

**Совещание ОБСЕ по рассмотрению выполнения
обязательств, посвященное человеческому измерению 2014 года
(г. Варшава)**

Доклад

*Судьи Высшего административного суда Украины
Островича Сергея Эрнестовича*

*Судьи Высшего административного суда Украины
Стрелец Татьяны Геннадиевны*

Верховенство права

(24 сентября 2014 г., рабочее заседание 5)

В соответствии с позицией ООН, понятие «верховенство права» исходит от многих традиций с разных континентов и тесно переплетается с эволюцией и историей права. Кодекс Хаммурапи, принятый царем Вавилона около 1760 года до нашей эры является одним из первых примеров кодификации законов, представленных общественности и применяемых к актам правителя. В арабском мире, богатая исламская правовая традиция дала жизнь концепции верховенства права. Среди главных моральных и философских традиций Азии, в том числе в Конфуцианстве, заложены основные принципы построения государственной власти, ее подотчетности и подчинения правителей желаниям населения. В англо-американской традиции Магна Карта, принятая в 1215 году, была эпохальным документом, так как она подчеркнула важность независимости судебной ветви власти и роль судебного процесса как основоположной составляющей верховенства права. В континентальной Европе понятие верховенства права сконцентрировано на природе государства, в частности на роли конституционализма.

Последние попытки установить четкий смысл понятия указали на всю богатую историю его становления и разные подходы к его пониманию. Современная концепция верховенства права развивалась как антипод концепции «верховенство человека», включая в себя систему управления, построенную не на властных волевых решениях абсолютного правителя, а на основе четких, справедливых и одинаковых для всех правил. Концепция верховенства права тесно связана с концепцией справедливости, идеалами честности и наказания за проступки.

Сегодня концепция верховенства права закреплена в Уставе ООН, в преамбуле которого сказано, что одной из главных целей ООН является «установление условий, при которых справедливость и уважение к обязательствам, вытекающим из международных договоров и других

источников международного права, могут быть соблюдены». Для целей ООН Генеральный Секретарь определил верховенство права как «такой принцип управления, в соответствии с которым все лица, учреждения и структуры, государственные и частные, в том числе само государство, функционируют под действием законов, которые были публично приняты, в равной степени исполняются и независимо реализуются судебными органами и которые совместимы с международными нормами и стандартами в области прав человека. Для этого также необходимы меры, обеспечивающие соблюдение принципов примата права, равенства перед законом, ответственности перед законом, беспристрастного применения законов, разделения властей, участия в принятии решений, правовой определенности, недопущения произвола и процессуальной и правовой транспарентности».

Принцип верховенства права применяется и в международном, и в национальном праве. Конституция Украины в статье 8 устанавливает, что В Украине признается и действует принцип верховенства права. Конституция Украины имеет высшую юридическую силу. Законы и иные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей. Нормы Конституции Украины являются нормами прямого действия. Обращение в суд для защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина непосредственно на основании Конституции Украины гарантируется.

В этом докладе хотел бы указать на отдельные моменты касательно верховенства права, демократического правотворчества, независимого судейства и права на справедливый суд, прекрасно осознавая, что каждый пункт из указанного заслуживает томов научных текстов.

Парадокс с верховенством права в том, что по своей сути это *политический* принцип, а не юридический. Контексты, в которых он бы приобретал юридическое значение, мыслимы. Возьмем как пример международные займы, содержащие условие об обязанности государства-должника продвигать верховенство права на своей территории. Но в общем для сугубо правовых целей идея лишена смысла. Хотя принцип-то политический, как следует уже из названия, он тесно привязан к праву и в сущности означает, что при прочих равных, принимая политические решения, покорность действующим правовым нормам должна перевешивать любые иные неправовые соображения: социальные, экономические, политические, даже моральные. Это утверждение легко принять во времена мира и благополучия, но можно начать сомневаться в его правильности, когда на кону экзистенциальные вопросы, такие как выживание нации. В таких условиях нужно либо предложить аргументы получше чем просто, что «это хорошо для бизнеса», либо же согласиться что верховенство права имеет ограничения по времени. Мое понимание таково, что верховенство права бессмысленно, когда нет тех, над кем ему верховенствовать. Однако если понимать под теми, «над кем верховенствуют», коллективные образования: домохозяйства, компании, вплоть до государств и международного сообщества, — то должны будем согласиться, что право

