует учитывать:

а) финансовые возможности и обязательства заинтересованного лица;

б) ожидаемую величину судебных расходов.

При этом юридическая помощь должна предоставляться даже в тех случаях, когда заинтересованное лицо способно оплатить часть судебных издержек. В этом случае юридическая помощь может быть предоставлена при финансовом участии лица, которому она предоставляется, при условии, что это участие не превышает его возможностей».

В соответствии с Рекомендацией R(93)1 Комитета министров СЕ от 8 января 1993 года государствам-членам об эффективном доступе к закону и правосудию для беднейших слоев насе-

ления правительствам следует содействовать эффективному доступу беднейших слоев населения к судам, в особенности путем (пункт 3 а) оказания юридической или любых других форм помощи всем судебным инстанциям (гражданским, уголовным, коммерческим, административным, общественным и т.д.) и всем состязательным или несостязательным процессам независимо от того, в каком качестве выступают заинтересованные лица.

Анализ зарубежного опыта

Примерно такой же широкий перечень, как и в законодательстве Республики Беларусь, содержится в *Российской Федерации*, но там он существенно сокращен за счет круга лиц, которым по таким делам юридическая помощь должна предоставляться бесплатно: учитывается среднедушевой доход семей таких лиц; категории граждан – инвалиды ВОВ и несовершеннолетние.

В законодательстве РФ не закреплены категории гражданских дел (как это сделано в законодательстве Республики Беларусь), по которым юридическая помощь должна предоставляться бесплатно в любом случае, независимо от материального положения истца (ответчика). Так, закреплены категории дел, по которым такая помощь может быть представлена бесплатно, но только малообеспеченным лицам.

Согласно ст. 26 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» юридическая помощь гражданам Российской Федерации, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации в соответствии с федеральным законодательством, а также одиноко проживающим гражданам Российской Федерации, доходы которых ниже указанной величины, оказывается бесплатно в следующих случаях:

1) истцам – по рассматриваемым судами первой инстанции делам о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

2) ветеранам Великой Отечественной войны – по вопросам, не связанным с предпринимательской деятельностью;

3) гражданам Российской Федерации – при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий;

4) гражданам Российской Федерации, пострадавшим от политических репрессий, – по вопросам, связанным с реабилитацией.

Юридическая помощь оказывается во всех случаях бесплатно несовершеннолетним, содержащимся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних.

При этом сам механизм предоставления юридической помощи в настоящее время является новым и говорить о его достоинствах и недостатках пока сложно.

Так, в соответствии с постановлением правительства РФ от 22 августа 2005 года №534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» было принято решение о создании *федеральных государственных учреждений «Государственное юридическое бюро конкретного субъекта РФ»*, на которые было возложено оказание бесплатной юридической помощи по гражданским делам в отдельных областях (например, в Московской области). Равным образом, на *непосредственно адвокатские образования* также была возложена обязанность по предоставлению бесплатной юридической помощи по ряду гражданских дел малоимущим слоям населения также в конкретных населенных пунктах (например, в г. Москве, Санкт-Петербурге).

При этом законами г. Москвы, г. Санкт-Петербурга были приняты собственные нормативные акты, устанавливающие за счет средств бюджета города *дополнительные* меры социальной поддержки отдельных категорий граждан – жителей города в виде предоставления бесплатной юридической помощи. Так, в настоящее время действует закон Санкт-Петербурга, принятый 26.12.2007 года Законодательным собранием Санкт-Петербурга «О предоставлении бесплатной юридической помощи отдельным категориям граждан в Санкт-Петербурге», постановление правительства Санкт-Петербурга от 1 апреля 2008 года № 315 к Закону о бесплатной юридической помощи о мерах по реализации закона Санкт-Петербурга «О предоставлении бесплатной юридической помощи отдельным категориям граждан в Санкт-Петербурге»; закон г. Москвы «Об оказании адвокатами бесплатной юридической помощи гражданам Российской Федерации в г. Москве» от 04.10.2006 года, иные нормативные акты.

В большинстве стран Центральной и Восточной Европы юридическое представительство по гражданским делам вообще не является обязательным. Во многих странах для освобождения от оплаты юридической помощи (*Чехия, Польша, Словакия*) применяются те же правила, что и для освобождения от судебных пошлин.

В указанных странах освобождение от оплаты юридической помощи по гражданским делам – прерогатива сугубо суда. Кроме того, ассигнования, выделяемые на оказание юридиче-

ской помощи, как правило, являются частью бюджет государства (иногда – в лице Министерства юстиции).

По отдельным категориям дел граждане, при соответствии их категории «малообеспеченности», также могут претендовать на их освобождение от оплаты юридической помощи.

В системе юридической помощи по гражданским делам в отличие от помощи по уголовным делам решение о предоставлении помощи принимается по результатам двух оценок: *оценки материального положения заявителя и оценки существа дела*. Во многих системах для получения кратких юридических консультаций не требуется проходить никакой из проверок – например, в *Нидерландах* первые полчаса юридических консультаций бесплатны. Кроме того, каждая юридическая система устанавливает соответствующий пороговый критерий малообеспеченности.

Оценка обстоятельств дела несколько усложнена в *Англии*: там оценивается вероятность успеха в ее отношении к вероятной величине издержек.

Интересным можно признать подход *южноафриканского* законодателя, который, несмотря на то что лицо соответствует критерию малообеспеченности, не предоставляет тем не менее бесплатную юридическую помощь по определенным категориям дел:

- в судебных слушаниях о долгах;
- в делах об управлении имуществом или о добровольном отказе от какого-либо имущества;
- в исках о возмещении ущерба за диффамацию, нарушение обещания, оскорбление достоинства, вмешательства в частную жизнь, адюльтер и побуждение оставить семью или не возвращаться к супругу;
- в исках об уплате содержания, который может быть рассмотрен судом по вопросам содержания без помощи практикующего юриста;
- в простых делах о разводе;
- в любых исках, которые могут подаваться в суды на небольшие суммы,
- в апелляциях по гражданским делам, если только директор Совета не считает, что имеются обоснованные шансы не успех апелляции;
- при арбитраже, примирительной процедуре, при любых других формах альтернативного разрешения спора;
- в делах, по которым клиент не получает существенных или определенных выгод;
- в делах, в которых осуществление судебного приказав пользу клиента не даст большой выгоды;
- в делах, рассматриваемых в суде по делам несовершеннолетних без предварительного утверждения директора;
- в заявлениях на получение запрета в отношении насилия в семье или домогательств в результате домашних или семейных споров, так как запрет в таких делах можно получить без помощи практикующего юриста.

В гражданских делах Совет по юридической помощи всегда убеждается, что для иска по делу имеются основания и что имеются обоснованные перспективы на успех и возмещение ущерба. При этом, если имеются обоснованные основания полагать, что заявитель преднамеренно уклоняется от трудоустройства или что он увольняется с работы только для того, чтобы бесплатно получить юридическую помощь, в ее предоставлении может быть отказано.

В странах Центральной и Восточной Европы действуют два основных механизма содействия малообеспеченным лицам в осуществлении их права на доступ к правосудию по гражданским делам: *возможность получить юридическую помощь решением судебного органа и возможность получить решение об освобождении от оплаты юридической помощи*. В некоторых странах применимы оба метода (*Венгрия, Литва, Польша. Румыния, Словакия, Чехия, Эстония*). В других (*Болгария, Литва*) действует механизм только освобождения от оплаты судебных издержек.

Обычно юридическое представительство в гражданских слушаниях не является обязательным. В то же время существуют несколько исключений, когда сторона должна быть представлена адвокатом.

Юридическое представительство обязательно в некоторых странах при проведении слушаний в Верховном Суде независимо от характера жалобы (*Венгрия, Чехия*) или только для некоторых определенных процедур пересмотра (*Словакия*).

В некоторых странах (*Болгария, Венгрия, Латвия, Польша*) стороны по некоторым категориям исков или разбирательств освобождаются от оплаты пошлин (в том числе и юридической помощи) независимо от их материального положения. Это разбирательства об установлении отцовства, об опеке над ребенком, об алиментах, трудоустройстве и т. п.

В соответствии с Законом *Республики Казахстан* от 05.12.1997 года «Об адвокатской деятельности» (статья 6) адвокаты оказывают юридическую помощь бесплатно для доверителей по их просьбе: 1) истцам в судах первой инстанции при ведении дел о взыскании алиментов, о возмеще-

нии вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой. Граждане с учетом их материального положения могут быть освобождены от оплаты юридической помощи президиумом коллегии адвокатов, заведующим юридической консультацией, владельцем (владельцами) адвокатской конторы и адвокатом, осуществляющим свою деятельность индивидуально без регистрации юридического лица. Оплата юридической помощи, оказываемой адвокатами в случаях, предусмотренных настоящей статьей, производится за счет средств соответственно коллегии адвокатов, адвокатской конторы.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Представляется, что исходя из международного опыта, освобождение от оплаты юридической помощи по гражданским делам должно зависеть и от сложности дела, и платежеспособности лица, претендующего на получение такой помощи. При этом целесообразно предусмотреть не только полное, но и частичное освобождение от оплаты юридической помощи с учетом материального положения заявителя. Целесообразно существенно сократить круг дел, по которым в настоящее время юридическая помощь оказывается бесплатно без учета материального положения заявителя, а, кроме того, предусмотреть в отдельных из них, что претендовать на получение бесплатной юридической помощи по конкретному гражданскому делу (о возмещении вреда, восстановлении на работе) вправе только малообеспеченные граждане.

4. ОПЛАТА ТРУДА АДВОКАТОВ, ПРЕДОСТАВЛЯЮЩИХ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ ПО НАЗНАЧЕНИЮ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Регламентируется постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 8 августа 2007 года №10003 «О порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств местного бюджета…» Инструкцией о порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств местного бюджета, утвержденной постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь и Министерства финансов Республики Беларусь от 30 августа 2007 года № 57/129, рекомендациями по применению Инструкции, утвержденными постановлением президиума Республиканской коллегии адвокатов от 25.09.2008 года № 01/03.

Финансовыми органами возмещаются расходы по:

– оплате труда адвокатов в размере 70 процентов тарифной ставки первого разряда за один рабочий день при выполнении работы по назначению в Верховном Суде Республики Беларусь, областном, Минском городском, Белорусском военном судах;

– ооплате труда адвокатов в размере 50 процентов тарифной ставки первого разряда за один рабочий день при выполнении работы по назначению в районных (городских) судах, межгарнизонных военных судах, органах предварительного расследования;

– ооказанию адвокатами юридической помощи в размере 50 процентов от оплаты труда за один рабочий день при выполнении процессуальных действий, связанных с процедурой дознания, предварительного следствия и судебного разбирательства.

При этом оплата адвокату за день участия на следствии (в суде) не зависит от количества дел, по которым адвокат принимал участие в один день; от количества лиц, защиту которых адвокат осуществлял по одному делу; оплата за работу в выходные, праздничные дни или ночное время производится на общих основаниях.

Таким образом, на сегодняшний день оплата труда адвоката по назначению приравнена к 50 или 70 процентам (даже не 100) тарифной ставки первого разряда (ранее она приравнивалась к заработку главного специалиста Мингорисполкома). Однако непонятно, почему заработок адвоката должен приравниваться к определенному размеру заработка госслужащего или тарифной ставке. Адвокат вправе, как минимум, претендовать на компенсацию собственно понесенных затрат времени, которые лишили его возможности участвовать по другим делам и т.д. И исходить, с моей точки зрения, нужно из собственного среднего дневного заработка конкретного адвоката за истекший период времени (например, 3 последних месяца).

В связи с изложенным порядком оплаты труда адвоката следует заметить, что адвокат зачастую оказывается в экономически сложном состоянии, получая значительно меньшую компенсацию за свою работу, чем если бы он работал по соглашению. При этом при длительных судебных процессах защитник дополнительно лишается возможности работать по другим делам, ему приходится отказываться от работы по соглашению, и он оказывается в сложном материальном положении на время всего процесса (от месяца и до года). Само действующее законодательство не предусматривает оплаты адвокату ряда следующих действий, что существенно сказывается в ряде случаев и

на качестве предоставляемой юридической помощи: составление ходатайств, жалоб, других процессуальных документов; составление кассационной жалобы; транспортные расходы; расходы на оплату услуг специалистов; затраты на снятие копий с материалов дела и т. д.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Согласно Резолюции 78(8) Комитета министров Совета Европы лицо, предоставляющее бесплатную юридическую помощь, должно получать достаточное вознаграждение за его работу по представлению интересов клиента.

Анализ зарубежного опыта

В *России* до конца 2007 года действовало постановление от 4 июля 2003 г. № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда», в соответствии с которым размер оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, составлял за один день участия не менее одной четверти минимального размера оплаты труда и не более минимального размера оплаты труда, предусмотренного законодательством Российской Федерации для регулирования оплаты труда, а также для определения размеров пособий по временной нетрудоспособности.

При определении размера оплаты труда адвоката должна была учитываться сложность уголовного дела. При определении сложности уголовного дела учитывались подсудность (уголовные дела, рассматриваемые Верховным Судом Российской Федерации, верховными судами республик в составе Российской Федерации и приравненными к ним судами в качестве суда первой инстанции), число и тяжесть вменяемых преступлений, количество подозреваемых, обвиняемых (подсудимых), объем материалов дела, необходимость выезда адвоката в процессе ведения дела в другой населенный пункт и другие обстоятельства. При этом каждая адвокатская палата могла предусматривать размер дополнительного вознаграждения в качестве доплаты за участие адвоката в порядке назначения (он составлял около 100 рублей). Размер оплаты труда адвокатов в порядке назначения, исходя из сложности дела, определялся Приказом Министерства юстиции Российской Федерации, Министерства финансов Российской Федерации от 6 октября 2003 г. № 257/89н Об утверждении порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела.

Постановлением правительства РФ от 28 сентября 2007 г. № 625 размер оплаты труда адвоката по назначению существенно снижен и составляет в пределах не менее 275 руб. и не более 1100 руб. в сутки. Пункт 4 Порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, в зависимости от сложности уголовного дела, утвержденного приказом Минюста России и Минфина России от 15 октября 2007 г. № 199/87н, предусматривает и возможность увеличения размера оплаты труда адвоката по назначению по уголовным делам (кроме рассматриваемых Верховным Судом РФ, а также судом с участием присяжных заседателей, и отнесенных к подсудности верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа и окружного (флотского) военного суда) на 275 руб., а за один день участия, являющийся нерабочим праздничным днем или выходным днем, а также в ночное время – на 550 руб. на основании мотивированного постановления (определения) органа дознания, органа предварительного следствия или суда с учетом степени тяжести вменяемого преступления, количества подозреваемых, обвиняемых (подсудимых), объема материалов дела, необходимости выезда адвоката по назначению в процессе ведения дела в другой населенный пункт и совершения преступления отдельными категориями граждан.

Также, как и в Республике Беларусь, не предусматривается оплата адвокату за составление ходатайств, жалоб, других процессуальных документов; составление кассационной жалобы; транспортные расходы; расходы на оплату услуг специалистов; затраты на снятие копий с материалов дела и т. д.

В случае, когда с адвокатом заключено соглашение, его гонорар с клиентом определяется путем обсуждения и может выплачиваться в форме почасовой оплаты (Литва), за каждое процессуальное действие (Словакия) или в соответствии со специальными соглашениями между адвокатом и клиентом. В случае участия защитника по назначению, при полном или частичном освобождении лица от оплаты юридической помощи, гонорары обычно определяются в соответствии со ставками, предусмотренными для фиксированных гонораров, которые могут выплачиваться в виде почасовой оплаты, в зависимости от конкретного осуществленного процессуального действия (*Литва*),

по окончании различных этапов судебных разбирательств (*Латвия*) или за одну оказанную юридическую услугу (*Словакия, Чехия*).

В *Кыргызской Республике* утвержден «Порядок оплаты труда адвоката за счет средств республиканского бюджета» (положение правительства КР № 306 от 24 мая 2003 г.). Положение предусматривает оплату труда адвоката за счет средств республиканского бюджета из расчета 125 сомов за каждый рабочий день. Указанная оплата, по мнению всех представителей профессиональных групп и адвокатов, является низкой. Кроме того, из данной суммы удерживается подоходный налог и производятся соответствующие отчисления в Социальный фонд. Таким образом, конечная сумма за 1 день работы адвоката по оказанию БЮП – 103 сома (независимо от количества проведенных дел). Ситуация по оплате труда адвокатов усугубляется практическими проблемами, связанными с механизмом выплаты денег, аналогичными проблемам в Республике Беларусь. Например, адвокат, участвуя по нескольким делам в один день и имея в наличии несколько определений судьи (или постановлений следователя), получает оплату своего труда только за 1 рабочий день.

Действующий порядок оплаты труда адвокатов также не предусматривает какой-либо компенсации дополнительных расходов, связанных с ведением дел и обеспечением надлежащей защиты. Дополнительные расходы включают транспортные услуги, запросы информации, ксерокопирование, компьютерный набор и распечатка необходимых по делу документов, оплату услуг независимых экспертов, командировки и другие расходы по ведению дела. Например, стоимость какой-либо экспертизы может колебаться в пределах от 300 – 2 000 сомов и более. В зависимости от сложности дела сумма невозмещаемых государством расходов на обеспечение защиты в делах с предоставлением БЮП по утверждению практикующих адвокатов, может составлять более 1000 сомов.

Таким образом, *при добросовестном ведении дела некомпенсируемые государством затраты адвоката могут существенно превышать предусмотренный государством общий размер оплаты труда адвоката за оказание БЮП*. Зачастую именно это обстоятельство вынуждает адвоката ограничиваться в выборе средств защиты и неохотно браться за ведение таких дел. Отсюда защита по делам, где юридическая помощь оказывается бесплатно, осуществляется не в полной мере и носит преимущественно формальный характер.

Адвокату оплачивается за оказание юридической помощи в виде предоставления консультаций и представления интересов клиента во время проведения следствия и в суде. При определении тарифов оплаты труда адвокатов по делам БЮП, учитываются следующие критерии: - гарантированная оплата за вступление в дело; - коэффициент за категорию дел (тяжесть преступления); - коэффициент за сложность дела (многоэпизодность); - коэффициент за стадию процесса.

В *Англии* в настоящее время деятельность частнопрактикующих адвокатов оплачивается по контракту, в котором определена их средняя рабочая нагрузка. Услуги оплачиваются регулярно в течение года. В случаях переплаты производится перерасчет. Вначале оплата была почасовой, но дела стали растягиваться на все более долгие периоды времени. По уголовным делам в нижестоящих судах оплата производится обычно по двум фиксированным тарифам, хотя при исключительных обстоятельствах адвокат может потребовать повышенную оплату. Расходы по крупным делам контролируются, и по ним адвокаты должны представлять оценки и расчеты расходов.

Таблица 1

Примерная оплата труда адвокатов в Литве

Категория	Всего						
	Вильнюс	**Каунас**	**Клайпеда**	**Шяуляй**	**Паневежис**	**Всего**	**Всего**
	СПП	**СПП**	**СПП**	**СПП**	**СПП**	**2006 m.**	**2005 m.**
Число адвокатов, предоставляющих вторичную правовую помощь, шт**.**	20	12	10	9	9	60	46
Число дел, в которых была предоставлена вторичная правовая помощь, шт.	2396	3077	1714	1425	1123	9735	4907
Выплаченная оплата, ЛТ	884493	506496	456715	420661	409028	2677393	1249830
Средняя сумма, приходящаяся на одно дело, ЛТ	369	165	266	295	364	275	255

В *Голландии,* когда дело завершено, адвокат выставляет Совету по юридической помощи счет за отработанные часы. Адвокаты получают фиксированную оплату в соответствии со схемой, в которой оплата услуг адвоката варьируется в зависимости от характера проблемы, а также от вида предоставленных услуг (консультация или процедурная помощь). Учитывается также трудоемкость дела. В 2001 году средний часовой тариф составлял €83.

Примерная оплата труда адвокатов в *Литве* приведена в таблице (стр. 320).

В *США* в соответствии с Законом об оплате труда адвокату, представляющему интересы малоимущих обвиняемых, платят по определенному тарифу (три года назад он составлял 60 долларов в час за время, проведенное в суде, и 40 долларов в час за время, проведенное вне суда), который может быть увеличен с санкции окружного федерального суда и главного судьи судебного округа, когда это необходимо для справедливой компенсации за продленное обеспечение защиты в суде.

Примерные суммы оплаты труда адвокатов *(за час работы*) в некоторых странах выглядят следующим образом: В *Финляндии* – 91 евро, в *Голландии* – 101 евро, в *Германии* – до 150 евро, в *Норвегии* – 850 крон, в *Шотландии* – 63 фунта, в *США* – в зависимости от сложности дела и его подсудности от 50 до 100 долларов.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

При оплате труда адвоката за день работы целесообразно исходить из затрат времени каждого конкретного адвоката (к примеру, из его среднемесячного заработка за истекшие несколько месяцев); компенсировать все виды работ, оказываемые адвокатом; оплачивать работу за каждое проведенное дело.

5. КРИТЕРИИ НУЖДАЕМОСТИ ПРИ РЕШЕНИИ ВОПРОСА О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ БЕСПЛАТНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Как уже было указано, в Республике Беларусь в уголовном процессе материальный критерий доступа к бесплатной юридической помощи по назначению органов предварительного следствия и суда не действует. Т. е. никто не проверяет, может ли человек самостоятельно оплатить юридическую помощь. Де-факто предусматривается обязательно участие защитника по любому уголовному делу, если на этом настаивает подозреваемый (обвиняемый); при этом оплата услуг адвоката зависит сугубо от его доброй воли.

По проанализированным категориям гражданских дел участие адвоката при представлении истца (ответчика) также не поставлено в зависимость от их возможности оплатить юридическую помощь.

В то же время постановлением президиума Республиканской коллегии адвокатов (РКА) от 21.12.2007 года «О критериях отнесения физических лиц к категории граждан, подлежащих освобождению от оплаты за оказание юридической помощи» расширен перечень граждан, которые могут претендовать на получение бесплатной юридической помощи в случае их малообеспеченности. Это: участники ВОВ; признание инвалидом первой или второй (при полной нетрудоспособности) группы, при условии, что наличие среднедушевого дохода семьи (одиноко проживающего гражданина) у вышеназванных категорий ниже бюджета прожиточного минимума и отсутствуют имущество и денежные вклады, свидетельствующие о достаточном материальном положении гражданина, обратившегося за оказанием юридической помощи. Для принятия решения об освобождении от оплаты юридической помощи гражданин, кроме письменного заявления, должен предоставить документ, подтверждающий принадлежность к соответствующей категории лиц, справку о составе семьи, справку о доходе каждого члена семьи за три последних календарных месяца, предшествующих обращению, справки о наличии (отсутствии) имущества или денежных вкладов.

Однако п. 3 данного постановления фактически не изменил существующую практику предоставления бесплатной юридической помощи (на практике фактически не встречаются случаи, когда бы были представлены все указанные документы): указано, что в исключительных случаях решение об освобождении гражданина от оплаты юридической помощи может быть принято и без представления соответствующих документов, что, как правило, и происходит.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Согласно п. 3 ст. 14 *Международного пакта о гражданских и политических правах* «каждый вправе иметь назначенного ему защитника в любом случае, *когда интересы правосудия того требуют*, безвозмездно для него в любом таком случае, *когда у него нет достаточных средств для оплаты защитника*».

В *Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*, указано, что если задержанное лицо не имеет адвоката по своему выбору, оно во всех случаях, *когда этого требуют интересы правосудия*, имеет право воспользоваться услугами адвоката, назначенного для него судебным или иным органом, без оплаты его услуг, если это лицо *не располагает достаточными денежными средствами.*

Согласно Европейской Конвенции о правах человека (ч. 3 ст. 6) каждый обвиняемый имеет право защищать себя лично или посредством выбранного защитника, или, *при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника*, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того *требуют интересы правосудия*. Аналогичные положения содержатся в Европейской Хартии об основных правах, иных документах.

При этом, например, Американская конвенция о правах человека конкретизирует, что неотъемлемое право индивида на помощь со стороны защитника, предоставляемого государством с оплатой или безвозмездно, предоставляется, если сам обвиняемый не нанимает собственного защитника в течение периода времени, установленного законом.

Согласно Резолюции 78(8) Комитета министров Совета Европы, лицо, предоставляющее бесплатную юридическую помощь, должно получать достаточное вознаграждение за его работу по представлению интересов клиента.

Согласно Рекомендации (2000)21 Комитета министров о свободе заниматься юридической профессией необходимо стимулировать юристов к оказанию юридических услуг бесплатно лицам, *находящимся в экономически сложном положении*.

В международных актах отмечается, что право на бесплатную юридическую помощь применяется как к уголовным, так и *гражданским делам*. Для предоставления последней по гражданским делам, в частности, должны учитываться: *сложность дела и способность лица адекватно представлять свои интересы самостоятельно; права, являющиеся предметом спора, вероятные последствия решения по делу*.

В проекте Комиссии Европейских сообществ для принятия Рамочного Решения Совета об определенных процессуальных правах в уголовном процессе на территории Европейского союза устанавливается, что юридическая консультация должна предоставляться подозреваемым в совершении преступления бесплатно, если *такие расходы повлекут для него или его иждивенцев чрезмерные финансовые трудности. При этом указывается, что государства должны обеспечить наличие механизма для выяснения, располагает ли подозреваемый достаточными финансовыми средствами для оплаты юридической помощи*.

В Решениях ЕС по конкретным делам отмечается, что обязанность осужденного выплатить небольшую часть судебных расходов после осуждения при определенных условиях может иметь место; хотя, как правило, такие расходы обратному взысканию не подлежат. При этом в тех случаях, когда выяснится, что обвиняемый для предоставления ему бесплатной юридической помощи скрыл свою платежеспособность, приказ о взыскании с него услуг адвоката, безусловно, может быть вынесен (документ ООН Правила процедуры и доказывания). По результатам исследований систем бесплатной юридической помощи, проведенных «Центром по защите прав общественных интересов» Колумбийского университета США в странах Восточной Европы, вступающих в Европейское сообщество, одной из выработанных рекомендаций явилась следующая: «Если защитник по уголовному делу предоставляется бесплатно без рассмотрения финансовой ситуации подсудимого, то должны быть установлены четкие гарантии того, что на малоимущего подсудимого в случае его осуждения не будет возложена обязанность возместить расходы на предоставленного ему защитника».

В Решении Эзе и Коннорс против Соединенного Королевства (2003) было указано, что Европейская Конвенция по правам человека считает финансовый критерий удовлетворенным, если налицо признаки того, что заявитель является нуждающимся и отсутствуют явные свидетельства обратного. Аналогичная позиция изложена в решении Пакелли против Германии (1985).

В Решении Твалиб против Греции (1998) было указано, что: 1) тот факт, что заявителя в суде представлял защитник, назначенный судом, в совокупности с тем фактом, что заявитель находился в тюремном заключении в течение трех лет до этого, явился достаточным свидетельством того, что он не имел достаточных финансовых средств для оплаты услуг защитника на кассационной стадии процесса; 2) критерий «интересов правосудия» включает следующие элементы: 1) серьезность правонарушения; 2) сложность дела; 3) способность лица представлять себя самостоятельно.

Таким образом, анализ международных норм в части предоставления бесплатной юридической помощи позволяет прийти, как минимум, к следующим выводам:

1. Юридическая помощь предоставляется безвозмездно только в тех случаях, когда у самого обвиняемого отсутствуют достаточные средства для ее оплаты; при этом процедура проверки его платежеспособности не является нормально сложившейся практикой.

2. Речь идет о предоставлении бесплатной юридической помощи по определенным категориям дел (употребляется терминология требуют интересы правосудия).

3. Предоставляемая бесплатная юридическая помощь финансируется исключительно и только со стороны государства, при этом акцентируется внимание на том, что такая компенсация должна являться адекватной и достаточной для лиц, оказывающих юридическую помощь.

4. Как правило, отсутствует обязанность осужденного оплатить расходы по оплате адвоката после его осуждения; однако в случаях, когда он скрыл достаточность собственных средств для оплаты труда адвоката, такие расходы должны с него взыскиваться в регрессном порядке.

Анализ зарубежного опыта

В таких странах, как *США, Ирландия, Франция, Германия, Финляндия, Швеция* бесплатная юридическая помощь предоставляется только людям с ограниченными материальными возможностями. В странах *Центральной и Восточной Европы* оказание бесплатной юридической помощи предусмотрено в случаях обязательной защиты и не обусловлено материальным положением обвиняемого. Так, если защита по делу обязательна, лицу предоставляется возможность самостоятельно обратиться к адвокату. В Венгрии для этого установлен срок трое суток. Если обвиняемый не может привлечь защитника по соглашению, то судебные власти должны его назначить.

Помимо обязательной защиты в УПК некоторых стран Центральной и Восточной Европы (*Польша, Словакия, Чешская Республика*) предусматривается право на бесплатную защиту или защиту по сниженному тарифу для некоторых обвиняемых. Вместе с тем критерии малообеспеченности, которые являются основанием для подобной защиты, в законодательстве ряда стран четко не прописываются.

Так, в *Польше* обвиняемые должны «адекватно продемонстрировать», что «они не в состоянии оплатить судебные издержки». В законе не указаны ни доказательства, которые для этого следует представить, ни минимальный уровень доходов, который необходимо подтвердить. В *Чехии* с 2002 года предусматривается обязанность судебных властей назначить адвоката бесплатно или по сниженному тарифу, если обвиняемый докажет, что не обладает достаточными финансовыми средствами. В этом случае расходы на адвоката покрываются за счет государственного бюджета. Кроме того, Ассоциация адвокатов может предоставить бесплатные юридические услуги за счет собственных средств.

Попытка определить критерии «малообеспеченности» предпринята также в *Литве* и Словении. В п. 1 ст. 4, ст. 5, п. 3 ст. 6 литовского Закона «О государственных гарантиях юридической помощи» декларируется, что лица, чей годовой доход не превышает определенных границ, установленных правительством, имеют право на бесплатную юридическую помощь. В законе определен список соответствующих документов, которые должен представить обвиняемый, и предусмотрено 5 разных уровней покрытия расходов на юридическую помощь, в зависимости от суммы доходов и размеров собственности конкретного лица. В *Словении* предусмотрено, что право на бесплатную юридическую помощь имеет лицо, чей ежемесячный доход не превышает размера минимальной заработной платы, определенного правительством (устанавливается перечень документов, которые должны быть представлены), и существует методика для определения малообеспеченности. В *РФ* критериями малообеспеченности является среднедушевой доход семьи – ниже величины прожиточного минимума.

Критерии малообеспеченности кладутся в основу полного или частичного освобождения от оплаты юридической помощи в тех случаях, когда ее оказание не является обязательным. Помимо критериев малообеспеченности, как правило, рассматривается вопрос и о существе дела (его значительности, чтобы оправдать участие адвоката). Также критерии освобождения от оплаты юридической помощи применяются при ее оказания по гражданским делам.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Как указывалось ранее, целесообразно разграничить предоставление бесплатной юридической помощи, когда участие защитника обязательно; и полное или частичное освобождение от оплаты юридической помощи по ходатайству самого подозреваемого, обвиняемого. Механизм определения малообеспеченности гражданина может быть применен исходя из постановления РКА от 21.12.2007 года, однако в обязательном порядке на законодательном уровне следует установить, в каком порядке данные документы могут быть получены гражданином. Также следует предусмотреть основания для частичного освобождения от оплаты юридической помощи, если доход гражданина позволяет покрыть часть расходов по оплате юридической помощи.

6. ПРАВА АДВОКАТА ПО СБОРУ ДОКУМЕНТОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

В Республике Беларусь право адвокатов по сбору доказательств в гражданском процессе базируется на общих нормах Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре», закрепляющего правомочия адвоката.

Согласно ст. 17 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» адвокат, выступая в качестве представителя или защитника, имеет право:

- самостоятельно собирать, закреплять и представлять сведения, касающиеся обстоятельств дела;

- запрашивать справки, характеристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи, из государственных, частных, общественных и иных организаций и объединений, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии;

- запрашивать с согласия лица, обратившегося за правовой помощью, мнения специалистов для решения вопросов, возникших в связи с выполнением принятого адвокатом поручения об оказании юридической помощи и требующих специальных познаний в области науки, техники, искусства и других сферах деятельности;

Неразрешенными либо содержащими сложность в правоприменительной практике являются следующие вопросы: 1) в законе не предусмотрено право адвоката опрашивать граждан с их согласия для получения информации по гражданскому делу (в то время как такое право есть у защитника в уголовном процессе; 2) право запрашивать мнения специалиста не отработано в практическом аспекте – не разработаны на законодательном уровне механизмы оплаты любого специалиста, привлекаемого адвокатом (при этом, по ряду дел, когда речь идет о привлечении специалиста государственного экспертного учреждения (например, специалиста в области строительно-технической экспертизы для проведения исследования), то гражданин сам правомочен обратиться к специалисту и оплатить его услуги, однако когда речь идет о получении сугубо справочной информации у специалиста, вопрос оплаты его услуг вызывает существенные сложности – специалист затрачивает время на подготовку ответа, вправе рассчитывать на адекватную компенсацию, однако механизм легальной оплаты его труда не предусмотрен; 3) право запрашивать информацию из государственных органов невозможно в полной мере реализовать на практике – как минимум, информация по адвокатскому запросу не будет представлена органами здравоохранения, банковскими организациями, правоохранительными органами и т. д. – без чего говорить о том, что адвокат в полной мере может реализовать свое право на получение информации из различных органов неверно.

Анализ зарубежного опыта

Ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в *РФ*» предоставляет адвокату наряду с другими полномочиями право:

– запрашивать через юридическую консультацию справки, характеристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи, из различных государственных и общественных организаций;

– опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому он оказывает юридическую помощь;

– собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами по делу;

– привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Целесообразно право адвоката по сбору доказательств закрепить аналогично российскому законодателю. Кроме того, в законодательстве Республики Беларусь следует предусмотреть обязанность всех органов и организаций предоставлять любую информацию по запросу адвоката, сделанному в установленном законом порядке.

7. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ АДВОКАТА ПОТЕРПЕВШЕГО И АДВОКАТА СВИДЕТЕЛЯ

СВИДЕТЕЛЬ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Гарантировать права свидетеля как субъекта уголовно-процессуальной деятельности призвана ст. 62 Конституции Республики Беларусь, предусматривающая, что каждый имеет право на юридическую помощь для осуществления и защиты своих прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов.

В соответствии с письмом председателя Республиканской коллегии адвокатов Республики Беларусь №1-14/140 от 17.04.2004 года не отрицая возможности участия адвоката в качестве пред-

ставителя свидетеля на предварительном следствии, адвокатам указано на недопустимость постановки перед свидетелем каких-либо вопросов.

Согласно ст. 60 УПК свидетель лишен права как на помощь защитника, так и на помощь представителя. Следовательно, в этой части УПК противоречит Конституции, лишая одного из субъектов уголовного процесса права на получение юридической помощи. На практике также имеют место случаи, когда в реализации конституционного права свидетелю отказывают по причине отсутствия соответствующей нормы в УПК. Так, по делу П. обвинение по ч. 1 ст. 328 УК было ему предъявлено 22.10.2004 г., с этого же момента к делу был допущен защитник. Вместе с тем, не уведомляя защитника о проведении дополнительного допроса П., следователь 29.10.2004 г. вызвал П. и допросил его в качестве свидетеля в отношении его соучастника С., поскольку на этот момент дела в отношении П. и С. еще соединены не были. Ходатайство П. о том, чтобы при его допросе участвовал допущенный к делу защитник, следователем было отклонено.

Анализ зарубежного опыта

Хотя напрямую уголовно-процессуальное законодательства многих стран не указывает такого права свидетеля, в большинстве западных стран такое право вытекает из права лица быть представленным адвокатом в любых органах, учреждениях и организациях. Присутствие личного адвоката при любой беседе с его доверителем является нормальной практикой для законодательства *США, Германии*, других странах.

В *Израиле* свидетель имеет право получить консультацию адвоката наедине, но присутствовать при его допросе адвокат не может.

В соответствии со ст. 56 Конституции *Республики Болгария* от 12 июля 1991 года «каждый гражданин имеет право на защиту, когда нарушаются или находятся под угрозой его права и законные интересы. В государственные учреждения он может являться в сопровождении своего адвоката».

Практика оказания свидетелю квалифицированной юридической помощи существует, в частности, в уголовно-процессуальном законодательстве *Франции*, где действует институт допроса «ассистированного свидетеля» (temion assiste), т.е. свидетеля, имеющего ассистента (адвоката). «Ассистированный свидетель», с одной стороны, несет все вытекающие из его статуса обязанности: являться по вызову следственного судьи, приносить присягу и давать показания. Но, с другой стороны, он наделен правом обвиняемого иметь адвоката, который вправе присутствовать на всех его допросах и даже знакомиться с делом до допроса. Статус «ассистированного свидетеля» можно иметь лишь во время предварительного следствия. На судебном разбирательстве он становится обыкновенным свидетелем.

Впервые среди стран бывшего СССР УПК *Российской Федерации* 2001 года также наделил свидетеля возможностью воспользоваться услугами адвоката во время допроса на предварительном следствии. Так, в соответствии с п. 6 ч. 4 ст. 56 УПК России свидетель вправе являться на допрос с адвокатом. Положительным опытом некоторых российских регионов является практика применения указанной нормы закона о праве свидетеля воспользоваться услугами адвоката. Так, в ряде регионов сотрудники правоохранительных органов разъясняют право на юридическую помощь всем свидетелям, вызванным впервые для допроса с отражением факта разъяснения в протоколе. Последующие следственные действия таким разъяснением не сопровождаются. В других случаях в протокол следственного действия записывается фраза о возможности участия адвоката, если действие чревато ограничением прав участвующих в нем лиц.

В ч. 5 ст. 189 УПК РФ указывается, что «Если свидетель явился на допрос с адвокатом, приглашенным им для оказания юридической помощи, то адвокат присутствует при допросе, но при этом не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля. Указанные заявления подлежат занесению в протокол допроса».

Указанное положение справедливо критикуется в литературе, и указывается, что в связи с данными положениями уголовно-процессуального закона возникает, как минимум, несколько вопросов:

- указано лишь на возможность присутствия адвоката при допросе свидетеля, ведь свидетель может быть также участником очной ставки и по решению следователя принимать участие в других следственных действиях (осмотре места происшествия, следственном эксперименте, проверке показаний на месте, опознании, обыске);

- непонятно, почему, присутствуя при допросе, адвокат «не вправе задавать вопросы свидетелю и комментировать его ответы» и его роль сводится лишь к возможности по окончании допроса «делать заявления о нарушении прав и законных интересов свидетеля», которые «подлежат занесению в протокол допроса»? Тем самым адвокату, приглашенному свидетелем «для оказания юридической помощи», фактически предоставлены лишь права понятого, причем в урезанной степени,

так как понятые вправе не только «участвовать в следственном действии и делать по поводу следственного действия заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол», но и «знакомиться с протоколом следственного действия, в производстве которого они участвовали», «приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора, ограничивающие их права». Причем обращает на себя внимание, что понятой не «присутствует» на следственном действии, а участвует в нем».

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Целесообразно дополнить ч. 3 ст. 60 УПК пунктом 6 следующего содержания: «Свидетель вправе иметь представителя и прекращать полномочия представителя».

Закрепление в уголовно-процессуальном законе права свидетеля иметь представителя – адвоката должно повлечь и законодательное закрепление процессуальных прав последнего при оказании им юридической помощи. В связи с чем необходимо дополнить Кодекс отдельной статьей 60-1 «Представитель свидетеля» и закрепить в ней правовой статус указанного субъекта. При этом адвокат при представлении интересов свидетеля может и должен задавать последнему вопросы. По нашему мнению, напротив, именно наделение адвоката – представителя свидетеля правом задавать вопросы свидетелю в большей степени будет способствовать оказанию последнему квалифицированной юридической помощи.

Адвокат должен был бы получить также право присутствовать при всех следственных действиях, выполняемых с его доверителем-свидетелем, а не только при допросе.

ПОТЕРПЕВШИЙ

Анализ положений нормативно-правовых актов Республики Беларусь и правоприменительной практики

Пункт 21 ч. 1 ст. 50 УПК наделяет потерпевшего правом иметь представителя. При этом потерпевший вправе осуществлять свои права в уголовном процессе как лично, так и через представителя.

Перечень принадлежащих потерпевшему и его представителю прав, закрепленный в ст. 50 и 59 УПК, достаточно широк. Однако принципиальное значение имеет правильное решение вопроса о том, может ли потерпевший в полной мере пользоваться предоставленными ему правами, если в процессе участвует его представитель. Вопрос этот возникает в связи с тем, что в законе содержится альтернатива: определенные права имеет потерпевший или его представитель. К примеру, в ч. 1 ст. 370 УПК говорится о том, что в кассационном порядке приговор суда вправе обжаловать потерпевший или (а не «и») его представитель. Понимая буквально смысл соответствующих норм УПК, можно сделать вывод, что при наличии представителя у потерпевшего, последний не может сам пользоваться определенными предоставленными ему процессуальными правами.

В теории и практике этот вопрос является спорным, многие авторы решают его по-разному, чему в определенной степени способствует нечеткая терминология закона. Практика придерживается четкого следования нормам уголовно-процессуального закона, согласно которому (ч. 1 ст. 370, ч. 1 ст. 345 УПК) кассационная жалоба принимается только от потерпевшего или его представителя; право выступать в судебных прениях предоставляется потерпевшему или его представителю. В то же время ч. 1 ст. 290 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь предоставляет такое право как самим сторонам, так и их представителям.

Сравнительный анализ прав потерпевшего и его представителя позволяет выявит определенные различия в их статусе. Так, согласно п. 14 ч. 1 ст. 50 УПК потерпевший вправе получать от органа, ведущего уголовный процесс, уведомления о принятии решений, затрагивающих его права и интересы, а по его просьбе также бесплатно получить копии этих решений. Представитель потерпевшего такого права лишен. В то же время представитель потерпевшего вправе участвовать в следственных и других процессуальных действиях, производимых по его ходатайству, ходатайству потерпевшего либо с участием потерпевшего. Сам потерпевший не наделяется правом участвовать в следственных и других процессуальных действиях, проводимых по его ходатайству или ходатайству его представителя. Потерпевший вправе выступать в прениях только при отсутствии у него представителя.

Следует заметить, что ч. 3 ст. 103 УПК предоставляет право собирать по своей инициативе сведения, относящиеся к обстоятельствам совершенного преступления, только адвокату-защитнику. Адвокат – представитель потерпевшего лишен такого права, хотя п. 3 ч. 1 ст. 17 Закона «Об адвокатуре» предусматривает право адвоката, выступающего в качестве представителя или защитника, самостоятельно собирать, закреплять и представлять сведения, касающиеся обстоятельств дела.

Анализ применимых международно-правовых документов и судебных решений

Важным процессуальным условием реализации конституционного права граждан на судебную защиту, а также гарантией доступа к правосудию является предоставление потерпевшему права на получение юридической помощи. Именно в таком ключе данное право рассматривается в Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, которая требует от правительств предоставления потерпевшим от преступления надлежащей помощи на протяжении всего судебного разбирательства. Это общее положение конкретизируется, в частности, в Документе Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению ОБСЕ, где государства-участники заявили, что они гарантируют право потерпевшего запрашивать и получать адекватную юридическую помощь.

Анализ зарубежного опыта

Права представителя потерпевшего и самого потерпевшего более логично закреплены в УПК *РФ*. Так, самому потерпевшему предоставлены все права, независимо от наличия у него представителя; в ч. 10 ст. 42 УПК дополнительно сделана оговорка о том, что участие в уголовном процессе представителя потерпевшего не лишает самого потерпевшего принадлежащих ему прав. Статья ст.45 УПК РФ «Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя» в принципе не перечисляет перечень прав представителя потерпевшего, а указание в ч. 3 указанной статьи на то, что представитель потерпевшего имеет те же процессуальные права, что и представляемое им лицо, свидетельствует о том, что расхождений в их процессуальных правах нет. При этом возможность представителя потерпевшего участвовать в доказывании также активно, как и защитнику обвиняемого, логично вытекает из содержания ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности», в которой правомочия защитника или представителя не различаются (содержание статьи подробно анализируется в вопросе «Права адвоката по сбору документов в гражданском процессе»).

В УПК *Украины (ч. 3 ст. 52)* также указано, что представители пользуются процессуальными правами лиц, интересы которых они представляют. Однако при сравнении ч. 3 ст. 49 (процессуальные права потерпевшего) и статьи 48 (права защитника) усматривается, как и в Республике Беларусь, существенное различие в правомочиях адвоката-защитника (в частности, в доказывании) и адвоката-представителя потерпевшего. В частности, если в перечне прав защитника перечислена возможность опрашивать граждан, получать письменные заключения специалистов, то как потерпевший, так и его представитель таких прав лишены.

Рекомендации по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и практики его применения

Очевидно, что недопустимо лишать потерпевшего прав активного участника процесса, если он пожелал иметь представителя. Ведь по закону наличие у потерпевшего представителя, оказывающего ему юридическую помощь, должно усиливать его позицию, создавать ему дополнительные возможности для отстаивания своих законных интересов. Если же приглашение представителя связывается с утратой потерпевшим его процессуальных прав, то вряд ли это можно расценивать как укрепление положения последнего в процессе. Таким образом, потерпевший должен сохранять все процессуальные права независимо от того, имеет он представителя или нет.

Представляется, что необходимо уравнять в правах адвоката – защитника обвиняемого и адвоката – представителя потерпевшего и наделить представителя потерпевшего правом собирать, закреплять и представлять сведения, касающиеся обстоятельств дела, дополнив указанным правом ч. 1 ст. 59 УПК.

Комментарии к отчету по теме «Юридическая помощь: состояние и перспективы» международного эксперта проекта Бущенко А. П.[501]

Предметом данного комментария является письменный отчет о праве на получение юридической помощи в Республике Беларусь, составленный экспертом и переданный мне для анализа в декабре 2008 года.

В представленном отчете проанализированы основные международные инструменты, касающиеся права на бесплатную правовую помощь[502] (далее – БПП), поэтому я не считаю необходимым повторять эти ссылки здесь без специальной необходимости. Также отчет дает представление об основных моделях предоставления БПП. Ситуация с функционированием системы БПП в Республике Беларуси описана достаточно подробно.

Мои комментарии основываются на изучении международных стандартов, большая часть которых приведена в анализируемом отчета, а также на опыте участия в реформировании системы БПП в Украине. Он разделен на несколько разделов:

В первом разделе приводятся некоторые общие соображения в отношении правовой помощи и проблем реформирования системы БПП. Второй раздел содержит общие замечания (или скорее дополнения) к отчету белорусского коллеги. Третий раздел содержит комментарии к отдельным положениям анализируемого отчета.

Мои комментарии ограничиваются системой так называемой вторичной правовой помощи, т.е. юридического представительства, и в основном в уголовных делах. Некоторые соображения в отношении неуголовной сферы БПП содержатся в комментарии, но хотя многие принципы, действующие в системе уголовной юстиции, применимы и к неуголовной части БПП, система БПП в неуголовных делах требует специфических подходов, которые заслуживают более подробной разработки.

1

1. Роль системы БПП

На необходимость дать некоторые комментарии общего характера меня натолкнула фраза в отчете моего коллеги о том, что «свободная личность, как правило, не может принуждаться к реализации своих субъективных прав». Не входя в философскую дискуссию о свободе, я хотел бы представить некоторые соображения в предостережение от излишней опоры на концепцию свободы выбора в сфере правовой помощи, в особенности, в уголовном судопроизводстве. Кроме того, мне кажется, что эти общие соображения могут помочь определению правильной перспективы, в которой должна обсуждаться система БПП.

Правовая помощь имеет некоторые черты императивной обязанности государства, поскольку она служит не только интересам потребителя правовой помощи, но и интересам правосудия и общества в целом. Обеспечение адекватной защиты обвиняемым в правонарушениях – это элементарный индикатор приверженности государства принципу верховенства права, в том числе таким фундаментальным принципам, как равенство перед законом, равный доступ к правосудию, процессуальная справедливость и презумпция невиновности.

Человек не по своему выбору становится подозреваемым, обвиняемым или подсудимым. Более того, человек, обвиненный в правонарушении, находится в очень уязвимом положении. Безусловно, хотя подозреваемый или обвиняемый может отказаться от какой-либо правовой помощи, требуются очень и очень веские доказательства того, что его решение отказаться от квалифицированной юридической помощи принято добровольно, т.е. свободно от принуждения или заблуждения, при полном осознании последствий такого решения и вне влияния факторов, не имеющих отношения к судопроизводству, например, финансовых соображений.

Кроме того, система БПП – это не только помощь конкретным обвиняемым. Это и интегральная часть всей системы уголовной юстиции. Поэтому участие непрофессионалов в системе уголовной юстиции хотя и возможно, но несет в себе значительные проблемы для системы. Более того, если говорить о состязательной процедуре, то ее невозможно поддерживать без эффективной уголовной защиты. Состязательные процедуры, наряду с предоставлением широких прав, налагают на защиту и довольно серьезную ответственность за решения и действия в ходе процедуры. Кроме того, состязательная процедура является достаточно сложной и предполагает очень специфические знания, например, в сфере доказательственного права. Поэтому, если общество хочет иметь

---

[501] Бущенко Аркадий Петрович (Украина), адвокат, председатель правления Украинского Хельсинкского Союза по правам человека, член Координационного совета по реформированию системы бесплатной правовой помощи при Министерстве юстиции Украины.

[502] Бесплатная правовая помощь будет означать предоставление возможности получить правовое представительство в суде тем, кто не может позволить себе оплачивать услуги адвоката. Этот термин будет включать системы, предусматривающие частичную оплату государством правовой помощи.

справедливую состязательную процедуру, оно должно быть готово к тому, что естественным следствием такой процедуры будет система БПП. Помимо обеспечения равного доступа к суду, правовая помощь является средством сокращения общих издержек правосудия, поскольку избавляет его от чрезмерной перегруженности невнятными требованиями, делает правосудие более сфокусированным, способствует процессуальной экономии без ущерба для качества судебных процессов и т.п. Этим объясняется существующее во многих странах требование обязательного юридического представительства в высших судебных инстанциях.

Система БПП также необходима обществу, поскольку система, которая обеспечивает эффективное участие профессионального защитника, способного провести расследование, проверить доказательства обвинения и поставить их под сомнение, содействует тому, что и полиция, и обвинительные органы постоянно находятся «в форме», заставляет их работать профессионально и совершенствовать свои методы. Необходимость квалифицированной полиции и обвинителей для общества несомненна. При отсутствии качественной защиты и полиция, и обвинители деградируют и не могут противостоять угрозам для общества.

Это важно помнить и при обсуждении того, какой круг лиц получит по закону право на БПП, так и при рассмотрении практических вопросов функционирования БПП, в частности, вопроса об отказе от правовой помощи.

В ряде случаев справедливость судопроизводства требует участия защитника независимо и помимо воли обвиняемого. Например, Комитет по правам человека решил, что критерий «интересов правосудия» выполняется в каждом деле, которое чревато смертной казнью, таким образом, является аксиомой, что правовая помощь должна быть доступна в делах о смертной казни. Это так, даже если недоступность частного адвоката до определенной степени зависит от самого обвиняемого, и даже если предоставление правовой помощи ведет к отсрочке в процессе» (Frank Robinson v. Jamaica, CCPR/C/35/D/223/1987 (1989)).

Недавно Верховный Суд Израиля рассмотрел дело, которое прямо касается системы функционирования БПП. Дело касалось следующей ситуации: обвиняемый в преступлении, тяжесть которого определяет обязательность участия защитника в деле, на протяжении всего процесса настойчиво отказывается от помощи защитника. Более того, он запрещает своему защитнику совершать какие-либо процессуальные действия: подавать ходатайства, допрашивать свидетелей, делать заявления и т.п. Естественно, что защитник себя чувствует довольно неловко в ситуации, где он ничего не может сделать, но обязан присутствовать во время суда. Был подан иск, в котором доказывалось, что в такой ситуации адвокат должен быть освобожден от «бессмысленного» участия в деле. Верховный Суд Израиля, который, в конце концов, вынес окончательное решение по этому вопросу, не согласился с этой позицией и сказал, что даже в такой необычной ситуации адвокат обязан сделать все возможное для представления интересов клиента, даже если его участие ограничится, в силу позиции клиента, только наблюдением и противостоянием внешним проявлениям процессуальной несправедливости.

Поэтому, хотя правовая помощь формулируется в законодательстве и международных документах как «субъективное право», однако, государство не должно с готовностью принимать отказ от такого права, не рассматривая действительные причины такого отказа. В системах с развитой системой БПП отказ от правовой помощи является исключительным явлением. И если в судопроизводстве отказ от правовой помощи приобретает массовый характер, это свидетельствует о том, что существуют определенные проблемы либо с действительной доступностью правовой помощи, либо с процессуальной справедливостью.

Считать издержки системы БПП как отдельное бремя для общества – неправильно. Они не существуют отдельно, а являются интегральной частью издержек системы правосудия. Если признать, что без правосудия общество существовать не может, тогда необходимо рассматривать правосудие таким, каким оно должно быть, чтобы оставаться правосудием.

2. Проблемы реформирования системы БПП

Реформирование (формирование) системы БПП в странах, которые унаследовали инквизиционные традиции уголовного судопроизводства, сталкивается с рядом трудностей.

Во-первых, часто политики и государственные деятели, от которых зависит принятие решений, не воспринимают справедливое судопроизводство, – особенно в уголовных делах, – как самостоятельную ценность. Во всяком случае ценность справедливого судопроизводства в иерархии ценностей стоит гораздо ниже, чем ценность контроля над преступностью, борьбы с терроризмом или иными «негативными проявлениями» в обществе, и другими, бесспорно, важными и трудными задачами государства.

Кроме того, эти страны унаследовали кадры и традиции инквизиционной системы судопроизводства, которые волей или неволей стараются сохранить привычные схемы деятельности. Это усу-

губляется тем, что юридическая наука и юридическое образование, которые в течение десятилетий ориентировались на запросы инквизиционного уголовного судопроизводства, не могут мгновенно отреагировать на новые потребности и восстановить потенциал, необходимый для разработки концепций и понятий, основанных на принципе верховенства права и справедливой процедуры. Поэтому система юридического образования фактически воспроизводит те идеи и традиции, которые существуют в системе практического судопроизводства.

Это касается как государственных органов, задействованных в уголовном судопроизводстве, так и адвокатуры. Адвокаты, привыкшие работать в системе инквизиционного судопроизводства, с таким же трудом осваивают новые принципы и приемы, как и их визави в органах, обеспечивающих обвинение. Поэтому часто ошибочно рассчитывать на то, что адвокаты станут движущей силой или хотя бы союзниками в реформе.

Также и судьи, перед которыми адвокаты не ставят серьезных проблем в отношении процессуальной справедливости, остаются на прежних позициях.

Таким образом, при любой реформе в сфере уголовного судопроизводства реформаторы сталкиваются с очень трудными вопросами: Где найти людей, которые смогут профессионально работать в создаваемой системе? Как преодолеть кризис системы, который обязательно возникнет при такой радикальной реформе?

Еще одна проблема, с которой сталкиваются реформаторы, – это выхолащивание любых реформ и адаптация их под традиции, уже живущие в системе реального судопроизводства. Эту угрозу обязательно нужно иметь в виду, особенно при формулировании принципиальных положений в нормативных актах, поскольку любая неясность или двусмысленность будет истолкована в духе, наиболее отвечающем действующим традициям судопроизводства.

Все эти трудности реформы способны парализовать любую волю и решимость, особенно под давлением более, возможно, насущных и ощутимых задач, связанных, например, с экономикой или социальными программами. Даже в демократических странах идея справедливой процедуры и соответственно идея эффективной уголовной защиты может сползти по шкале политических ценностей далеко вниз, поскольку незрелому электорату свойственно питать заблуждение, что уголовное судопроизводство касается какой-то горстки «плохих» людей, а не общества в целом.

Поэтому зачастую, если государство и решается на реформы в сфере судопроизводства, а, следовательно, и на формирование эффективной системы БПП, это часто происходит благодаря внешнему давлению, а именно давлению международных обязательств и желанию государства выглядеть «приличным» в глазах международного сообщества. Этот внешний фактор может сыграть роль серьезного катализатора реформ, и его не только нельзя сбрасывать со счетов, но также следует всячески поощрять стремление государства к дружественному интерфейсу в общении с международным сообществом. Тем не менее важно иметь в виду, что один этот фактор без соответствующего запроса, сформированного внутри общества, может привести к весьма ограниченным результатами реформ. Государство может просто делать не более того, что необходимо для соблюдения видимости приличий. Поэтому реформы могут ограничиться лишь косметической операцией и созданием видимости.

Еще одна трудность реформы системы БПП – это отсутствие надежных данных, которые определяют потребность в БПП. Дело в том, что индикаторы потребности в большой степени зависимы от традиций уголовного судопроизводства, эффективности управления системой БПП и других факторов. В Украине, если судить о потребности в БПП на основании статистических данных о расходовании существующих фондов, предназначенных для этой цели, можно прийти к выводу, что потребность в БПП вообще не велика и снижается с каждым годом. Из суммы около 400 тысяч долларов, выделяемой на предоставление адвокатской помощи в уголовных делах, расходуется около 15–20 процентов. Однако ряд факторов, которые относятся к управлению системой, делают этот показатель крайне ненадежным. Адвокат до конца прошлого года получал из системы БПП около 3 долларов США за день работы, из которых он около половины должен был уплатить в виде налогов и обязательных платежей. Кроме того, он должен был оформить ряд документов, заверить их у следователя или судьи и потратить довольно много времени на то, чтобы получить эти деньги. В результате, основная масса адвокатов предпочитала вообще не получать деньги за участие в «бесплатных» делах, поскольку материальные и моральные издержки на их получение превышали саму полученную сумму.

Поэтому одна из первых задач в реформировании системы БПП – определить действительную потребность в правовой помощи, а, следовательно, найти методы определения такой потребности.

2

Мне показалось важным привести следующие соображения в связи с тем, что, на мой взгляд, в предоставленном анализируемом отчете недостаточное внимание уделено таким важным аспек-

там организации системы БПП, как обеспечение надлежащего качества правовой помощи и модели, обеспечивающих независимость системы.

1. Качество бесплатной правовой помощи

Международные инструменты, упомянутые в докладе моего коллеги, налагают на государство обязанность обеспечить неимущим доступ к правовой помощи. Однако обеспечение БПП не сводится лишь к назначению адвоката обвиняемому. Можно сослаться на известный принцип, выработанный Европейским Судом в отношении Европейской Конвенции по правам человека: «Конвенция предназначена гарантировать не теоретические или призрачные права, но права осуществимые и практические». В известном деле *Artico v. Italy* (решение 13 мая 1980 г.) Суд постановил, что этот принцип особенно важен в отношении права на защиту в силу выдающегося места, которое занимает в демократическом обществе право на справедливое разбирательство, из которого оно вытекает. В том же решении Суд отметил, что «статья 6 § 3(c) говорит о «помощи», а не о «назначении». …Одно лишь назначение не обеспечивает эффективной помощи, поскольку адвокат, назначенный для правовой помощи, может умереть, серьезно заболеть, длительное время не иметь возможность действовать или уклоняться от своих обязанностей. Если органы власти знают о такой ситуации, они должны либо заменить его, либо заставить выполнять свои обязательства».[503]

В принципе, право на защитника, в том числе на защитника, оплачиваемого государством, является одним из средств обеспечить практическую осуществимость права на справедливое судебное разбирательство. Это ведет к тому, что право на бесплатного защитника включает также обязанность обеспечить возможность защитнику эффективно представлять интересы своего клиента и проводить все действия, необходимые для адекватной защиты.

Возможность эффективной защиты клиента в основном зависит от того, насколько в действующей системе судопроизводства обеспечивается возможность защитнику эффективно действовать в интересах своего клиента, от степени независимости и от профессионального уровня адвокатуры в целом. Но система БПП может вносить определенные дополнительные факторы, влияющие на эффективность и качество работы адвоката.

С одной стороны, действующая система БПП, в частности, система оплаты услуг адвоката, предоставляющего правовую помощь, может ограничивать адвоката в действиях, направленных на защиту его клиента. Система оплаты может предусматривать оплату участия адвоката в следственных и/или судебных действиях, прямо связанных с обвинением клиента. Но та же система может не предусматривать оплаты за действия по собиранию адвокатом доказательств, в том числе оплату работы альтернативного эксперта, а также оплату участия в побочных процедурах, связанных с основным делом, – например, обжалованием действий следственных органов, – несмотря на то что исход этих обжалований может прямо сказаться на допустимости доказательств и на конечном результате разрешения обвинения против клиента. Такая система будет серьезно ограничивать право обвиняемого на эффективную защиту от обвинения.

С другой стороны, в системе БПП возникает дополнительная обязанность государства обеспечить качественную и эффективную работу адвоката, оплачиваемого за счет государства. Поскольку клиент в данном случае не имеет права на выбор адвоката по своему усмотрению, а также не имеет возможности определять мотивацию адвоката с помощью оплаты его услуг, государство обязано обеспечить, чтобы адвокат, представляющий интересы «бесплатного» клиента, предоставлял качественную помощь, соответствующую обстоятельствам конкретного дела. Кроме того, необходимо учитывать то, что если система БПП не снабжена эффективной системой контроля качества, она может привлечь и стать прибежищем для адвокатов, которые не обладают достаточным профессиональным уровнем, чтобы быть успешными на рынке адвокатских услуг.

Таким образом, с одной стороны, государство не должно с помощью системы финансирования работы адвоката препятствовать его качественной и эффективной работе, которую он считает нужным делать, с другой – оно обязано обеспечить, чтобы адвокат совершал все действия, необходимые исходя из обстоятельств конкретного дела.

В связи с этим возникает проблема мониторинга качества работы адвокатов в системе БПП, которая несет в себе достаточно сложные и болезненные вопросы: Кто будет осуществлять контроль над качеством работы адвокатов? Каков будет вид этого контроля? Какие санкции должны быть за некачественную работу? Каков объем этого контроля?

При обсуждении любой системы качества необходимо также учитывать ее опасности. Такой контроль может далеко зайти и превратиться в один из рычагов воспитания «послушной» адвокатуры. Такая опасность возникнет, если контроль будет затрагивать вопросы не только того, насколько качественно была оказана помощь, а и того, насколько целесообразно было оказывать помощь в данном случае. Особенно это важно в так называемых резонансных делах, где влиятельные госу-

[503] *Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, § 33.

дарственные органы могут считать делом чести и интересом государства добиться определенного результата, и полагать, что адвокат действует против таких интересов.

Безусловно, наилучшая схема контроля работы адвоката, это когда такой контроль осуществляют сами адвокаты. Во-первых, никто лучше адвоката не сможет оценить работу коллеги, а также не сможет вынести суждения о недостатках работы, которые тому, кто не имеет адвокатской подготовки и опыта, нелегко выявить.

С этой точки зрения наилучшим был бы контроль со стороны национальной адвокатской профессиональной ассоциации. Но такая система приемлема только в том случае, если сама адвокатская профессиональная ассоциация руководствуется высокими стандартами деятельности.

На практике, как правило, стандарты профессиональной адвокатской ассоциации носят довольно базовый характер, поскольку такие ассоциации объединяют адвокатов разных направлений, что затрудняет разработку общепримени мых стандартов деятельности. Поэтому адвокатские профессиональные ассоциации больше сосредоточены на этических проблемах профессии, чем на контроле качества предоставляемых услуг.

Поэтому во многих странах часто возникает необходимость создания надстройки над системой контроля качества, существующей в рамках профессионального адвокатского сообщества. Задача такого контроля – обеспечить постоянный мониторинг качества предоставляемой помощи. Такой контроль, как правило, не обеспечивает профессиональная адвокатская ассоциация, которая ограничивается обычно контролем «на входе», т.е. при допуске к профессии, и контролем *ad hoc* в случае рассмотрения жалоб.

Системы БПП в различных странах используют различные схемы контроля. В Нидерландах контроль осуществляется через периодическую «аттестацию» адвокатов и адвокатских бюро специально созданными внутри адвокатского сообщества органами контроля за качеством. Система БПП Нидерландов не сотрудничает с адвокатами, которые не имеют соответствующего сертификата. В Израиле контроль осуществляется адвокатами Офисов общественного защитника, которые, с одной стороны, сами занимаются уголовными делами, с другой стороны, осуществляют контроль за работой частных адвокатов, которые сотрудничают с системой по отдельным делам, разрабатывают стандарты деятельности и следят за их соблюдением всеми адвокатами.

Нередко системы БПП устанавливают и поддерживают более высокие стандарты деятельности, чем действуют в общей системе адвокатуры. Одна из причин того, почему системы БПП уделяют серьезное внимание контролю качества предоставляемой помощи, – потребность завоевать доверие клиентов. Как правило, изначально «бесплатные» адвокаты воспринимаются клиентами системы достаточно скептически, поскольку существует мнение, что поскольку они получают оплату от государства, то и будут служить интересам государства, а не клиента. Также многие клиенты полагают, что система БПП обращается к услугам адвокатов, не обладающих достаточной квалификацией, чтобы работать на свободном рынке. Единственное средство для системы БПП опровергнуть эти предрассудки – обеспечить качественную правовую помощь и «рьяную» защиту клиентов.

Но, с другой стороны, в отличие от органов профессионального адвокатского сообщества наиболее серьезной санкцией за нарушение стандартов деятельности является прекращение сотрудничества системы БПП с конкретным адвокатом.

Кроме того, во многих правовых системах, как, например, в Израиле, система БПП становится аккумулятором успешной практики и влиятельным фактором улучшения всей системы судопроизводства, поскольку руководствуется более высокими стандартами и способно стать источником скоординированной и последовательной политики.

2. Эффективность правовой помощи

Правовая помощь, особенно в уголовных делах, должна предоставляться в момент, когда она действительно необходима. Это налагает на государство обязанность создать такую систему, которая бы удовлетворяла потребности в незамедлительной помощи. Когда доступ к правовой помощи критически важен, зависит от особенностей правовой системы, построения судопроизводства, правил о доказательствах. Если судопроизводство принимает в качестве доказательств протоколы полицейских допросов, доступ к адвокату важен на этой стадии.

Проблема эффективности и незамедлительности предоставления правовой помощи корреспондирует с проблемой критериев, на основании которых правовая помощь предоставляется. Если выполнение этих критериев малодоступно и зависит от длительного процесса подтверждения своего права на правовую помощь, то система правовой помощи будет не в состоянии выполнить одну из своих основных задач.

Поэтому в большинстве стран действуют те или иные схемы «дежурных адвокатов» и право на правовую помощь предоставляется любому лицу, лишенному свободы, независимо от его материального положения.

3. Модели управления системой и обеспечение независимости бесплатной правовой помощи

Не существует совершенной системы, которую бы безоговорочно можно было бы принять за модель организации системы БПП. Можно лишь наметить некоторые основные типы и указать их слабые и сильные места.

Во многих странах создаются специальные органы или учреждения, которые несут ответственность за формирование и поддержание государственной политики в сфере предоставления БПП. Это дает возможность постоянно следить за «жизнью» системы и вовремя корректировать подходы и методы, используемые в системе. Кроме того, это позволяет устранить излишнее влияние интересов государственного управления на процесс принятия важных решений, что вызывает большее доверие у потребителей правовой помощи.

Также существуют страны, где управление системой БПП передано пред ставителям адвокатуры. Но это несет в себе угрозу конфликта интересов, который существует между управлением общественными фондами и собственно предоставлением правовой помощи. Кроме того, это может затруднить объективную оценку потребности в правовой помощи и необходимых средствах, так как такая модель всегда чревата чрезмерным лоббированием повышения оплаты адвокатам.

С другой стороны, если управление осуществляет государственный орган (например, Министерство юстиции), существует риск вмешательства в принятие индивидуальных решений по каждому делу. Кроме того, существует риск нарушения конфиденциальности отношений адвокат-клиент. Более того, отсутствие знаний практической стороны предоставления адвокатской помощи может привести к излишнему преобладанию бюрократических черт управления.

Поэтому в тех странах, где система БПП находится на достаточно высоком уровне, управление системой осуществляется специальным органом, ответственным исключительно за надлежащее функционирование БПП. Это дает ряд преимуществ: государственная политика в этой сфере становится более скоординированной и последовательной; устраняется излишняя унификация и принимаются во внимание местные особенности в различных регионах; постоянное общение с адвокатами позволяет получать качественную информацию и оценки; ситуация всегда держится под контролем и принимаются своевременные решения; устраняется влияние политики на принятие конкретных решений по делам; производится сбалансированная оценка потребности в БПП и оценка стоимости работы адвокатов.

Как правило, в таких органах создаются коллегиальные органы, определяющие стратегию системы, которую выполняет постоянно действующий штат. Например, Советы по бесплатной правовой помощи в ЮАР, в Нидерландах, Комиссия по правовым услугам в Англии. Эти органы обеспечивают определенную автономию системы от общей системы государственного управления, что содействует большей независимости адвокатов, участвующих в такой системе, а, следовательно, и доверию общества к системе БПП.

Функции, которые выполняют эти органы при реализации государственной политики в сфере БПП, сводятся к следующему: рассмотрение заявлений и определение права конкретного лица на правовую помощь; отбор адвокатов для системы БПП; осуществление оплаты БПП; мониторинг качества БПП; рассмотрение жалоб в системе БПП и другие.

3

В данном разделе приведены комментарии к отдельным выводам и рекомендациям анализируемого отчета.

1. Система оплаты работы адвоката

…При оплате труда адвоката за день работы целесообразно исходить из затрат времени каждого конкретного адвоката (к примеру, исходить из его среднемесячного заработка за истекшие несколько месяцев)…

…При оплате труда адвоката …компенсировать все виды работ, оказываемые адвокатом…

Невозможно возразить на предложение коллеги, которое сводится к тому, что сотрудничество с системой БПП должно если не приносить материальную выгоду адвокату, то хотя предупреждать значительные экономические издержки для него. Однако здесь необходимость наиболее точно учесть объем работы адвоката наталкивается не несколько трудностей.

Мне кажется трудно выполнимой на практике предложенная система оплаты работы адвоката, исходя из его «стоимости» на свободном рынке. При такой системе крайне усложнится ее администрирование, так как потребуется дифференцированный подход и постоянная корректировка системы оплаты. Кроме того, в таком случае система попадет в порочный круг, поскольку оплата через систему зависит от среднего заработка, величина которого в свою очередь зависит и от сумм оплаты, полученных через систему БПП.

Более того, такая система не даст возможности планировать бюджет системы БПП, т.к. добавит еще один фактор неопределенности в определение финансовых потребностей системы.

При обсуждении системы оплаты всегда возникает проблема: аккуратность учета против простоты администрирования.

Повременная оплата труда наиболее приемлема с точки зрения аккуратности. Но всегда следует помнить, что такая система будет аккуратной только при добросовестности всех участников системы либо при развитой системе контроля за точностью отображаемой информации.

Однако она имеет ряд неискоренимых недостатков. Такая система потребует создания мощной системы учета времени, включая контроль над точностью предоставления информации. Система учета предполагает либо создание отдельной системы администрирования внутри системы БПП, либо использование имеющихся структур, таких, как суды или государственные органы, в которых и происходит предоставление БПП. Последний вариант в некоторых чертах присутствует в нынешней системе БПП Беларуси.

Однако если для подтверждения факта (тем более объема) своей работы адвокат должен обращаться к судьям или, тем более, следователям и прокурорам, что вряд ли будет сочетаться с его независимым статусом. Поэтому, как правило, системы повременного учета оказываются мало применимыми в системе БПП, и предпочтение отдается менее точным системам, которые в большей степени обеспечивают независимость адвоката.

Кроме того, адвокаты обладают различными способностями и с разной эффективностью работают над делом. Если чисто механически учитывать количество времени, затраченного на подготовку документов и другие действия, то адвокат, который менее эффективно работает, будет оплачиваться лучше, чем более эффективный адвокат.

Поэтому при обсуждении системы оплаты необходимо найти некоторый приемлемый баланс между точностью учета работы адвоката и оптимальной системой администрирования, которая обеспечит и скорость предоставления правовой помощи, и приемлемые расходы на администрирование, и защиту от манипулирования системой, которое становится тем более возможным, чем система учета сложнее.

Наиболее радикальное упрощение системы администрирования можно отменить в Нидерландах, где каждой категории дел присвоено определенное количество баллов, в соответствии с которыми и производится оплата. Хотя система не учитывает всех особенностей каждого дела, тем не менее по совокупности дел, которые оплачиваются через систему БПП, средняя оплата за дело получается, по отзывам адвокатов, более или менее справедливой. Кроме того, в особых случаях у адвоката есть возможность ходатайствовать о дополнительной оплате, ссылаясь на исключительные особенности дела.