является для многих из них конструктивным элементом и может быть приравнено к своего рода «социальному цементу». Таким образом, подчеркнутое почтение к праву может особенно понадобиться при экзистенциальной угрозе, чтобы противодействовать разрушительным силам. Иными словами, право и его верховенство не только идут на пользу общественным субъектам, но также создают их и поддерживают их существование.

Чтобы быть общественно конструктивным, право не должно отталкивать, и это утверждение подводит нас к теме правотворчества. Александр Зиновьев, покойный российский философ, высказался где-то, что современный мир живет, по его словам, в условиях «правового тоталитаризма», когда простой гражданин не может шагу ступить, чтобы не навредить своим интересам, если не проконсультируется с юристом, а последний работает, разумеется, не бесплатно. Итак могущие нанять адвокатов имеют заметное преимущество перед теми, кто не может. Кроме важных политических и социальных причин, у такой ситуации есть и чисто юридические корни: система норм велика, мудрена и запутана, сами нормы сложны для понимания без специальной подготовки. И в центре всего этого есть реальное противоречие. Активно участвуя в правотворческом процессе вот уже многие годы, имел возможность ощутить это на практике. Хороший закон должен быть недвусмысленным, логичным и хорошо встроенным в общую систему правовых актов. Но чем более он соответствует указанным критериям, тем менее понятным он стает для непосвященных. Чтобы быть функциональным, он должен быть сформулирован языком судей и юристов-профессионалов, но чтобы быть одобренным и принятым, его должны прочитать люди без юридического диплома. А никакое правотворчество нельзя корректно назвать «демократическим», если только немногие действительно знают и понимают, что собственно творится. Эффективное решение могло бы заключаться либо в том, чтобы пожертвовать чем-то, либо в том, чтобы неким образом создать ответственное сообщество правовых и внеправовых экспертов, способных и желающих добросовестно послужить переводчиками с и на юридический язык в интересах самой широкой общественности. По ряду причин это не так просто, как звучит. Назову лишь несколько. Рефлексивный и инклюзивный подход к правотворчеству возможен, только если общественность видит некую четкую повестку дня, которая соответствует времени, но при этом достаточно стабильна. В таких условиях можно проводить дискуссии и дебатировать по вариантам, а юридические формальности уже увенчают результаты. Грустный факт по поводу Украины: наши политики по-настоящему не стараются формировать такие повестки и поддерживать их какое-либо значимое время. Если они это делают, их подход сложно назвать рефлексивным, поскольку решения-то предлагаются, но вот сформулировать сперва саму проблему никто никогда не берет. Хороший западный обычай предварять новое законодательство тщательно обсужденными многостраничными докладами, «белыми книгами» и тому подобными аналитическими материалами в Украине не в ходу.

Пояснительные записки к проектам законов кратки и выписаны в самых общих словах. Искусство дискуссии действительно не просто. Украинские политики не уникальны своей неохотой до настоящих дискуссий. Но беспокоит тот факт, что, скажем так, «экспертное сообщество» также все более их избегает. Многие заявляют о необходимости в «реформах», но мало кто берется объяснить, что конкретно имеет в виду, а также обосновать такую необходимость.