В Израиле оплата производится, исходя из отдельных процессуальных действий адвоката, которые также поделены на категории. Такая система более точно учитывает специфику каждого дела, но имеет свои недостатки.

Практически невозможно учесть невидимую часть работы адвоката: обдумывание дела, подготовку документов и другие виды «скрытой» работы. Поскольку такие виды работы не поддаются более или менее объективному учету, их целесообразно учитывать при определении стоимости процессуальных действий как их интегральную часть.

С другой стороны, я расширил бы предложение коллеги, добавив, что через систему БПП должны компенсироваться также и расходы, связанные не только с непосредственной работой адвоката в деле, в котором он «назначен», но и все те, которые необходимы для эффективного представления своего дела, в том числе и участие в процедурах, инициированных клиентом, в связи с обвинением против него (обжалование действий полиции и т. п.). Например, Резолюция № 78(8) Комитета министров Совета Европы о юридической помощи и консультациях предусматривает, что система БПП «должна охватывать все расходы, понесенные лицом, которому она предоставляется, в ходе истребования или защиты своих прав, и в частности гонорары адвокатов, пошлины, расходы на экспертизу, возмещение расходов свидетелей и расходы на перевод».

2. Оплата за счет общественных фондов или возмещение за счет потребителей

…Вернуться к прежней редакции ч. 4 ст. 163 УПК и установить, что суд вправе, а не обязан взыскать с осужденного суммы, выплаченные защитнику за ведение дела в порядке назначения…

Я согласен с автором отчета в том, что слишком большое стремление государства переложить финансовое бремя поддержания системы БПП на ее потребителей, не является оправданным и может сказаться на эффективности правовой помощи.

Киевская декларация о праве на бесплатную правовую помощь от 30 марта 2007 года[504], принятая участниками международной конференции, гласит, что «система бесплатной правовой помо-

[504] http://dihr.org/legalaid/index.php?option=com_content&task=view&id=36&Itemid=1

щи является общественным благом, которое принадлежит всем членам общества, что обещание правосудия для всех может быть реализовано, только когда ее правила и деятельность понятны и доступны для всех, и что предоставление правовой помощи является жизненно важным элементом в этом отношении».

Несмотря на большую привлекательность идеи тем или иным образом возложить бремя расходов на правовую помощь на действительных потребителей наталкивается на ряд серьезных препятствий. Хотя такая система может предусматривать определенные механизмы возмещения фондов за счет действительных потребителей, однако этот элемент будет всегда оставаться субсидиарным, и было бы опрометчивым рассчитывать на то, что общественные фонды, направленные на поддержание системы БПП, будут пополняться за счет потребителей. Любые «регрессные» действия системы в отношении потребителей направлены, в первую очередь, на то, чтобы не поощрять недобросовестность потребителей или предотвращать злоупотребление системой. Но придавать этим регрессным действиям значение источника финансирования не стоит.

Учитывая большую общественную важность системы БПП, она скорее должна создаваться как служба, действующая за счет общественных фондов, также как за счет общественных фондов содержатся органы полиции, обвинения и многие другие.

Нужно принимать во внимание следующие возражения против последующего взыскания расходов на правовую помощь с потребителей:

- угроза будущего взыскания расходов может действовать как сдерживающий фактор для обвиняемого таким же образом, как и необходимость оплатить эти расходы сейчас, поэтому может в некоторых случаях считаться «экономическим препятствием в отстаивании или защите своих прав» в значении Резолюции № 78(8) Комитета министров о правовой помощи;[505]

- у подавляющей части обвиняемых в уголовном процессе вряд ли будет и в будущем доход, достаточный для покрытия расходов на правовую помощь; кроме того, значительный долг перед системой БПП может вступить в противоречие с целями ресоциализации преступников;

- учитывая «хроническую» бедность подавляющего числа обвиняемых, издержки на процедуру взыскания расходов на правовую помощь могут превысить сумму возможного взыскания.

Хотя, на первый взгляд, такая система направлена на удешевление правовой помощи для общества, однако сама она не бесплатна, поскольку предполагает расходы на юристов, дополнительные судебные процедуры и процедуры исполнения решений о взыскании расходов. Это удорожает правовую помощь, не увеличивая ее объема. Кроме того, как правило, система возмещения будет иметь дело с потребителями, которые объективно не смогут возместить расходы на правовую помощь, независимо от усилий по ее взысканию. В таком случае система взыскания окажется просто удорожанием правовой помощи.

Однако в решении по делу *Croissant v. Germany*[506] от 25 сентября 1992 г. Европейский Суд анализировал ситуацию с системой правовой помощи в Германии и не признал распоряжение о взыскании расходов на помощь трех адвокатов, сделанное судом после осуждения заявителя, нарушением статьи 6 § 3(c) Конвенции. Однако в соответствии с системой, действовавшей на то время в Германии, при назначении защитника принимались во внимание только интересы правосудия; финансовое положение обвиняемого анализировалось только в ходе процедуры взыскания расходов, и он мог быть освобожден от уплаты расходов в случае недостаточности средств.

Однако в том же решении Европейский Суд сказал, что «такая система была бы несовместима со статьей 6 Конвенции, если бы оказывала неблагоприятное влияние на справедливость процесса». Но суд в данном случае не обнаружил такого влияния.

3. Категории потребителей бесплатной правовой помощи

Таким образом, по нашему мнению, перечень оснований для обязательного участия защитника по делу можно сократить, сохранив обязательное участие защитника в деле, если: 1) подозреваемый или обвиняемый являются несовершеннолетними; 2) подозреваемый или обвиняемый являются неграмотными; 3) подозреваемый или обвиняемый в силу психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту; 4) лицо подозревается или обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено пожизненное заключение или смертная казнь.

Как указывалось ранее, целесообразно разграничить предоставление бесплатной юридической помощи, когда участие защитника обязательно; и полное или частичное освобождение от оплаты юридической помощи по ходатайству самого подозреваемого, обвиняемого. Механизм определения малообеспеченности гражданина может быть применен исходя из постановления

[505] Resolution 78 (8) of the Committee of Ministers on legal aid and advice, adopted on March 2, 1978.

[506] Croissant v. Germany, judgment of 25 September 1992, Series A no. 237-B.

РКА от 21.12.2007 г., однако в обязательном порядке на законодательном уровне следует установить, в каком порядке данные документы могут быть получены гражданином. Также следует предусмотреть основания для частичного освобождения от оплаты юридической помощи, если доход гражданина позволяет покрыть часть расходов по оплате юридической помощи.

Какие категории лиц будут наделены правом на БПП, зависит от многих факторов. В данном случае не берусь определять конкретные категории, а лишь попытаюсь дать те факторы, которые следует учитывать при их определении.

Международная практика определяет в качестве основного критерия «интересы правосудия» и в качестве дополнительного – «материальное положение». Мне кажется, что разграничение в отчете «обязательного участия» и «освобождения от оплаты» не совсем точно отражает суть проблемы.

Если государство предусматривает обязательное участие адвоката в процессе, это предполагает, что государство обязуется принять оплату такого участия на свой счет. Европейский Суд во многих делах, которые касались правовых систем, где обжалование в высших судебных инстанциях требовало участия адвоката, признал, что для обеспечения доступа к суду обвиняемому должен быть предоставлен адвокат бесплатно.

Фактически указание в кодексе на «обязательное участие адвоката» является частным случаем определения интересов правосудия, которые в данном случае определяются в законе, а не оставляются на усмотрение судебной власти.

Поэтому при определении критериев предоставления БПП целесообразно наряду с определением в законе случаев, когда участие защитника является обязательным, предусмотреть возможность суду и другим органам определять своим решением, когда в интересах правосудия обвиняемый должен быть представлен защитником.

Объем правовой помощи (а, следовательно, и категории потребителей) зависит:

- от развития правовых понятий о справедливой судебной процедуре;
- от существующих процедур;
- от наличных общественных ресурсов;
- от политики, в том числе от влияния электоральных групп на формирование политики;
- от эффективности системы БПП.

4. Еще раз о категориях потребителей

При этом непонятным представляется подход о том, что даже при увольнении человека по нереабилитирующим основаниям (за прогул, нахождение в состоянии алкогольного опьянения) ему положено бесплатное представление его интересов в суде.

Я хотел бы воспользоваться случаем, чтобы еще раз обратить внимание на то, что критерии предоставления БПП не могут зависеть от оценки личных качеств клиента или тем или иным образом предвосхищать решение по существу спора. Был ли прогул или нет, был ли работник пьян или трезв – это тот вопрос, который должен решить суд в ходе разбирательства, в котором человек, обратившийся за БПП, должен иметь качественное юридическое представительство. В этом отношении система БПП в гражданских делах не отличается от системы БПП в делах уголовных, где также при предоставлении БПП не должно приниматься во внимание, виновен ли человек во вменяемом ему преступлении.

Но система предоставления БПП в неуголовных делах представляет дополнительные сложности, поскольку здесь вводится еще один критерий приемлемости дела: его перспектива. Если в уголовных делах этот критерий не имеет значения, поскольку инициатором производства выступает государство, то в гражданских делах в систему БПП обращаются также люди, которые намерены инициировать процесс. Поэтому предупреждение расходования средств на дела, не имеющие под собой фактических и/или юридических оснований, требует оценки перспективности дела. И одна из основных проблем в системе «неуголовной» БПП – как далеко может заходить такая оценка перспективности дела, чтобы, с одной стороны, предупредить финансирование беспочвенного сутяжничества, а с другой стороны, не подменять собой суд и не лишать человека доступа к правосудию.

5. Процедура проверки малообеспеченности

…государство должно определить механизм выявления действительно малообеспеченных и неимущих граждан…

…Необходимо определить и саму процедуру представления гражданином документов, подтверждающих его право на бесплатную юридическую помощь…

Необходимость определения документов и процедуры рассмотрения заявлений о предоставлении БПП совершенно бесспорно. Более того, важно, чтобы и перечень документов, и обстоятельства, которые дают право на БПП были определены как можно точнее.

Однако, вырабатывая подходы к внедрению той или иной процедуры определения малообеспеченности, необходимо найти равновесие между двумя противоположно направленными соображениями:

- с одной стороны, процедура должна быть как можно более аккуратной, т.е. давать возможность учитывать максимальное количество факторов, влияющих на материальную обеспеченность;
- с другой стороны, процедура должна быть как можно более простой и быстрой.

При разработке процедуры верификации нельзя упускать из виду соображения эффективности системы. Если мы будем заботиться только о том, чтобы общественные ресурсы не были направлены по «неправильному адресу», это приведет к двум неблагоприятным последствиям: (а) сама процедура верификации станет слишком дорогостоящей и повысит стоимость для общества БПП, не увеличив ее объема; (б) предоставление правовой помощи станет слишком усложненным и, как следствие, медленным, а в некоторых случаях, особенно в уголовных делах, правовая помощь будет запоздалой и лишенной смысла.

Например, в деле может потребоваться незамедлительное участие защитника в действиях, которые не могут быть отложены до окончательного выяснения финансового состояния обвиняемого. Поэтому должна быть предусмотрена возможность принять неотложные решения о предоставлении адвоката, которые впоследствии могут быть пересмотрены.

При определении финансового состояния также следует учитывать, что сам уголовный процесс может влиять на показатель состоятельности. Вполне состоятельный обвиняемый, имущество которого арестовано и который содержится под стражей, испытывает такие же затруднения с оплатой работы адвоката, как и неимущий обвиняемый.

Поэтому, например, в Англии и Нидерландах, а также в проекте украинского закона о бесплатной правовой помощи предусматривается, что любое лицо, задержанное или заключенное под стражу, имеет право на БПП без проверки его финансовой состоятельности.

6. Правовая помощь в процессе об административном правонарушении

В анализируемом отчете приводится анализ в отношении правовой помощи в административных делах и международные нормы в этом отношении. Мне кажется, что здесь произошло некоторое смешение понятий «административного судопроизводства» и производства «об административных правонарушениях».

Производство по обвинению в совершении административного правонарушения по классификации большинства международных норм (статья 14 МПГПП, статья 6 ЕКПЧ) будет рассматриваться как уголовное судопроизводство. Такой признак, как «угроза наказания в виде лишения свободы» как раз и относит административное, дисциплинарное и другое производство к сфере уголовного.

Поэтому принципы предоставления БПП в производстве об административных правонарушениях являются такими же, как и в отношении классического уголовного производства.

Что же касается административного производства в значении, в котором оно употребляется в цитированных международных документах, то оно касается споров между частным лицом и государством в сфере публично-правовых отношений. В этом значении оно должно рассматриваться в контексте предоставления БПП в неуголовных делах.

7. Существующее определение оснований для получения БПП

Очевидно, что такое разграничение можно провести только в том случае, если исключить из ч. 1 ст. 45 УПК пункт 1, предусматривающий в качестве основания для обязательного участия защитника в деле ходатайство самого подозреваемого, обвиняемого. Благодаря именно данному пункту процент оказания бесплатной юридической помощи, оказываемой адвокатами в порядке назначения, так велик. Ведь де-факто юридическая помощь оказывается бесплатно любому подозреваемому, обвиняемому по его ходатайству независимо от его материального положения. Следовательно, данный пункт делает ненужным и все последующие основания обязательного участия защитника в деле. Надо отметить, что ходатайство подозреваемого (обвиняемого) как основание для обязательного участия защитника в деле отсутствует в законодательстве большинства зарубежных стран.

Здесь, действительно, кажется в законодательстве смешаны основания для получения БПП и процедура (ходатайство обвиняемого) о предоставлении такой помощи. Поэтому предложения об изменении этого законодательного положения абсолютно обосновано.

8. Источники финансирования БПП

…в Республике Беларусь по гражданским делам вся бесплатная работа ложиться не на плечи государства, а на плечи каждого адвоката, поскольку оплачивается за счет средств коллегий адвокатов…

Когда правовая помощь оказывается не за счет государства, а за счет других ресурсов, нельзя говорить о том, что государство организовало и поддерживает систему БПП. (То же самое относится к той части БПП в уголовных делах, где оплата работы адвокатов производится из средств юридической консультации.) БПП может оказываться различными субъектами на добровольной основе, в том числе и адвокатами на основе программ *pro bono*, но все эти виды БПП не относятся к обсуждаемой теме государственной системы БПП.

9. БПП в неуголовных делах

...в законе на сегодняшний день закреплен широчайший перечень гражданских дел, по которым указывается на обязанность адвоката по предоставлению бесплатной юридической помощи (все трудовые правоотношения, алиментные обязательства; возмещение вреда и т.д.)...

...целесообразно существенно сократить круг дел, по которым в настоящее время юридическая помощь оказывается бесплатно без учета материального положения заявителя...

Вопрос состоит не в сокращении или увеличении категорий дел, по которым может предоставляться БПП. Проблема здесь связана с тем, что государство, которое само не оплачивает правовую помощь, не стремится к созданию сбалансированной системы правовой помощи, где критерии предоставления правовой помощи согласованы с наличными ресурсами общества, распределяемыми через общественные фонды. Государство может до бесконечности расширять перечень потребителей БПП, если это ни во что не обходится государству. Если система организована так, что адвокаты *принуждаются* предоставлять БПП, это приводит либо к значительному увеличению цены адвокатских услуг в делах, которые не относятся к категории «бесплатных», либо к падению качества адвокатуры, из которой будут уходить профессионалы.

X. ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ СУДОВ

Отчет о вводном семинаре

26 февраля 2008 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Исполнение решений судов», который состоялся на базе Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета.

В семинаре приняли участие 94 человека, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Секретариат Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- Национальный центр правовой информации;
- Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка прокуратуры Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- Академия управления при Президенте Республики Беларусь;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Гродненский государственный университет;
- Лондонский университет «Лондон Саусбэнк Юниверсити»;
- Лондонская коллегия барристеров «Тэн Олд Скуэар».

Работу семинара открыл Александр Анатольевич Симонов, заместитель Министра юстиции Республики Беларусь, выступив с докладом о практике исполнения судебных постановлений в Республики Беларусь. С докладами о практике исполнения решений хозяйственных судов и Конституционного Суда Республики Беларусь выступили Андрей Дмитриевич Авдеев, заместитель начальника Управления организации исполнительного производства, и Александр Васильевич Каравай, начальник экспертно-правового управления Секретариата Конституционного Суда Республики Беларусь. Иван Николаевич Колядко, заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета БГУ, проанализировал пробелы в белорусском законодательстве, регулирующем исполнение судебных постановлений, а Репуерт Д'Круз, барристер коллегии «Тэн Олд Скуэар», рассказал о системе исполнения судебных решений в Англии и Уэльсе. Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили список актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения участниками был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с исполнением судебных постановлений:

Необходимо разработать и принять Закон «Об исполнительном производстве» и Закон «О судебных исполнителях».

Рассмотреть возможность создания отдельной службы судебных исполнителей и проанализировать целесообразность внедрения элементов частной службы исполнения судебных постановлений.

Необходимо рассмотреть вопрос о наделении судебных исполнителей правом выносить постановления по вопросам, касающимся совершения исполнительных действий, с одновременным освобождением судов от этих обязанностей.

Следует изучить вопрос о предоставлении судебным исполнителям права самостоятельно налагать штрафы на граждан и должностных лиц, не исполняющих их постановления, связанные с исполнением исполнительных документов.

Следует рассмотреть возможность освободить суды от функции контроля за исполнением несудебных решений.

Рассмотреть возможность сокращения бумажной работы судебных исполнителей, в частности, путем введения должностей помощников судебных исполнителей.

Необходимо дополнить Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь и Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь более детальными нормами о формах реализации некоторых объектов имущества должника (например, земли, акций, технических вещей и т. д.).

На сегодняшний день судебные исполнители хозяйственных судов могут давать поручения судебным исполнителям общих судов, но не наоборот. Следует рассмотреть возможность предоставления права судебным исполнителям общих судов давать поручения исполнителям хозяйственных судов.

Необходимо пересмотреть порядок ведения статистического учета по исполнительным производствам с тем, чтобы можно было четко определить, сколько осталось неисполненных производств.

Исполнение судебных постановлений о наложении штрафов по делам об административных правонарушениях затруднено тем, что часто даже минимальный размер штрафных санкций не соответствует реальным доходам граждан. В этой связи предлагается рассмотреть возможность снижения минимального размера штрафов и создания эффективной системы альтернативных видов наказания.

Исполнению постановлений общих судов Республики Беларусь препятствует слабое материально-техническое обеспечение судебных исполнителей.

Следует рассмотреть вопрос эффективного доступа судебных исполнителей к имущественной информации должников, в т.ч. законодательного расширения перечня информации, которая должна предоставляться Фондом социальной защиты населения судебным исполнителям.

Необходимо рассмотреть возможность внедрения института обязательного авансирования взыскателем расходов по исполнительному производству.

Отчет национального эксперта в области исполнения судебных постановлений Колядко И. Н.[507]

Исполнение судебных решений и иных актов по защите права является важной сферой правоприменения гарантирующей гражданам и юридическим лицам право на эффективные средства правовой защиты. Задача повышения эффективности деятельности органов принудительного исполнения предопределяет необходимость поиска рациональных и возможных в условиях отдельного государства путей ее решения. При этом следует исходить из принятых Республикой Беларусь обязательств в рамках подписанных ею международных договоров, в частности ст. 8 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года, предусматривающих обязательства по эффективному восстановлению в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения основных прав, ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, отражающее обязательство государства обеспечить любому лицу, права и свободы которого нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод также гарантирует каждому человеку право на справедливое судебное разбирательство. Хотя Республика Беларусь еще не подписала ее, опыт применения данной Конвенции, а также Протоколов к ней, правовые позиции Европейского Суда по правам человека, сформированные в его решениях, имеют принципиальное значение для определения соответствия законодательства и практики исполнения решений судов в Республике Беларусь общепризнанным принципам международного права.

Предметом исследования являются:

1. Анализ законодательства Республики Беларусь и правоприменительной практики в области исполнения судебных постановлений, тенденций его развития.

2. Анализ зарубежного опыта исполнения судебных постановлений и его современных тенденций.

Основной целью анализа является разработка научно-обоснованных рекомендаций по дальнейшему совершенствованию законодательства и правоприменительной практики Республики Беларусь в области исполнения судебных постановлений в соответствии с международными стандартами и передовым зарубежным опытом.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В ОБЛАСТИ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Степень реальности исполнения судебных постановлений является показателем не только состояния судебной ветви власти, но и государственной власти в целом. Ослабление государственной ветви власти в период кризиса 90-х годов прошлого века в бывших республиках СССР прежде всего сказалось на эффективности и реальности исполнения судебных постановлений и стало причиной реформ в этой сфере. При этом направления реформ зависели от выбора известных в теории гражданского процесса и практике прежде всего европейских стран моделей организации исполнительного производства (государственная служба при судах, государственная служба исполнительной власти, частная модель организации исполнения, параллельное функционирование нескольких государственных служб либо государственной службы и частной организации исполнения). В свою очередь выбор одной из названных форм организации исполнения в ряде стран после провозглашения в Конституциях принципа разделения властей зависел от определения принадлежности судебных исполнителей либо к судебной, либо исполнительной власти.

Традиционно к понятию судебной власти относится осуществление правосудия в форме судопроизводства. Принудительное исполнение судебных решений всегда осуществлялось в иных формах.

Существенную роль в решении вопроса о месте исполнительного производства в Республике Беларусь имели практические рекомендации о понимании судебной власти, закрепленные в Концепции судебно-правовой реформы, принятой 23 апреля 1992 г. Верховным Советом Республики Беларусь[508].

Один из разработчиков концепции профессор И.И. Мартинович в понятие судебной власти относила не только осуществление правосудия, но и совокупность тех ответственных властных пол-

---

[507] Колядко Иван Николаевич, заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права юридического факультета Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент, член Научно-консультационного совета при Конституционном Суде Республики Беларусь, член Научно-консультативного совета при Высшем Хозяйственном Суде Республики Беларусь.

[508] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1992. № 16. С. 270.

номочий, которыми наделен суд в целях восстановления нарушенного права и справедливости[509], и такое понимание вошло в концепцию.

Такому пониманию способствовали новеллы Конституции Республики Беларусь 1994 г., закрепившие принцип разделения властей. Придание судебной системе функций ветви государственной власти по сравнению с советским периодом, закреплявшим за судами лишь функцию правосудия, требовало усиления судебной власти как путем расширения компетенции судов по рассмотрению и разрешению гражданских и хозяйственных дел, так и с целью придания полноты этой власти – посредством сохранения за судами задач по исполнению решений о присуждении и дополнительно задач по контролю за реализацией всех судебных постановлений, обязательных для государственных органов и должностных лиц (о признании граждан недееспособными и ограниченно дееспособными, об установлении фактов и правоотношений, требующих регистрации, и т. п.). Это положение было впервые закреплено в ст. 540 ГПК 1999 г. Наделение судов названными полномочиями, на наш взгляд, обеспечивает выполнение ими функций по защите права как при принудительном исполнении решений судебными исполнителями, так и при реализации подтвержденных судом прав и законных интересов иными органами.

Представляется, что эти принципиальные положения вытекают из ст. 60 Конституции Республики Беларусь[510], гарантирующей каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки и соответствует концепции обеспечения права на защиту.

Тип организации и правила осуществления добровольного и принудительного исполнения судебных решений по гражданским делам, а также иных актов (преимущественно юрисдикционных актов в части имущественных взысканий) Республика Беларусь унаследовала из советского законодательства. При этом в первые годы после распада СССР это законодательство являлось составной частью гражданского процессуального законодательства (ГПК 1964 г.) Оно обеспечивало нормативное регулирование порядка принудительного исполнения традиционных для гражданского процесса актов защиты права: судебных решений, определений, постановлений, в том числе об утверждении мировых соглашений, а также приговоров судов и постановлений по делам об административных правонарушениях в части имущественных взысканий, решений третейских, товарищеских судов, комиссий по трудовым спорам, решений иностранных судов и арбитражей. Кроме того, с начала 1990-х годов по правилам ГПК исполнялись и решения, определения, постановления хозяйственных судов, созданных наряду с системой общих судов. При этом не имелось явных затруднений, кроме проблем экономического характера в связи с нестабильным имущественным положением должников, как граждан, так и юридических лиц.

Первоначально необходимость реформирования исполнительного производства проявилась в связи с его отрывом от новелл гражданского законодательства, которое бурно развивалось в части установления имущественных прав предприятий, закрепления частной собственности с целью приспособления к новым экономическим условиям. Приведение норм законодательства об исполнительном производстве в соответствие с изменениями в гражданском законодательстве было отложено и осуществлено лишь в ходе реализации концепции судебно-правовой реформы о кодификации материального и процессуального законодательства в 1998–1999 гг. Принятые в Республике Беларусь Гражданский кодекс 1998 г.[511], Гражданский процессуальный кодекс 1999 г.[512] (далее – ГПК), Хозяйственный процессуальный кодекс 1998 г.[513] (далее – ХПК) закрепили согласованные положения об имущественном статусе юридических лиц и порядке обращения взыскания на принадлежащие им денежные средства и имущество, а для физических лиц – на принадлежащее им имущество либо заработную плату и иные доходы.

Однако кодификация иных отраслей законодательства (земельного, брачно-семейного, об административных правонарушениях и др.) была осуществлена после принятия названных кодексов. Это привело к тому, что хозяйственное и гражданское процессуальное законодательство в части регулирования исполнительных действий не содержит развернутого регламента их совершения с учетом правового регулирования в соответствующих отраслях материального права и соответственно не отражает весь перечень мер воздействия к должникам с целью принудительного исполнения. Нормативные акты этих отраслей права являются источниками исполнительного производства и применяются непосредственно в ходе исполнения. Полагаем, что в будущем возможно их включение в ГПК и ХПК в части видов мер принуждения. Одновременно ГПК

---

[509] Мартинович И.И. Понятие и значение судебной власти в правовом государстве // Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь: материалы науч.-практ. конф. Минск, 1992. С. 91.

[510] Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями). Минск: Беларусь, 1997. С. 61.

[511] Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 7–9. С. 101.

[512] Там же. № 10–11. С. 102.

[513] Там же. № 13–14. С. 195.

и ХПК достаточно полно урегулировали основные положения об исполнительном производстве. При этом, учитывая, что большинство судебных исполнителей не имели высшего юридического образования, за судом наряду с традиционными вопросами его компетенции – о выдаче исполнительных документов, их дубликатов, восстановлении пропущенных давностных сроков, повороте исполнения, рассрочке, отсрочке исполнения сохранено право на разрешение основных вопросов движения и завершения исполнительного производства – об отложении исполнительных действий, приостановлении исполнения, прекращении исполнения, возращения исполнительного документа взыскателю.

Для специализации судей Законом от 13 января 1995 г. «О судоустройстве и статусе судей в Республике Беларусь»[514] в районных (городских) судах были введены должности судей по административным делам и исполнительному производству, к компетенции которых относилось рассмотрение дел об административных правонарушениях, а также исполнение судебных и несудебных постановлений по таким делам. Хотя Кодекс о судоустройстве и статусе судей от 29 июня 2006 г.[515] не предусматривает такого статуса судей, специализация сохраняется в связи с существенным расширением компетенции судов с 1 марта 2007 г. (согласно Процессуально-исполнительному кодексу об административных правонарушениях[516]) по рассмотрению дел об административных правонарушениях и увеличением их количества.

Это привело к ситуации, когда в исполнительном производстве во многих общих судах дела о взыскании административных штрафов достигают половины всех производств, а с учетом иных взысканий в бюджет, и свыше половины. В условиях такой структуры дел ограничены предпосылки использования частной модели исполнения, так как от государства потребуются значительные авансовые платежи.

Первым действием, направленным на совершенствование организации принудительного исполнения, было введение организационно самостоятельной службы судебных исполнителей хозяйственных судов[517] наряду с существовавшим институтом судебных исполнителей общих судов. Служба судебных исполнителей хозяйственных судов первоначально субсидиарно применяла при исполнении решений хозяйственных судов гражданское процессуальное законодательство в части исполнительного производства.

Таким образом, в общих судах была сохранена прежняя модель организации исполнения – судебные исполнители при районных (городских) судах, в отношении которых как государственных служащих можно утверждать о действии двойного подчинения: органам Министерства юстиции и суду. Однако судебные исполнители хозяйственных судов, являясь государственными служащими, не находятся в подчинении Министерства юстиции Республики Беларусь, и в отношении них сохраняется подчиненность руководителям служб исполнения хозяйственного суда и хозяйственному суду.

В целом модель организации принудительного исполнения можно охарактеризовать как публично-правовую, основанную на принципах государственной службы, в которую внедряются частно-правовые элементы на этапе реализации имущества должника.

В осуществлении правосудия основная функция судебной власти по защите права, но судебная власть не ограничивается только этой функцией[518]. По законодательству Республики Беларусь – это и функция обеспечения исполнения судебных решений и, в определенной степени, судебного управления в целом, особенно при исполнении судебных решений.

Представляется, что конституционное положение об осуществлении правосудия судами трактуется узко в плане отражения лишь структуры судебной системы, составов суда и значимости статуса судьи без анализа содержательной составляющей о деятельности суда как целого, как субъекта власти. Игнорируется, что как рассмотрение и разрешение гражданских дел, так и исполнение решений связано не только с деятельностью судьи, которая является главенствующей, но и должностных лиц суда (от секретаря судебного заседания, канцелярии до судебного исполнителя), без деятельности которых невозможно осуществление судебной власти. Такой подход к тому же не способствует передаче права на совершение отдельных процессуальных действий должностным лицам суда. Представляет в связи с этим интерес закрепление в ч. 6 ст. 118 ГПК статуса судебных документов не только за судебными постановлениями, но и за документами, составляемыми в исполнительном производстве, в частности, за постановлениями судебных ис-

---

[514] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1995. № 11. С. 120.

[515] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2006. № 107, 2/1236.

[516] Там же. 2007. № 14, 2/1291.

[517] О создании службы судебных исполнителей хозяйственных судов в Республике Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 8 октября 1997 г., № 507 // СДУПиПП Республики Беларусь. 1997. № 28. С. 915.

[518] Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М.: Волтерс Клювер, 2007. С. 53.

полнителей. Это позволяет расширить их компетенцию по разрешению вопросов процессуального характера от возбуждения производства по делу до действий по завершению исполнительного производства.

При этом, безусловно, деятельность судебного исполнителя происходит с использованием иной, отличной от гражданской процессуальной формы реализации права, которую можно охарактеризовать как административное правоприменение. В этом отношении, бесспорно, что действия судебного исполнителя не являются правосудием, но они как функция необходимы для реальности судебной власти в части осуществления правосудия.

Таким образом, концептуально в основу регулирования порядка принудительного исполнения судебных решений была положена традиционная концепция о том, что исполнительное производство является стадией гражданского процесса, в которой завершается защита права. Более того, в период второй кодификации (1998 г.) хозяйственного процессуального законодательства в полном объеме было урегулировано исполнительное производство в хозяйственном судопроизводстве и завершено становление соответствующей стадии процесса. В Республике Беларусь в настоящее время имеется дуализм не только судебной системы (общие и хозяйственные суды), но и процессуального законодательства (гражданское и хозяйственное), в том числе по вопросам принудительного исполнения судебных решений. При тождественности статуса судебных исполнителей различается уровень нормативных актов определяющих их компетенцию, а для судебных исполнителей хозяйственных судов уже прошел процесс расширения их полномочий по совершению процессуальных действий.

Порядок совершения принудительных действий как в отношении различных объектов и имущественных прав должников, так и в части совершения исполнительных действий не имущественного характера судебными исполнителями в общем виде урегулирован в ГПК и ХПК. В этой части правового регулирования не имеется в Республике Беларусь достаточно подробного регламента на уровне закона, и функции более полного нормативного регулирования выполняются подзаконными актами: Инструкцией по исполнительному производству, утвержденной постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь 20 декабря 2004 года № 40[519], и Инструкцией о ведении исполнительного производства по хозяйственным (экономическим) спорам, утвержденной постановлением пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 апреля 2005 г. № 17[520]. Названные подзаконные акты учитывают специфику круга подлежащих принудительному исполнению дел, оперативно корректируются вслед за изменениями норм материальных законов, однако, по своему месту в системе источников права не могут разрешить ряд проблем, возникающих при исполнении решений как по гражданским, так и хозяйственным судам. Они лишь учитывают, например, особенности исполнения приговоров судов или постановлений по делам об административных правонарушениях в части имущественных взысканий, особенности исполнения по ряду семейных дел и т.д. Такое соотношение источников правового регулирования может быть сохранено при отражении в ХПК и ГПК хотя бы в общем виде всей совокупности исполнительных действий.

Статус судебных исполнителей общих судов, помимо единственной статьи Кодекса о судоустройстве и статусе судей, детализируется в подзаконных актах Министерства юстиции. При этом происходит поиск оптимального соотношения полномочий старших судебных исполнителей, судебных исполнителей, форм специализации судебных исполнителей. На будущее необходимо закрепление структуры служб исполнения, полномочий руководителя, судебного исполнителя и иных работников включая технический персонал в законодательном акте.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В ЕВРОПЕЙСКИХ СТРАНАХ

Исполнение судебных решений является такой сферой правоприменения, которая во всех странах урегулирована совокупностью норм права различных отраслей (судоустройственного, гражданского процессуального, административного, гражданского, финансового и др.) Вместе с тем ключевыми направлениями являются нормативные акты, определяющие статус судебного исполнителя и его компетенцию, гражданское процессуальное законодательство либо отдельные законы в части регулирования порядка осуществления исполнительного производства и отдельных процедур по совершению исполнительных действий; правовой режим объектов права собственности и их обращения, способы реализации имущества и имущественных прав должника. Регулирование этих вопросов в Республике Беларусь и ряде европейских стран (Российская Федерация, Латвия, Литва, Казахстан, Украина, Польша, Франция, ФРГ и др.) существенно отличается. При этом в Рос-

[519] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2005. № 2, 8/11871.

[520] Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. 2005. № 13. С. 70–110.

сии[521], Казахстане[522], Украине[523] приняты отдельные законы о судебных исполнителях и исполнительном производстве, а процессуальные кодексы содержат лишь регулирование вопросов, относящихся к компетенции суда. В Латвии и Литве вопросы функционирования служб исполнения (присяжных исполнителей, исполнителей) регламентируется отдельными законами,[524] а порядок исполнения – в гражданско-процессуальном законодательстве[525]. Следует признать, что, несмотря на отсутствие единых подходов, все страны для создания эффективного исполнительного производства обязательно регламентируют в совокупности статус судебных исполнителей, порядок совершения ими исполнительных действий, ведение исполнительного производства, разграничивают компетенцию суда и судебных исполнителей в исполнительном производстве не единственным законом, а системой нормативных актов.[526]

При этом в международном праве отсутствуют обязательные нормы, которые бы непосредственно касались статуса судебных исполнителей, а порядок производства исполнительных действий в процессе исполнения решений судов в целом определяется национальным законодательством.

Исключение составляют вопросы признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, выполнения судебных поручений, которые относятся к исключительной компетенции судов.

В этой части законодательство Республики Беларусь исходит из необходимости соблюдения процедуры признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений на основании международных договоров, а также допускает в силу принципа взаимности такое признание (ст. 542 ГПК, ст. 245 ХПК).

Имеется и опыт отказа от процедуры признания и приведения в исполнение решений арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь в силу специального соглашения[527].

Судебные исполнители – обязательная и неотъемлемая часть системы власти любого государства. Возлагая на себя функцию судебной защиты прав и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, государство должно обеспечить выполнение вынесенных судом решений. Именно в результате исполнения решений правомочные лица получают реальную защиту своих нарушенных или оспоренных прав и законных интересов. Для принудительного приведения в исполнение судебных решений, государство должно иметь соответствующий институт, задачи которого обычно выполняют судебные исполнители. С началом деления государственной власти на отдельные ветви, актуальным стал вопрос о месте судебных исполнителей в государственном устройстве. В теоретическом плане единое мнение по данному вопросу до сих пор не достигнуто.

Реформа исполнительного производства и организации служб исполнения в России в 1997 году[528] прошла под влиянием идеи, что в соответствии с принципом разделения властей суды освобождаются от несвойственной им функции выполнения собственных решений[529] и привела к созданию единой централизованной службы, подчиненной Министерству юстиции, которая к тому же обеспечена силовой поддержкой судебных приставов на случай сопротивления должников. Такая система организации исполнения имеет некоторые преимущества благодаря ее централизации,

---

[521] См.: О судебных приставах: Федеральный Закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ; Об исполнительном производстве: Федеральный Закон Российской Федерации от 21 июля 2007 г. № 118-ФЗ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ; Гражданско-процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ.

[522] Закон Республики Казахстан об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей от 30 июня 1998 г.; Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. № 412-I.

[523] Закон Украины о государственной исполнительной службе от 19 октября 2000 г.; Закон Украины об исполнительном производстве от 19 октября 2000 г.; Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18.03.2004 г. № 1618-IV.

[524] Закон о судебных исполнителях. Принят Сеймом Латвии 24 октября 2002 г.; Закон Литовской Республики о судебных исполнителях от 9 мая 2002 г.

[525] Гражданский процессуальный закон Латвии. Принят Сеймом Латвии 14 октября 1998 г.; Гражданско-процессуальный кодекс Литовской Республики от 28 февраля 2002 г.

[526] См.: Кузнецов Е.Н. Исполнительное производство Франции. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005; П. Гиллес. Система принудительного исполнения судебных решений по гражданским делам согласно немецкому праву, оценка эффективности принудительного исполнения, а также анализ его проблем // Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского Суда по правам человека: сб. науч. ст. Краснодар; Спб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 178–191.

[527] Соглашение Республики Беларусь и Российской Федерации о порядке взаимного исполнения судебных актов хозяйственных судов Республики Беларусь и арбитражных судов Российской Федерации от 17 января 2001 г.

[528] О судебных приставах: Федеральный Закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ, Об исполнительном производстве: Федеральный Закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ.

[529] Пояснительная записка к проектам Федеральных Законов «Об исполнительном производстве» и «О судебных приставах».

определения структуры служб исполнения на каждом уровне административного и федерального деления субъектов, выработки методических рекомендаций по применению правил исполнительного производства центральными органами федеральной службы. Вместе с тем представляется, что практика показала недостаточную ее эффективность, что привело к изменению правового регулирования и обновлению законодательства [530]. Полагаем, что одной из причин недостаточной эффективности служб исполнения в Российской Федерации является нарушение взаимодействия судов и судебных исполнителей. Это привело не только к массовым случаям неисполнения судебных решений, но и значительному количеству обращению граждан в Европейский Суд по правам человека.

Кроме того, первоначальная редакция закона об исполнительном производстве имела пробелы или неполноту регулирования ряда вопросов (о публичных торгах, обращении взыскания на ценные бумаги и имущественные права, о поручениях судебного исполнителя и др.)[531].

Передача служб исполнения исполнительной власти – особенность российского законодательства, которая предопределяет соответствующие выводы. Однако отсутствие заметного прогресса в эффективности принудительного исполнения в России позволяет сомневаться в правильности такого решения, так как оно не обеспечивает верховенство власти суда в защите права при принудительном исполнении судебных решений. И лишь в этом смысле следует воспринимать известное постановление Европейского Суда по делу «Бурдов против России» о том, что исполнение судебного решения должно рассматриваться как составляющая часть судебного разбирательства.

После некоторого периода функционирования государственной службы судебных исполнителей в Литве, Латвии и Эстонии в названных странах в 2002–2003 гг. внедрена частная форма организации исполнения по французской модели. Таким образом, организована система принудительного исполнения также в Бельгии, Люксембурге, Нидерландах, Италии, Греции, а в ряде стран она воспринята в последние годы (Венгрия, Словакия, Польша, Чехия). Следует отметить, что в некоторых из названных стран (Франция, Польша, Словакия) имеется и другая система исполнения. Во Франции для взыскания налогов финансовыми органами[532], в Польше для исполнения решений административных судов[533]. Одной из причин внедрения системы исполнения по французской модели явилось отсутствие необходимости у государства финансировать деятельность судебных исполнителей. При такой системе судебный исполнитель является лицом, выполняющим государственную функцию, которое самостоятельно организует свою деятельность и несет полную имущественную ответственность за ее результаты. Источником финансирования являются средства, которые вносят взыскатели согласно утвержденным государственным тарифам и возлагаемые в конечном счете на должника. Система самофинансирования стимулирует, заинтересовывает судебного исполнителя к максимальной результативности. Как и иные модели, частно-правовая имеет свои достоинства и недостатки. За основу анализа принято законодательство Латвии и Литвы стран, которые реформировали судебную систему и исполнительное производство, ориентируясь на европейские стандарты перед вхождением в Евросоюз, а также законодательство Российской Федерации, Республики Казахстан, Украины, которые подписали Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и стремились выполнить европейские стандарты в этой области.

Примеры организации исполнения на частно-правовой основе в ряде стран (Литва, Латвия) сопровождались закреплением их статуса как лиц свободной профессии, занимающихся публично-правовой деятельностью, аналогичной деятельности государственных должностных лиц. При этом сохранено влияние (кроме непосредственного руководства) как Министерства юстиции в сфере привлечения к дисциплинарной ответственности, квотирования количества судебных исполнителей, так и судов, прежде всего в гражданско-процессуальной форме санкционирования отдельных действий судебного исполнителя, рассмотрения жалоб на его действия и иных заявлений участников исполнительного производства при ослаблении непосредственного повседневного контроля за судебными исполнителями и делопроизводством в исполнительном производстве.

Нахождение служб исполнения при судах (даже при сохранении за органами юстиции функций подбора кадров, средств дисциплинарного воздействия, подзаконного нормотворчества и др.) не позволяет относить их исключительно к субъектам исполнительной власти. И наоборот, отделение служб исполнения от судов умаляет пределы судебной власти. Для эффективности исполнения су-

---

[530] Федеральный Закон об исполнительном производстве от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ.

[531] Винниченко В.Н. О деятельности службы судебных приставов Российской Федерации // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. 2008. № 21. С.119–123

[532] Кузнецов Е.Н. Исполнительное производство Франции. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005.

[533] Рибер Т. Органы исполнения и место исполнительного производства в системе права (сравнительный анализ на примере Республики Беларусь, Российской Федерации и Республики Польша) // Вестник Высшего Хозяйственного Суда. 2004. № 8. С. 97–112.

дебных решений необходимо взаимодействие судебной и исполнительной деятельности для обеспечения единой цели – защиты нарушенного права. С этих позиций наиболее приемлемым является нахождение судебных исполнителей при судах и в меньшей степени частная форма организации исполнения.

Правовой статус судебных исполнителей (исполнителей, присяжных исполнителей) в Литве, Латвии при частной форме организации их деятельности характеризуют по форме организации их деятельности и по выполняемым функциям. Рассмотрим подробнее функционирование данного института на примере Закона «О судебных исполнителях» Латвии. С одной стороны, присяжные судебные исполнители представляют свободную профессию. Профессиональная деятельность (практика) присяжных судебных исполнителей является интеллектуальным трудом и ее целью не является получение прибыли. В своей профессиональной деятельности присяжные судебные исполнители являются самостоятельными в финансовом отношении и не получают вознаграждения от государства. Доходы от практики присяжного судебного исполнителя образуют платежи за осуществление должностных действий и оказание юридической помощи. За каждое должностное действие, выполняемое присяжным судебным исполнителем, а также за оказанную юридическую помощь, он имеет право брать вознаграждение независимо от государственной пошлины. Размер вознаграждения за должностные действия присяжного судебного исполнителя определяется в соответствии с таксой. Соглашение о размере вознаграждения за должностные действия, отличающемся от таксы, запрещается. Таксу за должностные действия присяжных судебных исполнителей утверждает правительство – Кабинет Министров Латвии (статьи 78–80).

С другой стороны, согласно общим положениям Закона «О судебных исполнителях» (ст. 3–5) в своей деятельности присяжные судебные исполнители приравниваются к государственным должностным лицам. Присяжные судебные исполнители в должностной деятельности являются независимыми и подчинены только исключительно закону. Функции присяжного судебного исполнителя в его отсутствие может выполнять помощник или кандидат в судебные исполнители, если таковой имеется в конторе. Количество присяжных судебных исполнителей и их должностные места, участки и их границы согласно особому списку устанавливаются министром юстиции.

Присяжные судебные исполнители практикуют только индивидуально. Сотрудничество с другими присяжными судебными исполнителями допускается в технических и хозяйственных вопросах. Однако все судебные исполнители в Латвии объединены в Коллегию присяжных судебных исполнителей, которая является независимой профессиональной корпорацией[534].

Латвийская коллегия присяжных судебных исполнителей заботится о престиже своей профессии, способствует профессиональному росту, развитию творческих способностей присяжных судебных исполнителей и получению ими опыта для выполнения задач и функций исполнительного производства.

Государственные структуры обязаны заслушивать латвийскую коллегию присяжных судебных исполнителей, как и другие учреждения юстиции, по вопросам совершенствования нормативных актов и их проектов с учетом того, что Латвийская коллегия присяжных судебных исполнителей является организацией, легально выражающей мнение присяжных судебных исполнителей.

Исходя из содержания статей 73–75 Закона «О судебных исполнителях» Латвии можно выделить 3 вида действий судебного исполнителя.

Присяжные судебные исполнители обязаны осуществлять должностные действия для выполнения постановлений суда и других органов или должностных лиц:

1) о взыскании;

2) об обеспечении иска;

3) об освобождении помещений (выселении);

4) о введении во владение;

об изъятии определенных предметов у должника и передаче их взыскателю, а также о выполнении других определенных исполнительным документом действий;

5) о принудительном выполнении обязательств;

6) об организации аукциона для добровольной продажи недвижимой собственности с аукциона в судебном порядке;

7) о конфискации имущества;

8) о принудительном выполнении установленных международными организациями санкций.

В этом отношении их полномочия соответствуют классическим полномочиям по применению мер принудительного характера в исполнительном производстве, а реализация санкций международных организаций – необходимый компонент полномочий государств – участников таких организаций.

[534] Гинтес Хмелевскис. Процедура принудительного исполнения в Латвийской Республике // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. 2008. № 21. С. 128.

Судебные исполнители принудительно приводят в исполнение упомянутые постановления в порядке, установленном Гражданским процессуальным законом Латвии, принятом 14 октября 1998 года и вступившем в силу с 1 марта 1999 года. Выполняя постановления, судебные исполнители руководствуются и другими нормативными актами, а также соблюдают утвержденную Латвийским Советом присяжных судебных исполнителей методику и юдикатуру судебной практики.[535]

По просьбе заинтересованных лиц, присяжные судебные исполнители осуществляют также другие должностные действия, не связанные с исполнением постановлений суда и иных структур, а именно:

1) доставляют судебные повестки и другие документы;

2) фиксируют факты;

3) производят опись имущества с целью раздела совместного имущества или по делу о наследовании;

4) устраивают публичные аукционы.

Расширение компетенции в этой части представляет интерес при любой организации служб исполнения, так как служит реализации права на судебную защиту, и может быть воспринято в Республике Беларусь. Такой же вывод можно сделать в отношении следующих прав присяжного судебного исполнителя, по соглашению с заинтересованным лицом:

1) получать от государственных учреждений, учреждений самоуправлений или частных учреждений, а также от должностных лиц и частных лиц документы, необходимые ему для осуществления профессиональной деятельности;

2) составлять мировое соглашение на стадии исполнения постановлений суда и других структур, а также проекты других документов, связанных с деятельностью присяжных судебных исполнителей.

До декабря 2005 года у присяжных исполнителей имелось право оказывать другую юридическую помощь.

Этот блок полномочий важен в странах, ставящих целью процесс примирения сторон.

Присяжный судебный исполнитель обязан выполнять также другие отданные судом поручения, связанные с выполнением постановлений суда, а также другие установленные законами действия.

По мнению профессора Я.Розенберга[536], к положительным последствиям реформы следует отнести значительное повышение требований, предъявляемых к квалификации судебных исполнителей. В настоящее время присяжными судебными исполнителями могут быть только лица, которые получили высшее профессиональное образование второго уровня по правоведению и квалификацию юриста. Кроме того, претенденты на должность присяжного судебного исполнителя должны иметь специальный стаж работы. Они должны отработать, как минимум, два года в качестве помощника присяжного судебного исполнителя или, по меньшей мере, пять лет на таких должностях судебной системы, при исполнении которых они могли бы получить знания, необходимые для деятельности присяжного судебного исполнителя.

Кроме того, появляется материальная заинтересованность и инициатива осуществлять все установленные законом средства и методы для быстрого и качественного исполнения постановлений судов и других структур, а также выполнения других своих должностных действий. Помимо этого, при исполнении должностных обязанностей присяжный судебный исполнитель разъясняет сторонам их права и обязанности и в соответствии со своей компетенцией помогает сторонам защищать их права и правовые интересы.

Третий важный положительный момент реформы – это страхование риска профессиональной деятельности присяжных судебных исполнителей. Связанный с профессиональной деятельностью присяжного судебного исполнителя возможный риск ущерба подлежит обязательному страхованию.

Страхователем является присяжный судебный исполнитель, заключающий индивидуальный договор страхования риска профессиональной деятельности (гражданско-правовой ответственности) и Латвийский Совет присяжных судебных исполнителей, заключающий страховой договор о страховании риска профессиональной деятельности всех присяжных судебных исполнителей (групповой страховой договор).

Страхование риска профессиональной деятельности присяжного судебного исполнителя обеспечивает требования, которые могут возникнуть в связи с его профессиональной деятельно-

[535] Розенберг Я. Реформа института судебных исполнителей в Латвии // Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы. Вильнюс, 2005. С. 67.

[536] Там же.

стью и деятельностью его помощника, в том числе кандидата в присяжные судебные исполнители, при замещении присяжного судебного исполнителя.

Страхование риска профессиональной деятельности, разумеется, не освобождает присяжных судебных исполнителей от соответствующей юридической ответственности – за свою деятельность они несут дисциплинарную, гражданско-правовую и уголовно-правовую ответственность в установленном законом порядке.

В то же время профессор Я. Розенберг[537] отмечает отдельные недостатки частной формы организации исполнения в Латвии. Так, например, отрицательно сказывается на деятельности судебных исполнителей раздробленность контроля и надзора за ней. Насчитывается, по меньшей мере, четыре инстанции, занимающиеся этим.

Министр юстиции не только назначает на должность судебных исполнителей. В его компетенции вся полнота дисциплинарной власти над присяжными судебными исполнителями. Он может освобождать их от должности, смещать с должности, отстранять от должности, возбуждать против них дисциплинарные дела или лично наложить дисциплинарное взыскание. Правда, непосредственное руководство деятельностью судебных исполнителей Министерство юстиции теперь не осуществляет. Департамент судебных исполнителей с 1 января 2003 года был упразднен. Постоянный надзор за деятельностью присяжных судебных исполнителей и помощников присяжных судебных исполнителей осуществляет Совет присяжных судебных исполнителей. Он также рассматривает полученные жалобы и заявления на их деятельность, а также налагает на них дисциплинарные взыскания.

Непосредственный надзор за деятельностью присяжных судебных исполнителей возлагается также на тот окружной суд, на территории действия которого находится их должностное место. Деятельность, книги и исполнительные дела присяжных судебных исполнителей, по меньшей мере, один раз в год проверяются судьей, назначенным председателем окружного суда. За устранением обнаруженных в деятельности присяжного судебного исполнителя недочетов следит председатель окружного суда, отдающий присяжному судебному исполнителю указания и распоряжения и, при необходимости, предлагает привлечь его к установленной законом ответственности.

Наконец, надзор за должностными действиями присяжных судебных исполнителей осуществляет районный (городской) суд в порядке гражданского процесса путем рассмотрения жалоб участников исполнительного производства.

Другое отрицательное последствие реформы – это значительное увеличение расходов на исполнительное производство. Должники обязаны возместить взыскателю и судебному исполнителю не только прямые издержки исполнения, но за их счет производится и оплата труда присяжных судебных исполнителей в размере установленной таксы. Определенные расходы ложатся и на взыскателей, кроме тех, которые по закону освобождены от таких расходов. Для того чтобы судебный исполнитель приступил к исполнительным действиям, взыскатель обязан уплатить ему определенную сумму аванса. Размер аванса и срок его уплаты определяет присяжный судебный исполнитель. Неуплата аванса дает право исполнителю отказаться от выполнения должностных обязанностей. Правда, уплаченный аванс в конце исполнительного производства возмещается взыскателю из сумм, вырученных в ходе исполнения. Однако ни суд, ни присяжный судебный исполнитель не могут освободить взыскателя от уплаты аванса по причине его материального положения. На практике в ряде случаев это становится для взыскателей преградой на пути к тому, чтобы добиться исполнения судебных и иных постановлений. Иными словами, они не могут обеспечить реальную защиту своих нарушенных прав и законных интересов.

Организация исполнения в Литве имеет одинаковую концептуальную основу использования французской модели, однако законодателю удалось смягчить негативные следствия в виде повышения издержек сторон посредством освобождения от авансовых взносов взыскателей по социально значимым категориям дел и установления обязанности государства вносить этот взнос при взыскании в доход государства[538].

Значительный интерес представляет продолжение реформы исполнительного производства в Республике Казахстан[539]. Наряду с государственной системой органов исполнения как альтерна-

---

[537] Розенберг Я. Реформа института судебных исполнителей в Латвии // Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы. Вильнюс, 2005. С. 67.

[538] В. Некрошюс. Гражданско-процессуальная реформа в Литве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под. ред. В.В. Яркова. 2002–2003. № 2. СПб., 2004. С. 189–191.

В. Вишинскис, В.Валанчюс. Реформы службы судебных приставов в Литве // Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского Суда по правам человека: сб. науч. ст. Краснодар; Спб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 615–626.

[539] Проект Закона Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей». Астана, 2008.

тивная система (ст. 139 Проекта) предлагается частная форма организации исполнения. При этом частные судебные исполнители могут принимать все исполнительные документы, кроме тех, где в качестве одной из сторон выступает государство (ст. 140 Проекта). Одновременно предлагаются меры, способные нейтрализовать некоторые негативные моменты частной формы организации исполнения. Частные судебные исполнители не могут взыскивать с должника исполнительные санкции (аналог 5%-ых сумм, взыскиваемых с должников в Республике Беларусь). Этим правилом уравнивается воздействие на должника в разных системах – угроза оплаты услуг частного исполнителя или взыскание с должника санкций за неисполнение решения добровольно государственным судебным исполнителем – и стимулируется добровольное исполнение.

ВЫВОДЫ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Эффективность исполнения судебных решений, как показывает анализ опыта ряда европейских государств, зависит от:

1. Состояния экономического благополучия граждан и юридических лиц.

2. Организации служб исполнения, их заинтересованности и обеспеченности квалифицированными кадрами.

3. Достаточности правовых средств для выявления и реализации имущества и имущественных прав должника и принуждения его к исполнению неимущественных обязанностей.

4. Развитости форм взаимодействия суда и судебного исполнителя при рациональном распределении их компетенции.

На основании изложенного следует констатировать, что в Республике Беларусь не полно используется опыт зарубежных стран в регулировании исполнения судебных решений и имеется потребность обновить законодательство о статусе судебных исполнителей и исполнительном производстве для разрешения ряда проблем принудительного исполнения и повышения его эффективности.

1. В системе законодательных актов, обеспечивающих эффективное исполнение судебных решений в Республике Беларусь, имеется неполнота регулирования статуса судебных исполнителей. Кодекс о судоустройстве и статусе судей лишь упоминает их.

Это обусловливает целесообразность принятия Закона «О судебных исполнителях» для системного регулирования их статуса, форм организации служб исполнения, компетенции не только по совершению исполнительных действий, но и на получение информации, в том числе в электронном виде, от всех органов, организаций и должностных лиц об имуществе и доходах должников за исключением той, которая предоставляется только суду, определения мер ответственности за непредставление информации, а также полномочий по оказанию дополнительных услуг юридического характера, примирению сторон и др. Концепция данного закона требует широкого обсуждения с учетом наметившейся тенденции регулирования двух альтернативных систем судебных исполнителей (государственных и частных) в Казахстане и наличия аналогичного подхода в регулировании нотариальной деятельности в Республике Беларусь.

В отношении государственных судебных исполнителей с целью повышения их заинтересованности из частной формы организации исполнения следует позаимствовать права на совершение на платной основе ряда услуг (доставка извещений, фиксация фактов, проведение публичных торгов и др.) с распределением основной части оплаты в доход судебных исполнителей.

Выявилась потребность в структуризации служб исполнения в общих судах, где введено несколько должностей старших судебных исполнителей на уровне районного суда, используется специализация, а также введена должность старшего судебного исполнителя областного суда, но не определены вертикальные взаимосвязи их полномочий и организационные полномочия руководителя службы. Здесь применим опыт организации служб исполнения в России в части непосредственного контроля за делопроизводством и соответственно освобождения судей от этих функций. Кроме того, при этом может быть учтен положительный опыт частноправовой формы организации исполнения в части введения должности помощника судебного исполнителя и привлечения различных специалистов (бухгалтеров для проверки удержаний из заработной платы нанимателями, оценщиков и т.п.). Экономически это менее затратный способ, который не будет способствовать существенному увеличению затрат по исполнению, что называется в качестве следствия реализации частноправовой организации исполнения.

Независимо от статуса судебного исполнителя (государственный служащий, а также частный исполнитель) необходимо закрепление его полномочий по фиксации правонарушений сторон и других лиц в исполнительном производстве посредством составления протоколов об административных правонарушениях не только по составам, касающимся исполнительного производства, но и за неуважение к суду. Последнее не предусмотрено ПиКоАП Республики Беларусь. Предоставление судебному исполнителю права налагать административные штрафы представляется неце-

лесообразным в связи с функциональным распределением полномочий между судом и судебным исполнителем как гарантии режима законности.

2. Основные полномочия по совершению исполнительных действий, а также постановлений по процессуальным вопросам, разграничение компетенции общих и хозяйственных судов по исполнению закреплены в ГПК и ХПК Республики Беларусь и, по нашему мнению, должны этими кодексами регулироваться и в будущем. При этом необязательно синхронно, а по мере создания соответствующих условий. Например, расширение компетенции судебных исполнителей хозяйственных судов по разрешению вопросов приостановления, прекращения исполнительно производства по делу и других обусловлено уже достигнутым уровнем их квалификации и осуществлено в 2007 году. Аналогично эти же вопросы могут быть урегулированы в ГПК в ближайшее время.

Кроме того, правила исполнительного производства по обращению взыскания соответственно на имущество юридических лиц и граждан будут постоянно корректироваться с учетом изменений в гражданском и хозяйственном праве.

По этим соображениям отсутствует необходимость разработки и принятия Закона «Об исполнительном производстве». Кроме этого зарубежные законы об исполнительном производстве неосновательно дублируют целый ряд институтов гражданского процесса (о принципах, об участниках исполнительного производства, представительстве, правопреемстве и др.).

В связи с отставанием в отражении новелл гражданского законодательства в исполнительном производстве в виду либерализации гражданского оборота некоторых ценностей следует предусмотреть общее правило, что при отсутствии специальных правил реализации имущества и иных ценностей судебный исполнитель применяет правила гражданского законодательства, в том числе обязаны заключать договоры на реализацию с профессиональными участниками рынка (например, при реализации ценных бумаг).

Дуализм систем исполнения помимо преимуществ специализации выявил и недостатки такой организации служб исполнения.

Существование отдельных, организационно не связанных служб исполнения при общих и хозяйственных судах после установления в качестве условия возбуждения дел о банкротстве (несостоятельности) наличия неисполненного исполнительного документа привело к конкуренции прав на обращение взыскания на имущество одного и того же должника между судебными исполнителями общих и хозяйственных судов. В качестве первой меры по устранению этих проблем и с целью организации взаимодействия служб исполнения было предоставлено судебным исполнителям хозяйственных судов право поручить совершение отдельных исполнительных действий (наложение ареста, контроль за реализацией имущества должником и др.) судебным исполнителям общих судов, путем вынесения постановления, к которому прилагается копия исполнительного документа. Такое же право должно быть предоставлено судебным исполнителям общих судов посредством вынесения постановлений о поручениях с приложением заверенной копии исполнительного документа. Институт поручений одного судебного исполнителя другому, находящемуся на другой территории, весьма перспективен для концентрации всей совокупности исполнительных действий в одном производстве, но выполнении их несколькими исполнителями.

Взаимодействие служб исполнения возможно, кроме института поручений, урегулировать через институт межотраслевого сводного исполнительного производства, либо посредством института присоединения к исполнительному производству, возбужденному ранее. В последнем случае необходимой предпосылкой является электронный реестр исполнительных производств или должников.

3. Необходимо четче и одинаково урегулировать проблему различной юридической силы судебных и несудебных исполнительных документов. В частности, исполнительные надписи нотариусов, несудебные постановления об административных штрафах являются основанием для бесспорного списания со счетов юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. В хозяйственном процессе складывается практика о непризнании исполнительной надписи как исполнительного документа достаточного для обращения взыскания на имущество юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Для реализации контроля суда за обеспечением обращения взыскания на имущество назрела потребность установления судебного порядка выдачи судебного исполнительного документа для принудительного исполнения неисполненных добровольно или в бесспорном порядке несудебных исполнительных документов, либо с целью соблюдения конституционных ограничений исполнение начинать за счет заработной платы и иных доходов.

Представляется, что факт выдачи судебного исполнительного документа возлагает на суд обязанность по контролю за его исполнением как в гражданской (хозяйственной) процессуальной форме, так и в иных формах, включая делопроизводственную, позволяющую иметь реальную статистику исполненных (а также неисполненных) исполнительных документов по количеству и суммам исполнения, а не статистику законченных исполнительных производств (точнее, законченных

исполнительных процедур), которая не отражает реальное исполнение, а чаще всего факт частичного исполнения. Статистка в рамках исполнительного производства должна быть сохранена.

4. Несмотря на хорошие темпы компьютеризации судов, внедрение ряда компьютерных программ, обеспечивающих потребности делопроизводства, архивирование судебных решений, имеется отставание в обеспечении оперативного доступа судебных исполнителей ко всем имеющимся в Республике Беларусь реестрам и регистрам (о недвижимости; юридических лиц и предпринимателей и др.) Решение этих технологических и правовых задач в Законе о судебных исполнителях позволило бы значительно усилить оперативность получения информации на стадии подготовки к совершению исполнительных действий, а также оперативному выбору способа исполнения – обращение взыскания на имущество либо заработную плату должника.

В последнем случае очень важно по незначительным суммам взыскания не использовать затратный по времени механизм получения информации об имуществе, а также трудоемкий процесс обращения взыскания и реализации имущества должника. Это возможно путем увеличения размера сумм, которые подлежат взысканию из заработной платы (30–40 процентов одноразовое удержание), а также в целом в пределах сумм до средней заработной платы в Республике Беларусь.

Следует продумать возможность по соглашению сторон использовать альтернативные существующие в законе формы реализации имущества, кроме публичных торгов при реализации недвижимого имущества. В частности, для реализации технически сложных вещей использовать специализированные магазины. Судебный исполнитель должен обеспечить оформление прав на недвижимость в рамках исполнительного производства, либо утвердить обязательства покупателя по оформлению этого имущества.

Комментарии к отчету по теме «Исполнение судебных постановлений» международного эксперта проекта Соленик Д. В.[540] [541]

1. ВВЕДЕНИЕ / EXECUTIVE SUMMARY

1.1. Поле исследования

Настоящее исследование основано на сопоставлении выводов национального эксперта о практике исполнения судебных постановлений в Республике Беларусь[542] с тремя признанными международными стандартами в области отправления правосудия.

Для целей анализа, под международными стандартами в области исполнения судебных постановлений и несудебных актов понимаются принципы осуществления правосудия, установленные следующими международными и региональными инструментами :

• Всеобщая Декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года, предусматривающая в ст. 8 обязательство по эффективному восстановлению в правах компетентными национальными судами.

• Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года, установивший в ст. 2 обязательство государства обеспечить любому лицу, права и свободы которого нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

• Европейская Конвенция (Совета Европы) о защите прав человека и основных свобод, гарантирующая каждому человеку в ст. 6 право на справедливое судебное разбирательство компетентным беспристрастным судом в установленный законом срок.

• Рекомендация Комитета министров Совета Европы № 16 (Rec(2003)17) об исполнении административных и судебных постановлений от 9 сентября 2003 г.

• Рекомендация Комитета министров Совета Европы № 17 (Rec(2003)17) об исполнении судебных и несудебных актов от 9 сентября 2003 г.

Рекомендация Комитета Министров Совета Европы № 17 имеет особое значение, поскольку является единственным в своем роде актом, идентифицирующим основные общепринятые стандарты в области исполнения судебных постановлений и несудебных актов. Согласно ее преамбуле Рекомендация основана на признании того, что принцип правового государства во всех европейских демократиях «зиждется на **справедливой, эффективной и доступной судебной системе».** Более того, преамбула указывает, что исполнение судебных постановлений «является неотъемлемой частью фундаментального права человека на справедливое судебное разбирательство в разумные срока, согласно ст. 6 Европейской Конвенции (Совета Европы) о защите прав человека и основных свобод».

Более того, правовая доктрина последних десятилетий в государствах романской группы все чаще обращается к экономическому и социологическому анализу правовых и правоприменительных систем[543]. Если рассматривать правосудие как сектор публичных услуг (*Public Service Sector*), а участников процесса в качестве потребителей таких услуг, логично предположить, что последние вправе рассчитывать на определенный уровень качества таких услуг взамен за уплачиваемую ими цену[544].

В силу этой тенденции правосудие, ориентированное на потребности и ожидания граждан (*user-friendly Justice*), постепенно становится эталоном для будущих реформ в этой области.

Основываясь на вышеназванные положения, а также на основные доктринальные позиции, мы выделили три условные группы общепринятых международных и европейских стандартов в области исполнения судебных постановлений: **качество, доступность и эффективность.**

1.2. Методология исследования

Результат анализа соответствия белорусского законодательства и правоприменительной практики вышеназванным международным стандартам и принципам оформлен в виде комментария.

Настоящий комментарий являются реакцией на отчет и рекомендации национального эксперта и этим ограничивается. Анализ не вовлекает никакого дополнительного исследования национального законодательства, статистики и правоприменительной практики.

---

[540] Соленик Дарья Васильевна (Франция), магистр права, советник по правовым вопросам секция стран Центральной и Восточной Европы Швейцарского института сравнительного права.

[541] The present document may also be cited as «D. Solenik, *The Analysis of Conformity of the Belarusian Legislation and Practice to International Standards and Principles in the Field of Enforcement of Judicial Decisions*, Lausanne, 2009».

[542] Колядко И. Н. Отчет Национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь, Минск, 2009. Далее – *Отчет*.

[543] Posner Richard A. *Economic analysis of law*, New York : Aspen Law & Business, cop. 1998.

[544] Thomas R. «*Civil Justice Review – Treating Litigants as Consumers*», Civil Justice Quarterly 1990. P. 51–60.

1.3. Структура исследования

Настоящее исследование основано на сопоставлении выводов национального эксперта о практике исполнения судебных постановлений в Республике Беларусь с тремя признанными международными стандартами в области отправления правосудия, а именно, с требованиями о качестве отправления правосудия (**1**), о доступности системы (**2**) и об эффективности ее функционирования (**3**).

2. КАЧЕСТВО СИСТЕМЫ И УСЛУГ ПО ИСПОЛНЕНИЮ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Критерий «качества» применим как к самой системе исполнения решений, так и к ее функционированию.

2.1. Качество правового регулирования

Системность, внутренняя слаженность и « обкатанность » правовой базы исполнительного производства и исполнительной системы очевидно являются гарантией эффективности их функционирования.

В связи с этим периодический анализ (мониторинг) существующих правовых норм на предмет их соответствия нуждам службы и ожиданиям граждан отражает способность системы к самодиагностике и оперативному реагированию на возникающие дисфункции.

2.1.1. Правовое регулирование статуса судебных исполнителей

Согласно замечаниям национального эксперта (*см. отчет, стр. 19, Рекомендация 1*) система законодательных актов Республики Беларусь характеризуется неполнотой регулирования статуса судебных исполнителей. Вновь принятый Кодекс о судоустройстве и статусе судей ограничивается лишь упоминанием о них.

Согласно Рекомендации Совета Европы № 17 об исполнении судебных и несудебных актов (часть IV, п. 2) « статус, роль, ответственность и полномочия судебных исполнителей должны быть предписаны законом, чтобы обеспечить в наибольшей степени правовую определенность и прозрачность для всего процесса исполнения»[545].

Необходимость обеспечения правовой определенности и прозрачности процедур исполнения как для судебных исполнителей, так и для всех участников процесса, бесспорно, обусловливает целесообразность принятия Закона «О судебных исполнителях». В свете Рекомендации № 17 представляется, что названные принципы правовой определенности и прозрачности процедур исполнения должны стать фундаментом и связующей нитью для нового блока норм. Во избежание наследования новым законодательством проблем предыдущего законодательного блока, выработке норм должен предшествовать широкомасштабный мониторинг правоприменительной практики с участием всех заинтересованных лиц (судебных исполнителей, судей, граждан, *etc.*). Учет мнения сторон исполнительных производств представляется особенно важным, при принятии социально-ориентированной концепции правосудия[546], а также для повышения уровня доверия граждан к судебной системе в целом и к исполнительному правосудию в частности[547].

При этом следует иметь в виду, что Рекомендация № 17 отдает приоритет именно **законодательному регулированию** полномочий судебных исполнителей, вне зависимости от их статуса и отраслевой принадлежности. Отчет национального эксперта отмечает существующую проблему разноуровневости нормативных правовых актов, регулирующих полномочия судебных исполнителей при общих и хозяйственных судах (*отчет, стр. 7, абз. 3 in fine – 8*). Во избежание проблем правоприменения, желательно предпринять межотраслевое или отраслевое законодательное закрепление всей совокупности возможных исполнительных действий.

2.1.2. Правовое регулирование принудительных мер воздействия на должника

Из заключений национального эксперта очевиден транзитный (переходный) характер постсоветского законодательства Республики Беларусь в части материального и процессуального законодательства (*отчет, стр. 4 in fine – 5*).

При этом качество нормативной базы исполнительного производства отражает продуманность и последовательность нормотворческой политики, которая легла в ее основу. Так, если положения Гражданского и Хозяйственного процессуальных кодексов в части исполнительного синхронизи-

---

[545] Council of Europe, Recommendation Rec(2003)17of the Committee of Ministers to member states on enforcement adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003.

[546] Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law, adopted on 9 September 2003.

[547] *Cf.* the Preamble of the Council of Europe Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law: «*Considering that it is* ***necessary to maintain the trust of private persons in the administrative and judicial system*** *and that, for this reason, both decisions by administrative authorities entailing obligations for private persons and judicial decisions in the field of administrative law recognising rights for private persons should be executed*» (words and expressions put in bold by the author – *D.S.*).

рованы с нормами Гражданского кодекса[548], то последующая кодификация иных отраслей гражданского законодательства не сопровождалась одновременным обновлением норм об исполнительном производстве (отчет национального эксперта, стр. 5). В результате гражданское и процессуальное законодательство на сегодняшний день не содержат «развернутого регламента [совершения исполнительных действий] » в сфере, регулируемой земельным, брачно-семейным законодательствами, законодательством об административных правонарушениях и т.д. и не отражает исчерпывающим образом перечень мер воздействия на должника с целью принудительного исполнения.

Наличие подобных лакун в правовом регулировании процедур исполнения содержит в себе риск правовой неопределенности и противоречит интересам скорого, экономичного и эффективного исполнения постановлений в указанных областях. С одной стороны, недостаточность правовой базы не дает судебному исполнителю четкого представления о доступном арсенале средств принуждения. С другой стороны, стороны исполнительного производства не могут заранее разумно предвидеть возможность принудительных действий, порядок и сроки их осуществления. В связи с этим предложение национального эксперта по обновлению норм ГПК и ХПК в части видов мер принуждения в области земельных, брачно-семейных, административных и иных правоотношений представляется необходимым и оправданным, с точки зрения Рекомендации Совета Европы № 17 об исполнении судебных и несудебных актов (часть IV, п. 2).

2.2. Качество системы исполнения

2.2.1. Автономия судебных исполнителей

Как следует из отчета национального эксперта, на момент судебной реформы большинство судебных исполнителей не имели высшего юридического образования (отчет, стр. 5, абз. 2, *in fine*). По этой причине за судом было сохранены полномочия по разрешению основных вопросов движения и завершения исполнительного производства (об отложении исполнительных действий, о приостановлении исполнения, о прекращении исполнения, о возвращении исполнительного документа взыскателю).

На наш взгляд, при таком распределении полномочий, при разрешении ряда ключевых вопросов процесса исполнения судебный исполнитель находится в прямой зависимости от усмотрения суда, и автономия его ограничена.