Дабы верховенствовать, праву требуется не только надлежащим образом приниматься, но и надлежащим образом применяться, что подводит нас к судебскому корпусу. Независимые судьи полагаются лучшей гарантией надлежащего применения права. Один из «законопроектов о диктатуре», так не по-хорошему продвигавшихся предыдущим режимом, содержал запрет на сбор информации о судьях и как таковой мог вполне себе рассматриваться как еще одна гарантия независимости суда. Тем не менее, его коррупционный характер сомнений тогда не вызывал почти. Говоря о независимом судействе, критически важно очень конкретно указать на то, от чего собственно судье следует быть независимым. Он или она не должна зависеть от прочих государственных органов и должностных лиц, от политических или деловых интересов, но судьям нельзя быть вне любых форм общественного контроля. В украинских условиях больше прозрачности и больше открытости публике в большинстве случаев лучше чем меньше. Тайна совещательной комнаты свята, но все прочие аспекты вершащегося правосудия должны быть открыты для общественного ознакомления, если только нет по-настоящему веских оснований *придержать* общественное любопытство на некоторое время.

Наконец, право на справедливый судебный процесс равносильно признанию того, что судьи, как и остальное человечество, не имеют доступа к абсолютной истине, а потому могут принимать ошибочные и несправедливые решения. С последними, тем не менее, необходимо мириться, насколько судьи сделали все возможное в данных обстоятельствах, чтобы приблизиться к правде. Процесс справедлив, если он честен. Честность это процессуальная категория, означающая способность обеих сторон представить свои доводы, сопровождаемая самым пристальным вниманием судей к значимым подробностям аргументации каждой стороны. Тут много сложностей, но очевидный вывод тот, что справедливый процесс требует от судей внимания судей к тому, что стороны пытаются сказать. Чтобы мотивировать их к этому, судебные решения должны ставиться в центр общественного внимания, обсуждаться и критиковаться, что невозможно без компетентных и доброжелательных переводчиков с юридического языка, которых уже упоминал.

Текущая ситуация, как никакая иная, требует подчеркнутого, даже церемониального, если не религиозного, почитания права. Это жизненная необходимость, чтобы отремонтировать поврежденную украинскую государственность, а не только чтобы хорошо смотреться в глазах наших европейских и международных партнеров. Надеюсь, большинство

политиков, общественных активистов, должностных лиц и простых граждан способны это понять.

На сегодня существует потребность в реформировании судебной системы Украины. Однако каждая из ветвей власти, отдельные политические силы имеют собственное виденье путей ее реформирования, в связи с чем этот вопрос остается открытым. Значительный резонанс вызвали предложения Временной специальной комиссии Верховной Рады Украины по вопросам подготовки законопроекта о внесении изменений в Конституцию Украины, в частности относительно ликвидации высших специализированных судов.

Важно отметить, что Высший административный суд Украины активно участвует в обсуждении проблем реформирования судебной системы, уделяя особенное внимание вопросам относительно места административных судов в судебной системе Украины (на сегодня возникла реальная угроза уничтожения четкой вертикали административных судов).

В частности, 15 мая с.г. Пленум ВАСУ обсудил и одобрил предложения к Временной специальной комиссии Верховной Рады Украины по вопросам подготовки законопроекта о внесении изменений в Конституцию Украины.

Кроме того, над конституционными изменениями работала рабочая группа Совета судей административных судов Украины, в состав которой вошли члены Совета судей административных судов Украины, судьи-члены Научно-консультативного совета при ВАСУ, специалисты аппарата ВАСУ. Рабочая группа также подготовила предложения относительно изменений в Конституцию Украины относительно судебной реформы. Они были обсуждены с экспертами и учеными во время круглого стола "Изменения в Конституцию Украины : реформа судебной системы", который состоялся 2 июня с.г. в г. Киев.