В международной практике автономия судебных исполнителей, то есть возможность принятия ими самостоятельных решений на ключевых стадиях процедур исполнения, считается фактором скорости и эффективности исполнительного производства[549]. В Западно-Европейской и Северо-Американской доктринах принято говорить о *флюидности* процесса исполнения решений – когда реализация исполнительных действий происходит в разумные сроки без излишних процессуальных и административных препятствий и необоснованных задержек и периодов вынужденного бездействия. Как правило, автономия судебного исполнителя обратно пропорциональна вовлеченности суда в процесс исполнения. Так, в системах, где законодательство обязывает судебного исполнителя испрашивать одобрение суда для совершения определенных процессуально-значимых действий, исполнительное производство требует бóльших временных затрат, нежели в системах, где судебный исполнитель автономен в принятии аналогичных решений. Более того, возложение на суд обязанности разрешения основных вопросов движения и завершения исполнительного производства является потенциальным фактором перегрузки судей и неизбежного растягивания сроков рассмотрения дел, что противоречит принципу рассмотрения дел в разумный срок[550]. В связи с этим особый интерес представляет замечание национального эксперта о признании статуса судебных документов за постановлениями судебных исполнителей в соответствии с ч. 6 ст. 118 ГПК (*отчет, стр. 7 абз. 1*). С точки зрения эффективности исполнительных процедур эта мера заслуживает одобрения, поскольку позволяет расширить полномочия судебных исполнителей по самостоятельному разрешению вопросов процессуального характера от возбуждения производства до действий по завершению исполнительного производства.

В целях оптимизации исполнительного производства, представляется необходимым рассмотреть возможность перераспределения компетенций между судом и судебным исполнителем, для придания последнему большей автономии при разрешении вопросов о движении и прекращении исполнительного производства при оставлении за судом основных контрольных полномочий. При этом механизм взаимодействия между судом и судебным исполнителем должен стать предметом

---

[548] Согласно Концепции судебно-правовой реформы о кодификации материального и процессуального законодательства в 1998–1999 гг.

[549] Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, Council of Europe, CEPEJ Studies, n° 8, Strasbourg, 2008. P. 16, 75.

[550] См. ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

детального законодательного регулирования с целью обеспечения правовой определенности и избежания возможных дисфункции и процедурных задержек (см. *отчет, стр. 10 in fine – 11*). Если единственным препятствием в этом отношении является уровень профессиональной подготовки судебных исполнителей, то этот вопрос необходимо рассмотреть в приоритетном порядке, тем более что уровень образования вспомогательного персонала юстиции (судебных исполнителей, нотариусов, адвокатов, секретарей судебного заседания) считается важным индикатором качества судебной системы в целом[551].

2.2.2. Профессиональная подготовка судебных исполнителей

Вопрос о профессиональной квалификации судебных исполнителей имеет прямое отношение к качеству системы исполнения судебных постановлений. Высокие требования к профессиональной подготовке специалистов при доступе к профессии и в процессе ее осуществления – основа профессиональной солидарности и престижа профессии в глазах граждан. Помимо этого, выработка единых требований к профессиональной подготовке и контроль их реализации является гарантией единого стандарта качества услуг по исполнению судебных постановлений[552].

На сегодняшний день говорить о гармонизации требований к профессиональной квалификации судебных исполнителей на европейском континенте говорить не приходится. Тем не менее доступ к профессии в большинстве государств обусловлен наличием диплома о высшем юридическом образовании[553] и/или опыта профессиональной деятельности[554] в определенной сфере[555].

Что же касается специальной профессиональной подготовки, законодательства европейских государств также далеки от единства. Из 43 государств – членов Совета Европы, участвовавших в проекте « Оценка эффективности судебных систем в Европе »[556], 32 указали о существовании специальной программы обучения или квалификационного экзамена для доступа к профессии. В 11 государствах такой системы нет[557]. Однако сравнительный анализ систем позволяет установить очевидную связь между статусом судебных исполнителей (публичным или либеральным) и системой подготовки таких специалистов. В странах, где исполнение судебных постановлений относится к компетенции суда (Босния и Герцеговина, Хорватия, Дания) и/или к компетенции судебных исполнителей, имеющих статус государственных служащих (Андорра, Азербайджан, Болгария, Дания, Греция, Норвегия, Сербия), специальная подготовка и квалификационный экзамен законодательством не предусмотрены. Во всех же странах, где судебный исполнитель пользуется либеральным статусом (за исключением Монако), профессиональное обучение и селективный квалификационный экзамен являются нормой.

Система непрерывной профессиональной подготовки судебных исполнителей также является гарантией качества услуг по исполнению судебных постановлений. В связи с этим особый интерес представляет нарастающее количество национальных инициатив по созданию специальных центров непрерывного обучения или по организации программ совместного обучения судей и судебных исполнителей[558].

Все вышеназванные соображения по поводу начальной и непрерывной подготовки судебных исполнителей могут быть приняты во внимание при последующей разработке Закона « О судебных исполнителях».

---

[551] См. ранее цитируемую Рекомендацию Совета Европы Rec(2003)17, в особенности часть IV, 8, которая рекомендует, что *«судебные исполнители должны проходить предварительное обучение и непрерывную профессиональную подготовку согласно четко определенным целям и задачам».*

[552] Dujardin, R. *« Les huissiers de Justice en droit comparé»*, European Journal of Law Reform, Vol. VIII, n°1. P.113–131, §11.

[553] Диплом о высшем юридическом образовании или о сравнимом уровне специальной профессиональной подготовки обязателен при доступе к профессии судебного исполнителя в Англии и Уэльсе, Бельгии, Дании, Испании, Эстонии, Финляндии, Франции, Венгрии, Ирландии, Латвии, Литве, Люксембурге, Нидерландах, Польше, Португалии, Словакии, Словении, Чехии, Швеции.

[554] В Королевстве Нидерланды статья 5 Закона о судебных исполнителях от 26 января 2001 г. (*Wet van 26 januari 2001 tot vaststelling van de Gerechtsdeurwaarderswet*) предусматривает обязательную стажировку (см. ст. 5, § 1, lit. b). Стажировка длится два года (см. ст. 5, § 1, lit. c). Порядок ее прохождения детализирован в Декрете от 4 июля 2001 года (*Besluit van 4 juli 2001, houdende nadere regels inzake de opleiding tot kandidaatgerechtsdeurwaarder en de stage van de toegevoegd kandidaatgerechtsdeurwaarder (Besluit opleiding en stage kandidaat-gerechtsdeurwaarder)*.

[555] Помимо этого в большинстве случаев к кандидату предъявляется требование о гражданстве государства, в котором он/а претендует осуществлять деятельность судебного исполнителя, и требование о высоких моральных качествах. Детальная информация о требованиях, предъявляемых при доступе к профессии судебного исполнителя в европейских государствах см. Официальный сайт Международного союза судебных исполнителей: http://www.uihj.com, закладка «*Information – Europe*» [date of access: 25.03.2009].

[556] European Commission for the Efficiency of Justice, *European judicial systems*, Edition 2006 (2004 data), CEPEJ(2006) EvaluationE, 5 October 2006.

[557] Андорра, Азербайджан, Босния и Герцеговина, Болгария, Хорватия, Дания, Греция, Ирландия, Монако, Норвегия, Сербия.

[558] Напр., the *European Enforcement Training Center* (EETC) в Болгарии; *the National Institute of Justice* в Молдове.

2.2.3. Модели организации службы судебных исполнителей

Отчет национального эксперта делает особый акцент на существующие проблемы в организации государственной службы по исполнению судебных постановлений. Несмотря на единство статуса судебных исполнителей в Республике Беларусь (государственные служащие), существующая система характеризуется некоторым **дуализмом в плане ведомственного подчинения**. Так, судебные исполнители при районных (городских) судах одновременно подчинены органам Министерства юстиции и суду. Судебные исполнители хозяйственных не находятся в подчинении Министерства юстиции; в их отношении сохраняется подчиненность руководителям служб исполнения хозяйственного суда и хозяйственному суду (*отчет, стр. 6, абз. 3*).

А. Специализация судебных исполнителей и механизмы взаимодействия между службами исполнения

В мировой практике нарастающая **тенденция специализации судебной и околосудебной деятельности** вполне оправдывает существование отдельных, организационно не связанных служб исполнения, при условии четкого законодательного разграничения их полномочий и правил разрешения коллизий компетенции[559]. При статистически обоснованном количестве судебных исполнителей, специализация их деятельности позволит оптимально перераспределить ежедневную нагрузку и гарантировать более адресное, а значит – более квалифицированное решение проблем.

Согласно замечаниям национального эксперта в существующей в Республике Беларусь дуалистической модели организации служб исполнения при общих и хозяйственных судах недостаточно разрешена проблема потенциальной конкуренции полномочий на совершение исполнительных действий между судебными исполнителями двух систем при возбуждении дел о банкротстве (*отчет, рекомендация 1, стр. 21*). В связи с этим институт поручения (делегирования) отдельных исполнительных действий, несомненно, призван стать одним из каналов сотрудничества между двумя службами исполнения и инструментом предотвращения и разрешения коллизий компетенций, при условии равной возможности использования такого института обеими категориями судебных исполнителей. Полагаем целесообразным исследовать возможность законодательного закрепления механизма поручений как для межсистемного сотрудничества, так и для внутрисистемного сотрудничества судебных исполнителей с различной территориальной юрисдикцией.

В целях обеспечения нормального функционирования служб по исполнению судебных постановлений и принимая во внимание принципы правовой определенности и прозрачности деятельности таких структур[560], вышеописанные формы и сотрудничества служб исполнения должны стать предметом детального и исчерпывающего правового регулирования в Законе « О судебных исполнителях».

Б. Ведомственная подчиненность и контроль (мониторинг) качества исполнения судебных постановлений

Практика «двойной подчиненности» судебного исполнителя суду и Министерству юстиции является характерной чертой для систем Центральной и Восточной Европы[561]. Среди стран – членов Совета Европы, такой тандем контрольных органов используется в Азербайджане, Хорватии, Латвии, Литве, Молдове, Польше, Чехии, Румынии и Словении[562]. Отражая особое, срединное положение судебного исполнителя по отношению к судебной и исполнительной ветвям власти, «двойная подчиненность» означает возможность двойного или двухуровневого контроля за законностью его действий. Эффективность такой системы контроля в названных странах по сей день не ставилась под вопрос и не стала предметом углубленного исследования. Тем не менее представляется необходимым удостовериться, не является ли множественность субъектов контроля препятствием для эффективного функционирования системы исполнения и отвечает ли она потребности обеспечения качества услуг по исполнению судебных постановлений.

Эти вопросы могут стать предметом самостоятельного исследования, направленного на изучение эффективности контрольных функций суда и Министерства юстиции. Такое исследование должно опираться на статистические и эмпирические данные о количестве и видах контрольных процедур, о количестве и основных причинах жалоб, о сроках их рассмотрения, о наиболее частых нарушениях и их причинах, о количестве и видах примененных санкций. Такое исследование

---

[559] Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, cit. P. 29.

[560] См. ранее цитируемую Рекомендацию Совета Европы Rec(2003)17 об исполнении судебных и несудебных актов, в особенности часть IV, § 2, в соответствии с которой *«статус, роль, ответственность и полномочия судебных исполнителей должны быть предписаны законом, чтобы обеспечить в наибольшей степени правовую определенность и прозрачность для всего процесса исполнения».*

[561] Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, cit. P. 53.

[562] European Commission for the Efficiency of Justice, European judicial systems, Edition 2006 (2004 data), CEPEJ(2006) EvaluationE, 5 October 2006.

позволит оценить способность системы своевременно обнаруживать дисфункции и выяснять их причины. Согласно данным Европейской комиссии по эффективности Правосудия (CEPEJ, 2006) в 39 государствах-респондентах, наиболее часто встречаемой причиной жалоб и возбуждения контрольных процедур является чрезмерная длительность исполнительного производства (см. таблицу ниже):

Мотив жалобы	Число государств, признающих данный тип жалоб как наиболее частый	Соотношение с общим числом государств-респондентов, %
Чрезмерная длительность процедуры	34	87
Неисполнение постановления	16	41
Чрезмерные процедурные издержки	15	38
Незаконность действий	12	31
Недостаток информации	12	31
Недостаточность контроля	5	13
Иные мотивы	8	21

В свете этих данных особый интерес представляет вопрос о наличии или отсутствии **норм профессиональной этики судебных исполнителей** (так называемых стандартов качества), об их содержании и о контроле их исполнения. Согласно части IV, пункту 4 Рекомендации Совета Европы № 17 об исполнении судебных и несудебных актов *«судебные исполнители быть достойны и компетентны при исполнении ими своих должностных обязанностей и должны всегда действовать согласно признанным высоким профессиональным и этическим стандартам. Они должны быть беспристрастны в отношениях со сторонами и подвергаться профессиональному контролю и мониторингу, в том числе и контролю со стороны суда».* По данным Европейской комиссии по эффективности Правосудия (CEPEJ, 2006), среди 44 государств-респондентов нормы профессиональной этики или стандарты качества услуг по исполнению судебных постановлений существуют в 25 государствах. Помимо этого, вопрос о создании «Единых европейских стандартов качества в области исполнения судебных и несудебных актов» обсуждается в рамках рабочей группы по исполнению CEPEJ-GT-EXE[563], которая создала единую платформу для обсуждения этого вопроса с участием представителей профессии судебных исполнителей в государствах-членах и иных международных профессиональных организаций, судей, юристов-практиков и иных заинтересованных лиц. Среди общепринятых стандартов качества услуг по исполнению можно отметить обязанность судебных исполнителей вовремя информировать стороны о предпринимаемых исполнительных действиях и объяснять их содержание; прозрачность тарифов за отдельные исполнительные действия; сотрудничество между различными службами исполнения; принятие во внимание и защита интересов должника; обоснованность исполнительных действий и их соразмерность сумме, которая подлежит взысканию, и другие.

Вне зависимости от системы контрольных органов и их компетенции, представляется, что режим и стандарты контроля (надзора, мониторинга) за законностью и качеством исполнения судебных постановлений должны быть едиными для всех судебных исполнителей, вне зависимости от их статуса и структурной подчиненности. В противном случае существует риск расхождения уровня и качества обслуживания.

В. Возможность и целесообразность создания единой службы исполнения судебных постановлений

Создание единой центральной службы исполнения (*отчет, стр. 10, абз. 5 ; стр. 19, Рекомендация 1*) может служить целям придания бóльшей автономии службам исполнения[564], освобождения судов от функции контроля за исполнением несудебных решений[565] и униформизации статуса судебных исполнителей различной отраслевой принадлежности.

Централизация служб исполнения, безусловно, содействует координации деятельности судебных исполнителей, снимает проблему необходимости установления механизмов взаимодействия и делегирования исполнительных действий, способствует выработке, применению единых стан-

[563] См. официальную страницу группы: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/Execution/default_fr.asp [Дата доступа : 27 марта 2009 г.].

[564] См. подраздел 2.2.1 настоящих комментариев «Автономия судебных исполнителей».

[565] См. пункты 3 и 5 списка проблемных вопросов, выработанного на семинаре «Исполнение решений судов» 26 февраля 2008 г., организованного проектом «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

дартов контроля за качеством исполнения судебных постановлений. Централизация служб исполнения, в какой бы форме она не осуществлялась, также приводит к созданию единого организма, представляющего и защищающего интересы профессии[566]. Видимо, ввиду этих причин в сорока странах из сорока семи государств – участниц Совета Европы службы исполнения централизованы на национальном, региональном или локальном уровнях[567].

Представляется, что в описанных национальным экспертом условиях, в Республике Беларусь реформирование института судебных исполнителей с целью приведения всех их категорий к единому знаменателю не является приоритетной необходимостью. Для обеспечения единых условий эффективного взаимодействия, избежания конфликтов компетенций, установления единых стандартов качества и осуществления постоянного и периодического контроля достаточно принятия межотраслевого нормативно-правового акта. Это позволит сохранить отраслевую специализацию судебных исполнителей и избежать длительных и дорогостоящих реформ. Тем не менее вынесение вопроса об объединении судебных исполнителей в представительный профессиональный орган (коллегию) и наделение этого органа законодательно установленными контрольными (дисциплинарными) и представительскими полномочиями весьма желательно, особенно в случае частичной либерализации профессии судебного исполнителя[568]. Этой организации может быть поручена выработка единых стандартов качества исполнения судебных постановлений (*e.g.* Кодекса профессиональной этики).

3.ДОСТУПНОСТЬ УСЛУГ ПО ИСПОЛНЕНИЮ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

3.1. Статус судебных исполнителей

На сегодняшний день, в европейском правовом пространстве не выработан единый подход к статусу судебных исполнителей: последние осуществляют свою деятельность как государственные служащие или как представители либеральной профессии. В некоторых странах осуществлена частичная либерализация сектора исполнения судебных и несудебных актов: наравне с государственной службой исполнения судебных постановлений существуют частные структуры с аналогичной или отличной компетенцией.

Данные, собранные в представленной ниже таблице, дают общее представление о статусе судебных исполнителей в государствах – членах Совета Европы на 2004–2006 годы :

Статус судебных исполнителей		
Публичный (государственный)	**Частный (либеральный)**	**Публичный и частный**
Албания, Германия, Андорра, Австрия, Азербайджан, Босния-и-Герцеговина, Болгария, Кипр, Хорватия, Дания, Российская Федерация, Финляндия, Грузия, Исландия, Италия, Лихтенштейн, Мальта, Молдова, Норвегия, Сан-Марино, Черногория, Сербия, Швеция, Турция, Северная Ирландия, Украина	Эстония, Венгрия, Латвия, Литва, Люксембург, Монако, Нидерланды, Польша, Румыния, Словакия, Словения	Бельгия, Испания, Франция, Греция, Ирландия, Португалия, Чехия, Англия и Уэльс, Шотландия
26 государств	11 государств	9 государств

Источник: Совет Европы, Европейская комиссия по эффективности правосудия, 2004–2006 гг.

Данные, представленные в таблице, демонстрируют явный перевес публичной модели организации служб исполнения решений в регионе Совета Европы. Однако с момента сбора данных (2004) наметилась явная тенденция к полной или частичной либерализации этого сектора[569]. Эта

---

[566] Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, cit. P. 45.

[567] European Commission for the Efficiency of Justice, *European judicial systems*, Edition 2006 (2004 data), CEPEJ(2006) EvaluationE, 5 October 2006.

[568] См. предложение рекомендаций по исполнению судебных постановлений и несудебных актов (*Proposition de lignes directrices à l'attention de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ)*), представленное рабочей группой по «Исполнению судебных постановлений в Европе» 5 декабря 2007 г. на Пленарном заседании Европейской Комиссии по эффективности правосудия 5 декабря 2007 г., пт. 37: *«В интересах нормального отправления правосудия предпочтительно, чтобы профессия судебных исполнителей была организована под эгидой универсального профессионального организма […]. Присоединение судебных исполнителей к такому представительному органу должно быть обязательным».*

[569] См. Закон Республики Словакия n°341/2005 «О судебных исполнителях» (вступил в силу 1 сентября 2005 г.); Закон Республики Болгария «О внесении изменений и дополнений в Закон «Об исполнении судебных решений», июнь 2006 (source: Correctif au rapport Systèmes judiciaires européens, édition 2006, Les études de la CEPEJ n°1. P.140).

тенденция частично объясняется требованиями о либерализации некоторых сфер услуг, предъявляемых Европейским союзом при принятии новых государств-членов[570]. Согласно данным Международного союза судебных исполнителей в 2004 году среди десяти вновь принятых государств – членов Европейского союза, лишь два сохранили публичную модель организации исполнения судебных решений (Кипр и Мальта)[571].

Тем не менее **либеральный статус судебного исполнителя не является международным стандартом в области эффективности правосудия.** В практике европейских государств не выработан консенсус в отношении наиболее эффективной формы организации профессии судебного исполнителя. Напротив, принцип уважения государственного суверенитета требует оставить решение вопроса о выборе приемлемой модели на усмотрение национального законодателя. Так, согласно Рекомендации Совета Европы № 17 (часть IV, § 2) *«Государства свободны определять профессиональный статус судебных исполнителей»*[572].

3.2. Критерии выбора приемлемой модели организации и осуществления профессии

Поиск наиболее адаптированной модели организации и осуществления профессии судебного исполнителя должен сопровождаться тщательным анализом существующей системы на предмет дисфункций и взвешенной оценкой интересов всех действующих лиц.

Как отмечает национальный эксперт (о*тчет, стр. 11, абз. 3*), в Республике Беларусь рассматривается возможность внедрения в существующую публично-государственную систему исполнения судебных постановлений некоторых частно-правовых элементов.

Представляется, что оценка всех «за» и «против» подобной трансформации должна учитывать опыт зарубежных стран со сравнимой правовой и экономической системами.

В свете концепции социально-ориентированного правосудия (*user-friendly justice*), **доступность услуг по исполнению судебных постановлений** должна стать приоритетным мерилом приемлемости либеральной или смешанной модели в Республике Беларусь. При этом доступность должна оцениваться с точки зрения потенциального потребителя такой услуги как в финансовом (**3.2.1**), так и в физическом аспектах (**3.2.2**), принимая во внимание особенности и актуальные нужды системы (**3.2.3**).

3.2.1. Финансовая доступность услуг по исполнению судебных постановлений

Отчет национального эксперта отмечает в качестве возможного отрицательного последствия либерализации сектора услуг по исполнению судебных постановлений относительное **удорожание их стоимости** (о*тчет, стр. 17, абз. 3*).

Позволяя себе не согласиться с точкой зрения национального эксперта, отметим, что стоимость услуг по исполнению судебных постановлений до и после либерализации должна оставаться константной[573]. На самом деле либерализация любого сектора экономической деятельности автоматически приводит к перераспределению финансового бремени расходов с государственного бюджета на частный. Если государство полностью «умывает руки» из сектора исполнения судебных постановлений в результате либерализации, это особенно ощутимо для «потребителя» таких услуг. Потенциальные взыскатель и должник безраздельно несут на себе все финансовое бремя реформы и ощущают ее как удорожание правосудия.

При либеральной (частной) форме организации профессии судебных исполнителей основное **бремя расходов и издержек исполнения ложится именно на стороны.** Одним из распространенных рисков такой системы является то, что быстрое и качественное исполнение решений становится привилегией состоятельных граждан.

Во-первых, для нормального функционирования такой системы необходимо, чтобы взыскатели **авансировали расходы** по осуществлению исполнительных действий. Неуплата аванса может повлечь за собой правомерный отказ судебного исполнителя от осуществления исполнения (см. о*тчет, стр. 17, абз. 3, in fine*). Даже при условии последующего возмещения авансированных средств, это правило обязывает взыскателя к единовременной мобилизации денежных средств, что может стать серьезным препятствием для реализации права на исполнения малообеспеченными гражда-

---

[570] Cf. *Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des Traités sur lesquels est fondée l'Union européenne*, AA2003/ACT/fr_1: http://www.ris.bka.gv.at/EU-Beitritt-PDF/Franzoesisch%20(fr)/2.%20Act/08-Act.fr3.PDF.

[571] http://www.uihj.com [Дата доступа: 27 марта 2009 г.].

[572] Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003)17 to member states on enforcement, of 9 September 2003.

[573] В противном случае объективное удорожание услуг свидетельствовало бы либо о дискриминирующе разных условиях осуществления деятельности государственных и частных судебных исполнителей, либо об искусственном повышении тарифа последних.

нами, при отсутствии эффективной системы государственной помощи в финансировании судебных расходов на стадии исполнения (*Legal Aid, aide judiciaire*).

Во-вторых, либерализация рынка услуг по исполнению судебных постановлений приводит к возможности договорной цены на такие услуги[574]. Свобода сторон устанавливать размер гонорара судебного исполнителя имеет как позитивный, так и негативный потенциал. С одной стороны, свободное установление размера гонорара позволяет взыскателю искать наиболее выгодное предложение услуг и адаптировать уплачиваемую сумму к собственным доходам[575]. С другой стороны, в системах, где размер гонорара по окончании исполнительного производства взыскивается с должника, часты случаи установления завышенного размера гонорара. Поскольку размер гонорара устанавливается по соглашению между взыскателем и судебным исполнителем, и должник в переговорах не участвует, последний не может повлиять на размер собственного финансового бремени по окончании процесса, а это, очевидно, противоречит принципу справедливости и равенства сторон[576].

В-третьих, в так называемых малых спорах[577] предмет измеряется в экономически незначительных суммах (напр. в спорах, проистекающих из потребительских сделок), сумма авансируемых расходов и гонорара судебного исполнителя могут превышать размер взыскиваемой суммы и стать таким образом естественной преградой для исполнения судебных постановлений по таким спорам. Поэтому многие юристы-практики предлагают ввести в правовой обиход термин «соразмерности» («уместности») исполнения судебного постановления[578]. Понятию соразмерности (уместности) исполнения соответствует этический долг судебного исполнителя предупредить взыскателя о возможном превышении суммы расходов по исполнению над суммой предмета взыскания и, в случае согласия взыскателя продолжать исполнение, избирать наименее затратные исполнительные действия.

Ввиду вышесказанного полная или частичная либерализация рынка услуг по исполнению судебных постановлений должна сопровождаться созданием эффективного механизма помощи в финансировании расходов по исполнению (*Legal Aid*), законодательно установленной возможностью полного или частичного освобождения от авансирования расходов по совершению исполнительных действий и/или рассрочки при уплате гонорара судебного исполнителя по причинам социального или материального положения сторон, а также обязанностью судебных исполнителей предусматривать шкалу минимальных/льготных тарифов для определенных категорий граждан.

Что же касается свободы установления размера гонорара судебного исполнителя, границы реализации таковой должны быть четко установлены законом, в целях обеспечения разумной прогнозируемости для сторон стоимости всего исполнительного производства.

3.2.2. Физическая доступность услуг по исполнению судебных постановлений

Согласно мнению национального эксперта (о*тчет, стр. 12, абз. 3*), нахождение судебных исполнителей при судах, а также их публично-государственный статус в наибольшей степени отвечает интересам защиты нарушенных прав и эффективному исполнению судебных постановлений.

Мы предлагаем рассмотреть данный аргумент с точки зрения физической и географической доступности услуг по исполнению судебных постановлений.

С точки зрения географической организации системы исполнения постановлений, прикрепление судебных исполнителей к районным (городским) судам отвечает принципу разумной приближенности структур (*reasonable proximity*) к потенциальным участникам исполнительного производства.

Однако при либеральной или смешанной модели практики судебных исполнителей также организуются в рамках предписанных территориальных зон, с учетом демографических факторов, интенсивности юрисдикционной деятельности и загруженности судебных и административных учреждений.

Более уместным критерием в данном аспекте является не столько статус судебных исполнителей и их структурная привязанность к судам, а их число на душу населения. Судить о достаточности количества судебных исполнителей достаточно сложно, особенно вне контекста рабочей нагрузки последних в силу накопившихся исполнительных производств. Среди стран – участниц Совета Европы большинство располагают менее 5 судебными исполнителями на 100 000 жителей

---

[574] Размер гонорара судебного исполнителя устанавливается по соглашению сторон в Германии, Хорватии, Монако, Нидерландах, Польше, Чехии и Румынии.

[575] Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, Council of Europe, CEPEJ Studies, n° 8, Strasbourg, 2008. P. 38.

[576] *Ibidem*. P. 39.

[577] Англ. «*small claims*», фр. «*petits litiges*».

[578] Фр. «*pertinence de l'exécution*» – cf. Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, cit. P. 34ss.

(21 государство из 38 респондентов)[579]. В 11 государствах число судебных исполнителей колеблется между 5 и 10 на 100 000 жителей; в 5 государствах это соотношение варьируется между 10 и 15, и лишь в одном государстве (Кипр) количество судебных исполнителей на 100 000 населения достигает двадцати (см. таблицу ниже).

Таблица

Число судебных исполнителей на душу населения

Число судебных исполнителей на 100.000 жителей	**0 – 5**	**5 – 10**	**10 – 15**	**15 – 20**	**> 20**	
Государства с публично-государственным статусом судебного исполнителя	Албания, Австрия, Азербайджан, Болгария, Грузия, Мальта, Черногория,Турция, Северная Ирландия	Германия, Андорра, Исландия, Италия, Лихтенштейн, Молдова, Норвегия	Российская Федерация, Финляндия Швеция, Украина	-	Кипр	**21**
Государства с частным (либеральным) статусом судебного исполнителя	Эстония, Венгрия, Латвия, Литва, Люксембург, Нидерланды, Румыния, Словакия, Словения	Монако	Англия и Уэльс	-	-	**11**
Государства со смешанной системой (параллельно существующими государственным и частным статусами судебного исполнителя)	Ирландия, Португалия, Шотландия	Бельгия, Франция, Чехия	-	-	-	**6**
Число государств	**21**	**11**	**5**	**0**	**1**	**38**

Источник: Совет Европы, Европейская комиссия по эффективности правосудия, 2004–2006 гг.

Сравнительный анализ существующих систем позволяет констатировать, что в государствах, принявших либеральную модель организации системы исполнения, число судебных исполнителей на душу населения относительно ниже, нежели в системах публично-государственной модели. Этот факт можно объяснить наличием количественных ограничений в первой группе стран на доступ к профессии (*numerus clausus*), повышенными требованиями в профессиональной подготовке специалистов и наличием высокоселективных квалификационных экзаменов.

В любом случае число судебных исполнителей должно соотноситься с существующей потребностью на исполнение судебных постановлений (*e.g.* со средним количеством незавершенных исполнительных производств). При этом необходимо иметь в виду, что б льшее количество судебных исполнителей на душу населения, безусловно, обеспечивает б льшую доступность услуг по исполнению постановлений, но отнюдь не гарантирует более высокую эффективность системы – последняя зависит от целого ряда критериев.

3.2.3. Учет особенностей и действительных нужд системы исполнения

Отчет национального эксперта отмечает возрастание в Республике Беларусь числа производств о взыскании административных штрафов (о*тчет, стр. 6, абз. 1*) в связи с расширением компетенции судов с 1 марта 2007 г. по рассмотрению дел об административных правонарушениях и увеличением их количества. По словам эксперта, количество таких дел в общих судах достигает более половины производств, а с учетом иных взысканий в бюджет – свыше половины. Особенность таких дел заключается в том, что взыскателем в них выступает государство, а последнее заинтересовано иметь собственный механизм эффективного пополнения бюджета.

В связи с этим особый интерес вызывает замечание национального эксперта об отсутствии в таких условиях достаточных предпосылок использования частной модели исполнения, поскольку для обращения к исполнению такого количества требований о взыскании платежей в государственный бюджет от государства потребуются значительные авансовые платежи (*отчет, стр. 6, абз. 1, in fine*). Однако установление либеральной (частной) системы исполнения судебных постановлений отнюдь не исключает существования параллельной системы исполнения с непересекающейся

[579] European Commission for the Efficiency of Justice, *European judicial systems*, Edition 2006 (2004 data), CEPEJ(2006) EvaluationE, 5 October 2006.

компетенцией, призванной осуществлять взыскания в пользу государства и его структур[580]. Такая смешанная или параллельная система существует в ряде государств с французской (латинской) системой исполнения (Франция, Польша, Словакия). Параллельность систем позволяет перераспределить часть финансового бремени на частный сектор и, таким образом, решить проблему вечной нехватки средств на финансирование правосудия. В этом смысле причиной частичной либерализации сектора услуг по исполнению судебных постановлений является не «отсутствие необходимости государства финансировать деятельность судебных исполнителей» (*отчет, стр. 11, абз. 3, in fine*), а желание государства высвободить часть бюджетных средств и сконцентрировать финансовые усилия на социально-важных исполнительных производствах.

В свете вышесказанного, полагаем, частичная либерализация сектора исполнения судебных постановлений в Республике Беларусь с сохранением судебных исполнителей государственно-публичного статуса отвечает существующей потребности в облегчении бюджетного бремени в области правосудия.

4.ЭФФЕКТИВНОСТЬ СИСТЕМЫ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

4.1. Сроки исполнения судебных постановлений

Отчет национального эксперта практически не содержит эмпирических или статистических данных, которые позволили бы оценить эффективность правосудия Республики Беларусь на стадии исполнения. Важным индикатором в этом отношении являются сроки исполнения судебных постановлений. Согласно юриспруденции Европейского Суда по правам человека исполнение судебного постановления суда любой юрисдикции должно рассматриваться как неотъемлемая часть «процесса правосудия» в смысле статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод[581]. С точки зрения Конвенции исполнение судебных постановлений является не только частью судебного разбирательства (см. *отчет, стр. 10 абз. 2 ; 11, абз. 2*), а всего процесса осуществления правосудия как системы восстановления нарушенных прав[582]. Поэтому текст Конвенции индифферентен к национальному толкованию принадлежности судебного исполнителя к исполнительной или судебной ветви власти – этот вопрос оставлен на суверенное усмотрение национального законодателя. Единственным и конкретным требованием Конвенции является обеспечение эффективного приведения в действие постановления при соблюдении всех процессуальных гарантий справедливого, эффективного и скорого осуществления правосудия.

Это предполагает собой, что на исполнительное производство должны распространяться все процессуальные гарантии статьи 6 Конвенции, включая гарантию разумного срока.

4.1.1. Понятие и критерии разумного срока исполнения судебного постановления

Норма о соблюдении разумного срока исполнения судебного постановления была транспонирована в национальное законодательство практически всех государств – членов Совета Европы. Однако толкование этого понятия пока далеко от единства. Сравнительно-правовой анализ процессуальных законодательств позволяет выделить два основных подхода.

Первый подход заключается в законодательном установлении строгого максимального срока для осуществления исполнительного производства[583].

Второй подход состоит в установлении обязательства завершить исполнительное производство в разумный срок, оставляя определение критериев разумности на усмотрение суда в каждом конкретном случае[584].

Западная правовая доктрина и практика склоняется ко второму подходу, полагая, что каждое исполнительное производство уникально и срок для его завершения зависит от многих факторов, находящихся вне контроля судебного исполнителя. Среди этих факторов важную роль играет, во-первых, желание должника содействовать исполнению. Во-вторых, эффективность исполнительного действия зависит от его платежеспособности и от своевременного доступа судебного исполнителя к информации о его имущественном состоянии. Ввиду непредсказуемости этих факторов, многие государства отказались от установления строгих сроков для исполнительных производств. Тем не менее принцип правовой определенности требует установления четких критериев «разумности» срока, с тем, чтобы дать взыскателю возможность предвидеть длительность исполнительных процедур.

---

[580] В этом смысле см. отчет, стр. 11, абз. 3.

[581] CEDH, aff. *Hornsby c./ Grèce*, arrêt du 19 mars 1997; aff. *Di Pede c./ Italie et Zapia c. / Italie*, arrêts du 26 septembre 1996.

[582] Deharo, G. *«Ce qu'exécuter veut dire... Une approche théorique de la notion d'exécution»*, Droit et procédures, juill.-août 2005, n° 4. P. 208–214, et spéc. 2.

[583] Таково законодательство Германии (для исполнения решений, принятых в порядке ускоренного производства, и для наложения мер, обеспечивающих исполнение последующего решения), Российской Федерации (для решений в области алиментных обязательств), Финляндии и Швеции.

[584] V. Calvez, F. *Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Les Etudes de la CEPEJ n°3, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007, spéc. P. 24–38.

Например, законодательство Республики Молдова устанавливает обязанность совершения исполнительных действий по гражданским[585] и уголовным[586] делам в разумный срок, принимая во внимание сложность дела, поведение сторон, порядок осуществления исполнительного действия[587]. Эти критерии, воспринятые молдавским законодателем из юриспруденции Европейского Суда по правам человека, дают возможность индивидуального подхода к каждому заявленному к исполнению документу.

Помимо этого поскольку успех исполнительного производства зависит от поведения должника и от его платежа способности, прогнозируемость сроков исполнения часто не выходит за рамки одного исполнительного действия. По этой причине разумность срока должна оцениваться не в отношении всего исполнительного производства, а скорее в отношении каждого исполнительного действия[588].

4.1.2. Доступ к информации об имущественном состоянии должника

Срок осуществления исполнительного действия находится в прямой зависимости от доступности информации об имущественном состоянии должника[589]. Национальный эксперт отмечает, что в Республике Беларусь сохраняется отставание в компьютеризации работы судебного исполнителя и в обеспечении оперативного доступа последних к государственным реестрам (*отчет, стр. 22, Рекомендация 4*). В европейских государствах нет единого подхода к обеспечению эффективного доступа к такой информации при соблюдении прав и законных интересов должника и процессуального равенства сторон[590].

Яркой иллюстрацией в связи с этим является инициатива Республики Молдова о создании Единого электронного регистра, дающего доступ к архивам национального кадастрового агентства, государственной автодорожной инспекции, Министерства информации и развития, налоговой инспекции, фондов социальной защиты. В основе создания регистра лежат межведомственные соглашения. Порядок доступа к информации и ее использования строго и детально урегулирован законодательными актами. Доступ к такой информации открыт лишь Департаменту по исполнению в режиме простого чтения (*read-only system*): сведения не могут быть копированы или иным образом извлечены из базы данных[591].

Принимая во внимание позитивный опыт зарубежных государств, порядок доступа к информации об имуществе должника в Республике Беларусь должен стать предметом нормативного регулирования, при этом особое внимание должно уделяться порядку доступа к такой информации, ее использования, воспроизведения, при максимальной защите законных интересов должника и обеспечении возможности судебной защиты последнего в случае нарушений. Представляется, что выработка такого нормативно-правового акта должна согласовываться с нормами о защите персональных данных или идти параллельно с разработкой таковых.

4.3. Контроль за соблюдением сроков исполнения и прочих показателей эффективности системы исполнения

Существование эффективной системы контроля и оперативного реагирования на дисфункции исполнительных процедур является важным показателем «здоровья» судебной системы целом.

Поскольку задержки в исполнении судебных постановлений являются наиболее частым мотивом жалоб в европейских государствах[592], регистрация и учет исполненных и неисполненных исполнительных документов является очень ценной рекомендацией (см. о*тчет национального эксперта, стр. 22, Рекомендация 3*). При этом сбор статистических данных о сроках исполнения постановлений и о задержках должен сопровождаться регулярным контролем с возможностью вы-

---

[585] Ст. 192 Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова, утвержденного законом № 225-XV от 30 мая 2003 г.

[586] Ст. 20 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова, утвержденного законом № 122-XV от 14 марта 2003 г.

[587] F. Calvez. *Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, précité.

[588] В послереформенном немецком процессуальном праве, параграф 25 часть 3 Закона об исполнении (*Exekutionsordnung, 27 mai 1896, RGBl 79, modifié par I 2005/68 (EONov2005), § 68 EO*) предусматривает 4-недельный срок, в течение которого судебный исполнитель обязан исполнить первое исполнительное действие.

[589] См. материалы круглого стола *«Non-exécution de décisions judiciaires internes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe»*, Strasbourg, 21–22 juin 2007, 21–22 juin 2007 par le Service de l'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le contexte du nouveau programme d'assistance au Comité des Ministres pour le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne; Cf. *«Transparency of a Debtor's Assets»* in HESS, B., Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions in the European Union. P. 20–59.

[590] Kenett, W. *The Enforcement of Judgements in Europe*, 2000, Oxford, Oxford University Press. P. 102.

[591] Solenik D. *In-Depth Study on the Functioning of the Judicial System of the Republic Of Moldova,* Joint Programme between the Council of Europe and the European Commission on increased independence, transparency and efficiency of the justice system of the Republic of Moldova, Strasbourg / Chisinau, 2009. P. 41.

[592] См. подраздел 2.2.3 настоящих комментариев «Модели организации службы судебных исполнителей».

явления причин таких задержек и применения санкций. Представляется необходимым установить дисциплинарную ответственность судебного исполнителя за виновную задержку (в случае отсутствия таковой) и контролировать эффективность рассмотрения жалоб на задержки в исполнении. В Республике Молдова, например, судебный исполнитель рискует получить штраф за каждый день просрочки исполнения без уважительной причины[593]. Отметим, что в некоторых государствах стороны имеют возможность требовать компенсации материального ущерба, причиненного им виновной задержкой исполнения[594].

Из 46 стран – участниц Совета Европы, 44 государства предполагают возможность жалобы на дисфункции судебной системы. Однако среди этих 44 государств, лишь 12 обладают системой учета действительного взыскания административных штрафов[595]. Это свидетельствует о том, что оценка эффективности системы правосудия еще не стала общераспространенной практикой. Тем не менее передовой опыт государств, воспринявших такой подход, должен стать ориентиром для будущих реформ в этой области[596].

[593] Solenik D. *In-Depth Study on the Functioning of the Judicial System of the Republic Of Moldova,* cit. P. 43.

[594] Например, в Австрии, Азербайджане, Болгарии, Испании, Исландии, Польше, Словакии, Швеции, Великобритании.

[595] European Commission for the Efficiency of Justice, *European judicial systems*, Edition 2006 (2004 data), CEPEJ(2006) EvaluationE, 5 October 2006, question 31, 119.

[596] См. le Programme Cadre de la CEPEJ *«Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires: le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible»* (CEPEJ (2004) 19 Rev.).Cf. Lhuillier J., Lhuillier-Solenik D., Nucera J.C., Passalacqua J. *Enforcement of Court Decisions in Europe*, cit. P. 80.

XI. ПОКАЗАТЕЛИ ЭФФЕКТИВНОСТИ РАБОТЫ ОРГАНОВ СИСТЕМЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

Отчет о вводном семинаре

24 апреля 2008 года ПРООН и Министерство юстиции Республики Беларусь организовали вводный семинар на тему «Показатели эффективности работы органов системы отправления правосудия». Семинар состоялся в конференц-зале Минского международного образовательного центра.

В семинаре приняли участие 88 человек, которые представляли следующие государственные органы, учреждения и организации:

- Конституционный Суд Республики Беларусь;
- Министерство юстиции Республики Беларусь;
- Генеральная прокуратура Республики Беларусь;
- Верховный Суд Республики Беларусь;
- Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь;
- Республиканская коллегия адвокатов;
- Постоянная комиссия по законодательству и судебно-правовым вопросам Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь;
- Национальный центр законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь;
- юридический факультет Белорусского государственного университета;
- юридический факультет Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь;
- Академия управления при Президенте Республики Беларусь;
- Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета;
- Международный институт трудовых и социальных отношений;
- Гродненский государственный университет.

Работу семинара открыл Александр Анатольевич Симонов, заместитель Министра юстиции Республики Беларусь, выступив с докладом о практике и проблемах оценки эффективности работы органов системы отправления правосудия в Республике Беларусь. О проблемах оценки эффективности работы общих и хозяйственных судов выступили Жанна Борисовна Шкурдюк, заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь, и Татьяна Ивановна Мельник, заместитель начальника главного правового управления – начальник управления законодательства и судебной практики Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. Завершил выступления Виктор Иванович Чайчиц, председатель президиума Минской областной коллегии адвокатов, докладом о практике оценке эффективности работы адвокатуры в Республике Беларусь.

Во второй половине дня участники путем дискуссий в малых группах и презентаций определили список актуальных проблем в белорусском законодательстве и правоприменительной практике и детально обсудили каждую из них в пленарном заседании.

В результате обсуждения участниками был выработан следующий список проблемных вопросов, связанных с оценкой эффективности оценки работы органов системы отправления правосудия:

1. Рекомендуется выработать согласованное понятие «эффективности» при оценке работы органов отправления правосудия.

2. Следует определить перечень органов системы отправления правосудия, эффективность работы которых должна систематически оцениваться.

3. Изучить вопрос о разработке или кодификации системы стандартов, относительно которых должна измеряться эффективность отправления правосудия.

4. Следует изучить вопрос о субъектах и инструментах (в т. ч. опросы общественного мнения) оценки эффективности работы органов отправления правосудия.

5. Разработать систему качественных показателей для оценки эффективности работы органов системы отправления правосудия.

Отчет национального эксперта в области эффективности отправления правосудия Мельник Т. И.[597]

ОБ «ОРГАНАХ СИСТЕМЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ», ЭФФЕКТИВНОСТЬ РАБОТЫ КОТОРЫХ ПОДЛЕЖИТ ОЦЕНКЕ

Правосудие в Республике Беларусь осуществляется судами: общими – посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства, хозяйственными – посредством хозяйственного и административного судопроизводства[598]. Осуществляя правосудие, суд реализует судебную власть, носителем которой он является.

Несомненно, деятельность судов по отправлению правосудия не может рассматриваться изолированно от участия прокуратуры, органов предварительного расследования, адвокатуры, органов юстиции. Представители некоторых из этих органов, например, прокуратуры и адвокатуры, являются лицами, участвующими в деле, или представителями сторон и непосредственно участвуют в судебном разбирательстве, что с очевидностью подтверждает их прямое влияние на процесс отправления правосудия. От качества проведения предварительного расследования и дознания также в значительной степени зависит результат правосудия.

Вместе с тем принимая во внимание центральное место судов и их непосредственную и главенствующую роль в процессе осуществления правосудия, полагаю возможным в рамках темы проекта ограничить перечень органов, деятельность которых подлежит оценке общими и хозяйственными судами.

Участие других органов (оперативность проведения необходимых процессуальных действий, качество предоставляемых материалов, уровень подготовки и квалификации специалистов, участвующих в судебных заседаниях, обеспечение обязательного участия в процессуальных действиях в назначенный судом срок и другое), полагаю, может рассматриваться в качестве факторов, влияющих на результаты деятельности судов по отправлению правосудия, и учитываться при общей оценке.

О ПОНЯТИИ «ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ»

О системе стандартов, относительно которых должна измеряться эффективность отправления правосудия

Эффективность [от латинского effectus – действие] – способность приносить эффект, иметь результат; результативность.

Большое количество нормативных правовых актов Республики Беларусь, международных договоров, участницей которых является Республика Беларусь, упоминает понятие «эффективность» при указании задач, целей, направлений развития регулируемых ими отношений, определении деятельности каких-либо органов. Так, согласно Закону Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» нормотворческие и иные уполномоченные специальные органы (лица) определяют качество, законность и *эффективность* действия нормативных правовых актов. В частности, Национальный центр законодательства и правовых исследований Республики Беларусь изучает практику применения нормативных правовых актов и осуществляет прогнозирование *эффективности* их применения[599]. А, например, Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции[600] около десяти раз упоминает *эффективность* (усилий, принципов приема на работу, правоохранительных мер, выдачи преступников, сотрудничества и пр.).

Отдельные нормативные правовые акты Республики Беларусь содержат определение понятия «эффективность» применительно к регулируемым ими отраслям. Так, например, Бюджетный кодекс Республики Беларусь устанавливает принцип эффективности использования бюджетных средств, согласно которому при составлении, рассмотрении, утверждении и исполнении бюджетов все участники бюджетного процесса должны исходить из необходимости достижения заданных целей с использованием минимального объема бюджетных средств или достижения максимального результата с использованием определенного бюджетом объема средств[601]. В Законе

---

[597] Мельник Татьяна Ивановна, заместитель начальника главного правового управления – начальник управления законодательства и судебной практики Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, член Научно-консультативного совета при Высшем Хозяйственном Суде Республики Беларусь.

[598] Статья 5 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

[599] Статья 77 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. N 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь».

[600] Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 31 октября 2003 г. №58/4.

[601] Пункт 7 статьи 8 Бюджетного кодекса Республики Беларусь (16 июля 2008 г., № 412-З).

«О рекламе» законодатель уравнивает понятия эффективности и доходности рекламируемых видов деятельности[602].

Некоторые нормативные правовые акты упоминают факторы, способные повлиять на эффективность того или иного процесса. Так, в пункте 4 Концепции совершенствования законодательства Республики Беларусь[603] отмечено, что обеспечение *эффективности* нормативных правовых актов достигается соответствующим уровнем организации нормотворческой деятельности. Там же приведены предпосылки повышения *эффективности* нормативных правовых актов, к числу которых отнесены, в частности, адекватный анализ динамики развития общественных отношений, четкая формулировка социально полезных целей и задач их принятия, анализ возможностей и способов достижения социальных целей с помощью механизма правового регулирования общественных отношений, учет *эффективности* действующих нормативных правовых актов на основе правоприменительной практики, определение экономических, социальных, политических и иных последствий принятия нормативного правового акта, своевременное и обоснованное внесение изменений и дополнений в законодательство.

Единичными являются случаи, когда нормативный правовой акт содержит определение (перечисление) критериев (показателей) эффективности. Так, Министерством по управлению государственным имуществом и приватизации Республики Беларусь были утверждены Показатели экономической эффективности использования государственного имущества, сданного в аренду[604]. К числу таковых отнесены темпы роста балансовой прибыли за два последних года аренды, темпы роста объемов производства (работ, услуг) в сопоставимых ценах за два последних года аренды и отсутствие задолженности по платежам в бюджет и другим обязательным платежам на дату подачи предложения. В Основных направлениях денежно-кредитной политики Республики Беларусь на 2006 год[605] важнейшим критерием эффективности работы банков была названа их рентабельность.

Понятие «эффективность правосудия» встречается в нормативных правовых актах достаточно редко, причем, как правило, в преамбулах. Например, в Указе Президента Республики Беларусь от 10 ноября 1998 г. № 540 «О создании хозяйственного суда города Минска»: «В целях повышения *эффективности правосудия* в сфере экономики ПОСТАНОВЛЯЮ: создать с 1 января 1999 г. хозяйственный суд г. Минска путем выделения его из хозяйственного суда Минской области»[606]; в постановлении Министерства юстиции Республики Беларусь от 28 марта 2003 г. № 6 «Об утверждении Положения о порядке проведения конкурса «Лучший районный (городской) суд Республики Беларусь»»: «В целях поднятия авторитета судебной власти, повышения *эффективности* и качества *правосудия*, культуры судебной деятельности, защиты прав и свобод граждан, а также профессионального стимулирования председателей судов, их заместителей, судей и других работников судов Министерство юстиции Республики Беларусь ПОСТАНОВЛЯЕТ: утвердить положение о порядке проведения конкурса «Лучший районный (городской) суд Республики Беларусь»[607].

На прошедшем в марте 2008 года совещании судей Республики Беларусь Президент республики в своем выступлении отметил, что эффективное правосудие является гарантией защиты прав граждан, субъектов хозяйствования и государства, а повышение эффективности правосудия назвал в качестве одного из условий динамичного поступательного развития государства.

Вместе с тем следует отметить, что содержание понятия «эффективность правосудия», несмотря на его достаточно активное использование, в том числе и официальными лицами государства, нормативными правовыми актами, действующими в настоящее время в республике, не раскрывается. При этом со стороны государства и общества предъявляются достаточно высокие и жесткие требования к органам, осуществляющим правосудие, по обеспечению его высокого качества и эффективности.

Представляется, что при оценке правосудия применимо общее правило определения эффективности любой деятельности. Для осуществления реальной оценки эффективности предполагается наличие таких обязательных условий, как четкое определение целей, подлежащих достижению, причем с установлением некоего их «норматива», «стандарта», и фиксация фактических результатов в формах, способами, методами, позволяющими соотнести их с установленным «стандартом».

В числе целей и задач, которое стоят перед судами, законодательство Республики Беларусь называет:

---

[602] Пункт 8 статьи 10 Закона Республики Беларусь от 10 мая 2007 г. № 225-З «О рекламе».

[603] Утверждено Указом Президента Республики Беларусь от 10 апреля 2002 г. № 205.

[604] Приказ от 12 февраля 1998 г. № 24.

[605] Утверждено Указом Президента Республики Беларусь от 21 декабря 2005 г. № 608.

[606] Советская Белоруссия. 1998, № 299, 12 нояб.

[607] Зарегистрировано в Национальном реестре правовых актов Республики Беларусь 28 апреля 2003 г. № 8/9459.

– защита гарантированных Конституцией Республики Беларусь и иными актами законодательства личных прав и свобод, социально-экономических и политических прав граждан, конституционного строя Республики Беларусь, государственных и общественных интересов, прав организаций, индивидуальных предпринимателей; обеспечение правильного применения законодательства при осуществлении правосудия; содействие укреплению законности и предупреждению правонарушений[608] (единые цели и задачи как для общих, так и для хозяйственных судов);

– защита личности, ее прав, свобод и законных интересов, интересов юридических лиц, общества и государства путем быстрого и полного рассмотрения дел об административных правонарушениях, изобличения и привлечения виновных к административной ответственности; обеспечение правильного и единообразного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил административное правонарушение, был подвергнут справедливому административному взысканию и ни один невиновный не был привлечен к административной ответственности[609] (единые цели и задачи как для общих, так и для хозяйственных судов);

– организация процесса по гражданскому делу с минимально необходимыми затратами сил, средств, времени и обеспечение в пределах установленных актами законодательства сроков решения задач гражданского процессуального законодательства[610], к которым относятся обеспечение правильного и своевременного рассмотрения и разрешения судами гражданских дел, исполнения судебных постановлений и других актов, подлежащих исполнению, защита прав и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц, содействие воспитанию граждан в духе уважения и исполнения законов, укреплению системы хозяйствования и различных форм собственности[611] (для общих судов);

– защита личности, ее прав и свобод, интересов общества и государства путем быстрого и полного расследования преступлений, общественно опасных деяний невменяемых, изобличения и привлечения к уголовной ответственности виновных; обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден; обеспечение законности и правопорядка, предупреждение преступлений, защита от необоснованного обвинения или осуждения, незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина, а в случае обвинения или осуждения невиновного – незамедлительная и полная его реабилитация, возмещение ему физического, имущественного и морального вреда, восстановление нарушенных трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав[612] (для общих судов);

– обеспечение законного разрешения споров, возникающих при осуществлении предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, в возможно короткие сроки в пределах, установленных законодательными актами; справедливое судебное разбирательство компетентным, независимым и беспристрастным судом[613]; правильное и своевременное рассмотрение хозяйственными судами дел; исполнение установленных законодательными актами о судопроизводстве в хозяйственных судах судебных постановлений и актов иных органов; содействие становлению и совершенствованию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота; укрепление авторитета судебной власти[614] (для хозяйственных судов).

В данном перечне задач, определенных законодательными актами, отражены ожидания государства, общества. В обобщенном виде их можно сгруппировать следующим образом: 1) защита личности, прав и свобод граждан, государственных и общественных интересов, прав организаций, индивидуальных предпринимателей посредством своевременного и правильного рассмотрения дел компетентным, независимым и беспристрастным судом; 2) воспитательное воздействие на участников судебного разбирательства; 3) содействие укреплению законности и предупреждение правонарушений. Кроме того, существуют также задачи, решение которых ожидается от суда в каждом конкретном случае при рассмотрении дела – гражданами, организациями. В случае решения этих задач надлежащим образом можно вести речь о наличии эффективного правосудия.

Возможно следует согласиться с мнением А. В. Цихоцкого[615] и сформулировать понятие «эффективность» при оценке правосудия как способность осуществляющего правосудие органа (суда) в рамках установленных процессуальных процедур достигать поставленные перед ним цели. При

---

[608] Статья 6 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

[609] Статья 2.1. Процессуально-исполнительного кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях.

[610] Статья 25 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

[611] Статья 5 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

[612] Статья 7 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь.

[613] Статья 3 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

[614] Статья 4 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

[615] Статья «Понятие, критерии и условия эффективности правосудия по гражданским делам» // Гуманитарные науки в Сибири. 2001. № 9.

этом оцениваться такая способность должна посредством соотнесения фактически достигнутых результатов и нормативно установленных.

Полагаю, следует признать, что цели и задачи органов, осуществляющих правосудие в Республике Беларусь, можно считать с той или иной степенью определенности установленными посредством их перечисления в нормативных правовых актах. С некоторой степенью условности можно утверждать, что и отдельные «нормативы», и итоговые «стандарты» и также определены:

а) защита личности, ее прав, свобод и законных интересов, интересов юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, общества и государства – разрешение гражданских и хозяйственных споров, рассмотрение уголовных и административных дел;

б) правильное применение законодательства – отсутствие ошибок, стабильность принятых судебных постановлений, отсутствие отмен или изменений;

в) своевременное рассмотрение дел – соблюдение сроков совершения отдельных процессуальных действий, установленных законодательством сроков рассмотрения дел. Однако вряд ли можно вести речь о том, что это является достаточным для осуществления полной и адекватной оценки достижения целей, которые стоят перед правосудием.

Попытка определить и обосновать показатели оценки эффективности деятельности судов Республики Беларусь была предпринята в 2003 году.

Инициатива установления таких критериев принадлежала Президенту (поручение 22 января 2003 г.). Для участия в работе были привлечены Верховный Суд, Высший Хозяйственный Суд и Министерство юстиции Республики Беларусь. Организацией работы и выполнением координационных функций занималась Администрация Президента Республики Беларусь.

В марте 2003 года Президентом была одобрена двухуровневая система критериев оценки эффективности деятельности судов. Во внимание при этом были приняты сложность и многоплановость работы судебной системы республики, специфичность функций каждого ее звена.

К критериям первого уровня были отнесены:

1. Количество дел:

1.1. поступивших;

1.2. подлежащих рассмотрению (находящихся в производстве суда);

1.3. рассмотренных;

• для системы общих судов: всего дел, в том числе –

а) гражданских;

б) уголовных;

в)административных;

• для системы хозяйственных судов: всего дел в том числе –

а) об экономической несостоятельности (банкротстве);

б) административных;

в) иных.

1.4. количество рассмотренных дел в расчете на одного судью.

2. Качество рассмотрения дел:

– общее количество вынесенных судом постановлений по определенной категории дел (уголовные, гражданские, административные, хозяйственные);

– количество обжалованных (опротестованных) постановлений;

– количество отмененных (измененных) постановлений.

3. Своевременность рассмотрения дел:

– количество дел, рассмотренных в установленные законодательством сроки;

– количество дел, рассмотренных с нарушением процессуальных сроков.

4. Количество дел, по которым судебное разбирательство откладывалось:

– из-за неявки участников процесса (обвиняемого, потерпевшего, сторон, свидетелей, иных лиц);

– из-за неявки адвокатов, прокуроров, экспертов;

– по иным причинам (болезнь судьи, ненадлежащее извещение участников процесса, др.).

5. Количество вынесенных судами частных определений (сообщений, предложений) об устранении нарушений законности, причин и условий, способствовавших совершению правонарушений:

– общее количество рассмотренных судами дел по определенной категории (уголовные, гражданские, административные, хозяйственные);

– количество вынесенных частных определений.

6. Исполненеие судебных постановлений и иных актов, подлежащих исполнению:

– суммы, постановленные к взысканию по судебным постановлениям и иным актам;

– суммы, реально взысканные при исполнении вышеуказанных документов.

7. Укрепление материально-технической базы судов:
– количество построенных зданий судов;
– количество капитально отремонтированных зданий судов;
– количество зданий судов, в которых произведен текущий ремонт;
– наличие в судах оргтехники (компьютеры, принтеры, ксероксы);
– количество приобретенных транспортных средств;
– наличие и функционирование средств связи.

Относительно второго уровня оценки эффективности работы судов и непосредственно судей предполагалась разработка показателей внутрисистемного характера, касающихся работы каждого звена соответствующей судебной системы и каждого судьи, учитывающих такие критерии, как сложность и объемность дел, многоэпизодность, специфику регионов степень нагрузки судей и другое.

Верховным Судом и Министерством юстиции к числу таких критериев были отнесены наряду с количеством рассмотренных дел и материалов сроки рассмотрения дел, качество их рассмотрения, среднемесячное количество дел, рассматриваемых судьей, фактические трудозатраты по рассмотрению дел, профилактическая работа. При этом предполагалось также учитывать сложность дел, количество материалов дела, подлежащих изучению и исследованию (объемность), правильность применения нормативных правовых актов, организацию и культуру судебного разбирательства. Для получения и анализа таких данных были разработаны специальные статистические карточки[616].

Высший Хозяйственный Суд, отмечая, что критерии второго уровня должны соотноситься с задачами, стоящими перед хозяйственными судами, а также с принципом доступности правосудия, участием органов судебной власти в совершенствовании законодательства, формированием судейского корпуса высоко квалифицированными кадрами, общественной оценкой деятельности судебной системы, указал, что разработку таких критериев следует осуществлять после формирования научно обоснованных норм нагрузки на судей. Предлагалось для разработки критериев создать под эгидой Администрации Президента Республики Беларусь рабочую группу в составе представителей судейского корпуса, парламентариев, представителей общественности, научных кругов[617].

В ноябре 2003 года Учреждением «Научно-исследовательский институт труда» Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь была завершена работа по созданию методик установления норм труда для работников судов и нормативов нагрузки судей хозяйственных судов. Были разработаны нормативы времени для определения норм нагрузки судей и нормативы численности судей хозяйственных судов. Согласно принятым документам были утверждены Нормативы времени для установления норм нагрузки судей хозяйственных судов[618]. Нормативы времени предназначались для применения в системе хозяйственных судов для определения нормативной нагрузки судьи и штатной численности судей хозяйственного суда. В основу разработки нормативов времени были положены данные самофотографий рабочего дня, фотохронометражные наблюдения и экспертная оценка судебного процесса с учетом законодательства о судоустройстве и судопроизводстве, инструкции о ведении исполнительного производства по хозяйственным (экономическим) спорам и делопроизводстве в хозяйственных судах, а также отчеты о работе судов и другие материалы.

Вместе с тем реального практического применения данные разработки, к сожалению, не получили.

Начиная с июля 2003 года на основе критериев первого уровня дважды в год информация о результатах работы судов и судей (таблицы, статистические данные, комментарии к ним) направляется Президенту.

Также дважды в год – по итогам полугодия и года – и в системе общих, и в системе хозяйственных судов проводится внутрисистемное обсуждение результатов работы. При оценке достигнутого, как правило, также используются «критерии первого уровня».

Представляется, что существующая в республике схема сбора и оценки информации о результатах деятельности судов по отправлению правосудия (преимущественно статистической) не в полной мере обеспечивает возможность с достоверностью и определенностью судить о достижении целей, поставленных перед судами.

Так, сами по себе статистические показатели по тем или иным позициям не могут однозначно подтверждать или опровергать что-либо. Например, показатель, отражающий количество дел, рассмотренных судами за определенный период времени, с одной стороны, несомненно, отража-

[616] Совместное письмо Верховного Суда и Министерства юстиции от 27 июня 2003 г. № 01-7/03-05/5425.

[617] Письмо Высшего Хозяйственного Суда от 30 июня 2003 г. № 01-05/1398.

[618] Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда от 23 декабря 2004 г. № 14.

ет результаты *деятельности суда по защите личности, прав, свобод и законных интересов гражданина, организации* и т.д. С другой стороны, в отсутствие информации о качестве, полноте, своевременности такой защиты, средствах (человеческих, временных, материальных), затраченных на ее предоставление (получение), вряд ли возможно безоговорочно утверждать об эффективном достижении судом данной цели. В другом случае, при отсутствии дел, рассмотренных с превышением установленных законодательством сроков, можно говорить о *своевременном рассмотрении дел* (еще одна из целей правосудия), однако, если при этом значительное количество таких дел впоследствии будет отменено вышестоящей инстанцией, нет оснований утверждать об эффективности «скорого» правосудия.

Приведенные примеры свидетельствуют о том, что для оценки работы органов, осуществляющих правосудие, в плане ее качества и эффективности требуется комплексный подход, учитывающий целый ряд взаимосвязанных показателей, сформированных как на одномерном, так и на многомерном и многовекторном статистическом анализе практики судов. Так, наряду с ответом на вопрос «сколько», как правило, должна также присутствовать информация о том, «почему столько», «могло ли быть меньше или больше», «хорошо это или плохо», «какие средства были затрачены на полученный результат», «можно ли было достичь результата меньшими силами», «тот ли это результат, который ожидался», «соблюдена ли установленная процедура получения результата», и другое.

О СУБЪЕКТАХ И ИНСТРУМЕНТАХ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ РАБОТЫ ОРГАНОВ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

В настоящее время в республике оценка эффективности работы органов отправления правосудия осуществляется:

- судами – для целей совершенствования деятельности – внутрисистемный контроль;
- органами государственного управления (Администрация Президента, Министерство юстиции) – для целей контроля исполнения судами возложенных на них государством и обществом задач (оценка деятельности судов как инструмента поддержания в обществе определенного правопорядка, контроль необходимости оказания содействия в создании условий для надлежащего функционирования судебной системы, вопросы финансирования, материального оснащения) – государственный контроль;
- гражданами, субъектами предпринимательской деятельности, в том числе при участии юридических фирм (оценка «пользователей» для целей получения информации о возможности получения надлежащей защиты своих прав).

Полагаю, наличие нескольких субъектов, осуществляющих оценку деятельности судов, – позитивный момент. Это может рассматриваться как условие обеспечения контроля выполнения различающихся по своей направленности целей, достигаемых в ходе отправления правосудия.

При отсутствии давления на суд и вмешательства в установленную процедуру рассмотрения дел – оценка результатов и процесса его деятельности может осуществляться различными субъектами: чем больше аргументированных точек зрения, мотивированных выводов по поводу того или иного направления деятельности суда, тем, на мой взгляд, больше шансов получить объективную картину относительно выполнения им возложенных на него задач, приблизиться в итоге к понастоящему независимому видению различных аспектов его деятельности.

При проведении оценки деятельности судов важно в каждом случае определить, чья и какая точка отсчета принимается в качестве исходной, и какие именно аспекты должны оцениваться. Таким образом, выбор тех или иных критериев оценки, способов ее проведения будет напрямую зависеть от того, чьим интересам она призвана служить. Это может быть:

- государственный орган (оценка с позиции государства) – для целей надлежащего финансового обеспечения судов, соблюдения норм нагрузки, наличия необходимого количества судов и судей для обеспечения надлежащей защиты прав и законных интересов граждан и субъектов хозяйствования;
- судьи и руководители судов (внутрисистемная оценка) – для целей улучшения показателей работы суда, судей;
- представители органов прокуратуры, адвокатуры, органов предварительного расследования (межведомственная оценка)
- юристы, участвующие в судебных процессах, юридические фирмы, граждане (оценка «пользователей») – для оценки степени удовлетворенности уровнем отправления правосудия, соответствием полученных результатов ожиданиям.

Кроме того, выбор критериев, способы получения информации для проведения оценки будут также зависеть от предполагаемого масштаба оценки – будет ли оцениваться функционирование судебных систем в целом, либо только деятельность судов, либо только отдельные аспекты деятельности судов.

Так, оценке могут быть подвергнуты показатели, характеризующие:

• уровень организации органов, осуществляющих правосудие (достаточность количества судов, судей; служебная нагрузка);

• достаточность финансирования и материально-технического обеспечения судов (наличие соответствующих зданий, кабинетов для судей и их помощников, секретарей судебных заседаний, помещений для приема граждан, залов судебных заседаний; обеспечение охраны; достаточное количество необходимой оргтехники, литературы; заработная плата, социальные гарантии);

• компетентность, квалификацию судейского корпуса, аппарата судов;

• результаты отправления правосудия (полнота, качество, мотивированность, обоснованность судебных постановлений; правильность применения законодательства; соответствие процедуры рассмотрения дел установленным в законе стандартам; обеспечение доступа к правосудию; адекватность судебных расходов);

• способность влияния судебной практики на изменение (совершенствование) законодательства;

• уровень доверия суду.

В рамках каждого из отмеченных показателей может содержаться целый ряд критериев, в той или иной степени позволяющих оценить исследуемый аспект.

Так, например, для оценки выносимых судами постановлений по результатам по существу рассмотренных дел могут быть предложены к использованию следующие критерии:

• законность и справедливость постановления (решения, приговора);

• аргументированность, убедительность и понятность его мотивировки (при составлении мотивировочной части);

• четкая структура и лингвистическая и грамматическая правильность[619].

В каждом конкретном случае выбор (определение) подлежащих оценке показателей («то, что подлежит оценке») и набор качественных критериев для каждого показателя («то, относительно чего будет проводиться оценка») будет зависеть как от субъекта оценки, так и от целей, которые преследуются в ходе ее осуществления.

В зависимости от выбора цели и масштаба оценки следует определять и инструменты (способы) оценки. В Республике Беларусь практически единственным способом получения информации о деятельности судов является сбор статистических данных о результатах рассмотрения дел. Полагаю, что наряду с официальными статистическими данными, собираемыми в судах на основе информации, фиксируемой по каждому делу, или в ходе тематических проверок, может быть задействован весь имеющийся арсенал способов получения необходимого для оценки материала: и данные по обращениям в соответствующие органы с жалобами на действия судей; и сведения о самооценке судей; и данные опросов – от расширенных, с привлечением широкого круга участников, до «специализированных», проводимых среди участников процессов, представителей прокуратуры, адвокатуры, органов предварительного расследования.

ОПЫТ ОЦЕНКИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДОВ И ЭФФЕКТИВНОСТИ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ В НИДЕРЛАНДАХ

Решение о необходимости функционирования всеобъемлющей системы оценки качества работы судов было принято в 2002 году. В значительной степени оно было обусловлено введением в этом году новой системы финансирования судов – в зависимости от количества рассмотренных дел. Во избежание «увлечения количеством» было решено предпринимать определенные меры, направленные на обеспечение качественного рассмотрения дел. Ранее в различных судах предпринимались попытки выработать критерии оценки качества, но с момента создания Совета юстиции роль организатора и координатора этой работы перешла к данному органу.

Несмотря на принятие Советом решения о всеобъемлющем характере системы оценки качества, ее применение является для судов добровольным.

Среди методов, используемых для получения информации для оценки работы судов, широко используется анкетирование потребителей «услуг, оказываемых судом», судей и сотрудников судов. К 2011 году планируется введение единой системы опросов.

В качестве другого метода получения информации рассматривается аудит (проверки судебных постановлений в ходе посещения судов). Вместе с тем возможность применения данного метода – тема дискуссий, в частности, подвергается сомнению соблюдение при его использовании принципа независимости судей. Предполагается, что критерии для проверки постановлений (позиции, по которым следует изучать постановления) должны быть определены специальной комис-

[619] По материалам книги «Оценка качества разрешения дел в судах: принципы и предлагаемые критерии качества. Проект судов округа Апелляционного суда Рованиеми, Финляндия», 2006.

сией, состоящей из судей, в качестве субъектов, осуществляющих проверку, рассматриваются бывшие судьи, исследовательские и научные институты.

С 2008 года в Нидерландах начато внедрение более конкретизированных критериев, предназначенных для осуществления оценки качества работы судов, так называемая система RechtspraaQ. Завершить ее внедрение во всех судах предполагается в 2010 году. Идея: «Важно, чтобы суды не просто рассматривали какое-то количество дел, но и тратили достаточно времени для получения надлежащего качественного результата». В систему входят шесть критериев.

1. Постоянное обучение судей.

Каждый судья должен пройти в течение года обучение, повысить квалификацию. Для этого отводится не менее 30 часов. Темы, время – регистрируется. По итогам 2008 года 70 % судей соответствуют этому критерию.

2. Рассмотрение дел в коллегиальном составе.

Принимается во внимание соотношение дел, рассмотренных коллегией из трех судей к общему количеству рассмотренных дел. В число дел, рассмотрение которых считается целесообразным в коллегиальном составе, включаются сложные дела, а также дела, которые могут послужить хорошим примером для обучения более молодых судей (например, создается коллегия из одного опытного судьи и двух молодых судей).

3. Прочтение судебного постановления (до его официального оглашения) другим судьей или ассистентом при рассмотрении дела судьей единолично.

Не сплошной метод. Выборочность. По результатам возможно обсуждение, принять или не принять сделанные по результатам прочтения замечания или предложения решает сам судья.

4. Исследование материалов дела.

Принимается во внимание проведение или не проведение судьей в рамках рассмотрения дела дополнительных процессуальных действий – допрос свидетелей, вызов специалиста, выезд на место преступления, осмотр доказательств, назначение экспертизы («да» или «нет).

5. Надлежащим образом мотивированный приговор по уголовному делу (акцент на доказательственную силу положенных в основу вывода обстоятельств).

6. Сроки рассмотрения дел.

Законодательство не предусматривает фиксированных сроков рассмотрения дел. При выборе «норматива» для рассмотрения того или иного спора (в зависимости от его категории) используются статистические данные за несколько лет, учитывается мнение судей. Для некоторых категорий дел устанавливаются две нормы; например, 80 % дел такой-то категории должно быть рассмотрено в срок до двух лет, а 70 % из них – в срок до одного года. Регулярный мониторинг соблюдения сроков. Нарушение сроков обсуждается, выясняется причина, иногда по результатам обсуждения норма может быть уменьшена. Так, например, если 10 % дел изучаемой категории сложно «вписать» в норму, последняя меняется: вместо 100 % указывается 90 %. Выделено 40 категорий дел, по которым определены нормативы по срокам рассмотрения. Срок рассмотрения дела исчисляется с даты получения стороной повестки о назначении дела до даты получения окончательного решения. Срок рассмотрения торговых дел (аналог экономических споров) – 2 года (в 2007 и 2008 году в этот срок было рассмотрено 80 % дел): стороны сами решают, как долго им «судиться», судья по этой категории «не очень старается»… По уголовным делам срок рассмотрения – до 5 недель (90 % дел).

Организация работы по оценке качества (на примере районного суда города Арнхема).