Одними из основных инициатив ВАСУ относительно реформирования судебной системы Украины были: построение системы административного судопроизводства по широко распространенной в Европе модели, в частности выделение системы административных судов из системы судов общей юрисдикции, а также закрепление на конституционном уровне трехзвенной системы административных судов (окружные и апелляционные административные суды, Верховный Административный Суд Украины); развитие законодательства, в частности усовершенствование Кодекса административного судопроизводства Украины, а также завершение разработки Административно-процедурного кодекса, принятие которого способствовало бы уменьшению нагрузки на суды (стоит заметить, что досудебное административно-процедурное обжалование решений, действий, бездействия субъектов властных полномочий является важной составляющей системы административной юстиции во многих европейских странах) и другие.

Хочу обратить внимание на то, что 11 апреля с.г. вступил в силу Закон Украины "О возобновлении доверия к судебной системе Украины",

который вызвал неоднозначную реакцию в судебском корпусе да и в обществе, в первую очередь, через заполитизированность. Во-первых, закон не предусматривает четких критериев так называемой "люстрации" судей. Во-вторых, вызывает сомнение порядок формирования "люстрационных" комиссий. В-третьих, в законе не указана градация "люстрационных" мер (для каждого конкретного случая). По мнению как экспертов Совета Европы, так и ряда отечественных юристов и ученых в отрасли права, данный Закон является несовершенным и таким, который нарушает Конституцию Украины. Высказывались также опасения, что Закон в такой редакции не столько поспособствует реальной очистке судебной власти и повышению доверия общества, сколько создаст риск усиления давления на суды со стороны органов государственной власти и субъектов политической борьбы.

В соответствии с данным Законом, временная специальная комиссия проводит проверку судей, относительно которых есть сомнения, что они принимали решение в соответствии с законом (в частности, подлежат проверке судьи, которые принимали решение об ограничении прав граждан на проведение митингов и собраний в период с 21 ноября 2013 до вступления Закона в силу; об избрании меры пресечения в виде содержания под стражей лиц, которые признаны политзаключенными; а также решений об административных взысканиях из участников акций протеста в период с 21 ноября 2013 года до вступления Закона в силу; решений о лишении статуса народного депутата и так далее). Устанавливаются новые правила формирования судебных органов.

Совет судей Украины избирают делегаты съезда судей. Новыми членами Высшего совета юстиции, Высшей квалификационной комиссии судей, а также судьями Конституционного Суда Украины, которые назначаются съездом судей, могут быть лишь лица, назначенные соответственно с требованием данного Закона.

Кроме того, в связи со вступлением в силу данного Закона были освобождены с должностей председатели судов и их заместители, а также секретари судебных палат, поэтому возникла потребность в проведении собраний с целью избрания судей на административные должности в этих судебных учреждениях. Собрания в некоторых судах проводились в присутствии представителей общественности, в отдельных случаях были попытки оказывать давление на судей при обсуждении ими вопроса об избрании председателя суда.

16 сентября 2014 года Верховная рада Украины приняла Закон Украины "Об очищении власти" (по состоянию на 19.09.2014 Закон еще не был подписан Президентом Украины и не был опубликован). Целью Закона является определение правовых и организационных принципов проведения проверки государственных служащих и приравненных к ним лиц, должностных лиц органов местного самоуправления с целью возобновления доверия к власти и создания условий для построения новой системы органов власти в соответствии с европейскими стандартами.

Законом предусмотрено, что субъектами проверки являются, в частности, государственные служащие, судьи Конституционного Суда Украины, другие профессиональные судьи, Председатель, члены, дисциплинарные инспекторы Высшей квалификационной комиссии судей Украины, служебные лица секретариата этой Комиссии, Председатель, заместитель Председателя, секретари секций Высшего совета юстиции, а также другие члены Высшего совета юстиции. Статьей 4 Закона определены основания не прохождения проверки, которые условно можно разделить на 3 вида: профессиональные, политические и имущественные.

Важно отметить, что попытки вмешательства в независимость судебной ветви власти в будущем могут иметь негативные последствия. Ведь независимость судебной власти – это тот фундаментальный принцип при осуществлении правосудия, над соблюдением которого должны работать все ветви государственной власти – президент, парламент, правительство, и, безусловно, судьи.