Руководство суда должно обеспечить качественное и своевременное рассмотрение дел. Провозглашен принцип профессионализма оценки – ее осуществляют сами судьи. Для этих целей избираются два судьи, которые освобождаются от основной работы на два дня в неделю. Критерии отбора: профессиональные данные, организаторские способности, навыки преподавания (наставник, тренер). Назначение на такую должность рассматривается как повышение. Продолжают участвовать в рассмотрении дел, причем самых сложных. По итогам работы в дни, свободные от рассмотрения дел, предоставляются отчеты. Каждые 4 месяца информация направляется в Совет юстиции. Предусмотрена ежегодная публикация отчетов по качеству.

Полагаю, несомненный практический интерес представляет информация о способах, при помощи которых сами судьи организуют работу по обеспечению качества рассмотрения дел (на примере двух коллегий суда – уголовной и административной).

Вице-председатель, он же – руководитель коллегии, организует и контролирует работу по качеству в его коллегии.

1. Проведение совещаний, встреч, во время которых обсуждаются вопросы, связанные с качеством рассмотрения дел:

• обсуждение конкретных постановлений, приговоров, решений, представляющих практический интерес и вынесенных судьями, входящими в коллегию, делаются выводы по возможности применения выработанного по делу опыта среди других судей;

• обсуждение практических вопросов (по конкретным обстоятельствам дела);

• обсуждение приговоров, принятых Верховным судом Нидерландов, решений, принятых Европейским Судом по правам человека.

Темы для совещаний могут предлагаться как руководителем коллегии, так и судьями этой коллегии. Периодичность проведения совещаний определяется руководителем коллегии.

2. Лекции.

Могут организовываться как силами самих судей, так и с привлечением внешних лекторов. Необходимость и актуальность тем определяется руководителем коллегии при участии судей – членов коллегии.

3. Практические курсы по мотивировке принятых решений (мастер-классы).

4.«Клуб знаний».

В рамках коллегии – постоянно действующие рабочие группы по более узким практическим вопросам (например, мошенничество, транспортные правонарушения). Периодический (один раз в 1–2 месяца) обмен собранным теоретическим и практическим материалом (выступление судьи), обсуждение новой информации по тематике, конкретных дел в рамках специализации, изучение причин отмен принятых решений вышестоящими инстанциями, сотрудничество с вышестоящими судами в рамках семинаров с участием также и представителей науки (дважды в год). Иными словами, это углубленное изучение специальных вопросов («повышение квалификации судей силами самих судей»). Организационные и координационные вопросы – руководитель коллегии. Страничка Клуба на сайте суда, постоянное обновление информации.

5. Сохранение составов коллегий.

Принцип стабильности, накопление опыта по практике рассмотрения определенных категорий дел.

Приведенный опыт Нидерландов, несомненно, представляет практический интерес для использования в работе системы отправления правосудия Республики Беларусь. Вместе с тем представляется, что для проведения оценки достижения (или не достижения) органами правосудия стоящих перед ними целей, используемые в Нидерландах критерии качества не позволяют однозначно утверждать: да, цели достигнуты или нет, достичь целей не удалось. При этом нельзя не отметить, что их использование гарантирует создание максимально возможных условий для того, чтобы результаты работы судов были положительными.

Полагаю, что в контексте содержания применяемых в работе судов Нидерландов критериев качества и их конечной направленности в условиях Республики Беларусь они могут быть рассмотрены как внутрисистемные критерии оценки эффективности работы органов, отправляющих правосудие.

РЕКОМЕНДАЦИИ

1. Использовать для целей совершенствования организации судебной системы мировой опыт проведения исследований функционирования судебных систем, в частности опыт участия стран – членов Совета Европы в работе Европейской комиссии по эффективности правосудия (ЕКЭП).

Изучить возможность допуска Республики Беларусь в ЕКЭП в качестве наблюдателя или иные возможности участия республики в ее работе, в частности, в работе по подготовке доклада «Европейские судебные системы».

2. В рамках выполнения одной из задач, стоящих перед органами судейского сообщества[620] по совершенствованию судебной системы и судопроизводства, предложить для обсуждения на очередном съезде судей или Республиканском совете судей вопрос о необходимости организации работы над проектом разработки стандартов судебной деятельности для целей оценки ее эффективности, а также для установления практики проведения количественных и качественных преобразований в судебных системах (создание судов, увеличение численности судей) на основе проведенных исследований.

В качестве предварительного шага предложить Верховному Суду, Высшему Хозяйственному Суду, Министерству юстиции Республики Беларусь рассмотреть вопрос о возможности проведения на базе отдельных (выбранных в качестве экспериментальных) судов мероприятий по разработке таких стандартов.

3. При выборе методов содействия повышению качества правосудия, опирающихся на программу оценки его эффективности, принимать во внимание не только интересы государства и собственно системы судебных органов, но и требования «пользователей»: граждан, организаций. Исходя из этого, планировать мероприятия, направленные на привлечение к участию в исследованиях реальных пользователей системы правосудия для выяснения их фактического восприятия функционирования этой системы.

---

[620] Статья 144 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

Возможные элементы программы действий:

• информирование;

• регулярное проведение опросов удовлетворенности пользователей и специалистов системы правосудия;

• рассмотрение жалоб и механизмы борьбы с нарушениями функционирования системы правосудия (планирование и проведение обобщений практики рассмотрения жалоб на нарушения функционирования системы правосудия).

(Предлагается планирование мероприятий, аналогичных социологическому мониторингу «Мнение населения Республики Беларусь о состоянии работы по дебюрократизации государственного аппарата», проведенного Информационно-аналитическим центром при Администрации Президента Республики Беларусь в 2007–2008 годах.)

О комментариях к отчету и рекомендациям профессора Евгения Танчева, судьи Конституционного Суда Республики Болгария

1. Полагаю согласиться с комментарием относительно того, что оценка деятельности отдельных судей представляет ограниченный интерес с точки зрения оценки эффективности или качества деятельности судов.

В комментарии приведена информация о практике предоставления национальными системами отправления правосудия определенной информации о деятельности судебной системы в целом, поскольку последняя существует для того, чтобы служить обществу, и обязательным является ведение документации о том, как система «отрабатывает» деньги, полученные от налогоплательщиков. Отмечено, что в последние годы экономисты привлекли внимание к тому обстоятельству, что хорошо функционирующая судебная система обеспечивает более эффективное функционирование рынков капитала, экономический рост и увеличение числа экономических операций.

Помимо статистики, предоставляемой национальными государственными органами и собственно судебными системами, в настоящее время большое число международных организаций предоставляет сравнительную информацию о результатах деятельности систем отправления правосудия. Как правило, такие оценки полагаются на результаты исследований, проводимых среди экспертов, бизнес-лидеров, юристов или граждан. Среди таких организаций – Всемирный экономический форум, Всемирный банк (ведение бизнеса и BEEPS), Отдел промышленной разведки, IMD, Евробарометр и Исследование европейских ценностей.

В комментарии отмечено, что в мировой практике нет единого подхода к оценке результатов деятельности и эффективности отправления правосудия на уровне судов, а также то, что многие страны по-прежнему находятся на экспериментальном этапе в этой области.

2. То, что отмечено в комментарии как наиболее часто встречающиеся темы в оценке результатов деятельности и реформирования систем отправления правосудия, а именно: эффективность, качество и объективность – актуально и для Республики Беларусь. Сложность количественного выражения конечной задачи правовой системы отмечена в комментарии, она отмечалась и в ходе работы по определению критериев оценки эффективности деятельности судов Республики Беларусь в 2003 году. Бесспорным является также утверждение о сложности сопоставления эффективности с такими качественно выражаемыми целями, как справедливость и независимость, а также другими ценностями и принципами, присущими конституционным демократиям.

Считаю однозначно заслуживающим внимания предложение о возможности использования одновременно нескольких уровней для исследования проблемы эффективности деятельности судов:

1) чисто количественного уровня, позволяющего фиксировать простые соотношения принятых к рассмотрению и законченных производством дел, количественное сравнение рассмотренных дел с затраченными ресурсами;

2) количественного уровня, содержащего в то же время качественные элементы, а именно: учитывающего такие качественные параметры, как сложность, время, необходимое для принятия справедливого и хорошо обоснованного решения и т. д. Например, сложность дела имеет как фактические, так и правовые аспекты. Например, в уголовных делах она определяется характером и серьезностью дела, опасностью совершенного правонарушения, количеством эпизодов, рассматриваемых в рамках одного дела, удаленностью по времени рассматриваемых событий и фактов от проведения процессуальных мероприятий, числом свидетелей и иными проблемами, возникающими в связи со сбором доказательств. Принятие решения в разумные сроки в соответствии со статьей 6 Европейской Конвенции по правам человека можно также рассматривать как важный элемент обеспечения качества и составную часть оценки эффективности системы отправления правосудия. Однако справедливо указывается на возможность возникновения противоречия между ско-

ростью проведения процессуальных мероприятий и иными факторами, относящимися к качеству: «качество правосудия» не должно отождествляться с простой «продуктивностью». Качественный подход должен также учитывать способность системы отправления правосудия отвечать предъявляемым к ней требованиям в соответствии с общими целями системы, среди которых скорость процедур является лишь одним из элементов;

3) комплексного уровня, позволяющего осуществлять сравнение эффективности правосудия с другими ценностями конституционной демократии и принципами справедливости – беспристрастности, независимости, доверием общества, свободой, защитой прав человек и т. д. Это самый трудный подход для анализа баланса между ценностями и количественными значениями.

3. Несмотря на то что в комментарии критически оценен используемый в Республике Беларусь первый уровень критериев оценки эффективности судов, как не в полной мере дающий требуемый результат и имеющий, большей частью, количественный характер (и в крайне ограниченной степени – качественные меры второго уровня), при этом отмечено, что он отражает международный опыт систем судопроизводства и в целом соответствует количественным сравнительным цифрам, которые использовались в других странах. Например, отмечено, что данные, которые с 2003 года подлежат сбору (количество рассмотренных и пролонгированных дел, рабочих часов, вынесенных судебных постановлений), – это те же данные, которые включаются в статистическую матрицу в американских судах в качестве эталонов «эффективности».

Полагаю, представляет практический интерес содержащееся в комментарии замечание относительно опыта Российской Федерации по оценке «качества правосудия». В частности, в комментарии отмечено, что «качество правосудия» оценивается лишь по двум показателям: (1) проценту решений, принятых с превышением сроков, установленных законом, и (2) соотношению между количеством решений, отмененных или измененных судом высшей инстанции на основании жалоб, и количеством первоначальных решений, принятых судом в течение отчетного периода. Обращается внимание на то, что чрезмерное внимание коэффициентам пересмотра может породить негативные тенденции, так как на судей может оказываться повышенное давление, чтобы они согласовывали свои решения с мнением судов высшей инстанции. Это может ставить под угрозу независимость судебной власти, достижение и защита которой в некоторых странах является важной политической целью.

4. Полагаю согласиться с оценкой в качестве одной из существенных причин, объясняющих, почему в Республике Беларусь не были достигнуты результаты по разработке критериев второго уровня по оценке качества работы различных судей и судов, отсутствия общественного вклада в оценку работы органов отправления правосудия. В комментарии поддержана рекомендация о необходимости регулярного проведения опросов удовлетворенности пользователей и специалистов системы правосудия, рассмотрения жалоб о действиях отдельных судей, проведения сравнительных исследований о коэффициенте пересмотра судебных решений на основании жалоб, самооценки и перекрестной оценки судей. Отмечено, что общественный вклад может оказать помощь усилиям белорусского государства в разработке и внедрении критериев второго уровня с учетом влияния качественных показателей в оценке эффективности судов.

5. Вне всяких сомнений заслуживает внимания рекомендация о необходимости:

продолжения работы над системой показателей для оценки эффективности деятельности органов, осуществляющих правосудие, ее активизации с обязательным предложением качественных компонентов, несмотря на то что они трудно поддаются количественному учету и анализу;

• построения системы показателей таким образом, чтобы она соответствовала зарубежному опыту в данной области, и европейскому опыту в частности, главным образом опыту Европейской комиссии по оценке эффективности правосудия;

• использования количественных показателей в контексте с другими эталонами судебной деятельности и с учетом принципов Совета Европы по «Эффективности правосудия», а именно – доступ к правосудию и судам; эффективность правосудия; независимость, беспристрастность, компетентность судей; статус судей; статус и роль прокуратуры; статус и роль юристов; исполнение судебных решений; процесс отправления правосудия.

6. Долгосрочные рекомендации:

1) в части конституционных и законодательных изменений для гарантии независимости и ответственности (подотчетности) системы отправления правосудия, оцениваю критически, поскольку полагаю, что существующее на сегодняшний день в Республике Беларусь законодательство содержит необходимые положения для обеспечения судебной безопасности. Вместе с тем при условии проведения судебной реформы эти вопросы, несомненно, следует принимать во внимание в первую очередь;

2) относительно структурных изменений в управлении органами, осуществляющими отправление правосудия, для обеспечения принципа судебной независимости, а именно, о формирова-

нии высшего юридического совета, создаваемого на пропорциональной основе из представителей Президента, парламента и судебной системы, занимающегося, главным образом, вопросами управления судами, полагаю заслуживающими внимания. Возможным является изучение опыта создания и функционирования подобных образований в других странах, преимуществ наличия такого органа для судебной системы и для общества и государства в целом;

3) о ратификации Европейской Конвенции по правам человека поддерживаю, при несомненном соблюдении всех необходимых политических и юридических условий.

Комментарии к отчету по теме «Показатели эффективности работы органов системы отправления правосудия» международного эксперта проекта Е. Танчева[621].

ОБ «ОРГАНАХ СИСТЕМЫ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ», ЭФФЕКТИВНОСТЬ РАБОТЫ КОТОРЫХ ПОДЛЕЖИТ ОЦЕНКЕ

Согласен с изначальной оговоркой национального эксперта о возможности в рамках темы проекта ограничить перечень органов, деятельность которых подлежит оценке, общими и хозяйственными судами.

Не вызывает сомнения тот факт, что качество правосудия, осуществляемого судами, особенно по уголовным делам, не может рассматриваться в контексте европейской и континентальной правовой семьи изолированно от участия прокуратуры (которая в значительной степени определяет результаты большинства дел за счет качества предоставляемых материалов, сбора свидетельских показаний и принятия решений о задержании, которые редко отменяются судьями) и следователей, которые также готовят основания для обвинительного приговора.

Также хотел бы привести дополнительные аргументы, поддерживающие выбор рамок оценки, сделанный г-жой Мельник. Чтобы применить международные и европейские стандарты, следует начать с общих структур. В то время как структура и организация судебных систем, особенно общих судов, выглядят более или менее идентичными, модели и функции прокуратуры и следствия имеют существенные отличия, следовательно, применение показателей эффективности будет также отличаться. Предлагая решения, основанные на сравнительном конституционном праве, следует быть исключительно осторожным. Копирование правовых принципов, институтов и норм будет контрпродуктивным, если не будет принята во внимание вся правовая система, а также исторические, политические, экономические и культурные особенности, национальные традиции. Игнорирование таких контекстуальных обстоятельств может привести к неожиданным результатам или даже к упадку и преждевременной кончине институтов, перенесенных из правовой или политической системы донора. Парадоксально, но использование зарубежного опыта для стимулирования и оценки эффективности с применением методологии примитивного сравнительного права, или, используя метафору, повторение, как попугаем, может привести к неэффективности и даже обратному действию заимствованных норм, институтов или принципов. Для достижения эффективных результатов правовых заимствований необходимы сходство и сопоставимость институтов, чья деятельность должна оцениваться по общим показателям, а заимствованные институты или показатели следует адаптировать к национальным особенностям, чтобы они служили в качестве эталонов в новом организме (национальной правовой системе).[622]

Нет никаких сомнений в том, что представители прокуратуры и адвокатуры являются лицами, участвующими в деле, или представителями сторон и непосредственно участвуют в судебном разбирательстве, что с очевидностью подтверждает их прямое влияние на процесс отправления правосудия. От качества проведения предварительного следствия и дознания также в значительной степени зависит результат правосудия.

Именно поэтому я согласен с тем, что рамки отчета национального эксперта обоснованно ограничены институтами системы отправления правосудия, эффективность которых подлежит оценке, и сужены, большей частью, до судов с признанием, одновременно значения иных участников судопроизводства. Действительно, представители прокуратуры и адвокатуры являются лицами, участвующими в деле, или представителями сторон и непосредственно участвуют в судебном разбирательстве, что с очевидностью подтверждает их прямое влияние на процесс отправления правосудия. Нет никаких сомнений в том, что конечный результат правосудия в значительной степени

---

[621] Евгений Танчев (Болгария), судья Конституционного Суда Республики Болгария, доктор юридических наук, профессор.

[622] Средством проведения ценного сравнительного исследования является функциональность или принцип функциональной эквивалентности. Он побуждает проводящего сравнение спросить себя: «Какое правило (или концепция, или институт) в системе «В» выполняет ту же функцию, которая исследуется в системе «А»?» Функциональная эквивалентность направлена на обеспечение юридической сопоставимости (т.е. «сравнения одинакового»). Она начинается с предположения, что многие общества сталкиваются со сходными проблемами. Функция юридических правил (или концепций, или институтов) направлена на решение таких проблем. Ввиду исторических и политических причин законы (и правовые институты) имеют между собой значительные отличия. Вследствие этого юридические средства, посредством которых решаются проблемы, будут разными в разных правовых системах, несмотря на то что результаты часто оказываются одинаковыми. Поэтому проводящему сравнение следует воздерживаться от каких-либо ссылок на технические правовые концепции в собственной системе и перефразировать вопрос своего исследования в свете анализируемых общих проблем. *См. «Bench Marking in an International Perspective An International Comparison of the Mechanisms and Performance of the Judiciary System», Jos Blank, Martin van der Ende, Bart van Hulst, Rob Jagtenberg, Assignment by the Netherlands Council for the Judiciary ECORYS-NEILabour & Social Policy, Роттердам, 3 мая 2004 г., 17–18.*

зависит от качества проведения предварительного следствия и дознания, особенно по уголовным делам. Такой подход к оценке эффективности системы отправления правосудия соответствует подходу, который при рассмотрении данной проблемы использовался ***Европейской комиссией по эффективности правосудия (ЕКЭП)***[623].

ОБ ОЦЕНКЕ ЭФФЕКТИВНОСТИ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ И ПОНЯТИИ «ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ»

Краткий обзор оценки эффективности отправления правосудия

Идея проведения оценки эффективности отправления правосудия в каком-то смысле нова, а в каком-то очень стара. Конечно, в основе большинства систем отправления правосудия лежат традиционные элементы, которые в определенной мере облегчают проведение оценки: слушания являются открытыми, приговоры должны быть обоснованы в письменной форме, а решения могут быть обжалованы в суд высшей инстанции. Более того, в большинстве стран гражданского права существует древняя традиция, в соответствии с которой судьи отчитываются о результатах проделанной ими работы[624].

Например, во Франции первый письменный документ о систематическом сборе информации о характеристиках и результатах деятельности судей датируется 1850 г., хотя сама система, наверное, намного старше (в большинстве франко- и германоговорящих стран гражданского права системы оценки деятельности судей постепенно превратились в очень формализованные процедуры, касающиеся оценки и выставления баллов за профессиональную деятельность судей, с использованием полученных данных для принятия решений о продвижении по службе). В скандинавских странах гражданского права и странах общего права оценка деятельности отдельных судей остается относительно неформальной.

Однако формальная оценка деятельности отдельных судей представляет ограниченный интерес с точки зрения оценки эффективности или качества деятельности судов. Национальные системы отправления правосудия по всему миру предоставляют некоторую информацию о деятельности всей судебной системы, так как судебная система существует для того, чтобы служить обществу, и обязана представлять документы о том, как она отрабатывает деньги, полученные от налогоплательщиков. В последние годы экономисты привлекли внимание к аргументу, что хорошо функционирующая судебная система обеспечивает более эффективное функционирование рынков капитала, экономический рост и увеличение числа экономических операций. Получается, что подотчетность системы отправления правосудия представляет обоснованный интерес для большей части общества.

Однако отсутствует международный консенсус относительно того, что является важным для оценки, а также влияния, баланса и иерархии различных эталонов при оценке системы отправления правосудия.

Конечно, мы можем подразумевать некоторые очень общие стандарты и предложения о том, что может быть сделано системами отправления правосудия, проистекающих из, например, международных конвенций о правах человека и иных международных договоров, содержащих нормы для систем правосудия. Но они будут почти абстрактными идеалами, которые необходимо приблизить к реальности и разбить по приоритетам. Проблема недавно была соответствующим образом

---

[623] П.Альберс считает, что «Рамки систем судебных органов не могут быть «широкими» или «узкими». В первом случае системы судебных органов включают в себя не только профессиональных юристов, прокуратуру и суды, но также полицию и пенитенциарную систему. Основное внимание проводящего оценку при «узком» определении систем отправления правосудия направлено на судебную власть. Такие действующие лица, как полиция и пенитенциарная система, в данное определение не включены. При оценке систем отправления правосудия… тем не менее основное внимание в схеме оценки ЕКЭП направлено на «общие инструменты оценки систем отправления правосудия». Короче говоря, это означает, что «ядром» в схеме оценки является судебная власть. Вокруг этого ядра расположены профессиональные юристы и прокуратура, которые могут оказывать прямое или косвенное влияние на работу (и качество работы) судей. Поэтому необходимо производить сбор (общей) информации (количественной и качественной) о действующих лицах.» *'A balance between variety and generalisation', Страсбург, 28 мая 2003 ЕКЭП (2003) 12. P.1, 9:* Так называемый «широкий» подход к оценке системы отправления правосудия, включающий не только суды, но также все правоохранительные органы, прокуратуру, следствие, а иногда всю юридическую профессию, сконцентрированный на независимости судебной системы, бюджете, эффективности, подотчетности и т.д., применяется в *полугодовых отчетах о европейских системах отправления правосудия, публикуемых ЕКЭП с 2004 г., в отчетах Всемирного банка о системах судебных органов, в «Judicial Index», публикуемом CEELI ABA, в отчете IFES о системе судебных органов, в «European Judicial Systems», издание 2008 г. (данные за 2006 г.): Эффективность и качество правосудия, Европейская комиссия по эффективности правосудия (ЕКЭП), Совет Европы, 2008, сентябрь.*

[624] Показатели эффективности – шаг вперед к (более) эффективному правосудию, Э.Иорга, координатор проекта, и др., Бухарест, июнь 2008 г. Исследование было опубликовано в рамках проекта о показателях эффективности – фундаментального инструмента для повышения качества судебных решений в Румынии, оно было проведено Институтом государственной политики (IPP) в партнерстве с Национальным институтом магистратуры (NIM) и финансировалось Европейской комиссией в рамках Программы Phare 2005 – Консолидация демократии в Румынии, 9–16.

изложена в следующем утверждении «»[625]. Несмотря на эти вызовы, нет никаких сомнений в том, что в последние годы происходило усиление акцента на оценку результатов судопроизводства и на соответствующую практику. Помимо статистики, предоставляемой национальными органами и самой судебной системой, в настоящее время большое число международных организаций предоставляет сравнительную информацию о результатах деятельности систем отправления правосудия. Обычно такие оценки основываются на результатах исследований, проводимых среди экспертов, бизнес-лидеров, юристов или граждан. Отмечу лишь некоторые организации, проводящие такие оценки деятельности систем отправления правосудия: Всемирный экономический форум, Всемирный банк (ведение бизнеса и BEEPS), Отдел промышленной разведки, IMD, Евробарометр и Исследование европейских ценностей.

Европейская Комиссия по эффективности правосудия (ЕКЭП), учрежденная Советом Европы в 2002 г., недавно опубликовала отчет, документально показывающий то, что в большинстве европейских стран есть несколько систем мониторинга и подготовки статистической информации о деятельности конкретного суда (ЕКЭП 2006)11. Почти во всех странах есть система мониторинга количества входящих, рассмотренных и находящихся в процессе рассмотрения дел в каждом суде, и суды обязаны готовить ежегодные отчеты о результатах своей деятельности. Более того, большинство стран сообщает о наличии определенной системы мониторинга продолжительности судебных процессов. Если говорить о фактически установленных показателях работы суда, то такая ситуация характерна для более чем 20 европейских стран. Во многих этих странах установлены конкретные цели деятельности судов.

Очевидно, что нет единого подхода к оценке результатов деятельности и эффективности отправления правосудия на уровне суда. Ввиду того, что данное изобретение является относительно новым, складывается впечатление, что многие страны по-прежнему находятся на экспериментальном этапе в этой области.

США, наверное, являются страной, обладающей самым продолжительным опытом оценки результатов деятельности на уровне суда. Одна из самых первых инициатив в данном направлении и, конечно, наиболее известная, представлена Стандартами оценки деятельности судов США (TCPS), разрабатываемыми с 1987 г. Они отличаются от традиционного подхода к оценке результатов деятельности в двух основных моментах. Во-первых, так как многие американцы считают неэтичным оценивать деятельность отдельных судей в США, использование стандартов было предназначено или рекомендовано не для оценки результатов деятельности отдельных судей, а скорее для оценки деятельности судов. Следовательно, Стандарты являются мерой оценки коллективной деятельности судей и иного персонала в конкретном суде и были изначально задуманы с целью получения ответной реакции для внутреннего обсуждения и самосовершенствования. Во-вторых, TCPS представляют собой попытку определить, что граждане ожидают получить от судов. Вместо того чтобы попытаться определить, какое поведение или характеристики позволят судье продвинуться по службе, главным вопросом и отправной точкой в работе по разработке Стандартов оценки деятельности судов было определение того, чего следует добиваться судам с точки зрения гражданина[626].

TCPS постепенно определили пять сфер деятельности, которые, как предполагалось, охватывали основополагающую цель и миссию судов. Во-первых, система отправления правосудия должна обеспечивать доступ к правосудию, и, следовательно, устранять все препятствия – физические, географические, процессуальные и психологические – к судебным услугам. Во-вторых, акцент должен быть сделан на срочность и своевременность для обеспечения надлежащего темпа судебного процесса и сокращения задержек. В-третьих, судам следует уважать право на справедливый процесс и защиту со стороны закона, и, следовательно, стремиться к обеспечению равенства, справедливости и добросовестности. В-четвертых, судебная власть должна стремиться обеспечить баланс между независимостью и подотчетностью, и таким образом сохранить свою неповторимость

---

[625] «…Наличие идеальной модели позволит сделать процесс оценки намного проще и создать единый шаблон. Однако в мировом сообществе юристов или ученых-правоведов нет единого мнения о том, как должна выглядеть эта модель. Даже в такой организации, как Всемирный банк, взгляды работающих по вопросам юстиции значительно отличаются друг от друга… Общие критерии, присутствующие в любой программе реформирования судебной системы, – доступ, эффективность, объективность и качество – сами по себе часто противоречат друг другу и, следовательно, вряд ли будут развиваться одинаково в кратко- и среднесрочной перспективе…» *D.Reiling et al, Handbook on justice sector assessment, Всемирный банк, 2007: 9.*

[626] Один из разработчиков стандартов резюмирует, что TCPS сформулированы, исходя из того, что:

«Граждане хотят иметь готовый доступ к правосудию, отправляемому судами. Они хотят, чтобы такой доступ был безопасным, относительно удобным и недорогим. Получив доступ, они хотят, чтобы их отношения с судом строились на основе срочности и объективности в соответствии с фактами и установленными правилами. Они хотят, чтобы их спорам уделялось индивидуальное внимание и чтобы они рассматривались беспристрастно. Они хотят, чтобы их суды были независимыми от других ветвей власти и чтобы другие органы обеспечивали, чтобы решения и действия были обоснованы исключительно юридическими факторами. В конце концов, они хотят иметь уверенность в судах и испытывать к ним доверие» *Ingo Keilitz. Standards and Measures of Court Performance, Criminal Justice. 2000. Vol. 4. P. 559, 583.*

в качестве отдельной ветви власти и поддерживать эффективные рабочие отношения с другими ветвями власти. И наконец, в-пятых, суды должны внушать доверие и вселять в общественность уверенность в том, что их легитимность и исполнение полномочий обусловлены общественным доверием. TCPS не только определили сферы деятельности, но также точно указали судам, как следует проводить оценку на основе этих стандартов.

Считается, что TCPS слишком сложные и громоздкие. Сейчас происходит их замена на новую и намного более простую систему под названием CourTools, которая состоит лишь из 10 мер. При изначальном внедрении этой новой системы.

Индекс судебной реформы (JRI) Центральноевропейской и Евразийской инициативы Американской ассоциации юристов (ABA/CEELI) представляет собой комплект из 30 показателей, который реформаторы могут использовать для определения базовых данных, разработки целевых программ судебной реформы и мониторинга прогресса[627]. JRI не пытается дать всестороннюю оценку судебной власти. В нем скорее использованы как объективные, так и субъективные критерии оценки выборки факторов, имеющих критически важное значение для процесса реформирования судебной власти. Это достигается путем сравнения стран с серией из 30 формулировок, которые охватывают вопросы качества, образования и разнообразия судей; юрисдикцию и судебные полномочия; финансовые и структурные гарантии безопасности; подотчетность и прозрачность, а также вопросы, влияющие на эффективность судебной власти. Сбор данных производится посредством интервьюирования 25–30 судей, юристов, профессоров права, государственных служащих, лидеров НГО и журналистов. Данные вносятся в стандартизированную форму, в которой дается краткое пояснение в ответ на каждый из 30 показателей и более глубокий анализ конкретного вопроса. Так как в JRI сделана попытка уйти от использования формального механизма выставления баллов, каждая формулировка скоррелирована с «положительным», «отрицательным» и «нейтральным» значением.

Результаты оценки находятся в базе данных JRI, которая представляет собой обобщенную страницу, содержащую резюме о корреляции каждой из стран с 30 формулировками, и более детальную страницу по каждой формулировке, содержащую заключение и корреляцию, анализ, существующие проблемы и реакцию правительства. Такая система также обеспечивает механизм отслеживания прогресса с течением времени.

ПОНЯТИЕ «ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОСУДИЯ»

Согласен с национальным экспертом в том, что универсальной концепции эффективности правосудия нет ни в зарубежной, ни в белорусской национальной литературе. Еще сложнее найти общепринятое, всестороннее определение эффективности, применимое ко всем гуманитарным наукам, хотя наиболее часто цитируемой является концепция эффективности Парето, которая широко принята среди экономистов. Главная идея в определении экономической эффективности по В. Парето заключается в том, что ситуация является Парето-эффективной, если нет возможности изменить состояние вещей таким образом, чтобы улучшить благосостояние, как минимум, одного человека без ухудшения благосостояния кого-либо другого[628].

В политической и юридической литературе существует множество пояснительных определений[629].

Считаю бессмысленными попытки найти общую, всестороннюю и исчерпывающую концепцию «эффективности правосудия» в государственных нормативных правовых актах. В конце концов, законодателей нельзя винить в том, что они не стремятся стать учеными или преподавателями и не конкурируют с ними. Они разрабатывают законы, а не шлифуют определения. Концепция «эффективности правосудия» редко включается в нормативные правовые акты, но, что более важно, такие включения имеют контекстуальный смысл, имеющий отношение к эффективности правосудия в конкретной сфере регулируемых общественных отношений и конкретным аспектам эффективности. На первый взгляд нормы, указанные г-жой Мельник в качестве норм, превозносимых государством в законах, принимаемых парламентом, и иных нормативных актах исполнительного регулирования посредством подзаконных актов, гарантирующие защиту прав и свобод граждан, недопущение необоснованных обвинений и обвинительных приговоров и т. д., имеют исключительно вдохновляющее значение, с одной стороны, но имеют мало общего с эффективностью, с другой. Положительной стороной такого подхода является увязывание эффективности с другими кон-

---

627 Размещен на www.abanet.org/ceeli/publications/jri/home.html

628 www.emeraldinsight.com/Insight

629 Со времен Д. С. Милла в формальной логике широко используются два вида определений – обусловливание (когда значение термина приводится автором в самом начале) и лексическое значение (когда значение определяется общепринятым пониманием в обществе), *G.Sartori. The Theory of Democracy Revisited, Chatam House Publ., Нью-Джерси, 1987. P. 5.*

ституционными ценностями и принципами, а не только цифрами и формулировками количественных вводных и исходных параметров в судебной системе, что является характерным для правового нормативизма Кельзена.

Наиболее часто встречающимися темами в оценке, деятельности и реформировании судебных систем являются эффективность, качество и объективность. Эффективная и доступная система правосудия обеспечивает для сторон в деле справедливость и объективность при разумной цене и скорости, в прозрачной и ответственной манере и с максимально возможной определенностью. Во многих случаях качество судебных услуг, предоставляемых гражданам судами, страдает из-за указанных требований[630].

Конечную задачу правовой системы трудно выразить количественно, точно так же трудно сопоставить эффективность с такими качественно выражаемыми целями, как справедливость и независимость, а также другими ценностями и принципами, присущими конституционным демократиям.

Мне кажется, что к проблеме эффективности судов можно подойти с трех уровней:

1. Чисто количественного уровня, который может быть выражен простой математической формулой «вход-выход», простыми взаимоотношениями между принятыми делами – числом рассмотренных дел, сроками и т. д. Такой подход к эффективности является самым простым. Его достоинство в том, что он является понятным, и, на первый взгляд, ему следует отдавать предпочтение, которое он заслуживает.

Он, наверное, является самым коротким, но весьма неточным, так как определение эффективности судебной системы представляет собой количественное сравнение рассмотренных дел с затраченными ресурсами, или взаимоотношение между вводными и выходными параметрами судебной системы. Однако именно такое кратчайшее определение предполагает, что советское революционное правосудие является наиболее эффективным, если его оценивать исключительно с точки зрения его выходных параметров (только по результатам, если согласиться с утверждением, что идеологически правильное правосудие неспособно на ошибку), и вводные ресурсы привели к достижению максимального результата. В современных обстоятельствах лишь те критерии, которые позволяют провести объективную оценку (минимизация стоимости гражданского судопроизводства, своевременное рассмотрение споров, исполнение судебных решений и т.д.), рассматриваются с точки зрения эффективности, хотя, в определенной мере, эффективность также зависит от соответствующих судебных структур и поведения, например, от количества инстанций, в которых судьи неправильно трактовали закон.

2. Второй уровень является, большей частью, количественным, но в то же время имманентно содержит качественный элемент и является более объективным при сравнении эффективности различных судов в аналогичных делах. Помимо голых цифр в тех же делах он также учитывает такие качественные параметры, как сложность, время, необходимое для принятия справедливого и хорошо обоснованного решения, и т. д. Сложность дела согласно ст. 6 ЕКПЧ и судебной практике Страсбургского суда имеет фактические и юридические аспекты. В уголовных делах она определяется характером и серьезностью вопросов или правонарушений, количеством вопросов или правонарушений, рассматриваемых в рамках одного дела, промежутком с точки зрения расстояния и времени между рассматриваемыми событиями и фактами и проведением процессуальных мероприятий, числом свидетелей и иными проблемами, возникающими в связи со сбором доказательств и т. д.[631]

Принятие решения в разумные сроки в соответствии со ст. 6 ЕКПЧ можно также рассматривать как важный элемент обеспечения качества и составную часть оценки эффективности судебной власти. Однако может возникнуть противоречие между скоростью проведения процессуальных мероприятий и иными факторами, относящимися к качеству. Например, право на справедливый суд также закреплено в ст. 6 ЕКПЧ. Из-за необходимости соблюдения социальной гармонии и юридической определенности, временной элемент обязательно должен быть учтен, но он не является единственным фактором, который принимается во внимание. CCJE делает ссылку на свое Заключение № 6 (2004), где подчеркивается, что «качество правосудия» не должно отождествляться с простой «продуктивностью». Качественный подход должен также принимать во внимание способность судебной системы учитывать предъявляемые к ней требования в соответствии с общими целями системы, среди которых скорость процедур является лишь одним элементом[632].

---

[630] *Court Performance around the World A Comparative Perspective World Bank Technical Paper No. 430. Maria Dakolias, Вашингтон, 1999. P. 5–6.*

[631] *D.Gomien, D.Harris, L.Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe, Strasbourg, 1996, 166:P.van Dijk, G.J.H.van Hoof. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer, 1990. P. 332.*

[632] **КОНСУЛЬТАТИВНЫЙ СОВЕТ ЕВРОПЕЙСКИХ СУДЕЙ (CCJE).** Заключение № 11 (2008) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) по запросу Комитета министров Совета Европы о качестве судебных решений, Страсбург, 18 декабря 2008 г. CCJE(2008) 5.

3. Третий уровень подхода к эффективности представляет собой сочетание количественного, содержательно качественного и контекстуального сравнения эффективности с другими ценностями конституционной демократии и принципами справедливости – беспристрастностью, независимостью, принятием обществом, свободой, защитой прав человека и т. д. Это самый трудный подход для анализа хрупкого баланса между ценностями и количественными значениями, который сам по себе является непростым делом.

Согласен с национальным экспертом относительно целей и стандартов, экстраполированных из белорусского законодательства, в том смысле, что суды должны прилагать усилия для достижения эффективности в судебной деятельности. Краткое повторение выводов из целей и стандартов необходимо для перехода на следующий этап, который устанавливает индикатор измерения не только количественного выражения эффективности, но и предпринимает попытку ввести качественные характеристики при измерении, или второй или третий подходы к оценке эффективности судебной власти.

Защита личности, ее прав, свобод и законных интересов, интересов юридических лиц, общества и государства путем быстрого и полного рассмотрения дел об административных правонарушениях, изобличения и привлечения виновных к административной ответственности; обеспечение правильного и единообразного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил административное правонарушение, был подвергнут справедливому административному взысканию и ни один невиновный не был привлечен к административной ответственности (единство целей и задач как для общих, так и хозяйственных судов)[633];

Организация процесса по гражданскому делу с минимально необходимыми затратами сил, средств, времени и обеспечение в пределах установленных актами законодательства сроков решения задач гражданского процессуального законодательства[634], к которым относятся обеспечение правильного и своевременного рассмотрения и разрешения судами гражданских дел, исполнения судебных постановлений и других актов, подлежащих исполнению, защита прав и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц, содействие воспитанию граждан в духе уважения и исполнения законов, укреплению системы хозяйствования и различных форм собственности[635] (для общих судов);

Защита личности, ее прав и свобод, интересов общества и государства путем быстрого и полного расследования преступлений, общественно опасных деяний, изобличения и привлечения к уголовной ответственности виновных; обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был подвергнут справедливому наказанию и ни один невиновный не был привлечен к уголовной ответственности и осужден; обеспечение законности и правопорядка, предупреждение преступлений, защита от необоснованного обвинения или осуждения, незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина, а в случае обвинения или осуждения невиновного – незамедлительная и полная его реабилитация, возмещение ему физического, имущественного и морального вреда, восстановление нарушенных трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав[636] (для общих судов);

Обеспечение законного разрешения споров, возникающих при осуществлении предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, в возможно короткие сроки в пределах, установленных законодательными актами; справедливое судебное разбирательство компетентным, независимым и беспристрастным судом[637]; правильное и своевременное рассмотрение хозяйственными судами дел; исполнение установленных законодательными актами о судопроизводстве в хозяйственных судах судебных постановлений и актов иных органов; содействие становлению и совершенствованию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота; укрепление авторитета судебной власти[638] (для хозяйственных судов).

В данном перечне задач, определенных законодательными актами, отражены ожидания государства, общества. В обобщенном виде их можно сгруппировать следующим образом:

a) защита личности, ее прав, свобод и законных интересов, интересов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, общества и государства – разрешение гражданских и хозяйственных споров, рассмотрение уголовных и административных дел;

b) правильное применение законодательства – отсутствие ошибок, стабильность принятых судебных постановлений, отсутствие отмен или изменений;

c) своевременное рассмотрение дел – соблюдение сроков совершения отдельных процессуальных действий, установленных законодательством сроков рассмотрения дел.

---

[633] Статья 2.1. Процессуально-исполнительного кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях.

[634] Статья 25 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

[635] Статья 5 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

[636] Статья 7 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь.

[637] Статья 3 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

[638] Статья 4 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

СИСТЕМА ПОКАЗАТЕЛЕЙ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИХ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

Попытка определить и обосновать показатели эффективности деятельности судов Республики Беларусь была предпринята в 2003 году. Инициатива установления таких критериев принадлежала Президенту (поручение от 22 января 2003 г.). Для участия в работе были привлечены Верховный Суд, Высший Хозяйственный Суд и Министерство юстиции Республики Беларусь, усилия которых приветствовались и получили положительную оценку.

Тем не менее к настоящему времени внедрен лишь первый уровень критериев оценки эффективности судов, утвержденный Президентом. Предложенные эталоны имеют большей частью количественный характер (и в крайне ограниченной степени содержат качественные меры второго подхода, которые я отметил выше в своем отчете), отражают международный опыт судебных систем и, в целом, соответствуют количественным сравнительным показателям, которые использовались в других странах[639].

Начиная с июля 2003 года на основе критериев первого уровня дважды в год информация о результатах работы судов и судей (таблицы, статистические данные, комментарии к ним) направляется Президенту. Также дважды в год – по итогам полугодия и года – и в системе общих, и в системе хозяйственных судов проводится внутрисистемное обсуждение результатов работы. При оценке достижений, как правило, также используются «критерии первого уровня».

Схожая система количественных показателей разработана и внедрена в других странах. Термин «показатель» обозначает меру, позволяющую «ответить на вопрос о том, какой прогресс – если он имел место – был достигнут на пути достижения конкретной цели»[640]. Показатели могут использоваться на высших политических уровнях для оценки прогресса в достижении цели, например, в снижении уровня насилия в обществе, или обеспечении равного доступа к правосудию, независимо от пола, этнического происхождения или экономического положения. Показатели обычно широко используются для оценки выполнения институциональных целей (промежуточных результатов), – таких как увеличение количества осужденных за совершение насильственных преступлений, или расширение предоставления юридических услуг малоимущим – которые, как предполагается, будут способствовать достижению более широких политических целей. На третьем уровне показатели можно использовать для оценки повседневной деятельности, благодаря которой учреждение может достичь поставленные перед ним цели.

---

[639] См. в отчете г-жи Мельник раздел о 7 группах критериев первого уровня. К критериям первого уровня были отнесены:

1. **Количество дел:** поступивших, подлежащих рассмотрению (находящихся в производстве суда), рассмотренных; для системы общих судов: всего дел, в том числе – гражданских, уголовных, административных; для системы хозяйственных судов: всего дел, в том числе – об экономической несостоятельности (банкротстве); административных; иных.

Количество рассмотренных дел в расчете на одного судью.

2. **Качество рассмотрения дел (процессуальные действия**): общее количество вынесенных судом постановлений по определенной категории дел (уголовные, гражданские, административные, хозяйственные); количество обжалованных (опротестованных) постановлений; количество отмененных (измененных) постановлений.

3. **Своевременность рассмотрения дел (процессуальные действия**): количество дел, рассмотренных в установленные законодательством сроки; количество дел, рассмотренных с нарушением процессуальных сроков.

4. **Количество дел, по которым судебное разбирательство откладывалось** из-за неявки участников процесса (обвиняемого, потерпевшего, сторон, свидетелей, иных лиц); из-за неявки адвокатов, прокуроров, экспертов; по иным причинам (болезнь судьи, ненадлежащее извещение участников процесса, др.).

5. **Количество вынесенных судами частных определений (сообщений, предложений) об устранении нарушений законности, причин и условий, способствовавших совершению правонарушений.**

6. **Исполнение судебных постановлений и иных актов, подлежащих исполнению:** суммы, постановленные к взысканию по судебным постановлениям и иным актам; суммы, реально взысканные при исполнении вышеуказанных документов.

7. **Укрепление материально-технической базы судов**: количество построенных зданий судов; количество капитально отремонтированных зданий судов; количество зданий судов, в которых произведен текущий ремонт; наличие в судах оргтехники (компьютеры, принтеры, ксероксы); количество приобретенных транспортных средств; наличие и функционирование средств связи.

[640] Данное определение встречается в *Handbook of Democracy and Governance Program Indicators* (Вашингтон, Агентство международного развития США, 1998). Другие организации, занимающиеся вопросами развития, определяют показатели почти аналогично. Крупная и хорошо известная Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) определяет показатель как «непосредственную и действительную статистическую величину, характеризующую уровни и изменения с течением времени в фундаментальных социальных задачах». (*Measuring Social Well-Being: A Progress Report on the Development of Social Indicators*. Париж: ОЭСР, 1976.) Не столь крупный Ресурсный центр оценки результатов деятельности (Performance Assessment Resource Center, PARC), расположенный в Бирмингеме (Англия), предлагает следующее определение: «Показатель – это нечто, что можно видеть, ощущать или фиксировать. Это знак того, что что-то существует, произошло или изменилось.» (*Good Monitoring and Evaluation Practice: Guidance Notes* (Бирмингем: PARC, октябрь 2001 г.). Всемирный банк определяет показатель, как «… информацию, которую можно использовать… для оценки результатов деятельности и будущего планирования». (Показатели в сфере отправления правосудия (Judicial Sector Indicators, JSI), информационная система Всемирного банка размещена на интернет-сайте: http://www4.worldbank.org/legal/legop_judicial/whatisjsi.html, *См. также Measuring Progress toward Safety and Justice: A Global Guide to the Design of Performance Indicators across the Justice Sector, Vera Institute of Justice,* www.vera.org/indicators.

Во всех регионах мира работники органов юстиции хотят знать, служит ли работа судов интересам общества и усиливает ли доверие к судебной власти, но у них есть лишь ограниченное число – а иногда и вообще никаких – показателей таких результатов. Большинство судебных систем отслеживает сегодня, как минимум, один из трех аспектов деятельности суда:

Количество принимаемых решений – объем дел, проходящих через систему;

Скорость принятия решений – временные рамки, в которых суды принимают решения;

Характер принимаемых решений – виды решений, принимаемых судами[641].

Многие страны внимательно отслеживают первые два аспекта деятельности судов, касающиеся, главным образом, производительности. Например, в США и Европе постоянно отслеживаются объем дел, проходящих через суды (обычно как соотношение между числом зарегистрированных дел и числом завершенных дел), и время, необходимое судам для рассмотрения этих дел. (В большинстве европейских стран такой механизм часто называется показателем «Каппеллетти-Кларка».) Судебные системы также анализируют данную информацию применительно к виду правонарушения, суду и конкретному председательствующему судье, отслеживая с течением времени пропорции, чтобы увидеть разницу между сезонными волнениями и более значимыми тенденциями.

Подобные показатели могут предупредить о возможном дисбалансе между общественным спросом на судебные услуги и возможностью судов обеспечить их предложение, но они вряд ли поведают многое об опыте или качестве правосудия или послужат руководством для судебных работников, которые стремятся хорошо служить обществу[642].

Относительно второго уровня оценки эффективности работы судов и непосредственно судей предполагалась разработка показателей внутрисистемного характера, касающихся работы каждого звена соответствующей судебной системы и каждого судьи, учитывающих такие критерии, как сложность и объем дел, многоэпизодность дел, специфика регионов, степень нагрузки на судей и другое.

К сожалению, критерии второго уровня, касающиеся качества судопроизводства, не были реализованы[643], а наработки «Научно-исследовательского института труда» Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь по созданию методик установления норм труда для работников судов и нормативов нагрузки на судей хозяйственных судов не получили реального практического применения. Конечно, это позволило бы иметь больше качественных параметров при оценке эффективности отправления правосудия[644].

Я согласен с выводом, что сами по себе статистические показатели по тем или иным позициям не могут однозначно подтверждать или опровергать что-либо. Например, показатель, отражающий количество дел, рассмотренных судами за определенный период времени, с одной стороны, несомненно, отражает результаты *деятельности суда по защите личности, прав, свобод и законных интересов гражданина, организации* и т.д. С другой стороны, в отсутствие информации о качестве, полноте, своевременности такой защиты, средствах (человеческих, временных, материальных), затраченных на ее предоставление (получение), вряд ли можно безоговорочно утверждать об эффективном достижении судом данной цели. В другом случае, при отсутствии дел, рассмотренных с превышением установленных законодательством сроков, можно говорить о *своевременном рассмотрении дел* (еще одна из целей правосудия), однако, если при этом значительное количество

---

[641] *Handbook of Democracy and Governance Program Indicators* (Вашингтон, Агентство международного развития США, 1998, С. 45–46.

[642] В России, например, дважды в год – по итогам полугодия и года – Департамент судебной статистики Верховного Суда получает и обобщает статистические отчеты каждого из 89 субъектов Федерации о «качестве правосудия», отправляемого в судах. Однако «качество правосудия» оценивается узко по двум показателям: (1) проценту решений, принятых сверх временных рамок, установленных законом, и (2) соотношению между количеством решений, отмененных или измененных вышестоящим судом на основании апелляций, и количеством первоначальных решений, принятых судом в течение данного периода. Использование коэффициентов пересмотра в качестве основного показателя хорошей работы стимулирует последовательность в применении закона. Но последовательность часто оказывается плохим показателем, как для качества, так и для равенства. Чрезмерное внимание к коэффициентам пересмотра может также породить порочные инициативы, так как на судей оказывается повышенное давление с тем, чтобы они согласовывали свои решения с мнением вышестоящих судов. Многие судьи считают, что такое давление ставит под угрозу независимость судебной власти, достижение и защита которой в некоторых странах является важной политической целью.

[643] Верховным судом и Министерством юстиции к числу таких критериев были отнесены наряду с количеством рассмотренных дел и материалов сроки рассмотрения дел, качество их рассмотрения, среднемесячное количество дел, рассматриваемых судьей, фактические трудозатраты на рассмотрение дел, профилактическая работа. При этом предполагалось также учитывать сложность дел, количество материалов дела, подлежащих изучению и исследованию (объем), правильность применения нормативных правовых актов, организацию и культуру судебного разбирательства. Для получения и анализа таких данных были разработаны специальные статистические карточки.

[644] В основу для разработки нормативов времени были положены данные самофотографий рабочего дня, фотохронометражные наблюдения и экспертная оценка судебного процесса с учетом законодательства о судоустройстве и судопроизводстве, инструкций о ведении исполнительного производства по хозяйственным (экономическим) спорам и делопроизводстве в хозяйственных судах, а также отчеты о работе судов и другие материалы.

решений по таким делам впоследствии будет отменено вышестоящей инстанцией, нет оснований говорить об эффективности «скорого» правосудия.

Приведенные примеры свидетельствуют о том, что для оценки работы органов, осуществляющих правосудие, в плане ее качества и эффективности требуется комплексный подход, учитывающий целый ряд взаимосвязанных показателей, сформированных как на одномерном, так и на многомерном и многовекторном статистическом анализе практики судов. Так, наряду с ответом на вопрос «сколько», как правило, должна также присутствовать информация о том, «почему столько», «могло ли быть меньше или больше», «хорошо это или плохо», «какие средства были затрачены на получение результата», «можно ли было достичь результат меньшими силами», «тот ли это результат, который ожидался», «соблюдена ли установленная процедура получения результата» и другое.

Критерии первого уровня оценивают прежде всего количественный аспект эффективности и являются объективными (за исключением «качества» принятия решений, который – если вы не используете в качестве критериев отмену или оставление в силе вынесенных судебных решений – является, большей частью, субъективным). Следует отметить, что если судья принимает решение слишком быстро, вероятность, что его решение будет отменено по итогам апелляции, возрастает по экспоненте. Данные, которые по решению белорусского государства от 2003 г. подлежат сбору (количество рассмотренных и отложенных дел, рабочих часов, приговоров), – это те же данные, которые включаются в статистическую форму в американских судах в качестве эталонов «эффективности». Одной из главных причин, объясняющей, почему, большей частью, потерпели неудачу усилия по разработке критериев второго уровня по оценке качества работы различных судей и судов – независимо от того, работают они быстро или медленно, – вероятно, является отсутствие общественного вклада в оценку работы органов отправления правосудия. Г-жа Мельник совершенно права, предлагая вышесказанное в качестве одной из своих рекомендаций, особенно ближе к концу своего отчета и в разделе «Рекомендации», где она подчеркивает необходимость регулярного проведения опросов, являющихся надежным средством для сбора жалоб на действия отдельных судей, проведения сравнительных исследований коэффициентов пересмотра судебных решений на основании апелляций, самооценки и перекрестной оценки судей, а также получения других необходимых наборов данных. Общественный вклад может способствовать усилиям белорусского государства по разработке и внедрению критериев второго уровня с учетом влияния качественных показателей в оценке эффективности судов.

О СУБЪЕКТАХ И ИНСТРУМЕНТАХ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ ОРГАНОВ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ

В общем, согласен с данной частью отчета. Поддерживаю вывод о том, что наличие нескольких субъектов, осуществляющих оценку деятельности судов, – позитивный момент. Это может рассматриваться как условие обеспечения контроля выполнения различающихся по своей направленности целей, достигаемых в ходе отправления правосудия. Такой вывод совпадает с заключением CCJE, в котором подчеркнуто, что качества отдельных судебных решений контролируются апелляциями или процедурами пересмотра решений, предусмотренными в национальных судах. CCJE поощряет пересмотр, проводимый судьями, и осуществление ими самооценки. CCJE также поощряет участие в оценке „внешних» лиц при условии полного соблюдения независимости судебной власти.[645]

Понятно, что при нынешней конституционной структуре именно на эти институты возложена ответственность за оценку эффективности судов. Государственный контроль дополняется внутрисудебным контролем. Роль государственных институтов четко определена. Тем не менее мне непонятно, есть ли у Министерства юстиции какие-либо функции по оценке эффективности судебной власти. Есть ли какой-либо инструмент влияния на эффективность судов без нарушения принципа разделения властей и независимости судебной власти со стороны парламента, за исключением принятия новых законов или внесения изменений в уже существующие?

В некоторых европейских странах в этом отношении на Министерства юстиции или Верховные советы юстиции возложены очень важные функции, и судебная система подотчетна Парламенту, но не напрямую, а через управляющие органы.

Главные выводы, которые можно сделать из международного опыта, связанного с оценкой работы судов, предполагается обобщить следующим образом:

1. Оценка деятельности суда служит важным целям. Недостаточно проводить оценку лишь на индивидуальном или системном уровне. Оценка деятельности на уровне суда может поддержать

[645] **КОНСУЛЬТАТИВНЫЙ СОВЕТ ЕВРОПЕЙСКИХ СУДЕЙ (CCJE).** Заключение №11 (2008) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) по запросу Комитета министров Совета Европы о качестве судебных решений, Страсбург, 18 декабря 2008 г. CCJE(2008).

процесс непрерывной оценки и обучения, заложить основу для более эффективного составления бюджета и распределения средств, служить средством мотивации персонала улучшать результаты деятельности, а также способствовать укреплению позиций и репутации суда в обществе, предоставляя заинтересованным лицам документы о том, что организации не безразличны результаты ее деятельности.

2. Нет единого рецепта относительно того, как это сделать. Разные страны имеют разные традиции и сталкиваются с различными вызовами, касающимися улучшения судопроизводства. Система оценки эффективности должна быть построена так, чтобы учитывать такие конкретные вызовы.

3. Будьте осторожны в трактовке показателей. Не существует идеального набора показателей эффективности. Сама по себе статистика никогда не даст полной и точной картины деятельности суда. Поэтому важно рассматривать показатели не как заключительное слово о результатах деятельности суда, а скорее как отправную точку для дальнейших обсуждений и исследований.

4. Не стремитесь к совершенству. Так как показателей идеальной деятельности не существует, бесполезно заниматься их поиском. Такой поиск лишь вызовет неразбериху и бесконечные задержки в процессе выработки полезных показателей.

5. Ограничьте число показателей. Избыточное число показателей сделает систему оценки слишком сложной и громоздкой для достижения реальных выгод.

6. Развивайте культуру прозрачности, открытого диалога и критики в отношении использования и дальнейшего развития показателей. Действительно активное участие судебных работников в использовании и разработке показателей результатов деятельности является залогом успеха.

Зарубежный опыт оценки эффективности следует глубоко изучать, но не идеализировать и не копировать. Объективный анализ покажет, что нет абсолютно идеальной системы оценки эффективности деятельности судов.

В настоящее время в Беларуси оценка эффективности отправления правосудия осуществляется:

Органами государственного управления (Администрация Президента) – для целей контроля исполнения судами возложенных на них государством и обществом задач (оценка деятельности судов как инструмента поддержания в обществе определенного правопорядка, контроль необходимости оказания содействия в создании условий для надлежащего функционирования судебной системы, вопросы финансирования, материального оснащения) – государственный контроль.

Судами – для совершенствования деятельности – внутрисистемный контроль.

Итак, оценке могут быть подвергнуты показатели, характеризующие:

- уровень организации органов, осуществляющих правосудие (достаточность количества судов, судей; рабочая нагрузка);
- достаточность финансирования и материально-технического обеспечения судов (наличие соответствующих зданий, кабинетов для судей и их помощников, секретарей судебных заседаний, помещений для приема граждан, залов судебных заседаний; обеспечение охраны; достаточное количество необходимой оргтехники, литературы; заработная плата, социальные гарантии);
- компетентность и квалификацию судейского корпуса, аппарата судов;
- результаты отправления правосудия (полнота, качество, мотивированность, обоснованность судебных постановлений; правильность применения законодательства; соответствие процедуры рассмотрения дел установленным в законе стандартам; обеспечение доступа к правосудию; адекватность судебных расходов);
- уровень доверия к суду;

В рамках каждого из отмеченных показателей может содержаться целый ряд критериев, в той или иной степени позволяющих оценить исследуемый аспект.

Так, например, для оценки постановлений, выносимых судами по результатам рассмотрения дел по существу, могут быть предложены для использования следующие критерии:

- законность и обоснованность постановления (решения, приговора);
- аргументированность, убедительность и понятность его мотивировки (при составлении мотивировочной части);
- четкая структура, лингвистическая и грамматическая правильность.

РЕКОМЕНДАЦИИ

Полностью поддерживаю и осознаю значение трех рекомендаций, предложенных г-жой Мельник в отчете национального эксперта. Думаю, что их следовало бы дополнить еще несколькими рекомендациями.

Хотел бы дополнить эти рекомендации перечнем предложений, которые разбил на отдельные группы в зависимости от сроков и масштабов необходимых изменений. Думаю, что реализация

этих идей позволит повысить эффективность правосудия и качество судопроизводства и привести белорусскую судебную систему в соответствие с мировыми и европейскими (Совета Европы) стандартами в данной области. В то же время реализация идей будет полностью зависеть от белорусского руководства, которое, как истинный представитель общества и государства, обладает неоспоримым правом и компетентностью в реализации предложенных мер.

Полагаю, что, в целом, рекомендации следует разделить на две группы.

В первую группу я включил бы все три тщательно продуманные и сбалансированные рекомендации из национального отчета.

1. Использовать для целей совершенствования организации судебной системы мировой опыт проведения исследований функционирования судебных систем, в частности, опыт участия стран – членов Совета Европы в работе Европейской комиссии по эффективности правосудия (ЕКЭП).

Изучить возможность допуска Республики Беларусь в ЕКЭП в качестве наблюдателя или иные возможности участия республики в ее работе, в частности, в работе по подготовке доклада «Европейские судебные системы».

2. В рамках выполнения одной из задач, стоящих перед органами судейского сообщества по совершенствованию судебной системы и судопроизводства, предложить для обсуждения на очередном съезде судей или Республиканском совете судей[646] вопрос о необходимости организации работы над проектом разработки стандартов судебной деятельности для целей оценки ее эффективности, а также для установления практики проведения количественных и качественных преобразований в судебных системах (создание судов, увеличение численности судей) на основе проведенных исследований.

В качестве предварительного шага предложить Верховному Суду, Высшему Хозяйственному Суду и Министерству юстиции Республики Беларусь рассмотреть вопрос о возможности проведения на базе отдельных (экспериментальных) судов мероприятий по разработке таких стандартов.

3. При выборе методов содействия повышению качества правосудия, опирающихся на программу оценки его эффективности, принимать во внимание не только интересы государства и собственно системы судебных органов, но и требования «пользователей»: граждан, организаций. Исходя из этого, планировать мероприятия, направленные на привлечение к участию в исследованиях реальных пользователей системы правосудия для выяснения фактического восприятия ими функционирования этой системы.

Возможные элементы программы действий:

– информирование;

– регулярное проведение опросов удовлетворенности пользователей и специалистов системы правосудия;

– рассмотрение жалоб и механизмы борьбы с нарушениями функционирования системы правосудия.

4. Наращивать усилия по компьютеризации судебной работы. Большинство судебных решений должно быть представлено в Интернете. Необходимо иметь также электронное досье дел, проходящих через судебную систему.

5. Мне кажется, что есть необходимость продолжить работу над системой показателей для оценки эффективности. Работу следует активизировать, предлагая качественные компоненты, несмотря на то что они трудно поддаются количественному анализу. Систему показателей следует строить так, чтобы она соответствовала зарубежному опыту в данной области, особенно – подчеркиваю это – европейскому опыту (главным образом, опыту ЕКЭП, но также ряду наработок национальных судебных советов, в частности, совета Нидерландов), исследованиям Всемирного банка и в какой-то мере американской системе CourTools.

Количественные показатели следует использовать в контексте других эталонов судебной деятельности и в свете принципов европейского конституционного наследия.

В одном из утверждений, которое неоднократно приводилось и подчеркивалось в полугодовых сравнительных отчетах ЕКЭП о результатах деятельности судов в Европе, для оценки эффективности судов с помощью количественных показателей предлагается использовать контекст из 7 принципов[647]:

ПРИНЦИПЫ СОВЕТА ЕВРОПЫ, ОТНОСЯЩИЕСЯ К «ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВОСУДИЯ» И СВЯЗАННЫЕ С ПОКАЗАТЕЛЯМИ СХЕМЫ ОЦЕНКИ

Комитет экспертов по эффективности правосудия (CJ-EJ) выделил 7 принципов, применяемых в сфере правосудия. Эти принципы играют важную роль в нашем выборе показателей. В приложении предлагаемые показатели увязаны с 7 принципами.

---

[646] Статья 144 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

[647] *A balance between variety and generalisation*, Страсбург, 28 мая 2003 г. ЕКЭП (2003). С. 25–27.

1. Доступ к правосудию и судам

Предлагаемые показатели:

– количество случаев оказания юридической помощи (ежегодно);

– государственные средства, потраченные на оказание юридической помощи (ежегодно);

– количество сертифицированных посредников (медиаторов);

– количество дел, рассмотренных с участием посредников (расторжения брака и коммерческие дела, ежегодно);

– количество судов (первой инстанции) на 1 000 000 жителей;

– количество судей на 100 000 жителей.

2. Эффективность правосудия

Предлагаемые показатели:

– средняя продолжительность процессуальных действий;

– ежегодный бюджет, выделяемый судам и судебной власти;

– доля (%) судебного бюджета в государственном бюджете и валовом национальном продукте;

– ежегодное количество дел (входящих и исходящих);

– количество судей (работающих на полную ставку); заместителей и непрофессиональных судей; служащих суда, не имеющих прав судьи, но уполномоченных решать определенные вопросы; несудейского персонала судов.

3. Независимость, беспристрастность, эффективность, компетентность и роль судей

– зарплата судьи (в сравнении с зарплатой адвоката, прокурора, профессора университета, врача); определяет как статус, так и финансовую независимость;

– количество мер „доверия» в исследованиях общественного мнения.

4. Статус и роль прокуратуры

– количество прокуроров;

– количество работников в органах прокуратуры;

– средняя зарплата прокурора;

– бюджет прокуратуры;

– количество дел прекращенных, непосредственно санкционированных, направленных в суды (ежегодно);

– средняя продолжительность действий, связанных с уголовным преследованием.

5. Статус и роль юристов

– количество адвокатов;

– средняя зарплата адвоката.

6. Исполнение судебных решений

– количество агентов, обеспечивающих принудительное исполнение;

– доля (%) успешно исполненных судебных решений.

7. Отправление правосудия

– бюджет на ИТ.

Изучение национальной системы оценки деятельности судов и эффективности отправления правосудия, существующей в Нидерландах, может принести пользу при разработке показателей эффективности.

ПОКАЗАТЕЛИ РЕЗУЛЬТАТОВ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРИ ОЦЕНКЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО КАЧЕСТВА СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В НИДЕРЛАНДАХ

Область оценки I: беспристрастность и честность судей

1. Регистрация неосновного рода занятий судей.
2. Успешные отводы из-за сомнений в беспристрастности судьи.
3. Добровольные уходы после заявления отвода.
4. Процедура распределения дел.
5. Процедура рассмотрения жалоб.
6. Политика использования почетных судей-заместителей.
7. Использование почетных судей-заместитетелей по отношению к общему числу судей.
8. Воспринимаемая беспристрастность (удовлетворенность сторон по делу).
9. Воспринимаемая беспристрастность (удовлетворенность профессионалов).

Область оценки II: компетентность судей

1. Воспринимаемая компетентность (удовлетворенность сторон по делу).
2. Воспринимаемая компетентность (удовлетворенность профессионалов).
3. Подготовка, осуществляемая судьей (удовлетворенность сторон по делу).
4. Подготовка, осуществляемая судьей (удовлетворенность профессионалов).
5. Доля (%) апелляций по отношению к общему числу окончательных решений, по которым воз-

можна апелляция (административная секция; раздел коммерческого права; раздел семейного права; сектор земельных участков; сектор уголовного права).

6. Доля (%) непростительных отмен.

7. Политика, касающаяся рассмотрения дел одним судьей или судейской коллегией.

8. Соотношение между количеством дел, рассмотренных судейской коллегией и одним судьей (административная секция, раздел коммерческого права, раздел семейного права и секция уголовного права).

9. Политика, касающаяся компетентности и опыта судей, которые рассматривают дела в одиночку.

10. Использование метода пересмотра, осуществляемого коллегами, или интервидения.

Область оценки III: поведение и позиция судей

1. Различные аспекты функционирования системы отправления правосудия (удовлетворенность сторон по делу).

2. Функционирование системы отправления правосудия (удовлетворенность профессионалов).

3. Судья дает слово сторонам по делу в ходе судебного заседания (удовлетворенность сторон по делу).

4. Судья заслушивает различные точки зрения в ходе судебного заседания (удовлетворенность сторон по делу).

5. Судья заслушивает различные точки зрения в ходе судебного заседания (удовлетворенность профессионалов).

6. Судья представляет себя на месте сторон по делу (удовлетворенность сторон по делу).

7. Судья представляет себя на месте сторон по делу (удовлетворенность профессионалов).

8. Пояснение дела в ходе судебного заседания (удовлетворенность сторон по делу).

9. Обеспечение проникновения в суть дела (удовлетворенность профессионалов).

10. Объяснение процедуры проведения заседания (удовлетворенность сторон по делу).

11. Объяснение того, как дело будет рассматриваться далее (удовлетворенность сторон по делу).

12. Объяснение того, как дело будет рассматриваться далее (удовлетворенность профессионалов).

13. Различные аспекты решения (удовлетворенность профессионалов).

14. Объяснение решения судом (удовлетворенность сторон по делу).

15. Нахождение решения судом (удовлетворенность профессионалов).

16. Понятность решения (удовлетворенность сторон по делу).

17. Законность решения (удовлетворенность профессионалов).

Область оценки IV: единство и равенство закона

1. Единство закона, исходя из практики профессионалов (сторон, имеющих опыт в судебных разбирательствах).

2. Использование инструментов, обеспечивающих единство закона.

3. Реализация политики, обеспечивающей единство закона.

Область оценки V: скорость и своевременность судебных разбирательств

1. Средняя продолжительность времени между ходатайством о вынесении решения и вынесением решения по коммерческим делам при процессе с защитой.

2. Средняя продолжительность времени между принятием решения о необходимости проведения заседания в присутствии обеих сторон и проведением заседания по коммерческим делам.

3. Средняя продолжительность времени между началом заседания и принятием решения по основным административным делам.

4. Средняя продолжительность времени между тем, как дело подготовлено к слушанию, и включением его в план суда по административным делам.

5. Средняя продолжительность времени между подачей апелляции и направлением дела в апелляционный суд (состав из трех судей по уголовным делам).

6. Доля (%) отложенных судебных разбирательств (состав из трех судей по уголовным делам).

7. Средняя продолжительность времени между датой, когда определяется, что решение будет вынесено, и вынесением решения (гражданские дела о земельных участках с защитой).

8. Средняя продолжительность времени между первым заседанием по списку дел к слушанию и вынесением окончательного судебного решения (гражданские дела о земельных участках с защитой).

9. Средняя продолжительность времени между запланированной датой вынесения решения и принятием судебного решения (дела о расторжении брака в разделе семейного права).

10. Средняя продолжительность времени между тем, как дело подготовлено к слушанию, и первым запланированным слушанием (дела о расторжении брака в разделе семейного права).

11. Производительность судей по каждому сектору.
12. Своевременное начало дел (доля (%) дел, начатых с задержкой в более чем 10 минут).
13. Своевременное начало дел (удовлетворенность сторон по делу).
14. Своевременное начало дел (удовлетворенность профессионалов).

К отношениям можно применить некоторую математическую точность, а иерархию показателей можно построить, используя различные индексы общего значения показателей.

Оценка эффективности представляет собой шаг к повышению эффективности, и в этой области, проведя анализ результатов текущей эффективности и действующего законодательства, следует предложить и внедрить законодательные изменения. Однако это выходит за рамки моего задания, предусматривающего анализ всего действующего законодательства – законов и правил, имеющих отношение к судебной власти и рассмотрению дел, уголовного, гражданского процессуального и иных кодексов. Есть еще одна веская причина, почему мне не следует участвовать в таком ответственном и трудном задании. Оно входит в сферу прав и обязанностей белорусских органов власти и не является научной задачей для иностранного эксперта, чья роль сводится к тому, чтобы давать консультации, когда его попросят об этом компетентные органы.

В своем отчете я готов привести несколько примеров, которые наблюдал в системах отправления правосудия в Восточной Европе. Их следует подвергнуть более тщательному системному анализу, например: 1) влияние традиции кассационного рассмотрения на задержки и лень в отправлении правосудия; 2) отсутствие эффективного процесса переговоров по иску и злоупотребление содержанием под стражей; 3) предпочтение письменной формы устным показаниям и принятию решений; 4) примитивные системы автоматизации и отсутствие возможности у государственных служащих и судебных работников получить электронный доступ к судебным архивам и решениям; 5) недостаток уважения к практике, наработанной Высшими судами, и прецедентам в первичных судах; 6) прокурорское вмешательство в принятие судебных решений; 7) политическое влияние со стороны государства и вмешательство политиков в судебный процесс; 8) отсутствие развитой состязательной системы («равенства в оружии», в формулировке ЕКПЧ).

В качестве долгосрочных рекомендаций предложил бы провести ряд важных реформ в сфере отправления правосудия, если и когда компетентные национальные органы власти посчитают это необходимым.

1. Конституционные и законодательные изменения для того, чтобы гарантировать независимость и ответственность (подотчетность) судебной власти, включая ее бюджет и финансовые меры по обеспечению судейской независимости.

2. Структурные изменения в управлении судами в целях обеспечения принципа судейской независимости. По квотам для представителей Президента, парламента и судебной власти может быть сформирован высший совет юстиции, занимающийся большинством вопросов управления судами.

3. Шаги по ратификации ЕКПЧ. Конечно, к этому следует подходить исключительно осторожно, и, если некоторые ее положения окажутся противоречащими белорусской Конституции, следует внести конституционные изменения или же прибегнуть к такому варианту, как ратификация с оговорками.

Реализация вышеуказанных рекомендаций позволит проводить оценку национальной системы отправления правосудия на основе фундаментальных принципов ЕКПЧ. Никакой метод оценки качества судебных решений не должен вступать в противоречие с принципом независимости судебной власти, как целого или индивидуального, не должен служить бюрократическим инструментом или быть самоцелью. Более того, системы оценки не должны ставить под сомнение законность судебных решений.

Для заметок

Производственно-практическое издание

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО БОЛЕЕ ШИРОКОМУ ПРИМЕНЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРОЦЕССЕ ОТПРАВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Отчеты национальных и международных экспертов
проекта международной технической помощи
«Содействие более широкому применению международных стандартов
в области прав человека в процессе отправления правосудия
в Республике Беларусь»

Ответственный за выпуск Кухарчук В.
Редактор С. И. Андреенко
Компьютерная верстка М. И. Лазук

Подписано в печать 29.07.2009. Формат 60 x 90/8.
Бумага офсетная. Печать офсетная.
Усл.-печ. л. 00,00. Уч.-изд. л. 00,00. Тираж 500 экз. Заказ

Издательство
ЛИ №
Ул. xxxxxxxxxxxxxxx, 00, Минск, 220000, Республика Беларусь.
Тел./факс: .
Типография ООО «Юстмаж».
ЛП №
Ул. xxxxxxxxxxxxxxx, 00, Минск, 220000, Республика Беларусь.